

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID**

**TESIS DOCTORAL:  
EL ABUSO ANTICOMPETITIVO BAJO EL ARTÍCULO 82 DEL  
TRATADO CE: REBAJAS Y PRECIOS PREDATORIOS**

Autora: MARITZA ILIANA NUÑEZ OSORIO  
Director: PROFESOR D. RICARDO ALONSO SOTO  
22 DE MAYO DE 2009

## PREAMBULO

En el derecho de competencia comunitario se ha realizado por la Comisión una gran labor de modernización de las normas de comunitarias sobre competencia, en lo que se refiere al artículo 82 TCE, la Comisión ha publicado la Comunicación de la Comisión de la Guía sobre las Prioridades de Aplicación de la Comisión al Interpretar el Artículo 82 TCE a la Conducta de Exclusión Abusiva por las Empresas Dominantes, que establece los principios para la aplicación por la Comisión del artículo 82 TCE a los comportamientos de las empresas dominantes que pueden tener un efecto de aniquilación en el mercado, es decir que pueden denegar completa o parcialmente la expansión rentable o el acceso rentable a un mercado a los competidores reales o potenciales y que al final dañan a los consumidores.

Son muchos e importantes los casos de abuso de posición dominante que están siendo objeto de investigación por la Comisión, involucrada en promover la competencia efectiva en el ámbito de las empresas con poder de mercado, lo que nos motiva a analizar estas conductas.

Una de las formas más utilizadas por las empresas para competir, constituye la competencia en los precios, si una empresa con poder de mercado, utiliza los precios para conseguir ventajas que fomenten su poder de mercado y genera efectos anticompetitivos, puede hacerlo a través de precios predatorios y con la aplicación de esquemas de rebajas y descuentos. Vamos a estudiar detalladamente estos comportamientos, considerando que en los abusos de exclusión, el objetivo del artículo 82 es la protección de la competencia en el mercado como un medio de fomentar el bienestar del consumidor y asegurar una distribución eficiente de los recursos. Sin embargo, la Comisión induce a confusión en cuanto a si el fomento del bienestar del consumidor implica la protección del consumidor final. Del análisis de los comportamientos abusivos en precios, veremos que el término bienestar del consumidor, como objetivo del derecho de competencia comunitario, resulta en un respaldo a los intereses de las empresas, más que en beneficio del consumidor final, así, la propia Comisión establece que en determinadas circunstancias será preciso proteger al competidor que no sea tan eficiente como la empresa dominante. Podrá resultar que los efectos del daño del comportamiento en las empresas que son “clientes” no siempre coincide con los efectos del daño del comportamiento en los “consumidores” finales, por lo que es necesario aclarar si el bienestar de los clientes debe coincidir con el bienestar de los consumidores. El bienestar del consumidor, debe referirse al

consumidor final, y esta circunstancia hace que cambien los elementos utilizados para analizar la ilegalidad de los abusos de exclusión anticompetitivos en materia de precios.

En el estudio de las distintas cuestiones que plantean estos temas he procurado ser crítica, y basarme, dentro de lo posible, en el análisis de los casos y la doctrina comunitarias de las que se ofrecen citas abundantes.

Mi profundo e imperecedero agradecimiento a todas las personas e instituciones que colaboraron en la realización de este trabajo.

Iliana Núñez Osorio  
Abogada  
15 de Mayo 2009

## LISTA DE ABREVIATURAS

ALJ	Antitrust Law Journal
Bus. L. Rev	Business Law Review
Cah. Dr. Eur.	Cahiers du Droit Européene
CE	Comunidad Europea
CMLR	Common Market Law Review
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
EBLR	European Business Law Review
ECLR	European Competition Law Review
EL Rev.	European Law Review
GJ	Gaceta Jurídica
Harv. L. Rev	Harvard Law Review
RJ	Repertorio de Jurisprudencia
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
STPI	Sentencia del Tribunal de Primera Instancia.
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TPI	Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea

**INDICE:**  
**EL ABUSO ANTICOMPETITIVO BAJO EL ARTÍCULO 82 TCE: REBAJAS Y PRECIOS PREDATORIOS**  
**VOLUMEN I**

**PREÁMBULO**

**CAPÍTULO I. LA NORMA Y EL SENTIDO DE LA NORMA**

1. Introducción: la razón de ser.	9
2. Las normas que controlan el comportamiento de empresas con dominio en los diferentes sistemas legislativos.	9
2.1. En el derecho antitrust norteamericano.	11
2.2. En el derecho de competencia comunitario.	17

**CAPÍTULO II LA ESTRUCTURA DEL ARTÍCULO 82 TCE**

1. La cláusula general.	29
2. El sentido de la norma.	30
3. Estructura de la norma	44
3.1. La empresa en posición de dominio: concepto de empresa.	45
3.2. La posición de dominio en el mercado: El mercado de referencia	59
3.3. La posición de dominio de la implicada	100
3.4. La posición dominante colectiva.	181

**CAPÍTULO III: EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO**

1. Introducción	194
2. El artículo 82 TCE y la Sección 2 de la Ley Sherman	196
3. Definición de abuso	200
4. Elementos de la definición	208
4.1. La influencia en la estructura del mercado	209
4.2. Naturaleza y forma de la conducta, su incidencia en el mercado	216
5. Modalidades del comportamiento abusivo	223
6. El efecto de la conducta abusiva en el comercio entre los Estados Miembros.	229

**CAPÍTULO IV: EL ABUSO ANTICOMPETITIVO**

1. Introducción.	242
2. El abuso anticompetitivo y la sección 2 de la Ley Sherman	243
3. Concepto de abuso anticompetitivo	250
4. Elementos de la definición de abuso anticompetitivo	252
4.1. La capacidad de la conducta de excluir o aniquilar	253
4.2. La conducta abusiva:	265
5. Tipos de abuso anticompetitivo	329
5.1. Abusos en precio y no precio	330
5.2. Los ejemplos contenidos en la lista del artículo 82.	331
5.3. Los abusos anticompetitivos de compartimentación del mercado y discriminación de precios. Indirecta	333
6. La justificación objetiva al abuso	341
6.1. La defensa de necesidad objetiva.	342
6.2. La defensa de eficiencia	342

**CAPÍTULO V: EL ABUSO ANTICOMPETITIVO EN PRECIOS: LOS PRECIOS PREDATORIOS.**

1. Introducción	344
2. Concepto de precio predatorio	346
3. Los precios predatorios en el derecho antitrust norteamericano y en el derecho de competencia comunitario.	350
4. Elementos generalmente utilizados por la doctrina para establecer que un precio es predatorio	385
4.1. Primer elemento: La habilidad para incurrir deliberadamente en pérdidas: “el sacrificio”	386
4.2. Segundo elemento: La aniquilación anticompetitiva	411
5. Los tests propuestos por la doctrina para establecer un precio predatorio	438
5.1. Teorías basadas en los costes	438
5.2. Propuestas basadas en parámetros de no coste	451
5.3. Propuestas basadas en los costes y en la conducta estratégica de la empresa.	453
5.4. Resumen de los tests propuestos	463
6. Justificaciones – comportamientos eficientes	465
7. Precio predatorio al alza.	474

**CAPÍTULO VI : EL ABUSO ANTICOMPETITIVO EN PRECIOS: LAS REBAJAS CONDICIONALES.**

1. Introducción	482
2. Tipos de rebajas y descuentos	484
3. Potencial pro competitivo de las rebajas y descuentos.-	491
4. Las rebajas y descuentos en el derecho antitrust estadounidense y en el derecho de competencia comunitario	501
5. Elementos utilizados para establecer la ilegalidad de los sistemas de rebajas o descuentos anticompetitivos.	571
5.1. Primer elemento: La aniquilación anticompetitiva	571
5.2. Segundo Elemento: Los esquemas pueden aniquilar a rivales igualmente eficientes	594
5.3. Otros elementos.	612
6. Los test propuestos por la doctrina para establecer la ilegalidad de los esquemas de rebajas o descuentos.	614
6.1. El test del rival igualmente eficiente y el enfoque de la Guía de la Comisión	614
6.2. El test del balance entre los efectos pro y anticompetitivos y el balance de la regla de la razón	633
6.3. El test del daño posible	657
6.4. Opinión sobre los test planteados	662
7. Defensas o justificaciones objetivas para demostrar la ilegalidad de los esquemas de rebajas o descuentos	663

**CAPÍTULO VII: CONCLUSIONES FINALES**

Bibliografía	i
Casos	xii

## CAPITULO I. INTRODUCCIÓN

Esquema:

1. La razón de ser de las normas de competencia
2. Las normas que controlan el comportamiento de empresas con dominio en los diferentes sistemas legislativos.
  - 2.1. En el derecho antitrust norteamericano.
  - 2.2. En el derecho de competencia comunitario.

### **1. La razón de la existencia de las normas sobre competencia**

La noción de competencia económica, es un concepto que ha sido tomado de la Economía, que con carácter instrumental se ha de tener dentro de una disciplina jurídica, sin embargo, mientras el economista centra su atención en situaciones y posibilidades de hecho, el jurista, en cambio, tiende a apreciar en ellas el ingrediente jurídico que las define. La competencia es, pues, un fenómeno jurídico, aunque los móviles sean económicos.<sup>1</sup>

Cuando se habla de competencia refiriéndose a los participantes en el mercado, se emplea la expresión en un sentido estricto de lucha de unos contra otros para conseguir lo mismo. Esa lucha puede darse entre oferentes o vendedores y también entre compradores o adquirentes de bienes y servicios. Los productores compiten en vender; los consumidores compiten en comprar. Ahora bien, la competencia entre los consumidores o clientes adquirentes se produce como consecuencia de ese hecho fundamental que determina el valor económico de los bienes y su elegibilidad, que implica que no existen en la medida y cantidad que se precisaría para satisfacer las necesidades de todos.

En cambio, la competencia entre los vendedores reconoce otra causa: que la capacidad de compra de los consumidores es limitada y en general sólo puede desarrollarse a través de una selección de bienes y de una elección de los que se ofrecen en el mercado. Los problemas que suscita la competencia entre fabricantes y proveedores, así como

---

<sup>1</sup> Joaquín Garrigues. *La Defensa de la Competencia Mercantil*. Madrid 1964. p.12.

entre compradores que no sean consumidores, son los únicos que interesan a los efectos que tratamos.<sup>2</sup>

La competencia podría ser definida de un modo empírico como aquella situación en que se encuentran las empresas que concurren en el mercado, en virtud de la cual cada transacción comercial que efectúa cualquiera de ellas puede ser representada por las demás como una oportunidad comercial perdida. Esto le da el carácter de pugna, que constituye su nota esencial y coloca a las diversas empresas concurrentes en el mismo mercado, en una posición de enfrentamiento y rivalidad.<sup>3</sup> Lo que presupone que en cualquier situación de competencia se perciben dos rasgos que no resultan contradictorios, por un lado, ningún competidor tiene poder suficiente sobre los demás; por otro, todo competidor puede influir en el éxito o en el fracaso de los demás. Esta especie de contrapeso de fuerzas, en que todas cuentan para el resultado final, podría ser la imagen más adecuada para caracterizar una situación como competitiva. Interesa tener presente este juego competitivo que los economistas formulan y cuantifican matemáticamente, porque de él depende la libertad, la igualdad y la realización normal de los intereses privados de los agentes en el mercado.<sup>4</sup>

La competencia sirve al mismo tiempo valores individuales y sociales dentro de un régimen económico. En el primer aspecto, el favor de los compradores, que representa el éxito de la lucha competitiva, ha de ser representado estrictamente como una especie de premio al esfuerzo personal, a la iniciativa empresarial, que implica una actividad creadora. Para que la libertad de competencia se encuentre justificada desde el punto de vista de la protección de la personalidad, ha de tener como contrapartida la libertad del consumidor, su facultad de elegir libremente. La competencia sirve también intereses sociales, pretende que el sistema económico esté regido por la soberanía del consumidor, para una más adecuada satisfacción de las necesidades sociales de bienes y servicios.

La fe en el proceso de competencia, es un fenómeno generalizado en todas las economías de los países, donde la preocupación es evitar la degradación del proceso de

---

<sup>2</sup> La protección del consumidor es una política comunitaria autónoma que en la actualidad intenta vincular la protección del consumidor a la puesta en funcionamiento del mercado interno. La protección del consumidor se aplica cada vez más a través del derecho civil, y a través de la reglamentación del comercio justo que proporciona protección para los consumidores privados contra las prácticas comerciales desleales. Véase Katalin Judith Cseres. *Competition Law and Consumer Protection*. European Monographs. 2005. Capítulo 4

<sup>3</sup> Baylos Corroza, Hermenegildo. *Tratado de Derecho Industrial*. 1993. Civitas Madrid. Pág. 255.

<sup>4</sup> Jaume Pellisé Capell. *La "Explotación Abusiva" de una Posición Dominante (Arts. 82 TCE y 6 LEDC)*. Editorial Civitas. Madrid 2002. pág. 34.

competencia, impedir que las empresas dominantes excluyan a los rivales mediante competencia que no sea sobre los méritos, de la colocación de barreras a la entrada o expansión de los rivales, es decir, mantener los mercados abiertos sin restricciones de exclusión, más que en los resultados sobre una limitación particular de la producción.<sup>5</sup>

Como los teóricos reconocen, el proceso de competencia produce fuerzas invalorables e incentivos que conducen hacia la eficiencia y el progreso tecnológico. Además el proceso es auto corrector, minimiza la necesidad de la intervención del Gobierno. Y porque es impersonal, los resultados son legítimos. Así, en el caso comunitario, el objetivo de la competencia de mercado abierta está imbuido en el Tratado. Desde su adopción hace más de 50 años, el Tratado admite el rol fundamental del mercado y de la competencia en garantizar el bienestar del consumidor, animando a la distribución óptima de los recursos y concediendo a los agentes económicos los incentivos apropiados para perseguir la eficiencia productiva, la calidad y la innovación.

De las estadísticas, resulta que es una verdad demostrada en los casi 100 regímenes gubernamentales que han adoptado las leyes de competencia, las legislaturas en estos regímenes han escogido a la competencia como la mejor forma de conseguir bienes de calidad, al precio más bajo, y como la mejor forma de incentivar los negocios de las empresas para comportarse responsablemente. El cometido para proteger el proceso de competencia y la apertura de los mercados tiene un pedigrí bien respetado entre los economistas.

Numerosas economías nuevas en sus sistemas legislativos aplican las leyes de defensa de la competencia y tienen entre sus principales objetivos el trabajo de crear y enraizar la competencia. Frecuentemente están operando en un ambiente de empresas dirigidas por el estado o recientemente privatizadas, con privilegios concedidos por el estado, y mercados de capital débiles. Deben mantener un ojo atento sobre las condiciones de entrada y la contestabilidad de los mercados. Preservar los incentivos de empresas sin poder para acceder a los mercados, expandir e innovar es de mayor importancia para el éxito de su proyecto en desarrollar una economía de mercado.<sup>6</sup>

Desde el punto de vista económico, la definición del grado de competencia en una situación determinada suele hacerse por su referencia a esquemas ideales que, por serlo, no habrá que pretender que los cumplimente la realidad sino aproximadamente. La confrontación de la situación real con esos esquemas ideales o modelos económicos de

---

<sup>5</sup> Eleanor Fox. "Abuse of Dominance and Monopolisation: How to Protect Competition without Protecting Competitors". En *European Competition Law Annual 2003*. Disponible en Internet

<sup>6</sup> Eleanor Fox, "Abuse of Dominance..." "ob cit.



competencia servirán para medir el grado de competencia que existe en cada caso. Dichos esquemas son fundamentalmente el de competencia perfecta, como modelo del régimen de competencia y el de monopolio, como modelo de supresión de la competencia. Aunque hay algunos mercados que se aproximan al modelo de competencia perfecta o ideal, la realidad de los mercados es la competencia imperfecta,<sup>7</sup> en el otro lado del espectro se encuentra el monopolio. La libertad de competencia implica siempre y únicamente la inexistencia de prohibiciones legales para el acceso al mercado, desaparición de toda clase de trabas y obstáculos a la industria y al comercio, la posibilidad de ejercer la actividad empresarial y competir sin límites. Está comprobado que un régimen de absoluta libertad de competencia que no vaya acompañado de una regulación o disciplina competitiva, conduce a situaciones de competencia monopolística, a la formación de grupos de empresarios que se conciertan para eludir la competencia, a las prácticas restrictivas. El mecanismo de la libertad de competencia agudiza la diferenciación de los competidores en fuertes y débiles, que es un esquema alejado de la competencia perfecta.

Ahora bien, a pesar de estas diferencias de concepto, la disciplina de la competencia se sirve de ellos para establecer sus objetivos, e incluso para organizar la regulación jurídica de la actividad competitiva. Así, establece un conjunto de prohibiciones y limitaciones que tienen precisamente como finalidad impedir la constitución de posiciones de dominio del mercado, en el sentido en que usa el economista estos términos cuando se refiere al monopolio, y que tratan de eliminar las restricciones a la competencia. Desde el momento en que el derecho de la competencia toma a su vez estos esquemas como instrumento de su ordenación del fenómeno competitivo, los modelos elucubrados por el economista pasan a tener aquí una importancia propia. Esta es la razón por la que, siempre a través de indicaciones puramente orientadoras, debemos ocuparnos de estos conceptos como presupuesto necesario para el estudio de las instituciones del derecho de competencia.

Vemos entonces que usualmente el análisis en el derecho de competencia, se ha basado en los modelos de precio<sup>8</sup>, y modelos de competencia<sup>9</sup>. Sin embargo, la evolución que

---

<sup>7</sup> Joan Robinson *The Economics of Imperfect Competition*. Londres, 1950. También Chamberlin, *The Theory of monopolistic competition*. Cambridge 1948.

<sup>8</sup> Bajo los modelos de precios, se tiene en cuenta que en el mercado libre, el precio se fija mediante la ley de la oferta y la demanda, donde el precio del mercado se desplaza hacia el nivel en el que la cantidad que los compradores desean adquirir es exactamente igual a la que los vendedores desean vender. Si una empresa, gracias a su poder de mercado, asume el control de las condiciones de la oferta en una industria, en los precios, nos encontramos en el modelo del monopolio (si es una empresa) o del oligopolio (si son más de una), donde el precio se fija mediante la curva que maximiza el beneficio de la(s) empresa(s) en

sigue el derecho de competencia está girando a evaluar las normas de competencia bajo la óptica del consumidor, que es utilizado con mucha frecuencia, porque fundamentalmente formula las preguntas correctas e identifica los objetivos correctos. Explica mejor que los modelos de precio o los modelos de competencia, cuál es el motivo por el que el derecho de competencia es mejor para el bienestar del consumidor. Señalan sus proponentes que es más transparente y proporciona una mejor regla general inicial de todo lo que es el derecho de la competencia.<sup>10</sup> Plantean que en contraste los modelos mencionados anteriormente de competencia y los modelos del precio deben estar limitados. No es que los antiguos modelos carezcan de utilidad, sino que sus premisas son defectuosas y sólo pueden referirse torpemente a la competencia que no está basada en los precios. A lo mejor intentan ayudar a los consumidores a conseguir los objetivos de no precio indirectamente, plegándolos en el análisis de precio en la forma de precios ajustados a la calidad, o al asumir que los mercados que son

---

función de los costes de producción. Mientras que en las industrias perfectamente competitivas, ninguna tiene un poder de mercado considerable para fijar los precios del mercado. Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus *Economía*. Traducción de Esther Rabasco y Luis Toharía. 1999 16ª Edición. Pág. 1146. Véase también Simon Bishop y Mike Walker. *Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. 2000 Londres. 2ª Edición, pág.11

<sup>9</sup> Los modelos económicos de competencia pueden estar divididos en tres amplias categorías. Estos son “competencia perfecta”, “el modelo del monopolio” y “modelo del oligopolio” que se clasifican en función de dos variables fundamentales: el número de productores existentes en cada mercado y el nivel de diferenciación de los bienes y servicios comercializados. Sobre la base de estos dos criterios se establece una serie de situaciones: Si una industria está compuesta por una gran cantidad de empresas que ofrecen productos homogéneos y sustituibles estamos en presencia de un modelo de competencia perfecta. Si las empresas recurren a la diferenciación de sus productos para mejorar su situación competitiva, la competencia se transformará en monopolística. En caso de que el número de empresas competidoras sea reducido predominará el oligopolio. Por último, si en un mercado la oferta total proviene de una única empresa nos encontraremos ante una estructura de monopolio. A veces, el poder de negociación puede inclinarse y concentrarse en manos de la demanda; esto ocurrirá cuando exista un solo comprador frente a una multitud de productores, en este contexto, hablaríamos de monopsonio o monopolio de la demanda.

El propósito de la discusión de estos modelos es proporcionar un grupo básico de herramientas analíticas con las que evaluar si un mercado está sujeto a la competencia efectiva y, si no, cómo los resultados en este mercado difieren de los resultados competitivos. Tanto el modelo del monopolio y de la competencia perfecta proporciona un punto de inicio útil para analizar la efectividad de la competencia, ninguno de ellos proporciona bases útiles para las decisiones políticas. En particular ningún modelo proporciona un análisis de la interacción entre las empresas en el mercado. Tomar en cuenta esta interacción es una consideración crítica en la valoración de la efectividad de la competencia, es la tercera categoría de los modelos –los modelos del oligopolio– que contrastan explícitamente con el grado de interacción entre las empresas que afecta a los resultados del proceso competitivo. La discusión de los modelos del oligopolio, también ayuda a dirigir qué resultados se pueden esperar conseguir razonablemente de la competencia. Se argumenta que ciertos tipos de modelos de oligopolio están caracterizados por la competencia efectiva. Sin embargo, el poder de mercado es el concepto económico central en el derecho de competencia Simon Bishop y Mike Walker. *Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. 2000 Londres. 2ª Edición, pág.11 Véase también Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*. Editorial Colex. Madrid 2003. pág. 1050. Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus *Economía*. Traducción de Esther Rabasco y Luis Toharía. 1999 16ª Edición. Véase también Eduardo Bueno Campos. Patricio Morcillo Ortega. *Fundamentos de Economía y Organización Industrial* 1994. MacGraw Hill. Madrid. Capítulo 5.

<sup>10</sup> Neil Averit y Robert H. Lande. “Using the “Consumer Choice” Approach to Antitrust Law” en *Antitrust Law Journal*, Vol. 74. 2007. 175-264. En 178.

competitivos en el precio también serán competitivos para las preferencias de no precio. Este análisis sucedáneo usualmente produce resultados razonables, pero no es particularmente intuitivo. Además en algunos casos, no funcionan adecuadamente. En aquellos casos, si son considerados, los factores de elección tendrán que ser tratados directamente.

El derecho de competencia se pueden identificar al menos dos situaciones comunes en las que es inadecuado un análisis bajo los modelos simples del precio: Primero, algunas conductas –como los acuerdos entre las empresas competidoras o los acuerdos al nivel horizontal, para limitar la publicidad- incrementarán los costes de búsqueda en los consumidores o que de otro modo, dañan su habilidad en la toma de decisiones. Lo que ocasionará que los consumidores escojan productos que son menos deseables o menos recomendables a sus necesidades particulares. Un análisis completo de los criterios utilizados para establecer la ilegalidad de una conducta, debe tener en cuenta estos efectos adversos de satisfacción e idoneidad en los consumidores, así como los efectos adversos en el precio ocasionados por la conducta. Segundo, en algunos mercados las empresas compiten inicialmente no en el precio sino a través del desarrollo independiente de su producto o de la creatividad. Estos esfuerzos pueden implicar áreas como la innovación de alta tecnología, el suministro de los servicios en los hospitales, o independencia editorial en los medios de prensa. La innovación efectiva en estos mercados, algunas veces necesitaría de más suministradores que sean requeridos para asegurar la competencia en el precio. Así los principios de la concentración del mercado tomados del contexto de los modelos de precio no asegurarían competencia robusta en las cuestiones más relevantes para los consumidores de estos tipos de productos. En cada una de estas tres situaciones, el uso explícito de un enfoque alternativo al derecho de competencia, es probable de conducir a las decisiones de aplicación que reflejen mejor las preferencias e intereses del consumidor<sup>11</sup>. Sin embargo, veremos que bajo el derecho de competencia comunitario, el enfoque es sobre los modelos de la eficiencia o competencia y los modelos del precio.<sup>12</sup>

Al ser la noción del poder de mercado el concepto económico central en el derecho de la competencia<sup>13</sup>, tenemos que la concentración del poder económico se produce por dos caminos: el engrandecimiento de la empresa y la asociación entre varias empresas. El

---

<sup>11</sup> Neil W. Averitt y Robert H. Lande. “Using the ...” ob. Cit. p.176.

<sup>12</sup> Simon Bishop y Mike Walker. *Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. 2000 Londres. 2ª Edición, pág.12

<sup>13</sup> Simon Bishop y Mike Walker, ob. Cit. pág. 11.

solo hecho de la empresa gigante es considerado con recelo por las oportunidades de dominio económico, y también político, que implica. Sin embargo, la libre competencia permite que las empresas se esfuercen por lograr la mayor cuota de mercado, ofertando mejores precios, bienes o servicios. Como secuela de ello, puede ocurrir que los consumidores prefieran ciertas empresas y posterguen a otras. De prolongarse esta situación, el resultado no será otro que la existencia, en ese mercado concreto, de una o varias empresas grandes, y la desaparición de las demás. En ese caso, habrá una o varias empresas con posición de dominio en el mercado. Su situación puede ser tan fuerte que, incluso pueda permitirse fijar unilateralmente los precios u otras condiciones económicas sin temor a una reacción rápida y enérgica por parte de los competidores ni de los consumidores. A largo plazo, la libertad de empresa habrá empujado a entornos monopolísticos u oligopolísticos. Por otro lado, puede producirse la concentración del poder económico a través de la asociación entre empresas.<sup>14</sup>

### ***1.1. Competencia funcional y Poder de mercado.***

Si contemplamos que la preocupación fundamental del derecho de competencia es proteger el interés del consumidor, entonces, está claro por qué el concepto del poder de mercado juega un rol prominente. Si la estructura del mercado indica que hay pocas posibilidades que los consumidores sean dañados, no habrá interés en cuestionar cómo se comportan las empresas ya que la presencia de la competencia efectiva proporcionará un antídoto poderoso a cualquier esfuerzo de las empresas para explotar a los clientes o consumidores<sup>15</sup>.

La doctrina concibe a la competencia funcional en general como “la rivalidad entre empresas que operan en un determinado sector de la actividad económica y que se esfuerzan, dentro de los límites legales permitidos, por captar la mayor cuota de mercado posible, ofreciendo mejores precios, bienes, servicios u otras condiciones económicas, sin incurrir en responsabilidad por su comportamiento, aunque éste cause perjuicio a otras empresas, e incluso ocasione su expulsión del mercado”<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Pellisé Capell, ob. Cit. Pág. 38 y ss. Calvo Caravaca y Carrascosa González, ob. Cit. Pág. 1050, véase también Bailos Corroza, Hermenegildo, ob. Cit. Pág. 282.

<sup>15</sup> George A. Hay. “Market Power in Antitrust”. *Antitrust Law Journal* Vol. 60, Año 1992. Pág. 807 y ss. en 808.

<sup>16</sup> Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Luis Fernández de la Gandara. *Política y Derecho de la competencia en la C.EE.: una aproximación*. En *Revista General del Derecho*. 1993pp. 3379 y ss. en 3383. Véase también las reflexiones sobre la noción de competencia en Fernando Díez Estella, “Los objetivos del derecho antitrust” en *GJ* 2003, nº 224 p. 32-52.

El razonamiento económico<sup>17</sup> sugiere que en el caso de competencia entre empresas impulsadas por su deseo de maximizar beneficios, las diferencias entre el precio fijado a los consumidores y el coste de cada unidad, desaparecerá en el largo plazo. Así, si estas diferencias existieron en el corto plazo, cada empresa competidora tendrá el incentivo de expulsar a sus competidores para conseguir una mayor cuota de mercado de aquel mercado que les resulte rentable; y los competidores potenciales, buscando una posibilidad de hacer un beneficio también tendrán interés en acceder al mercado. La combinación de estas dos fuerzas conducirá a una bajada en los precios hasta que el precio sea equivalente al coste marginal<sup>18</sup>. Lo que es más, si diferentes empresas tuvieran diferentes costes por unidad para empezar, las empresas de coste bajo tendrán un incentivo para retirar a las menos eficientes, que tienen costes más altos, que al final dejarán la industria, o serán obligadas a convertirse en eficientes para sobrevivir en la industria. Así, este razonamiento ve a la competencia como un proceso que asegura tanto la eficiencia en la distribución (es decir, los precios serán iguales a los costes) y la eficiencia en la producción (es decir, los costes por unidad serán lo más bajo posibles dada la tecnología disponible y el coste de los recursos).

La competencia resultará en el beneficio económico cero para las empresas competitivas, lo que significa que las ganancias de estas empresas serán iguales al coste de oportunidad de los factores que utilizan. Debido a que los precios son iguales a los costes de cada unidad y los costes de cada unidad son lo más bajo posibles, la cantidad demandada y producida es lo más grande posible, y el bienestar agregado del consumidor será maximizado.

En términos económicos, la competencia es vista, no en términos de la rivalidad per se, sino en términos de comportamiento en el mercado. Un mercado es perfectamente competitivo cuando las empresas calculan los precios de su producción al nivel del coste marginal y los costes son minimizados por la eficiencia interna. Esto no necesariamente requiere un gran número de rivales. Si la entrada y la salida no son costosas, los mercados pueden ser perfectamente competitivos incluso con una única empresa sirviendo a la totalidad del mercado. De forma similar, algunos modelos de oligopolio demuestran que en algunos mercados los precios serían cercanos al coste marginal, incluso cuando existan barreras a la entrada. En ambos tipos de mercados, la eficiencia en la distribución y la eficiencia productiva estarían perfectamente alineadas

---

<sup>17</sup> Frédéric Jenny. "Competition and Efficiency". En *Fordham Corporate Law Institute*. Editor Barry E. Hawk. Transnationa Juris Publications Inc. New York . 1993. pág. 198.

<sup>18</sup> El coste marginal es el cambio en el coste total, que surge cuando la cantidad producida cambia por una unidad, es decir, al incremento del coste total que supone la producción adicional de una unidad de un determinado bien.

incluso a niveles relativamente altos de concentración de empresas, de modo que ninguna reordenación de los activos productivos incrementaría el bienestar económico total. En estos mercados, la intervención de las autoridades de competencia para preservar o crear un número mayor de rivales daña el bienestar del consumidor y empeora el resultado del mercado.

Si se incorporan estos factores a la noción, la competencia sería definida como el proceso por el que las fuerzas de mercado operan libremente para asegurar que los recursos escasos de la sociedad sean empleados tan eficientemente como sea posible para maximizar el bienestar económico total.

El derecho de competencia interviene así en tres áreas distintas según el paradigma E-C-R<sup>19</sup>: en la conducta de las empresas (C), en la estructura de los mercados económicos (E) y en el resultado económico (R). El derecho de competencia prohíbe la conducta de las empresas que restringen el comercio, disminuyen la competencia o abusan de su posición de dominio en el mercado<sup>20</sup>.

Para que una empresa adquiera la capacidad de afectar la competencia, debe tener poder de mercado, definido como la habilidad de una empresa (o grupo de empresas actuando conjuntamente) para elevar el precio por encima del nivel competitivo sin perder las ventas de un modo tan rápido que el incremento del precio no sea rentable y deba ser rescindido.<sup>21</sup> Vemos que el poder de mercado puede existir en varios grados que van del poder de mercado trivial al poder de mercado sustancial o poder de monopolio.<sup>22</sup> Si utilizamos el poder de mercado como un filtro en los casos antimonopolio, de modo que el poder de mercado debe ser un requisito para que un tribunal establezca que

---

<sup>19</sup> Para analizar las fuerzas del mercado es necesario describir la cuestión, estudiando sus distintas estructuras y determinantes. El modelo ampliamente descriptivo de las relaciones económicas, utilizado en muchos estudios de la organización industrial fue concebido por Edward S. Mason desde 1930 y corroborado por numerosos académicos, conocido como el paradigma Estructura-Conducta-Resultado

<sup>20</sup> En algunas circunstancias muchas de estas conductas que restringen la competencia pueden contribuir a la eficiencia económica y el derecho de competencia está diseñado para balancear entre el daño a la competencia y el desarrollo de la eficiencia. Si el derecho de competencia se aplica a la estructura de los mercados económicos, interviene en las transacciones entre las empresas, como las concentraciones, joint-ventures y las transferencias de activos. Esto ocurre cuando estas transacciones pueden debilitar la independencia de los competidores y elevar la concentración en los mercados económicos a unos niveles altos. Las políticas referidas al resultado, son aquellas por las que el derecho de competencia corrige las situaciones de monopolio o restricciones al comercio, estableciendo los precios o controlando la producción. Roger Alan Boner y Reinald Krueger. *The Basics of Antitrust Policy. A Review of Ten Nations and the European Communities* World Bank Technical Paper N° 160 Washington DC. 1991 pág. X.

<sup>21</sup> William M. Landes and Richard A. Posner. Ob. cit. En 937. Phillip Areeda y Donald Turner. *Antitrust Law: An Analysis*. Vol. 1 Ed. Little. Boston. 1978. Pág. 322.

<sup>22</sup> George A. Hay. "Market Power in Antitrust". *Antitrust Law Journal* Vol. 60, Año 1992. Pág. 807 y ss. en 814.

determinadas prácticas de las empresas violan las leyes de competencia, la referencia debe ser a un determinado grado significativo.

Para enfrentarse a un poder de mercado que ponga en peligro la libre competencia, los sistemas jurídicos han seguido normativas distintas como vemos a continuación.

## **2. Las normas que controlan el comportamiento de las empresas con dominio en el mercado en los diferentes sistemas legislativos**

El objetivo principal de las normas de competencia es proteger la competencia efectiva en el mercado, lo que implica cuestionarse qué significa la competencia efectiva, en cuyo caso, lo que es importante, no es la forma que toma la competencia, ni su descripción, sino los resultados que ésta produce en el mercado. Un entendimiento claro de este concepto, nos permite dar una interpretación consistente y lógica a conceptos como “distorsión de la competencia”, “restricción de la competencia”, y “precio excesivo”. Estas expresiones implican la noción de comparar un resultado con otro. Por ejemplo, “distorsión de la competencia” claramente sugiere que el resultado “distorsionado” está siendo comparado a algún otro resultado, es decir, el resultado “no distorsionado” o normal.<sup>23</sup>

Los criterios de apreciación por los que se compara un resultado con otro, varían de una jurisdicción a otra. Así por ejemplo, en el derecho de competencia americano, donde también se le domina ‘derecho antitrust’, procede la intervención cuando un determinado comportamiento puede disminuir el bienestar agregado del consumidor o el bienestar total. Sin embargo, bajo el derecho de competencia comunitario, el analista observa la estructura del mercado y su dinámica, y pregunta si el comportamiento examinado interfiere y degrada el mecanismo del mercado. La libertad de comercio (y la competencia y la innovación) sin la obstrucción artificial del mercado se presume que comprende el interés público, especialmente el interés económico público. Las barreras a esta libertad deben estar justificadas. Según este análisis si el comportamiento excluye a otros operadores en el mercado, y no está justificado, es anticompetitivo y debe ser prohibido<sup>24</sup>.

Por otro lado, la idea de competencia efectiva no parece ser el producto de ninguna teoría particular o modelo de competencia –perfecta, funcional, contestable o cualquier

---

<sup>23</sup> Simon Bishop y Mike Walker. *Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. 2000 Londres. 2ª Edición, pág. 11.

<sup>24</sup> Eleanor M. Fox. “What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect”. En *Antitrust Law Journal* 2002, Vol. 70 pág. 372 y ss.

otra-. Sin embargo, la competencia efectiva sí supone la idea de que las empresas deben estar sujetas a un grado razonable de coacción competitiva, de los competidores actuales y potenciales y de los clientes, y que el rol de una autoridad de competencia es ver que estas coacciones estén presentes en el mercado.<sup>25</sup>

En el derecho de competencia en general, no hay una sola política unitaria, la política de competencia no existe en un vacío: es una expresión de los valores actuales y de los objetivos de la sociedad y generalmente es tan susceptible al cambio como el pensamiento político. Debido a que las opiniones y las perspectivas cambian en el tiempo, el derecho de competencia está imbuido de tensión. Los diferentes sistemas del derecho de competencia de cada jurisdicción, tienen unas economías y desarrollo económico muy diferentes, es imposible suponer que cada uno de estos sistemas pueda tener intereses idénticos.<sup>26</sup>

### ***2.1. En el derecho antitrust norteamericano***

El sistema antitrust norteamericano es uno de los más desarrollados del mundo, respecto al control del ejercicio del poder de mercado. La prohibición de los comportamientos de las empresas que dañan la competencia efectiva en el mercado, se tradujo en la promulgación de la Ley Sherman de 1890, la Ley Clayton de 1914 y la Federal Trade Comisión Act de 1914. Esta legislación inicial estuvo considerablemente inspirada en el deseo de proteger las libertades políticas, al igual que por la opinión que la competencia es el motor del progreso económico. Las leyes materializan un vigoroso espíritu pro competitivo en la forma legal, y se alejan del enfoque ad hoc de otras jurisdicciones.

La Ley Sherman prohíbe dos amplias clases de comportamiento anticompetitivo: La sección 1 que prohíbe los contratos, combinaciones y conspiraciones que restringen el comercio. La sección 2 que ilegaliza la monopolización, los intentos de monopolizar y las conspiraciones para monopolizar.

Al condenar los monopolios y los contratos, combinaciones y conspiraciones que restringían el comercio, la Ley Sherman empleó en su redacción términos conocidos

---

<sup>25</sup> Richard Whish. *Competition Law 5<sup>th</sup>* Ed. Butterworths. 2003. Londres U.K. pág. 16.

<sup>26</sup> Así en el derecho de competencia americano sucede lo mismo, las leyes antitrust fueron diseñadas en una forma que permitiera a los tribunales responder a los cambios que suceden y que sucederán en la ideología, la política y la teoría. Herbert Hovenkamp. "Federal Antitrust Policy". 2<sup>nd</sup>. Ed. Hornbook Series. Minesota. EEUU. 1999. pág. 54.



para el derecho común o “common law”<sup>27</sup>. Sin embargo, ni el estatuto ni su historia legislativa dan ningún significado concreto al término “restricción del comercio” y respecto de la sección 2 la referencia al término “monopolizar” es incluso menos clara porque el monopolio conocido para el common law fue aquel concedido u ostentado por la autoridad pública o cuasi pública. Así, el uso de palabras no elaboradas del common law y las referencias simplemente parecen haber investido a los tribunales federales con una nueva jurisdicción. La Ley Sherman sería considerada no como una prohibición de tipos específicos de conducta, sino como una autoridad general para efectuar lo que los tribunales bajo el common law hacen usualmente: utilizar algunas técnicas habituales del razonamiento judicial, considerar el razonamiento y los resultados de otros tribunales del common law y desarrollar, refinar, e innovar en la tradición dinámica del common law. Sin embargo, ya que las leyes de competencia constituyen claramente una salida del contenido sustantivo del common law pre existente, uno se pregunta por dónde empieza este desarrollo y por qué valores sustantivos es guiado. En este nivel más amplio, la historia legislativa proporciona alguna información. Aunque permanece mucha ambigüedad, y se debe considerar también el peso que se debe conceder a esta historia que refleja inevitablemente una etapa diferente en el desarrollo económico del país y en el entendimiento de cómo funciona la economía.

La resolución de los casos antitrust dependerá entonces de las afirmaciones prevalentes (y cambiantes) sobre cómo funciona la economía y la posibilidad relativa de gestionar los diversos enfoques. La cuestión de los objetivos está más concretamente dirigida a intentar identificar el criterio por el que valorar lo “razonable” de un acuerdo entre los competidores que “restringe” el comercio: ¿La eficiencia en la producción o la distribución de recursos? ¿El bienestar del consumidor visto en términos de precios más bajos que se traduzca en ahorros de los costes de producción para los consumidores? ¿O la buena fe en algún sentido? El debate a menudo contrasta la economía con valores sociales y políticos.<sup>28</sup>

En sus inicios, la norma tenía una miscelánea de objetivos, la mayoría de los cuales, no relacionados e incluso opuestos a la competencia y a la eficiencia. Estos objetivos incluyeron las acciones que impidieran la unión de los estados, limitar la competencia en la distribución de bienes, sin embargo, en la actualidad, el derecho antitrust es casi

---

<sup>27</sup> El Derecho anglosajón, o “Common Law” es el sistema jurídico derivado del sistema aplicado en la Inglaterra medieval y que es utilizado en gran parte de los territorios que tienen influencia británica. Se caracteriza por basarse más en la jurisprudencia que en las leyes

<sup>28</sup> Phillip Areeda y Louis Kaplow. *Antitrust Analysis*. Aspen Law & Business. Fifth Edition. 1997, pág. 49-51

enteramente un producto de la interpretación judicial de las leyes federales antitrust.<sup>29</sup> Bajo el derecho antitrust norteamericano, la persecución del objetivo de la eficiencia económica es el objetivo exclusivo de las leyes antitrust. Se compone de dos partes relevantes: la eficiencia productiva y la eficiencia en la distribución. La eficiencia productiva es una fracción en que el valor de un producto de una empresa es el numerador y el valor de sus insumos necesarios es el denominador; cuanto más alto sea este ratio, la empresa será más eficiente. Las ganancias en la eficiencia productiva provienen principalmente de la investigación y desarrollo. La eficiencia en la distribución se refiere a la eficiencia general de los mercados, medido generalmente por el criterio de Pareto<sup>30</sup>.

Como criterio general, los mercados consiguen la eficiencia en la distribución cuando son competitivos –esto es, cuando el precio iguala al coste marginal-. Debido a que los beneficios del monopolio proporcionan un importante incentivo para la investigación y el desarrollo, sin embargo, los incrementos en la eficiencia productiva operan frecuentemente para reducir la eficiencia en la distribución en el mercado. Por ejemplo, la construcción de una gran planta y la adquisición de una gran cuota de mercado incrementarían la eficiencia productiva de la empresa, permitiéndole conseguir economías de escala; sin embargo estas acciones pueden simultáneamente reducir la eficiencia en la distribución al facilitar el precio monopólico. Una política antitrust correctamente definida, intentará maximizar las ganancias de eficiencia netas.<sup>31</sup>

En palabras de Bork<sup>32</sup>, “el objetivo global del derecho antitrust puede resumirse como el esfuerzo para desarrollar la eficiencia en la distribución sin dañar la eficiencia

---

<sup>29</sup> Richard A. Posner. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. 2da. Edición. The University of Chicago Press 2001. pág. 34. Los redactores de la Ley Sherman estuvieron influidos con el problema del monopolio o “trust”, pero lo que concibieron del problema es oscuro, y así contradictorio. Parecen haber estado interesados con los precios bajos dañinos los competidores pequeños o pequeñas empresas provenientes de las grandes empresas o “trusts” y con el precio discriminatorio que colocaron a los competidores de las grandes empresas o “trusts” en una desventaja, así como con los precios altos dañinos a los consumidores, pero su interés con los precios altos se enfocó en la redistribución del bienestar más que los efectos de distribución del precio monopólico. La protección de los competidores de los precios bajos y a los consumidores de los precios altos, son objetivos incompatibles con unas pocas excepciones raras, tales como cuando un monopolista fija el precio por debajo del coste en un esfuerzo por intimidar a un entrante potencial.

<sup>30</sup> Desde el punto de vista económico, una situación determinada es el óptimo de Pareto cuando ninguna persona pueda estar mejor sin que otra esté peor, también se denomina “eficiencia en el sentido de Pareto”, en honor a Wilfredo Pareto su enunciado implica que existe eficiencia en la asignación cuando no hay ninguna reorganización posible de la producción que mejore el bienestar de todas las personas. Por tanto, en condiciones de eficiencia, sólo es posible aumentar la utilidad de una persona reduciendo la de alguna otra. Véase Samuelson y Nordhaus *Economía*. Mc Graw Hill. 1990 13ª Ed. Pág. 637.

<sup>31</sup> Herbert Hovenkamp. “Federal Antitrust Policy”. 2<sup>nd</sup>. Ed. Hornbook Series. Minesota. EEUU. 1999. pág. 61.

<sup>32</sup> Robert Bork. *The Antitrust Paradox: a Policy at War with itself* 1.978 New York: Basic Books. Véase también Phillip Areeda y Donald Turner. *Antitrust Law: An Analysis*. Vol. 1 Ed. Little. Boston. 1978. pág. 103 y siguientes. El objetivo económico de una política pro competitiva es maximizar el bienestar

productiva de tal forma que no produzca una ganancia ni una pérdida neta en el bienestar del consumidor”.

Concluiremos entonces, que bajo el derecho antitrust norteamericano, “parece claro que el objetivo general de las normas antitrust es promover la “competencia” en la medida que entiende este término el economista.<sup>33</sup>

El derecho antitrust, ayuda a aislar el ámbito del mercado de la interferencia política. La aplicación de la ley está encargada a las agencias oficiales profesionales que son más rigurosas y transparentes como nunca antes, en sus intentos de proteger el proceso competitivo y maximizar el bienestar del consumidor. Los valores clave de la aplicación de las normas de competencia disfrutaron de un amplio apoyo político, que ayuda a una disminución progresiva del impacto del especial interés de los lobbies.<sup>34</sup>

Con el objeto de actualizar la Sección 2 de la Ley Sherman, se formó una Comisión Antitrust de Modernización que fue la encargada en preparar el informe sobre la necesidad de la modernización de las normas antitrust en Estados Unidos<sup>35</sup>. Se trata del Informe del U.S. Department of Justice, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act (2008)<sup>36</sup>, informe del que nos ocuparemos a lo largo de este trabajo en cuanto sea procedente.

Las iniciativas de modernización que se han discutido para redactar este informe fueron promovidas inicialmente por la percibida incapacidad de las normas legales existentes en considerar apropiadamente las nuevas formas de comercio y la importancia en incremento de la propiedad intelectual.

La Ley Clayton de 1914 es agregada a la Ley Sherman, al especificar algunas prácticas como anticompetitivas. La Sección 2, que fue modificada por la Ley Robinson-Patman

---

económico del consumidor a través de la eficiencia en el uso y distribución de los recursos escasos, y a través del progreso en el desarrollo de nuevas técnicas productivas y nuevos productos que pongan estos recursos en un uso mejor.

<sup>33</sup> Philip E. Areeda y Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law: An Análisis of Antitrust Principles and Their Application*: Vol. 1, 4 (2ª Ed. 2000)

<sup>34</sup> W.Baer y D.Balto. “The Politics of Federal Antitrust Enforcement”. En *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1.999. en p. 132. Véase también Korah: “La competencia sobre las bases del comportamiento no es idéntica con el concepto americano de eficiencia económica. No incluye tal conducta ‘normal’ como concentraciones y adquisiciones, acuerdos de contratación exclusiva o descuentos de fidelidad, que no son necesariamente ilegales bajo el derecho americano.” Valentine Korah. *An introductory guide to EC Competition, Law and practice*. Ed. Sweet and Maxwell. Oxford 2007

<sup>35</sup> 21st Century Department of Justice Appropriations Authorization Act, Pub. L. No. 107-273, 116 Stat. 1758 (2002).

<sup>36</sup> U.S. Department of Justice, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act (2008). Disponible en [www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm](http://www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm)

en 1936, ilegalizó la discriminación en el precio con un efecto adverso en la competencia. La Sección 3 prohibió algunas restricciones verticales (como la vinculación o tying) que van en detrimento de la competencia. La sección 7 se aplica a las concentraciones anticompetitivas, y fue reforzada en 1950 por la modificación Celler-Kefauver.

La ley Federal Trade Commission (FTC) estableció una agencia, la FTC, con poderes de investigación y cuasi judiciales en cuestiones de competencia. La ley prohibió también los ‘métodos desleales de competencia’ en términos imprecisos. La FTC comparte el objetivo de aplicar las leyes antitrust con la División Antitrust del Departamento de Justicia. La división de trabajo entre ellos no siempre está totalmente clara.

Tratándose de una ley federal, la ley se aplica al comercio entre los estados y con naciones extranjeras.

Las infracciones de la Ley Clayton y de la Ley de la Federal Trade Commission no constituyen delito, sin embargo, la infracción de la sección 1 y la sección 2 de la Ley Sherman son delitos y pueden ser objeto de penas de prisión superiores a los 3 años y multas superiores a 350,000 dólares para un particular, y superiores a 10 millones de dólares para una corporación. Penas de prisión superiores a un año y multa por encima de los 5 mil dólares o ambas, constituyen las máximas sanciones por la infracción de la sección 3 de la Ley Robinson Patman que es invocada en raras ocasiones, y la mayoría de sus supuestos, no son castigados con prisión.

Las demandas pueden interponerse por la autoridad pública, en el nombre del Abogado General, o por las partes privadas, que podrían demandar en compensación, bajo la Ley, por el triple de los daños ocasionados por los infractores<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> El remedio de reclamar por el triple de los daños concede a las personas privadas un poderoso incentivo financiero para aplicar las leyes antitrust. Tanto bajo la Ley Sherman y la Ley Clayton, cualquier persona privada “dañada en su comercio o propiedad por razón de acciones prohibidas en las leyes antitrust, debe recuperar el triple de los daños ocasionados, y el coste de la demanda, incluyendo los honorarios del abogado. El resultado es que la admisibilidad de las demandas, que es inevitablemente selectiva y menos probable de referirse en si misma a violaciones locales, ocasionales, o no se traten de violaciones flagrantes, está complementada por la aplicación privada. El remedio adicional disponible a través de las demandas privadas incrementa la probabilidad que un infractor será descubierto, incrementa considerablemente las sanciones que le serán impuestas, y así ayuda a desanimar la conducta ilegal. Algunos infractores antitrust han asumido un coste muy alto por su infracción.

El demandante debe establecer la medida de sus perjuicios. Aunque los tribunales parecen requerir más prueba del hecho del daño, que la cuantificación del daño. Probablemente sea considerablemente difícil demostrar cómo la situación actual del demandante de la que podría haber sido en la ausencia de la infracción antitrust del demandado. La prueba requerida depende de la naturaleza del perjuicio invocado. Por ejemplo, el demandante que pagó el precio fijado por la conspiración de fijación de precio ilegal es

Aunque las leyes antitrust son de aplicación general, cubriendo todas las industrias y virtualmente todas las actividades económicas, se han originado muchas “excepciones” al pasar de los años. Hay excepciones importantes, como las excepciones literales por las que se autorizan determinadas conductas en el ámbito de agricultura, cooperativas y uniones de trabajadores e industrias reguladas. La Ley Webb-Pomerene de 1918 exonera los acuerdos referidos sólo a la exportación que tienen ningún efecto en la competencia doméstica.

La relación del estado y el derecho federal es muy compleja. El derecho federal da primacía expresa a la ley estatal y existen otras situaciones en que la ley de cualquier estado es declarada no válida debido a que es inconsistente con la Constitución Federal o los estatutos.

Una ley de un estado, que sea anticompetitiva no sería validada debido a su inconsistencia con la Cláusula de Comercio Constitucional si ésta impide el comercio.

Bajo la Cláusula de Comercio, incluso en la ausencia de la legislación federal, por su propia vigencia, ha sido considerada como una limitación inherente en la interferencia de la ley de un estado con el comercio interestatal. Las diversas fórmulas históricas con las que el Tribunal Supremo ha establecido estas limitaciones, residen en la afirmación que la Constitución ordena una economía nacional. Esto es más obvio en las prohibiciones constitucionales expresas de los precios en los bienes que entran o salen del estado, establecidos por un determinado estado.

No hay regla absoluta respecto a impedir el flujo libre del comercio interestatal, como está claramente demostrado por los muchos casos permitiendo a los estados imponer impuestos afectando los costes y así afectando el volumen de los bienes interestatales producidos o consumidos en este estado. Del mismo modo, a un estado le puede ser permitido amplias posibilidades bajo el poder de policía para proteger la salud y seguridad de sus ciudadanos, aunque este poder no es absoluto. En lugar de un test per se contra estas barreras, el Tribunal Supremo ha favorecido un balance de los intereses

---

considerado de haberse perjudicado por el exceso del precio fijado sobre el precio del mercado libre que de otro modo habría prevalecido. Este último precio debe ser estimado de alguna manera –por ejemplo, asumiendo que el precio antes y después de la conspiración de otro modo habría prevalecido, pero prestando atención “apropiada” a la forma en que difieren las circunstancias durante el período de conspiración de aquellas anteriores o la forma cómo continuaron. (por ejemplo el caso *Wall Prods.Co. contra National Gypsum*, 357 F. Supp. 832 (N.D. Cal. 1973); *Ohio Valley Elec. Contra G.E.*, 244 F.Supp. 914 (S.D.N.Y. 1965)

Generalmente los demandados podrán serlo conjunta o separadamente por los daños resultantes de su conspiración Phillip Areeda y Louis Kaplow. *Antitrust Analysis*. Aspen Law & Business. Fifth Edition.1997§164

del estado y los intereses federales. La regla general es aquella establecida en el caso Pike,<sup>38</sup> que señala que si la ley del estado regula equitativamente para atender a un interés público local legítimo, y sus efectos en el comercio interestatal son sólo incidentales, será ratificada a menos que el peso impuesto en este comercio es claramente excesivo en relación a los beneficios locales aparentes, la medida del peso que será tolerado, dependerá, entre otros, si se verifica que podría ser fomentado, así como un impacto menor en las actividades interestatales.

Bajo esta formulación, la Cláusula de Comercio invalida las normas de los estados que resulten ser anticompetitivas.

La Ley Sherman, se aplica a las restricciones o a la monopolización que afecte el comercio entre los distintos estados. La Ley Clayton, la Ley Robinson-Patman y la Ley de la Federal Trade Comisión, a diferencia de la Ley Sherman, se aplican a las personas y las conductas “en el comercio”. En alguna medida, las infracciones a la Ley Clayton o incluso de la Ley Robinson Patman violarán la Ley Sherman, en aquellas situaciones, un fallo de jurisdicción bajo la normativa de los estados, será irrelevante cuando la conducta de los demandados afecte el comercio bajo la Ley Sherman.

## ***2.2. En el derecho de competencia comunitario:***

Las normas de competencia en el ámbito comunitario tienen sus orígenes en el Tratado Europeo del Acero y del Carbón, donde el preámbulo estableció: “Para sustituir las antiguas rivalidades de los países miembros y sus intereses esenciales; para crear, mediante el establecimiento de la comunidad económica, las bases para una comunidad más amplia y más profunda entre sus ciudadanos antiguamente divididos por terribles conflictos; y establecer los fundamentos de las instituciones que orientarán a un destino compartido de ahora en adelante”.<sup>39</sup> Las normas de derecho de competencia del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA) sirvieron como un punto de referencia para diseñar las normas análogas del Tratado de Roma seis años más tarde<sup>40</sup>. La estructura básica incluyó dos normas, una prohibiendo los acuerdos anticompetitivos (el artículo 65) y la otra referida a las “concentraciones” del poder de

---

<sup>38</sup> *Pike v. Bruce Chuch*, 397 U.S. 137, 142 (1970).

<sup>39</sup> Preámbulo del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero de 18 de abril de 1951.

<sup>40</sup> Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hecho en Roma, el 25 de marzo de 1957. (Versión consolidada tras la modificación del Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1987 (artículos 81 a 86)

las empresas y el “mal uso” de su poder económico (artículo 66).<sup>41</sup> La inclusión de las normas de competencia en el Tratado CECA fue un paso en el desarrollo del derecho de competencia en Europa, creando una base para la construcción de los subsecuentes acuerdos internacionales.

El actual artículo 81 TCE vigente, sigue teniendo la estructura básica del artículo 65 del Tratado CECA y el artículo 82 TCE es desarrollado más ampliamente respecto de la previsión análoga del artículo 66 del Tratado CECA. Así, incluye ejemplos de conducta abusiva entre las que figuran “imponer directa o indirectamente precios desleales de compra o venta u otras condiciones desleales de comercio”, “limitar la producción, los mercados o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores”, vincularse en discriminación en el precio y suscribir acuerdos de vinculación ilícitos.

Equiparándolas a las normas de la Ley Sherman en el derecho antitrust norteamericano, la sección 1 de la Ley Sherman es el equivalente al artículo 81 TCE, y la sección 2 equivalente al artículo 82 TCE, y al igual que aquellas, su función es “constitucional” en el sentido que tiene que dársele contenido en la práctica, así, por ejemplo, los comportamientos que pueden ser objeto de estas normas, no necesariamente están previstos, sino que puede infringir cualquiera de estas normas siempre que el comportamiento afecte a la competencia en el mercado, y por tanto al bienestar del consumidor, o que ponga en peligro la distribución eficiente de los recursos o la eficiencia productiva.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> David J. Gerber. *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*. Clarendon Press – Oxford, 1998. Pág. 339.

<sup>42</sup> El hecho que el derecho de competencia europeo esté basado en el estándar del bienestar del consumidor significa menos de lo que implica. Mientras la adopción del estándar del bienestar del consumidor es una declaración política clara de la Comisión Europea en interés del beneficio de los consumidores cuando considera los casos de competencia, no es aquel que se acepta sin más reserva. Aunque la política de competencia Europea está basada claramente en el estándar del bienestar del consumidor, con el objeto de ser reconocido, las ganancias de eficiencia, tienen que obtenerse a través de una barrera doble. Por un lado, parece que las ganancias de eficiencia sólo serán tomadas en cuenta si son de beneficio directo a los consumidores y si estas eficiencias se producen más probablemente en el corto plazo. Por otro lado, este estándar estrecho del bienestar del consumidor tiene que enfrentarse a través de los otros dos objetivos del derecho de competencia: la integración del mercado y la libertad económica. Cuando estos tres objetivos entran en conflicto, entonces, definitivamente no es un objetivo fácil decidir cuál debe tomar precedente. Sin embargo, el programa de modernización de las normas de competencia de la Comisión implica que el bienestar del consumidor ganará más relevancia en el derecho de competencia comunitario, e incluso precederá al menos a uno de sus rivales, la teoría de la libertad económica. Sin embargo, la Comisión tiene que clarificar exactamente qué rol tiene que jugar el bienestar del consumidor en el derecho de competencia vis-à-vis otros objetivos. Katalin Judith Cseres. *Competition Law and Consumer Protection*. European Monographs. 2005. Pág. 304

El artículo 82 TCE prohíbe como incompatible con el mercado común, la explotación abusiva por una o más empresas de una posición dominante dentro del mercado común o en una parte sustancial de éste, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los estados miembros.

Vemos entonces, que además de la prohibición de los acuerdos establecida en el artículo 81 TCE y a su mismo nivel jerárquico, la prohibición de explotar de forma abusiva una posición dominante recogida en el artículo 82, constituye el segundo nivel de las normas de competencia aplicables a las empresas. A diferencia del artículo 81 TCE, pero en perfecta conformidad con el objeto regulado, el artículo 82 no prevé ninguna excepción a la prohibición.

El artículo 82 TCE no está previsto para prohibir las conductas no competitivas efectuadas por las empresas con poder en el mercado que las conduce hacia ellas: la existencia o adquisición del poder de mercado, es decir, el control de las fusiones o las concentraciones de las cuotas de mercado de las empresas, sino que está previsto para limitar la conducta de una empresa dominante que daña a aquellos con quienes contrata.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> Desde la promulgación del inicial Tratado de Roma, la primera aproximación al estudio e interpretación del artículo 82 TCE lo hizo un grupo de Profesores reunidos por la Comisión, que dio lugar a la publicación del Memorándum de la Comisión sobre la Concentración de Empresas en el Mercado Común, de 1 de diciembre de 1965, (EEC Commission, Memorandum sur le Problème de la Concentration dans le Marché Commun (Dec. 1, 1965), reprinted in *Revue Trimestrielle de Droit Européenne* 651-677 (1966)), en el que se plantearon las primeras bases para el análisis de los elementos que forman parte de la tipificación y aplicación del artículo 82 bajo el derecho de competencia comunitario. Véase René Joliet. *Monopolization and Abuse of a Dominant Position. A Comparative Study of the American and European Approaches to the control of Economic Power* Faculté de Droit, Liège. La Haye 1970. Pág. 226 y ss. Así, la Comisión intentó establecer un esquema teórico para interpretar el concepto de abuso, el grupo de asesoramiento compuesto por los profesores de derecho, efectuaron el inicial desarrollo de los principios básicos, y su Memorándum constituye la clave de la primera mejor declaración de la Comisión interpretando el concepto de abuso, comentaremos su Memorándum sobre la concentración del poder de mercado de las empresas en el mercado, en algunas cuestiones en esta investigación.

Vemos así que durante la primera década del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) el artículo 82 fue poco utilizado. El concepto de abuso era indeterminado, con el inconveniente que los oficiales de la Comisión estaban más especializados en derecho civil, y los jueces del TJCE eran reacios en aplicar conceptos legales que consideraban vagos. Además, La Comisión no quiso arriesgar en perder los casos debido al probable rechazo que obtendrían del TJCE en esta cuestión, y la falta de ningún sentido bien aceptado de cómo sería aplicada esta norma por una Comisión políticamente débil y con un elevado riesgo. Por otro lado, la política de la Comisión estuvo enfocada en la creación de empresas comerciales que fuesen de tamaño suficiente para competir con las corporaciones americanas, y así tuvo muy poco incentivo en aplicar normas legales que podían impedir el crecimiento de las empresas europeas, o reducir su habilidad en competir a nivel internacional. La falta de aplicación del artículo 82 durante los inicios de los años 60, dejó a la norma como ‘letra muerta’. I Samkalden y I.E. Druker “Legal Problems Relating to Article 86 of the Rome Treaty”. *C.M.L.R.* Vol. 5, 1965-6, p.158-183. En 162.

Luego, la Comisión empezó a aplicar el artículo 82 de forma tímida, publicando su primera decisión en 1971 en el caso *Gema I* (Decisión de la Comisión CE 20.06.71. *Gema*. DOCE L134. 2-6-1971.). Por su parte, la primera sentencia del TJCE sobre abuso fue el caso *Continental Can* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 21-2-1973. *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. / Comisión* As. 6/72. RJ 1973 pp. 0215 – 0253). En la actualidad, el artículo 82 TCE cumple su fin de controlar la



A semejanza del derecho antitrust norteamericano, aunque los Estados miembros están obligados a respetar las normas de competencia<sup>44</sup> y pueden ser objeto de procedimientos por infracción de las normas de competencia (art. 226 TCE), sin embargo no pueden estar sujetos a las normas de competencia, al menos en la medida que esté implicada su soberanía o sus funciones administrativas.

En principio, el derecho de competencia comunitario es aplicable a todas las actividades económicas comprendidas en el TCE, sin embargo, al igual que el derecho antitrust norteamericano, hay por ejemplo el sector de la agricultura<sup>45</sup> que goza de exención en la aplicación de las normas de competencia.

El equivalente a la cláusula de comercio en el derecho antitrust americano, lo constituye el principio de la primacía de las normas de derecho de competencia comunitario sobre las normas de competencia de los derechos nacionales de los Estados miembros.<sup>46</sup> El Tribunal de Justicia ha establecido que para no infringir el principio general de “certeza legal”, que cuando las autoridades nacionales se pronuncien sobre acuerdos o prácticas que posteriormente sean objeto de una decisión de la Comisión, los tribunales nacionales deben, evitar emitir decisiones que puedan entrar en conflicto con una decisión contemplada por la Comisión en aplicación de los artículos 81 y 82 del TCE.<sup>47</sup> La doctrina señala que las autoridades nacionales no pueden, sin violar el principio de primacía del Derecho comunitario, declarar lícito un comportamiento prohibido por el Tratado<sup>48</sup>. En cambio, nada impide a la Comisión prohibir un comportamiento autorizado en virtud del Derecho nacional de la competencia.

La primacía del derecho comunitario, se manifiesta también en el principio del efecto útil de los artículos 81 y 82 TCE; es decir, la obligación que recae en los Estados de no impedir que estos artículos puedan aplicarse plenamente en sus territorios, manteniendo

---

conducta unilateral de las empresas dominantes que actúan de una forma abusiva. Muchas de las decisiones de más controversia de la Comisión han sido asumidas en aplicación del artículo 82, y en su caso han sido sancionadas con multas ejemplares, así por ejemplo, una de las mayores multas impuestas en una decisión única –de 899 millones de euros contra Microsoft (Decisión de la Comisión CE de 27 de febrero de 2008 fijando la cantidad definitiva de penalización periódica que deberá pagar Microsoft Corporation, impuesta por la Decisión de la Comisión de 24-03-2004, caso COMP/C-3/37.792 *Microsoft Corporation/Comisión y Sun Microsystems.*), y durante todo el año 2008 la Comisión ha impuesto a Microsoft multas que han totalizado 3,334 millones de euros.

<sup>44</sup>En virtud de los artículos 12, 28-30, 31, 49-55, 81, 82, 86(1), 87-89, 90-93 del TCE.

<sup>45</sup> El artículo 42 TCE establece que las normas sobre la competencia no se aplicarán a la producción y al comercio de los productos agrícolas más que en el límite establecido por el Consejo

<sup>46</sup> Sentencia TJCE de 15-7-1964 *ENEL/Costa* As. 6/64 RJ 1964, 1141

<sup>47</sup> Sentencia TJCE C-234/89 *Delimitis c. Hanninger Bräu* RJ 1991-935. ap. 47.

<sup>48</sup> Berthold Goldman, Antoine Lyon-Caen, Louis Vogel. *Droit Commercial Européen*. 5<sup>o</sup> Ed. Ed. Précis Dalloz. 1994 París ap. 475

o dictando una normativa estatal que imponga o favorezca la existencia de supuestos anticompetitivos<sup>49</sup>.

Este principio proviene del objetivo de la eliminación de las coacciones estructurales a la competencia, ocasionado principalmente por las barreras nacionales que inhiben el mercado común, una política que ha permitido a la Unión Europea remover las restricciones verticales y restricciones territoriales que terminarían dividiendo los mercados, y sobre todo apoyar a empresas pequeñas o regionales al permitir la cooperación entre ellas que de otro modo sería impedida.

Otro objetivo importante y familiar a éste, es por supuesto, la integración del mercado único, el objetivo de un mercado unificado dominó el proceso de construcción del sistema del derecho de competencia, porque fue el ímpetus central para la “nueva Europa”.

Así, bajo el derecho de competencia comunitario además del objetivo económico, existe un segundo objetivo el de la integración del mercado único europeo.<sup>50</sup>

Este “imperativo de unificación” ha diseñado las estructuras institucionales y las competencias dentro del sistema, le suministró mucho de su legitimidad, y generó el esquema conceptual para el desarrollo y aplicación de sus normas sustantivas.

### *2.2.1. La modernización del derecho de competencia*

Desde 1996, la Comisión Europea reconoció que “la situación actual política y económica necesita la modernización continua de los instrumentos y procedimientos disponibles para la Comisión, con el objeto de desarrollar la relevancia, eficiencia y transparencia de la política de competencia”.<sup>51</sup> Se inicia así un proceso de modernización aún no terminado.

La noción de eficiencia, que es aplicada comúnmente a la conducta de los actores comerciales privados, ha sido utilizada para calibrar el comportamiento administrativo.

---

<sup>49</sup> Sentencia TJCE 1-10-1987 *Vereniging van Klausse Reisbureaus/Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke. As. 311/85RJ 1985 – 3801.*

<sup>50</sup> El objetivo principal del derecho de competencia europeo ha sido siempre la promoción de la integración del mercado. Un objetivo similar es ausente en el derecho de competencia americano, ya que las reglas últimas adquirieron vigencia cuando ya se había establecido su mercado común. Fue principalmente una necesidad política más que la teoría económica, que hizo necesario una política de competencia activa a los ojos de los autores del Tratado CE. La eliminación de la compartimentalización del mercado, causada por las restricciones en la competencia fue necesaria para conseguir el objetivo central de integrar los mercados nacionales. Este objetivo de la integración del mercado es esencial para el entendimiento de las características principales del derecho de competencia europeo.

<sup>51</sup> Commissioner Karel Van Miert, Presentation of 25th Report on Competition Policy, European Parliament (May 30, 1996) disponible en [http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1996\\_044\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1996_044_en.html).

En general, el esfuerzo de modernización en la Unión Europea está siendo diseñado para incrementar la eficiencia en la aplicación de las reglas de competencia comunitarias.<sup>52</sup> La competencia es utilizada por las economías de mercado para determinar la distribución de los recursos escasos. Irónicamente, hay un consenso general en las economías de mercado libre que el funcionamiento adecuado de un mercado “libre” necesita de la intervención del estado en el mercado. En otras palabras, la competencia en el mercado no se considera que puede ser auto reguladora. Además, un mercado puramente competitivo no siempre cubre los resultados más socialmente deseables o políticamente aceptables. Estos reconocimientos legitiman la intervención del estado en el proceso competitivo en la forma de la aplicación de normas legales prohibiendo algunas conductas comerciales. La intervención del estado resulta en logros que el mercado de otro modo no proporcionaría. Determinando cómo y cuándo intervenir requiere de recursos administrativos significativos. Además, el cumplimiento de las normas legales diseñadas para proteger la competencia y con los procedimientos reguladores adoptados en asistir en este proceso impone costes sobre las empresas. Desde la perspectiva de la eficiencia administrativa, estos costes sólo deben ser impuestos en empresas vinculadas en conducta que las normas legales aplicables en este territorio consideran de ser anticompetitivas. Un régimen de derecho de competencia eficiente es aquel que consigue los objetivos de la legislación mientras impone los costes más bajos en el estado y los sujetos de la ley. La conducta anticompetitiva no debe permanecer sin detectarse; sin embargo la conducta pro competitiva no debe ser agobiada.

Los redactores del Tratado, autorizaron al Consejo para adoptar los reglamentos o directivas apropiadas para la aplicación efectiva de las prohibiciones contenidas en los artículos 81 y 82. Y en 1962, adoptó el Reglamento 17/1962, primer Reglamento para asegurar la aplicación uniforme a través del mercado común de los artículos 81 y 82 TCE<sup>53</sup> y autorizó a la Comisión a dirigir a las empresas o asociaciones de empresas sus

---

<sup>52</sup> Ver Philip Lowe, *Priorities of Competition Policy, Contribution to Competitiveness and Challenges from Enlargement*, Speech at the ProbusBNW Dialogue (Sept. 18, 2003) pág 2

<sup>53</sup> Reglamento del Consejo No. 17/62, 13 DOCE 204 (21.2.1962), Eng. Spec. Ed. 1959-62, at 87. Entró en vigor el 13.3.1962. El Reglamento fundamentalmente establecía: consideraba necesario que las empresas debían ser notificadas en el caso que algún acuerdo, decisión o práctica en la que son parte, o se proponen convertirse en parte, puede conducir a una acción por la Comisión en aplicación de los iniciales artículos 85(1) y 86 (actuales 81(1) y 82). Para asegurar la aplicación uniforme de ambos artículos en el mercado común, las reglas se aplicaron por la Comisión, actuando en vínculo estrecho y constante con las autoridades competentes de los Estados Miembros, quienes tiene la obligación de asumir las medidas que sean necesarias para aplicar estos artículos. A través del Reglamento, la Comisión estaba autorizada, en todo el mercado común, para requerir a los Estados Miembros esta información necesaria, y emprender las investigaciones pertinentes para aclarar cualquier acuerdo, decisión o práctica concertada prohibida por el artículo 81(1) o cualquier abuso de posición dominante prohibido por el artículo 82. Con el objeto

decisiones diseñadas para poner fin a cualquier infracción de estos artículos. Aunque este Reglamento fue adoptado antes que la Comunidad obtuviera una experiencia significativa con la aplicación de las normas de competencia, sobrevivió con pocos cambios relativos durante 42 años.

La “modernización” no sólo ha afectado al Reglamento, sino también a las normas de aplicación de los artículos 81 y 82 TCE. Vemos así que los objetivos fundamentales de los esfuerzos de la reforma por la Comisión han sido para facilitar la redistribución de los recursos administrativos, promover la aplicación descentralizada de las normas de competencia y reducir los costes impuestos sobre las empresas para hacer cumplir las normas.<sup>54</sup>

La modernización en sentido estrecho, se refiere específicamente a la introducción del Reglamento del Consejo 1/2003 que se puso en vigencia el primero de mayo de 2004 y reemplaza al Reglamento 17/62<sup>55</sup>; y al “paquete de modernización” que comprenden las seis comunicaciones emitidas por la Comisión Europea que son indispensables para la interpretación y aplicación de las reglas nuevas establecidas en el Reglamento 1/2003. Además de las normas adoptadas por el Consejo, otras han sido adoptadas por la Comisión. Algunos reglamentos contienen las reglas generales para la implementación de las normas del Tratado invocadas, por ejemplo, los poderes de investigación de la Comisión. Otros reglamentos se refieren tanto a tipos particulares de conducta o a sectores específicos. Finalmente, la Comisión ha emitido varios documentos que no son reglamentos, y que asumen varias formas (Comunicaciones, Guías, etc.), que tienen por objeto explicar con más detalle la política de la Comisión sobre un número de cuestiones, ya sea relacionadas a la interpretación de las normas antitrust sustantivas o a cuestiones de procedimiento, como el acceso a un expediente.<sup>56</sup>

---

de implementar esta obligación la Comisión estaba investida con los poderes necesarios para dirigir a las asociaciones de empresas o empresas, recomendaciones y decisiones para poner fin a las infracciones de los artículos 81(1) y 82, y como consecuencia de la infracción, aplicar multas o sanciones económicas periódicas. En el procedimiento, la Comisión debía dar traslado a las partes, así como a terceros cuyos intereses puedan resultar afectados por una decisión, para darles la oportunidad de efectuar sus alegaciones, y debe asegurarse una amplia publicidad a la decisión emitida. Las decisiones asumidas por la Comisión eran objeto de revisión por el TJCE bajo las condiciones especificadas en el Tratado, quien tiene jurisdicción ilimitada sobre las decisiones emitidas por la Comisión en las que impone multas o sanciones económicas periódicas.

<sup>54</sup> Libro Blanco sobre la Modernización de las Normas de Competencia implementadas en los artículos 81 y 82 del Tratado CE, DOCE 1999 (C 132)1 at ¶42

<sup>55</sup> Reglamento del Consejo (CE) No. 1/2003 de 17 de diciembre de 2002 sobre la implementación de las normas de competencia establecidas en el artículo 81 y 82 del Tratado, DOCE 2003 (L 1) 1 [en adelante el Reglamento 1/2003]

<sup>56</sup> Entre las normas de procedimiento que forman parte del paquete de modernización se encuentran:

1.- El Reglamento 773/2004 de la Comisión, de 7-04-2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 TCE. Este reglamento ha sido modificado por el

El Reglamento 1/2003, no introduce un nuevo estándar sustantivo o interpretación del concepto del término “restricción de la competencia”. Sin embargo, elimina el enfoque bifurcado para la aplicación del artículo 81 TCE, que significa que se elimina el requerimiento que las empresas que eran parte de un acuerdo, tenían que notificarlo a la Comisión con el objeto de tomar ventaja de la posibilidad de que no les fuese aplicable el artículo 81(1), y en su lugar, quedarán exentos bajo el artículo 81(3) TCE. Bajo el sistema nuevo, la conducta que viola el artículo 81(1) del TCE es exonerada automáticamente de la prohibición, si reúne los requisitos de su apartado (3). La Comisión denomina este mecanismo como el “sistema de exención legal”<sup>57</sup>. De este modo, se ha procedido a la reforma de las exenciones de bloque establecidas en el artículo 81(3)<sup>58</sup>.

Considerando que el Reglamento del Consejo 1/2003 es igualmente aplicable al artículo 82, tratándose concretamente de este artículo, también se ha iniciado su modernización, el propio Reglamento contempla que la Comisión además de tener poderes para imponer una multa, también puede, en determinados casos excepcionales, y con

---

Reglamento (CE) No 622/2008 de la Comisión de 30-06-2008 en lo que respecta al desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cártel, DOCE L 171 de 1.7.2008 págs.3 – 5.

2.- Comunicación de la Comisión de sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los artículos 7 y 23 del Reglamento (CE) no 1/2003 del Consejo en casos de cártel, DOCE C 167 de 2.7.2008 págs. 1-6.

3.- Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003 DOCE C 210 de 1.9.2006 págs. 2 – 5.

4.- Comunicación de la Comisión sobre inmunidad de multas y reducción de las mismas en los casos de cártel. DOCE C 298 de 8.12.2006, p. 17 y ss.

5.- Comunicación de la Comisión de 27-04-2004, sobre la cooperación de la Red de Autoridades de Competencia. DOCE C 101, p. 43-53.

6.- Comunicación de 27-04-2004, relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 81 y 82 CE. DOCE C 101

7.- Comunicación de la Comisión de 27-04-2004, sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los artículos 81 y 82 TCE. DOCE C 101 de 27-04-2004

8.- Comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004, relativa a las orientaciones informales sobre cuestiones nuevas relacionadas con los artículos 81 y 82 del Tratado CE que surjan en asuntos concretos (cartas de orientación). DOCE C 101, 27.04.2004.

9.- Comunicación de la Comisión-Directrices de 27 de abril de 2004, relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 TCE. DOCE C 101, 27.04.2004

10.- Comunicación de la Comisión-Directrices de 27 de abril de 2004, relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 82 del Tratado. DOCE C 101, 27.04.2004.

11.-Comunicación de la Comisión de 22 de diciembre de 2005, relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del TCE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento CE nº 139/2004 del Consejo. DOCE C 325, 22.12.2005, p. 7-15

<sup>57</sup> 22 Informe sobre la Política de Competencia (2002) pág. 467 §17

<sup>58</sup> En materia del artículo 81 la Comisión ha publicado las Directrices para la aplicación del artículo 81(3) TCE, Diario Oficial C 101, 27.04.2004, p. 97-118. Para consulta sobre los Reglamentos y comunicaciones en materia de exenciones por categoría, en acuerdos verticales y en acuerdos horizontales, así como en materia sectorial, véase consúltese el vínculo <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/legislation/legislation.html>.

limitaciones, remedios estructurales<sup>59</sup>. En cuanto se refiere a las cuestiones de fondo que son objeto del artículo 82, la Comisión publicó su Documento sobre la aplicación del artículo 82 del TCE a los Abusos de Exclusión que comentamos en este trabajo en cuanto corresponda<sup>60</sup> y la final y definitiva publicación de la Comunicación de la Comisión de la Guía sobre las Prioridades de Aplicación de la Comisión al Interpretar el Artículo 82 TCE a la Conducta de Exclusión Abusiva por las Empresas Dominantes.<sup>61</sup>

En la medida que algunas veces es difícil para un observador casual mantener un entendimiento de todos los esfuerzos de la reforma en el campo del derecho de la competencia, sería de interés, un breve resumen de los otros grandes proyectos que se están efectuando a través de las reformas adoptadas recientemente.

Como parte de la modernización, se han aclarado las cuestiones relativas a la prioridad de los sistemas legales. El TCE establece un sistema legal sui generis que se separa de los sistemas legales de los correspondientes Estados Miembros. Los Estados Miembros retienen la autoridad para mantener sus propias leyes aplicables a la competencia entre las empresas privadas<sup>62</sup>. La aplicación paralela del derecho nacional de competencia y el derecho de competencia comunitario a los mismos hechos necesita un conjunto de normas gobernando las relaciones entre estos dos regímenes legales independientes.<sup>63</sup>

También la Comisión ha introducido la regla que los Estados Miembros deben aplicar las reglas de competencia comunitarias a casos en que las autoridades nacionales de competencia intenten aplicar el derecho de competencia nacional si hay al menos un efecto potencial en el comercio entre los Estados Miembros.<sup>64</sup> Resulta entonces una

---

<sup>59</sup> Artículo 7 del Reglamento CE N° 1/2003 del Consejo de 16-12-2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 TCE. DOCE L 1/1 de 4.1.2003.

<sup>60</sup> Véase Luis Berenguer Fuster “Otras Formas de abuso de Posición Dominante (con especial mención al abuso de situación de dependencia económica)”. en *El Abuso de la Posición de Dominio*. Directores: Santiago Martínez Lage y Amadeo Petibó Juan. Fundación Ugarte del Pino. 2007. Son interesantes sus comentarios sobre el Documento de la Comisión.

<sup>61</sup> Comunicación de la Comisión: “Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings” de 3 de diciembre de 2008, disponible en [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int). A efectos didácticos, y dada la reiterada invocación de la Comunicación, en adelante nos referiremos a la Comunicación como la “Guía de la Comisión sobre el artículo 82”

<sup>62</sup> Véase al respecto Ricardo Alonso Soto. “Las Relaciones entre los Derechos Comunitario Europeo y Español de la Competencia”. En *Tratado de Derecho de la Competencia*. José María Beneyto Pérez y Gerónimo Maíllo González-Orus. Tesisy Industria Gráfica. Barcelona. 2005. Capítulo 2, págs. 59-107

<sup>63</sup> Así, en España, recientemente se ha promulgado la Ley 15/2007 de 3 de julio (Boletín Oficial del Estado N° 159 de 04-07-2007) que incorpora la modernización en la aplicación del artículo 81 y 82 efectuada por el Reglamento CE 1/2003. Véase Ricardo Alonso Soto, “La nueva Ley de Defensa de la Competencia”. En *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. La Ley. N°1. Año 2007/1. Págs.21-38

<sup>64</sup> Artículo 3(1) del Reglamento 1/2003. Véase Ricardo Alonso Soto. “Las Relaciones entre los Derechos Comunitario Europeo y Español de la Competencia”. En *Tratado de Derecho de la*

dualidad normativa, donde coexisten las normas comunitarias con las normas nacionales de los Estados miembros. En efecto, a diferencia de lo que sucede en otros sectores, las normas nacionales reguladoras de la libertad de competencia no son completadas o reemplazadas por las comunitarias, sino que conviven simultáneamente con ellas, dando lugar, por tanto, a una doble escala normativa (comunitaria y nacional), que resulta, en cierto modo similar a lo que sucede en los estados federales. El derecho comunitario de la competencia no ha pretendido la integración de las normas, sino que, por el contrario, ha considerado más eficiente para el desarrollo de los objetivos marcados por el Tratado, el mantener un sistema nacional de defensa de la competencia en paralelo con el sistema comunitario. Esta situación conduce a la existencia de una doble normativa comunitaria y nacional que es muy similar en cuanto a su formulación y contenido material. Surge así un extraño fenómeno consistente en que una misma institución –la defensa de la competencia en el mercado-, está regulada en cada uno de los estados miembros de la Unión Europea por dos diferentes conjuntos normativos, que, por otra parte, se hallan integrados en sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales<sup>65</sup>.

Si un comportamiento cuestionado afecta al comercio entre los Estados miembros, se aplicará el Derecho Comunitario, bien por la Comisión Europea, o bien por las Autoridades Nacionales de competencia; si por el contrario, no afecta a los intercambios comerciales intracomunitarios, y afecta exclusivamente a un mercado nacional o local, se aplicará el Derecho Nacional del país en que se produzcan dichos efectos, exclusivamente por la Autoridad de Competencia de dicho país. Mientras tanto, si la práctica anticompetitiva analizada afecta simultáneamente a los mercados comunitario y nacional y se encuentra regulada como anticompetitiva tanto en las normas nacionales como en las comunitarias<sup>66</sup>, el TJCE, en su sentencia *Walt Wilhelm*<sup>67</sup>, ha establecido que, al perseguir los ordenamientos comunitario y nacionales de competencia objetivos diferentes, pueden ser aplicados cada uno en su respectivo ámbito territorial, sin que se quiebre el principio del *non bis in idem*, dando con ello origen a la denominada “teoría de la doble barrera”, siendo así dos las barreras normativas que se levantan para frenar o reprimir las limitaciones o abusos de competencia en cada uno de los países miembros de la CEE: una de orden jurídico interno, y otra, de orden jurídico comunitario<sup>68</sup>. La

---

*Competencia*. José María Beneyto Pérez y Gerónimo Maillo González-Orus. Tesys Industria Gráfica. Barcelona. 2005. Capítulo 2, págs. 59-107

<sup>65</sup> Ricardo Alonso, Ob. Cit. §2.12-2.14.

<sup>66</sup> Ibidem, § 2.45-6.

<sup>67</sup> Véase Sentencia de 13-2-1969. *Walt Wilhelm y otros c. Bundeskartellamt*. Cuestión Prejudicial. 14/68 RJ 1969. 1-18

<sup>68</sup> Ricardo Alonso, Ob. Cit. §2.47-2.51

sentencia TJCE, que centra su argumentación en la autonomía e independencia de ambos derechos para concluir que la existencia de intereses jurídicos diversos conlleva también la existencia de diferentes campos de aplicación, termina considerando la posibilidad de la aplicación conjunta de ambos sistemas normativos, aunque con las siguientes cautelas o limitaciones: por una parte, que al aplicar el Derecho nacional no se centre en contradicción con el Derecho Comunitario, restricción que se establece en defensa del efecto útil de dichas normas y, por otra, que las sanciones económicas que puedan imponer las diversas autoridades de competencia tanto comunitarias como nacionales se modulen teniendo en cuenta las que se puedan imponer en los distintos ámbitos, prescripción que se impone en función de los principios de equidad y proporcionalidad que rigen en el derecho sancionador.<sup>69</sup> Es obligatoria la aplicación conjunta del derecho nacional y del derecho comunitario según establece el Reglamento (CE) 1/2003, en su artículo 3.1. “Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el derecho nacional de la competencia a los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas en el sentido del apartado 1 del artículo 81 TCE que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros a tenor de esta disposición, aplicarán también a dichos acuerdos, decisiones o prácticas el artículo 81 TCE. Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a una práctica abusiva prohibida por el artículo 82 del Tratado, aplicarán también a la misma el artículo 82 TCE.”<sup>70</sup>

Con esta amplia interpretación dada al requerimiento del comercio entre los estados, la aplicación paralela del derecho de la competencia ocurrirá en un número significativo de casos<sup>71</sup>.

Aunque la modernización de las normas puede ser una respuesta legítima a los cambios sociales, para los que la norma legal existente es inadecuada,<sup>72</sup> puede ser utilizada como

---

<sup>69</sup> Este criterio fue corroborado por la Sentencia TJCE de 14.12.1972, As. Boehringer que establece: una existencia general de equidad implica que para la determinación de una eventual sanción se tome en consideración, en su caso, la existencia de decisiones represivas anteriores.

<sup>70</sup> Ricardo Alonso, ob. Cit. §2.52-2.60.

<sup>71</sup> La simple posibilidad de afectar los flujos de comercio entre los Estados Miembros es suficiente para cumplir el requerimiento del comercio entre los estados incluso si la conducta está limitada a un Estado Miembro. Sentencia TPI Caso T-22/97, *Kesko Oy c. Commission*, 1999 E.C.R. II-3775 ¶105; Sentencia TJCE Caso 322/81, *Michelin c. Commission*, 1983 E.C.R. 3461 ¶103; Sentencia TPI Caso T-65/89, *BPB Industries and British Gypsum c. Commission*, 1993 E.C.R. II-389, ¶134; Sentencia TPI Casos Juntos T-202/98, T-204/98 and T-207/98, *Tate & Lyle plc c. Commission*, 2001 E.C.R. II-2035 ¶79; Sentencia TJCE Caso 56/65, *Société Technique Minière*, 1966 E.C.R. 281, 303. Sentencia TJCE (Gran Sala) de 16 de septiembre de 2008, en los asuntos acumulados C-468/06 a C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia EE y otros contra GlaxoSmithKline AEVE Farmakeftikon Proïonton*. Conclusiones del Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 1 de abril de 2008.



una apariencia para cambiar el status quo legal para conseguir objetivos políticos concretos. Algunos han planteado que el programa de modernización iniciado por la Comisión tiene el efecto dudoso de centralizar la aplicación alrededor de la Comisión<sup>73</sup>. Aunque se predice la relegación del derecho de competencia nacional, ello no sugiere ningún motivo ilegítimo detrás del proceso de modernización en la Comunidad Europea.

Entre los desarrollos futuros, figura la aprobación del reglamento sobre la reparación de daños y perjuicios por los perjudicados, derivada de un incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia. Todo ciudadano o empresa que sufra daños como consecuencia de un incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (artículos 81 y 82 TCE) debe poder exigir una reparación a la parte que causó el daño. Este derecho de las víctimas a ser indemnizadas está garantizado por el Derecho comunitario<sup>74</sup>. Como parte de los trabajos de la Comisión para conseguir este objetivo, la Comisión ha promulgado el Libro Blanco sobre Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia<sup>75</sup>, que contiene propuestas de distintas políticas y medidas concretas con las que se garantizaría, más que en la actualidad, que todas las víctimas de infracciones de la normativa comunitaria en materia de competencia tengan acceso a mecanismos efectivos de recurso para poder resarcirse completamente de los daños y perjuicios sufridos.

---

<sup>72</sup> Arthur T. Vanderbilt, "The Modernization of the Law", en *Cornell Law Quarterly* Vol. 34. 433, 433 (1951) ("La necesidad de la continua adaptación de la ley a las necesidades del tiempo, si la ley no es eventualmente infringida, es un problema fundamental que merece una consideración extensiva.")

<sup>73</sup> Alan Riley, "EC Antitrust Modernization: The Commission Does Very Nicely Thank You!" en *European Competition Law Review*. 2003 pág. 604.

<sup>74</sup> Sentencia TJCE Asunto c-453/99, *Courage y Crehan*, [2001] REC I-6297, y asuntos acumulados C-295-298/4, *Manfredi*, [2006] REC I-6619

<sup>75</sup> La Comisión ha publicado el 2 de abril de 2008, el Libro Blanco de Acciones de daños y perjuicios por derivados del incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia en [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int). La Comisión ya publicó en 2005 un Libro Verde al respecto. Véase también las notas de prensa IP/08/515 de 03/04/2008, SPEECH/08/167 y MEMO/09/135 de 26/03/2009: La Comisaria europea para competencia Neelie Kroes da la bienvenida al apoyo recibido en la resolución de 26 de marzo de 2009 por el Parlamento Europeo sobre el Libro Blanco de la Comisión de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia

## CAPÍTULO II. LA ESTRUCTURA DEL ARTÍCULO 82 TCE

Esquema:

1. La cláusula general.
2. El sentido de la norma.
3. Estructura de la norma
  - 3.1. La empresa en posición de dominio: concepto de empresa.
  - 3.2. La posición de dominio en el mercado: El mercado de referencia
  - 3.3. La posición de dominio de la implicada
  - 3.4. La posición dominante colectiva.

### **1. La cláusula general**

El artículo 82 TCE establece:

“Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
- b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”<sup>76</sup>.

---

<sup>76</sup> Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (versión consolidada Niza) - Tercera parte: Políticas de la Comunidad - Título VI: Normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones - Capítulo 1: Normas sobre competencia - Sección 1: Disposiciones aplicables a las empresas – Artículo 82 – anterior Artículo 86 del Tratado CE (versión consolidada Maastricht) y anterior

## 2. El sentido de la norma.

### - *Los objetivos del artículo 82 TCE*

El artículo 82 TCE (y también el artículo 81 TCE) se origina como parte del Tratado de Roma, ha sido desarrollado dentro del amplio contexto que el Tratado crea; estas normas sobre la competencia son también modeladas por referencia a los artículos que consagran sus principios básicos. Así, el artículo 3 enuncia la “institución de un sistema asegurando que no sea distorsionada la competencia en el mercado común” y el artículo 2, requiere “promover a través de la Comunidad un desarrollo armonioso de las actividades económicas, una expansión continua y balanceada, un incremento en la estabilidad, una elevación acelerada de los estándares de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que pertenecen a ella”. Entonces, las normas de competencia tienen dos objetivos básicos y a su vez complementarios: el mantenimiento de una competencia efectiva en el Mercado Común<sup>77</sup> y la eliminación de las barreras a la integración del mercado único.<sup>78</sup> Al primero también se le denomina el “objetivo económico” y al último el “objetivo de la integración”.<sup>79</sup>

#### *a) La protección de la competencia efectiva*

El objetivo económico de la política pro competitiva es maximizar el bienestar económico a través de la eficiencia en el uso y la distribución de los recursos escasos, y a través del progreso en el desarrollo de nuevas técnicas productivas o innovación y productos nuevos que den un mejor uso a aquellos recursos.

---

Artículo 86 – Tratado CEE. Véase DOCE C 325 de 24/12/2002 p. 0065 – 0065. DOCE C 340 de 10/11/1997 p. 0209 - Versión consolidada. DOCE C 224 de 31/08/1992 p. 0029 - Versión consolidada (Tratado CEE - publicación oficial no disponible) Véase <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/legislation/articles.html>.

<sup>77</sup> “...Que en planos diferentes, los artículos 85 y 86 (actuales 81 y 82) tienden al mismo objetivo, a saber, el mantenimiento de una competencia efectiva en el Mercado Común;...” STJCE de 21-2-1973. *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. / Comisión* As. 6/72. RJ 1973 pp. 0215 – 0253, § 25.

<sup>78</sup> La doctrina señala también que estos son los objetivos básicos: Véase: Richard Whish. *Competition Law* 3 Ed. Butterworths. 2003. Londres U.K.. FAULL; Jonathan, y NIKPAY, Ali. *Ob. cit.* Bellamy & Child. *Competition Law* 5<sup>th</sup> Ed. Londres 2001. Sweet and Maxwell. D.G. Goyder. *E.C. Competition Law* 2nd. Edition. Oxford European Community Law Series. 1993. U.K. Simon Bishop y Mike Walker. *Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. 2000 Londres. 2<sup>a</sup> Edición, pág.3. entre otros. M.Waelbroeck y A. Frignani. *Derecho de la Competencia* Tomo I Edit. Bosch. Barcelona. 1998. Versión española por Ignacio Sáenz Cortabarría Fernández y Marta Morales Isasi.. pág. 24 y ss., Valentine Korah. *An introductory guide to EC Competition, Law and practice*. Ed. Hart Publishing. Oxford 2.007. pág. 11

<sup>79</sup> Simon Bishop y Mike Walker. *Ob. cit.*, pág. 4.

El objetivo de la competencia efectiva se ha ido modelando por la jurisprudencia comunitaria. En *Metro I*<sup>80</sup> el TJCE clarificó que “el estándar de competencia apropiado que la Comisión debe aplicar cuando examina una infracción a las normas de competencia, no es el estándar de la “competencia perfecta”. Al requerimiento del Tratado CE que la competencia no debe ser distorsionada, el TJCE explicó, que implica la existencia de competencia efectiva en el mercado. El grado de competencia que se aspira bajo el concepto de competencia “efectiva” es aquel grado de competencia requerido para la consecución de los objetivos del Tratado CE, en particular el objetivo de la creación de un mercado único. Además estableció que el grado de competencia requerido bajo el derecho de competencia comunitario podía variar en naturaleza e intensidad de acuerdo a las características particulares de los productos y de los mercados.<sup>81</sup>

Así el TJCE señaló que las normas de competencia del Tratado CE han sido establecidas con la finalidad de perseguir un grupo de objetivos políticos. Sobre estas bases la Comisión reconcilió su rol en garantizar el mantenimiento de la “competencia efectiva” sobre las bases de unas normas de competencia que persigue amplios objetivos de política económica.<sup>82</sup>

La posibilidad de una limitación en la intensidad de la competencia ya fue implícitamente admitida por el TJCE en el caso *Walt Wilhelm*<sup>83</sup>, señaló que las normas de competencia del Tratado no autorizan simplemente a las autoridades comunitarias a eliminar los obstáculos al libre movimiento de mercancías, también les permiten establecer determinadas acciones positivas indirectas, con vistas a promover un desarrollo armonioso de las actividades económicas dentro de toda la Comunidad. Al

---

<sup>80</sup> Sentencia TJCE de 25-10-1977. *Metro SB-Grosmaerkte GmbH & Co KG/Comisión*. Caso 26/76. RJ 1977 p. 1875-1919.

<sup>81</sup> Véase también Sentencia del TJCE de 22-10-1986. *Metro SB-Grossmarkte GmbH & KG/ Comisión*. Caso 75/84. RJ 1986 p. 3021. § 65 “Como el Tribunal ha establecido en su Sentencia en *Metro I*, los poderes conferidos a la Comisión bajo el artículo 85(3) demuestran que los requerimientos para el mantenimiento de la competencia efectiva pueden estar reconciliados con la salvaguarda de los objetivos de una naturaleza diferente y para este fin algunas restricciones en la competencia son permisibles, en el entendido que sean esenciales para la consecución de aquellos objetivos y que ellos no resulten en la eliminación de la competencia de una parte sustancial del mercado común. ....”

<sup>82</sup> Rein Wesseling *The Modernisation of EC Antitrust Law*. Hart Publishing Oxford 2000. Pág. 34. Ignacio Font Galán *La libre competencia en la CEE*. Zaragoza 1.986, en 42, invoca también la sentencia Comptoir de la Ruhr de 18 de mayo de 1962 la misma dispone: “de las disposiciones contenidas en los artículos 65 y 66 del Tratado CECA resulta que no existe oposición a la existencia o a la formación de grandes unidades de producción o venta características del mercado del acero, a condición de que el régimen de competencia imperfecta que se deriva, sirva a los fines del Tratado y salvaguarde plenamente en este mercado las dosis de competencia indispensable para que sea respetada la exigencia del artículo 2”. Véase también Waelbroeck y Frignani. Ob.Cit. pág. 29.

<sup>83</sup> Sentencia TJCE de 13-2-1969. *Walt Wilhelm y otros c. Bundeskartellamt*. Cuestión Prejudicial. 14/68 RJ 1969. 1-18

mismo tiempo la sentencia contenía una indicación de los límites de este tipo de acción positiva donde el Tribunal indicó que debía efectuarse en concordancia con el artículo 2 TCE. Subsecuentemente, en *Continental Can*<sup>84</sup> el Tribunal extendió la lista de preocupaciones políticas que pueden justificar una restricción en la competencia a los artículos 2 y 3 TCE. El Tribunal subrayó el carácter exhaustivo de la lista de preocupaciones políticas que pueden ser tomadas en cuenta cuando se considera si una restricción en la competencia está justificada por razones relacionadas a otras políticas.<sup>85</sup> De este modo, el Tribunal, dejó establecido que las restricciones en la competencia que permite el Tratado CE bajo ciertas condiciones, debido a la necesidad de armonizar los objetivos varios del Tratado, están limitadas por los requerimientos de los artículos 2 y 3 TCE, ir mas allá de este límite implica el peligro que el debilitamiento de la competencia entre en conflicto con los principios del mercado común.

La noción de política de competencia eficaz, efectiva, funcional o practicable se encuentra expresada también en palabras de la Comisión con motivo de la modernización de las normas de competencia en materia de concentraciones, donde el concepto de competencia efectiva toma en cuenta el bienestar del consumidor: “Una competencia efectiva presenta diversas ventajas para los consumidores, tales como precios bajos, productos de calidad alta, una amplia oferta de bienes y servicios e innovación”.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> Sentencia TJCE *Continental Can* ya citada, § 25. Véase también la Sentencia TJCE *ICI/CSC* ya citada, § 24.

<sup>85</sup> Sentencia TJCE *Continental Can* citada: § 25: “Considerando que al prever el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el Mercado Común, el artículo 3 letra f), exige, con mayor razón, que la competencia no sea eliminada; Que esta exigencia es tan esencial que, sin ella, numerosas disposiciones del Tratado no tendrían objeto; Que responde, por otra parte a los imperativos del artículo 2 del Tratado, que atribuye por misión a la Comunidad “promover un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad; Que así, las restricciones de la competencia que el Tratado admite en ciertas condiciones, por razones extraídas de la necesidad de conciliar los diversos objetivos a perseguir, encuentran en las exigencias de los artículos 2 y 3 un límite mas allá del cual la disminución del juego de la competencia podría atentar contra las finalidades del Mercado Común.”

<sup>86</sup> § 8 de Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas. (2004/C 31/03) DOCE de 5-2-2004 C31/5.

Véase también el § 23 del Reglamento 139/2004 del Consejo de 20-01-2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas. DOCE de 29-01-2004. L 24/01. § 23. “Es preciso determinar si las concentraciones de dimensión comunitaria son compatibles con el mercado común desde el punto de vista de la necesidad de mantener y desarrollar una competencia efectiva en el mercado común. Al hacerlo, la Comisión debe inscribir su evaluación en el marco general de la realización de los objetivos fundamentales establecidos en el artículo 2 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea”. Y su artículo 2, párrafo 1 a): “... En esta evaluación [de las concentraciones], la Comisión tendrá en cuenta: la necesidad de preservar y desarrollar una competencia

Estos principios han sido reiterados recientemente de forma textual por la Comisión en la Guía sobre las Prioridades de Aplicación de la Comisión al Interpretar el Artículo 82 TCE a la Conducta de Exclusión Abusiva por las Empresas Dominantes: ‘En el momento en que la Comisión analiza la conducta de exclusión debe poner énfasis en la salvaguarda del proceso competitivo en el mercado interno, y asegurar que las empresas que ostentan una posición de dominio no excluyan a sus rivales a través de medios diferentes que competir sobre los méritos de los productos o servicios que suministran. Al hacerlo la Comisión es consciente que lo que realmente preocupa es proteger un proceso competitivo efectivo y no simplemente proteger a los competidores. Esto puede significar que dejarán el mercado los competidores que proporcionen menos a los consumidores en términos de precio, variedad, calidad e innovación.’<sup>87</sup>

El énfasis de la actividad de aplicación de la Comisión en relación al abuso de posición de dominio es la salvaguarda del proceso competitivo en el mercado interno y asegurar que las empresas que ostentan posición dominante no excluyan a sus rivales por medios diferentes que la competencia sobre los méritos de los productos o servicios que proporcionan.

- El objetivo de la protección de la competencia efectiva, y sus implicaciones en el derecho comunitario: la protección del consumidor y la protección del competidor menos eficiente.

La preocupación de permitir a los consumidores<sup>88</sup> abastecerse a los mejores precios en la Comunidad constituye uno de los argumentos invocados con más frecuencia por la

---

efectiva en el mercado común a la vista, entre otros factores, de la estructura de todos los mercados afectados y de la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera de la Comunidad;”

<sup>87</sup> Comunicación de la Comisión: “Guidance on the Commission’s Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings” de 3 de diciembre de 2008, disponible en [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int). En adelante la “Guía de la Comisión sobre el artículo 82 TCE” §6, véase también § 4 del Documento de la Comisión

<sup>88</sup> Bajo el concepto de consumidor, la teoría económica distingue dos tipos de consumidor. El consumidor final, aquel que utiliza los bienes o los servicios para la satisfacción de sus necesidades individuales o colectivas, por oposición al consumidor intermedio que los utiliza en un proceso de fabricación, estos bienes o servicios pueden ser destruidos o transformados en el curso del proceso. El derecho de competencia comprende bajo el término del consumidor a las dos categorías, al consumidor intermedio y al consumidor final, ahora bien, dependiendo del caso analizado, la norma aplicable protegerá a ambos o a una categoría determinada de consumidor. Marie-Stéphane Payet. *Droit de la concurrence et droit de la consommation*. Dalloz 2001. París. § 14. Véase también Diccionario Jurídico Espasa. Madrid 1992. Voz “consumidor”. Así, en las Directrices relativas a la aplicación del § 3 del artículo 81 del TCE, señala que el concepto de “consumidores” engloba a todos los usuarios directos o indirectos de los productos contemplados en el acuerdo, incluidos los productores que utilizan los productos como insumo, los mayoristas, los minoristas y los consumidores finales, es decir las personas naturales que operan con objetivos que pueden considerarse fuera de su actividad comercial o profesional. Dicho de otro modo, a efectos del § 3 del artículo 81 se entiende por consumidores los clientes de las

Comisión y por la jurisprudencia comunitaria para justificar la protección concedida a la competencia entre marcas, dentro de las marcas y a las importaciones paralelas. Sin embargo, esto no significa que las normas comunitarias sobre la competencia persigan obligar, siempre y en cualquier circunstancia, a las empresas a vender sus productos a los precios más bajos. El correcto funcionamiento del proceso competitivo supone que las empresas dispongan de los recursos necesarios para poder acometer las inversiones que conducirán al desarrollo de nuevos productos en unas condiciones de rentabilidad económica satisfactorias.<sup>89</sup>

En este sentido, la Comisión reconoció en su decisión *Fibras sintéticas*<sup>90</sup> que los consumidores tienen interés en encontrarse a largo plazo frente a un sector sano que les proporcione una oferta competitiva, capaz de presentar sus mejores productos. En un plano más general, el TJCE afirmó en el asunto *Metro* ya citado, que la competencia en precios no constituye la única forma eficaz de competencia, sino que puede ser legítimo adoptar una política a favor del interés de los consumidores, al mantenimiento de un nivel de precios suficiente para permitir subsistir a los canales de distribución especializados junto a nuevas formas de distribución<sup>91</sup>.

La actual Comisaria de la Comisión, Neelie Kroes, con motivo de la celebración de los 50 años del Tratado CE, señala: "...el objetivo principal establecido en el Tratado, para la política de la competencia fue asegurar que la competencia en el mercado interno no sea distorsionada, han pasado 50 años, y el objetivo permanece en toda su pertinencia, aún hoy nuestros esfuerzos tienen el objetivo de mantener los mercados abiertos y la competencia no distorsionada, como antes, la competencia es el medio clave para incrementar el bienestar del consumidor, para asegurar una distribución eficiente de los recursos, para mantener en línea a los jugadores del mercado."

La competencia beneficia a los ciudadanos europeos como consumidores, y mayor será la posibilidad de elección de mejores productos y servicios, a precios más bajos,

---

partes del acuerdo y los posteriores compradores. Los clientes pueden ser empresas, como en el caso de los compradores de maquinaria industrial o de productos para una ulterior transformación, o consumidores finales, como, por ejemplo, en el de la compra de helados de consumo impulsivo o de bicicletas. § 84 de las Directrices relativas a la aplicación del § 3 del artículo 81 del Tratado DOCE C 101/97 de 27-04-2004. A semejanza de lo anterior, la Guía de la Comisión sobre la Conducta de Exclusión Abusiva, define el término "consumidor" como aquel "abarca a todos los usuarios directos o indirectos de los productos afectados por la conducta, incluyendo productores intermedios que utilizan los productos como un insumo, así como distribuidores y consumidores finales tanto del producto inmediato y de los productos proporcionados por productores intermedios. Donde los usuarios intermedios son los competidores reales o potenciales de la empresa dominante, la valoración se enfoca en los efectos de la conducta sobre los usuarios hacia más abajo." Véase nota al pie 15. Vemos entonces que a los efectos del artículo 82 el término "consumidor" incluye al consumidor intermedio y al consumidor final.

<sup>89</sup> Waelbroeck y Frignani, ob.cit. tomo I. Pág. 27-28.

<sup>90</sup> Decisión de la Comisión de 4-7-1984, *Fibras sintéticas*, DOCE L207, de 2-8-1984 p. 26, § 39.

<sup>91</sup> Sentencia TJCE *Metro* ya citada, § 21.

ciertamente estos son los logros clave del mercado interno. Pero más importante es que la competencia es el medio principal para lograr la competitividad. La competencia abierta –incluso la competencia dura- es esencial para un mercado dinámico. Esto conduce a las empresas europeas a funcionar mejor –que se mantengan en continua adaptación, innovación y obtención de beneficios.<sup>92</sup>

En el mismo sentido ha ratificado sus declaraciones la Comisaria europea al señalar que el análisis del artículo 82 debe estar basado en los ‘efectos en el mercado’; que los organismos encargados de administrar las normas de competencia, deben tener cuidado de no intervenir en el funcionamiento del mercado a menos que haya evidencia clara que no está funcionando bien”; que ‘Europa necesita un esquema económicamente sólido’; y que, a semejanza de la Sección 2 de la Ley Sherman, se mueve desde las implicaciones basadas en la buena fe a las implicaciones basadas en el bienestar del consumidor, ‘no hay razón por qué no pueda tomar lugar un desarrollo similar en Europa’. La Comisaria señaló: ‘Primero, se tiene que proteger la competencia, y a no los competidores. Segundo, el objetivo último es evitar el daño de los consumidores.’<sup>93</sup>

En el Informe presentado por un grupo de economistas encargados por la Comisión, se plantea que el objetivo de las normas de competencia debe ser la protección del bienestar del consumidor en el sentido económico, dejando a salvo algunas excepciones.<sup>94</sup>

La Guía de la Comisión sobre el artículo 82 TCE<sup>95</sup>, señala que al aplicar el artículo 82 a la conducta de exclusión por las empresas dominantes, la Comisión se enfocará en aquellos tipos de conducta que son más dañinos a los consumidores. Los consumidores se benefician de la competencia a través de precios más bajos, calidad mejor y una elección más amplia de bienes y servicios nuevos y desarrollados. Entonces, la Comisión dirigirá su aplicación en asegurar que los mercados funcionen adecuadamente y que los consumidores se beneficien de la eficiencia y productividad que resulte de la competencia efectiva entre las empresas.

---

<sup>92</sup> Neelie Kroes, Comisaria Europea para la Política de Competencia. “European Competition Policy in a changing world and globalised economy: fundamentals, new objectives and challenges ahead” en GCLC/College of Europe Conference on “50 years of EC Competition Law” Bruselas 5 de junio de 2007

<sup>93</sup> Neelie Kroes, Comisaria Europea para la Política de Competencia. “Takling exclusionary practices to avoid exploitation of market power – Some preliminary thoughts on the policy review of Article 82”, artículo dado en la Fordham Corporate Law Institute. (New York, 23 de septiembre de 2005)

<sup>94</sup> Informe presentado por el Economic Advisory Group for Competition Policy. “*An Economic Approach to Article 82*” Jordi Gual y otros. Julio 2005. Disponible en [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int).

<sup>95</sup> § 5 de la Guía de la Comisión sobre el artículo 82 TCE



Hablando en los términos económicos del modelo de la eficiencia, entendemos que la Comisión se refiere a promover la eficiencia en la distribución y la eficiencia en la producción, y la promoción de la innovación. Sin embargo, constatamos que cuando se refiere en la Guía de la Comisión sobre el artículo 82 TCE, a que en determinadas circunstancias puede resultar que sea necesario considerar a un competidor que es menos eficiente, podemos suponer que existe una cierta reticencia al fomento de la eficiencia productiva: la consideración de todos los ahorros de coste asociados con los comportamientos en cuestión. Porque las eficiencias que afectan el coste marginal de producción también tienden a afectar el precio final al consumidor, sin embargo, la Comisión no concreta bajo qué circunstancias será necesario hacer este cambio de valoración.

Señala que la Comisión sólo intervendrá para cuestionar la conducta que pueda impedir la competencia de competidores igualmente eficientes que la empresa dominante, sin embargo, reconoce que en algunas circunstancias, un competidor menos eficiente puede ejercer también una coacción que debe ser tomada en cuenta cuando se considera que una conducta concreta basada en el precio conduce a aniquilación anticompetitiva. La Comisión asumirá un punto de vista dinámico de esta restricción, dado que en la ausencia de la conducta de exclusión el competidor se beneficiaría de las ventajas relacionadas a la demanda, como los efectos de red o de la curva de aprendizaje que fomentarían su eficiencia.<sup>96</sup>

Al respecto, la doctrina, considera que el derecho de competencia comunitario, no persigue la protección del bienestar del consumidor en el sentido económico: si bien muchos objetivos pueden ser adscritos al derecho de competencia, no obstante, tratándose del derecho comunitario, la primera función del derecho de competencia es la protección del consumidor no en el sentido técnico de maximizar el bienestar del consumidor, sino en el sentido más específico de salvaguardar a los individuales contra el poder de monopolistas o los acuerdos anticompetitivos efectuados por empresas independientes.<sup>97</sup> Esta fue también la crítica planteada por el Informe de los Economistas de la Comisión<sup>98</sup>, planteando un cambio en el objetivo de la norma como el modelo del bienestar del consumidor en el sentido económico, observando que el

---

<sup>96</sup> §23 de la Guía de la Comisión sobre el artículo 82 TCE.

<sup>97</sup> Véase Richard Whish. *Ob.cit.* pág. 10.

<sup>98</sup> Informe presentado por el Economic Advisory Group for Competition Policy. “*An Economic Approach to Article 82*” Jordi Gual y otros. Julio 2005. Disponible en [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int).

enfoque en la protección de los competidores, podría afectar a la eficiencia productiva.<sup>99</sup> Otros autores han observado que el Tratado de Roma (TCE) ha optado por una vía intermedia que pretende preservar una competencia que pueda llevarse a la práctica, de la que se ha dicho<sup>100</sup> que “significa ...una competencia efectiva, eficaz en la práctica”. No se trata de mantener al precio que sea la independencia de cada empresa, sino solamente de garantizar a los clientes y consumidores ciertos resultados, entre ellos la permanencia de ciertas opciones equivalentes. El objetivo no es, pues, asegurar en los mercados la presencia del mayor número posible de empresas independientes, sino de preservar un número suficiente para que los usuarios y los consumidores tengan todavía la facultad de elegir. Además hay que darse cuenta de que el objeto no puede considerarse de un modo abstracto, sino que exige que se tengan en cuenta las circunstancias específicas de cada mercado. El modelo responde así a una filosofía simple: el sistema comunitario concede a la libertad de los agentes económicos un valor propio, pero, sin permitir su completa negación, admite un posible sacrificio de esa

---

<sup>99</sup> El Informe señala que la valoración de un determinado comportamiento que afecta a la competencia, debe estar vinculado a la cuestión de cuáles son los objetivos de la política de competencia. En una tradición el objetivo de la política de competencia es definido como la protección de la competencia. Esta fórmula como tal no es de mucha ayuda porque plantea la cuestión adicional de los estándares por los que la autoridad de competencia va a valorar un determinado comportamiento en la práctica. Si un tipo particular de conducta permite a una empresa tener éxito y desplazar a sus competidores en el mercado, ¿mediante qué estándar la autoridad de competencia debe establecer si la conducta en cuestión va en detrimento de la “competencia”? o ¿si la conducta en cuestión es legítima y su prohibición por la autoridad iría en detrimento de la competencia?. Esta valoración debe estar basada en la explicación de cómo funciona la competencia en el mercado determinado y qué significa para los participantes del mercado el comportamiento cuestionado.

El Informe especifica que si la valoración del perjuicio a la competencia y la protección de la “competencia” son comparados con referencia al bienestar del consumidor, es cuestión que recae en la autoridad de competencia en cada caso, examinar el funcionamiento real de la competencia en el mercado particular sin predisponer y explicar el perjuicio para los consumidores derivado del comportamiento cuestionado. Sin la disciplina proporcionada por estas pautas, la autoridad estaría tentada a identificar la “protección de la competencia” con la preservación de una estructura de mercado particular, es decir, una que implique la competencia real por una empresa determinada. Su intervención política tendría entonces simplemente el efecto de proteger de la competencia, a las otras empresas en el mercado. Esto les permitiría mantener su presencia en el mercado incluso aunque sus ofertas no proporcionen a los consumidores con los mejores productos o servicios en términos de calidad, precios o variedad

En algunos casos, los criterios para la protección de competidores de algunas formas de comportamiento inapropiado sería apropiado. Sin embargo, esto no es ciertamente generalizable a todos los casos; además, los competidores por ellos mismos no deben ser protegidos de la competencia por la intervención de la autoridad.

En cada caso, la autoridad de competencia debe valorar estas cuestiones sin perjuicio de cualquier estructura particular. Un estándar de bienestar del consumidor en el contexto de un enfoque basado en los efectos proporciona un criterio apropiado para la distinción. Refiriéndose a este estándar es todo lo más importante, porque, en el procedimiento real en un caso dado, los competidores usualmente están mucho mejor organizados que los consumidores. La autoridad de competencia recibe más demandas y más material de los competidores, así el procedimiento tiende a ser parcial hacia la protección de los competidores. Desarrollando unos criterios para valorar los efectos del bienestar del consumidor proporciona un contrapeso a este favoritismo.

<sup>100</sup> H.Von Der Groeben. *Derecho de las Comunidades europeas* n°. 1994; del mismo autor. “La función de la competencia en el mercado común” Bull CEE n° 8/65.

libertad, en función de las circunstancias y de los resultados económicos.<sup>101</sup> En consonancia con esta doctrina, Pellisé observa que los derechos de la competencia comunitario y nacionales han renunciado a ofrecer con éxito un concepto unitario y cerrado de competencia, a favor de una conceptualización implícita, plural y flexible. Es implícita porque el ordenamiento comunitario no define de forma expresa y decidida la competencia. Es plural porque, de un lado, no hay una definición unitaria que de modo general pueda ser aplicada sin variación a todos los preceptos, sino que más bien habrá de inferirse de cada precepto el concepto de competencia en el que piensa el legislador. Y ha de ser flexible porque el concepto a que se refiera cada norma habrá de poder considerarse en atención a las particulares circunstancias de cada mercado en el que se estime la competencia.<sup>102</sup>

Sin embargo, el enfoque de la Comisión puede explicarse lógicamente bajo el modelo de la elección del consumidor, que sugiere que el derecho de la competencia y la ley de protección del consumidor desarrollan objetivos diferentes pero complementarios. Operando juntos, estos dos instrumentos de derecho aseguran que los consumidores tengan los dos ingredientes necesarios para ejercitar la elección del consumidor efectiva o la soberanía del consumidor, las opciones, y la habilidad de escoger entre ellos. El derecho de competencia protege una variedad competitiva de opciones en el lugar del mercado, no afectado por restricciones artificiales, como la fijación del precio de productos o servicios que pueden ser anticompetitivos. El derecho de la protección del consumidor entonces protege contra otros fallos del mercado al asegurar que los consumidores estén dispuestos a hacer una selección razonablemente libre y racional de entre aquellas opciones, no impedido por restricciones artificiales como el engaño o la

---

<sup>101</sup> Berthold Goldman y Lyon Caen. *Derecho Comercial Europeo*. Madrid 1984. Pág. 359.

<sup>102</sup> Pellisé Capell, ob. Cit. Pág. 46. Véase también “La modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea”. Directores: Santiago Martínez-Lage y Amadeo Petitbó Juan Edita: Marcial Pons y Fundación Rafael del Pino, Madrid. 2005. Esta amplitud de conceptos ha sido criticada por Jebsen y Stevens, debido a que los artículos 81 y 82 se originan como una parte del Tratado CE, han sido desarrollados dentro del amplio contexto que crea el Tratado, el derecho relacionado a la competencia está moldeado por referencia a los artículos iniciales 2 y 3 del Tratado, resultando que las normas de competencia están implicadas no sólo con cuestiones de competencia, sino que también buscan implementar un rango amplio de políticas en lo industrial, social y político. Tienen amplios objetivos entre los que figuran la eliminación de las restricciones estructurales a la competencia, causado principalmente por las barreras nacionales que inhiben el mercado común, otro objetivo es la integración del mercado único, subrayando además que tanto los competidores, compiten con la competencia como un objetivo político. Un criterio único como la eficiencia económica no proporcionará necesariamente una guía absoluta. Resultando en un desarrollo de normas ad hoc e impredecibles. Per Jebsen, Robert Stevens. “Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: The regulation of Competition Under Article 86 of the European Union”. *Antitrust Law Journal* Vol 64. 1996, p. 443 y ss. en p. 446 y 458.

ocultación de información sustancial. Las leyes funcionan juntas para proteger una economía libre de mercado.<sup>103</sup>

El derecho de competencia encaja muy cómodamente dentro de este esquema. Su misión es proteger un grupo de opciones en el lugar del mercado. La posición de la política de competencia dentro del esquema general de la elección del consumidor tiene sin embargo muchas implicaciones para una construcción adecuada. Sugiere que el rol del derecho de competencia debe ser concebido ampliamente para proteger todos los tipos de opciones que son significativamente importantes a los consumidores. Entonces un abuso de exclusión, puede ser entendido como una actividad que limita irracionalmente la totalidad de elecciones de precio y no precio que de otro modo habrían sido disponibles.

El poder de mercado permanece principal a este análisis; concebido en estos términos el derecho de competencia todavía se enfocará en impedir a las empresas de adquirir o ejercitar indebidamente este poder. El concepto de “poder de mercado” sin embargo, debe ser ahora especificado en una forma que asegure que estamos capturando todos sus aspectos relevantes. En lugar de sólo el poder de ocasionar una desviación de los precios que serían establecidos por la competencia, el poder de mercado significará el poder para cambiar significativamente la mezcla de elecciones de precio/calidad/variedad que se originarían de la competencia

Las opciones que valoran los consumidores son identificadas por sus preferencias como las expresadas en el ámbito del mercado. Así, una teoría basada en el modelo de la elección del consumidor es fundamentalmente sólo aquella que está totalmente atenta a la evidencia empírica sobre las preferencias de no precio de los compradores, del mismo modo que las preferencias en precio. Continuará protegiendo la competencia en el precio y otras actividades que probablemente resulten en ahorros de coste debido a que los precios competitivos son aquellas de las opciones valoradas más considerablemente por los consumidores. Pero también reconoce y protege los aspectos adicionales principales de la competencia en no precio, como la innovación, variedad, calidad, seguridad, y otros atributos del producto, porque los consumidores basan sus decisiones también en estas características.<sup>104</sup>

---

<sup>103</sup> Neil W. Averitt y Robert H. Lande “Using the “Consumer Choice” Approach to Antitrust Law” en *Antitrust Law Journal* Vol. 74. 2007. Pág. 182.

<sup>104</sup> Estos otros atributos del producto se han convertido importantes in crescendo en la medida que la economía se ha movido desde producir y proporcionar productos relativamente simples al precio más bajo posible hacia producir bienes más complejos y especializados. Neil W. Averitt y Robert H. Lande, ob. Cit. pág. 184.

Un competidor menos eficiente que necesite beneficiarse de las ventajas asociadas a la demanda, podrá proporcionar a los consumidores opciones en precio, innovación, variedad, seguridad, calidad, etc, sin perjuicio a la eficiencia productiva, ya que estos factores no serían considerados si se limita el análisis a las implicaciones basadas sólo en el modelo del precio.

Entonces, la explicación a este tratamiento especial, es debido precisamente al objetivo de proteger al consumidor a largo plazo, a través del fomento del proceso de armonización, y el funcionamiento del mercado comunitario, para que en él opere efectivamente la competencia libre y que le proporcione la información que necesita, éstas constituyen las herramientas más importantes para la protección del consumidor.<sup>105</sup> La excepción prevista por la Comisión, en su Guía para la aplicación del artículo 82, tiene entonces un sólido fundamento económico, que no implica la protección del competidor que quiere ser protegido de la competencia, sino de aquel que pugna por ser eficiente en su mercado.

La idea de la protección de la competencia efectiva está en consonancia con lo expresado por Fox<sup>106</sup>: en el derecho de competencia comunitario, las leyes de competencia protegen la estructura competitiva y dinámica del mercado. Protegen la apertura y el acceso a los mercados, y el derecho de los actores del mercado a no ser excluidos por las estrategias de empresas dominantes que no estén basadas en los méritos competitivos. La protección de este proceso de competencia es considerada adecuada para preservar los incentivos de competir y sirven tanto a consumidores y actores eficientes del mercado<sup>107</sup>

Cseres considera que la protección del consumidor comunitario, en si mismo, persigue claramente un enfoque liberal basado primeramente en cómo dotar a los consumidores con los instrumentos apropiados para defenderse ellos mismos contra la influencia indebida de los suministradores y asumir decisiones firmes. El criterio de la protección europea del consumidor es crear un ámbito de igualdad de oportunidades más que

---

<sup>105</sup> Katalin Judith Cseres. *Competition Law and Consumer Protection*. European Monographs. 2005. Pág. 342.

<sup>106</sup> Eleanor M. Fox. "What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect". En *Antitrust Law Journal* 2002, Vol. 70 pág. 372 y ss. Pág. 392.

<sup>107</sup> Véase también Thomas Eilmansberger. "How Distinguish Good from Bad Competition under Article 82 EC: in search of Clearer and More Coherent Standards for Anti-competitive Abuses." En *C.M.L.R.* Vol. 42, 2005. págs. 129-177. Los artículos 81 y 82 salvaguardan este objetivo en niveles diferentes. Mientras el artículo 81 se refiere a varias formas de coordinación de la conducta entre empresas, el artículo 82 se refiere a actividades unilaterales que distorsionan potencialmente el objetivo de mantener la competencia efectiva y no distorsionada. Pág. 133.

promover la protección del consumidor como un fin en si mismo. Parece que la protección del consumidor comunitario estuvo inicialmente dirigida a la consecución del mercado interno e indirectamente a la armonización de las normas de protección del consumidor, se considera que la motivación que hubo detrás de la protección del consumidor en la Comunidad fuera la percepción que las empresas necesitaban de unas determinadas reglas con el objeto de tomar ventaja del mercado interno y entonces la armonización activa ha sido diseñada desde esta perspectiva comercial. La protección del consumidor actualmente completada con otras herramientas reguladoras dirigida al establecimiento del mercado interno.<sup>108</sup> De este modo, el comportamiento abusivo será prohibido desde el momento en que los intereses de un consumidor son dañados<sup>109</sup> sea o no que una empresa competidora haya sufrido un cambio en las condiciones de competencia.<sup>110</sup>

El objetivo de la protección de la competencia efectiva, está estrechamente relacionado con el objetivo de la integración del mercado común.

*b) El objetivo de la integración del mercado común.*

El artículo 2 del TCE deja claro que la integración es considerada el objetivo primordial del Derecho de competencia comunitario:

“La Comunidad tendrá como su objetivo, mediante el establecimiento de un mercado común y aproximando progresivamente las políticas económicas de los Estados Miembros, para promover a través de la Comunidad un desarrollo armonioso de las actividades económicas, una expansión continua y balanceada, un incremento en estabilidad, una elevación acelerada de los estándares de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que pertenecen a ella.”

El establecimiento del mercado común es, así pues, uno de los dos instrumentos que deben permitir la realización de los objetivos del TCE<sup>111</sup>.

La Guía de la Comisión<sup>112</sup> sobre el artículo 82, señala al respecto: “El artículo 82 constituye la base legal para un componente crucial de la política de competencia y su

---

<sup>108</sup> Katalin Judith Cseres. *Competition Law and Consumer Protection*. European Monographs. 2005. Pag. 341

<sup>109</sup> Decisión de la Comisión de 25-7-2001 *Deutsche Post AG*. 2001/892/CE. DOCE L 331/40 de 15-12-2001.

<sup>110</sup> Laurence Boy. “Abuse of market power. Controlling dominance or protecting competition?” en *The Evolution of European Competition Law*. Editado por Hans Ullrich. 2006.

<sup>111</sup> M.Waelbroeck y A. Frignani. Ob. cit. Tomo I. Pág. 8. Aunque el Tratado de Maastricht, ha modificado el artículo 2 TCE, continúa mencionando el “mercado común” como uno de los medios mediante los cuales debe realizarse la misión de la Comunidad, a pesar de que se refiere, al igual que el Acta Única Europea, a la noción de “mercado interior”.

aplicación efectiva ayuda a los mercados a funcionar mejor en beneficio de las empresas y de los consumidores. Esto es particularmente importante en el contexto del objetivo más amplio de conseguir un mercado interno integrado.”

Es un objetivo político de importancia capital. Asegurar la integración de las economías de los Estados miembros, se traduce en el objetivo de evitar las barreras internas al comercio dentro de la comunidad, desde sus inicios se estableció que éstas deben ser desmanteladas y que los bienes, servicios, trabajadores y capitales deben tener completa libertad de movimiento. Las empresas deben estar dispuestas a crecer más que sus mercados nacionales y operar sobre una escala más eficiente a través de la Comunidad. Desde la creación del Tratado, el derecho de competencia ha servido como un medio para este objetivo. Los artículos 81 y 82 TCE fueron incluidos en el Tratado de Roma, con el objeto de combatir las restricciones sobre la competencia que podían interferir con la creación del Mercado Común. No es coincidencia que los artículos 81 y 82 TCE literalmente califiquen la colusión y los abusos de una posición dominante como “incompatibles con el mercado común”. Este objetivo estructuró el pensamiento y las instituciones del derecho de competencia. Esto no significa que no hubo interés en obtener los beneficios genéricos de la competencia, tanto la Comisión y el Tribunal se han referido muchas veces a los beneficios potenciales anticipados –precios más bajos, un progreso tecnológico más rápido, etc.- como un resultado de la competencia desarrollada<sup>113</sup>: el objetivo de la integración a largo plazo, beneficia a la eficacia del proceso económico.<sup>114</sup>

Sin embargo, estas referencias han estado incluidas en un discurso y práctica enfocados en la integración económica. Además, había pocos motivos para distinguir entre los dos objetivos; ambos estaban relacionados, y se reforzaban mutuamente. En la medida que el derecho de competencia eliminó los obstáculos al libre tránsito de los bienes, servicios y capitales a lo largo de las fronteras europeas, por ejemplo, sirvió al objetivo de unificar el mercado mientras simultáneamente beneficiaba a los consumidores mediante el incremento del número de competidores actuales y potenciales en los mercados europeos.<sup>115</sup> Debido al objetivo prioritario de la integración, los artículos 81

---

<sup>112</sup> §1 de la Guía de la Comisión. Véase también §4 del Documento de la Comisión.

<sup>113</sup> Ver por ejemplo, Sentencia TJCE en los Casos Juntos C-56 y 58/64 *Consten and Grundig c/ Comisión CE* RJ1966 Pág. 299 – 341 en 339-40

<sup>114</sup> Barry Hawk. *United States, Common Market and International Antitrust*. 1994. Prentice Hall Law & Business. P. 53-55.

<sup>115</sup> El denominado “Spaak Report” de 1956, que sirvió como las bases para la redacción del Tratado de Roma, subrayó esta función. Nota 17 en David J. Gerber. “The Transformation of European Community Competition Law?”. *Harvard International Law Journal*. Vol. 35. Año 1994. Pág. 97 y ss.

y 82 TCE han sido los más extensamente aplicados y discutidos,<sup>116</sup> y algunos tipos de violaciones están, por supuesto, relacionadas más estrechamente que otras con el imperativo de la integración.<sup>117</sup>

La importancia considerable de la integración como un objetivo para las autoridades comunitarias configuró no sólo los acuerdos institucionales del derecho de competencia, sino también su contenido sustantivo. En contraste a los sistemas nacionales de competencia, cuyo objetivo primario típicamente es asegurar los beneficios genéricos asociados con la competencia.

En particular, las normas del Tratado sobre competencia fueron inicialmente adoptadas para impedir que las empresas privadas re establezcan los impedimentos al libre comercio intra comunitario donde ya estaban prohibidas las normas públicas con un efecto similar. El derecho comunitario de competencia fue considerado para constituir la rama privada de las normas generales sobre el movimiento libre. Los artículos 81 y 82 TCE son entonces percibidos mejor como equivalentes “privados” del artículo 28 TCE que establece la libre circulación (antiguo artículo 30) y que garantiza el libre movimiento de productos. Incluso se argumentaría correctamente que para los propósitos de competencia no hay diferencia si los bienes cruzan las fronteras o no, la promoción de la integración es un objetivo válido y necesario de la política de competencia comunitaria.<sup>118</sup>

Frecuentemente se ha criticado que el objetivo de la integración del mercado es al menos en algunos casos, incompatible con el principal objetivo de proteger la competencia. Sin embargo, tanto la competencia como la integración del mercado sirven a los mismos fines ya que la creación y preservación de un mercado único abierto promueve una distribución eficiente de recursos a través de la Comunidad para el beneficio de los consumidores.

Entonces, el derecho de competencia tiene que jugar al respecto un rol positivo y negativo. A través del rol negativo se evitan medidas que intenten mantener el aislamiento del mercado doméstico: por ejemplo, los cárteles nacionales, las barreras a la exportación y la compartimentación del mercado son comportamientos seriamente

---

<sup>116</sup> Walter Van Gerven. “ Twelve Years EEC Competition Law (1962-1973) Revisited” en *CMLR* Págs. 38-61.1974. Vol. 11.

<sup>117</sup> Joel Davidow. *Competition Policy, Merger Control and the European Community's 1992 Program*. 29 *Columbia Journal of Transnational Law*. Vol. 11. 1991, pág. 13.

<sup>118</sup> Informe sobre la Política de Competencia de 1995 Vol. XXV y Informe sobre la Política de Competencia de 1996 Vol XXVI



penalizados<sup>119</sup>. El rol positivo es que el derecho de competencia puede ser modelado de tal forma que anime al comercio entre los estados, en parte mediante la nivelación de los ámbitos de competencia en Europa y en parte facilitando las transacciones entre las fronteras y la integración<sup>120</sup>.

Es importante tener en cuenta que si bien el derecho de competencia comunitario tiene además el objetivo de la integración, comparada con el derecho antitrust norteamericano, sin embargo, el análisis, requiere la consideración explícita de los principios económicos. El razonamiento económico proporciona las herramientas necesarias para valorar la efectividad de la competencia en todos los mercados al margen de la jurisdicción. Esto significa que los mismos principios económicos son igualmente válidos en la aplicación del derecho de competencia comunitario y en la aplicación del derecho de competencia en otras jurisdicciones como la americana e incluso las nacionales de los estados miembros.

En algunos casos, el objetivo de la integración del mercado en el derecho de competencia comunitario, tiene prioridad sobre el objetivo económico, lo que no implica que no se de atención a la eficiencia económica incluso cuando se trate de un comportamiento que busque limitar el comercio entre los estados miembros. Si se ignora el impacto de estos comportamientos en el bienestar económico, las decisiones asumidas atendiendo sólo al objetivo de la integración del mercado, pueden tener resultados perversos<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> Las autoridades comunitarias asumen acciones para detener y penalizar este tipo de comportamientos como un amplio abanico de acuerdos y prácticas como las restricciones territoriales y prácticas como las restricciones territoriales a lo largo de las fronteras nacionales y las barreras a la exportación; así, las medidas de fijación de precios que mantienen artificialmente los precios altos, así en las Decisiones de la Comisión *Daimler Chrysler*, *Opel Nederland* y *Volkswagen*, o los comportamientos abusivos de diferencias injustificadas de precios entre los Estados miembros, como la discriminación de precio a nivel geográfico sancionadas en los casos *Tetra Pak II*, *Irish Sugar*, entre otros. Un análisis “puro” de competencia conduciría a la conclusión que las limitaciones al movimiento libre de los productos son pro competitivos en vista de los efectos positivos que generan para la competencia (entre marcas). El enfoque negativo de las restricciones territoriales a la libertad económica de las partes es también evidente del hecho que las multas más altas por las infracciones al derecho de competencia han sido impuestas por comportamientos que limitaron el libre movimiento de mercancías. Rein Wessling Ob. cit. Pág. 23

<sup>120</sup> Para mitigar el riesgo que las empresas medianas o pequeñas, encontrarán más difícil competir exitosamente con empresas más grandes localizadas dentro o fuera de la Comunidad, la Comisión no sólo ha tolerado, sino que ha animado algunas formas de cooperación entre las empresas competidoras pequeñas y medianas. Esto es, el objetivo de la integración predispone a la Comisión para aceptar algunos acuerdos horizontales, especialmente aquellos acuerdos que incluyen a empresas de diferentes Estados miembros, ya que animan la cooperación y la integración de las empresas entre los Estados miembros. Barry E. Hawk. “The American (Anti-trust) Revolution: Lessons for the EEC?” *E.C.L.R.* 1988. Pp.153. en 55.

<sup>121</sup> Simon Bishop y Mike Walker. *Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. 2000 Londres. 2ª Edición, pág.5

- *El objetivo de integración y la interpretación teleológica de las normas de competencia.*

Los poderes exclusivos de la Comisión y los tribunales establecidos en virtud del Tratado, en el ámbito del derecho de competencia comunitario, han condicionado que el objetivo de la integración del mercado jugara un rol dominante en la interpretación de las normas sobre competencia contenidas en el Tratado. Las dos instituciones de la Comunidad han tenido una afinidad más estrecha respecto al ámbito supranacional de la integración Europea, habiendo dado forma a una práctica de derecho de competencia que fue en primer lugar funcional al proceso de integración del mercado, que ha jugado un rol importante en la construcción del sistema.<sup>122</sup>

La aplicación de la interpretación teleológica por el Tribunal de Justicia CE se concreta en su sentencia al caso *Italia c/ El Consejo y la Comisión*<sup>123</sup>, donde el Tribunal señaló que las normas de competencia debían ser leídas en el contexto del Preámbulo del Tratado que clarifica la trascendencia de las normas de competencia. La referencia fue particularmente a ser aplicada en aquellas normas relacionadas con la eliminación de barreras y la competencia leal, ambas, en opinión del Tribunal son necesarias para implementar el mercado común.<sup>124</sup>

### **3. La estructura de la norma**

Los elementos del tipo del artículo 82 son: (a) Que se trate de una empresa, que se encuentre en posición dominante; (b) que lleve a cabo conducta abusiva; y (c) que la misma afecte al comercio intracomunitario.

#### **3.1. La empresa en posición de dominio: concepto de empresa**

---

<sup>122</sup> Un reconocimiento inicial del rol de la teleología como la herramienta principal de interpretación es proporcionada en W. Van Gerven, "Twelve years EEC Competition Law (1962-1973) Revisited" (1974) 11 *CMLR* 38-61, en 49

<sup>123</sup> STJCE de 13-07-1966. *Italian Republic v Council of the European Economic Community and Commission of the European Economic Community*. Case 32-65. *European Court reports Spanish special edition 1964-1966 Page 00487*

<sup>124</sup> Rein Wessling "The Commission White Paper on Modernisation of E.C. Antitrust Law: Unspoken Consequences and Incomplete Treatment of Alternative Options". *E.C.L.R.* 1999. Pp.420.

El artículo 82 TCE se aplica a las empresas<sup>125</sup>. El TCE no define el término ‘empresa’. Hay que buscar la definición en la doctrina y la jurisprudencia. El concepto de empresa en derecho comunitario; es independiente de las concepciones de los diversos Derechos nacionales,<sup>126</sup> pero es similar al del artículo 81 TCE. El TPI señala que “no existe razón alguna, jurídica o económica, para suponer que el término “empresa” que figura en el artículo 82 TCE tenga un significado distinto del que se le ha atribuido en el artículo 81 TCE”<sup>127</sup> de ahí que las precisiones hechas por la Doctrina y la Jurisprudencia para éste, sean de forma general también válidas para aquél, aquí por tanto, citaremos, la jurisprudencia que aplica ambos artículos.<sup>128</sup>

Aunque las normas comunitarias prohíben la distorsión de la competencia efectuada por varias ‘empresas’, sin embargo, no proporcionan una definición de qué implica este término.

En la jurisprudencia, el TJCE adopta un enfoque funcional cuando se trata de la aplicación de las normas de competencia y de la noción de empresa, que es por supuesto aplicada uniformemente. Al respecto, el concepto de ‘empresa’ no es idéntico con la personalidad legal para el propósito del derecho mercantil o fiscal. Así, bajo la definición del TJCE, una empresa que por alguna razón no desarrolla ninguna actividad económica, no será considerada empresa.

Así, aunque las empresas siempre pueden ser objeto de las normas de derecho de competencia (las compañías, por definición están incorporadas si tienen el objeto de desarrollar una actividad económica), hay algunas raras excepciones cuando queda acreditado para el TJCE que no son empresas. Este fue el caso de *Diego Cali*<sup>129</sup>: una empresa privada que no fue considerada como una “empresa” porque además de

---

<sup>125</sup> “... La expresión “más empresas” contenida en el artículo 86 –actual 82- del TCE implica que una posición dominante puede estar ocupada por dos o más entidades económicas, jurídicamente independientes entre sí, siempre que, desde el punto de vista económico se presenten o actúen juntas en un mercado específico como una entidad colectiva”. § 36 de la Sentencia TJCE 16-3-2000. As. Acumulados C-395 y 396/96 P. *Compagnie Maritime Belge Transports SA y otros c/. Comisión CE*. RJ 2000

<sup>126</sup> Waelbroeck, Michel y Frignani, Aldo (1999) p. 46., véase también Sentencia TJCE 25-11-1971. *Béguelin Import Co./SAGL Import Export*. Cuestión Prejudicial. RJ 1971 p. 0949. Que señala que “El TJCE estimó en numerosas ocasiones que el concepto de “empresa” que figura en el capítulo del TCE dedicado a las normas sobre la competencia presupone la autonomía económica de la entidad afectada.”

<sup>127</sup> Sentencia del TPI de 10-3-1992. *Società Italiana Vetro SpA y otros c. Comisión CE* Asuntos acumulados T-68/89, T-77/89 y T-78/89. RJ 1992 II 1403. § 358.

<sup>128</sup> Jaume Pellisé Capell. *Mercado Relevante, Posición de Dominio y Otras Cuestiones que Plantean los artículos 82 TCE y 6 LEDC*. Aranzadi 2003. pág. 23. Whish. Ob. cit. Pág. 246; Font Galán, ob.cit. pag. 256.

<sup>129</sup> Sentencia TJCE de 18 Marzo de 1997. *Diego Cali & Figli Srl v Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*. Cuestión Prejudicial C-343/95 RJ 1997 – 547.

efectuar actividades comerciales, desarrollaba la misión de interés público de protección del medio ambiente marítimo.

### 3.1.1. Enfoque funcional o teleológico.

Es inherente al principio de una economía de mercado abierta con la competencia libre, en la forma establecida en el artículo 98 del TCE<sup>130</sup>, según el cual, las normas de competencia sólo se aplican a los comportamientos que, en el más amplio sentido, sean de naturaleza económica. Así, la noción de empresa -que delimita el ámbito de aplicación de las normas de competencia- debe ser una noción funcional, enfocándose en la razón de ser de la entidad en cuestión (opuesta a sus características institucionales). El TJCE ha asumido este enfoque funcional o teleológico, su fin es establecer quiénes son los sujetos afectados por las normas de competencia.

La primera definición del TJCE de la noción de ‘empresa’ fue dada en el caso *Hydroterm/Compact*<sup>131</sup>, donde el TJCE señaló que “en derecho de competencia comunitario, el término “empresa” debe ser entendido como aquel que designa una unidad económica para el propósito central de que trata el acuerdo en cuestión. El TJCE confirmó este enfoque funcional en el caso *Höfner y Elser/Macroton*, donde proporcionó una definición que se convirtió en un formato estándar que ha sido consistentemente reiterado en la jurisprudencia posterior: “El concepto de una empresa se refiere a toda entidad vinculada en una actividad económica, al margen del estatus legal de la entidad y la forma en que esté financiada.”<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> Artículo 98 TCE: “Los Estados miembros llevarán a cabo sus políticas económicas con vistas a contribuir a la realización de los objetivos de la Comunidad, definidos en el artículo 2, y en el marco de las orientaciones generales contempladas en el apartado 2 del artículo 99. Los Estados miembros y la Comunidad actuarán respetando el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia, favoreciendo una eficiente asignación de recursos y de conformidad con los principios enunciados en el artículo 4.”

<sup>131</sup> Sentencia del TJCE CE *Hydroterm Geratebau GmbH c. Compact de Dott Ing Mario Adredi & CSAS*. As. C-170/83. RJ 1984 pág. 2999. § 11.

<sup>132</sup> Sentencia TJCE de 23-4-1991. *Hoefner y Elser/Macroton*. Cuestión Prejudicial. C41/90 RJ 1991 p. I-1979. § 21. Véase también los siguientes casos: Decisión de la Comisión CE de 26 de julio de 2000. *Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (“AENA”)*. DOCE L208 de 18-08-2000 § 40 Decisión de la Comisión CE 98/513/CE de 11-6-1998 *Alpha Flight Services/Aéroports de Paris* (98/513/CE) DOCE L230/10 de 18.8.98. § 40 Sentencia del TPI de 12-12-2000 *Aéroports de Paris c/ Comisión de la CE y Alpha Flight Services* As. T-128/98. § 124 Sentencia TJCE de 24 de octubre de 2002 *Aeropuertos de París y otros / Comisión* C-82/01 P, Rec. 2003 § 82. Sentencia TJCE de 19-2-2002 *JCJ Wouters y otros*. Cuestión Prejudicial C-309/99. § 46. Poucet y Pistre, caso citado, § 17; *Fédération française des sociétés d’assurances y otros*, caso citado, § 14; de 11 de diciembre de 1997, *Job Centre*, C-55/96, Rec. p. I-7119, § 21, y *Albany*, caso citado, § 77; sentencias del TPI de 2 de julio de 1992, *Dansk Pelsdyravlereforening/Comisión*, T-61/89, Rec. p. II-1931, § 50, y de 30 de marzo de 2000, *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali/Comisión*, T-513/93, Rec. p. II-1807, § 36, §34 de la Sentencia TJCE de 5 de marzo de 2009, *Kattner Stahlbau GmbH c/. Maschinenbau- und Metall-Berufsgenossenschaft*, Cuestión Prejudicial C-350/07, entre otras muchas.

Se observa de este enfoque, que la característica clave de una “empresa” cambia del criterio asociado con la autonomía de la entidad, su estatus legal, o su documento fundacional, todos quedan irrelevantes en la medida que la “sustancia prevalece sobre la forma” a los efectos del derecho de competencia comunitario<sup>133</sup>.

La doctrina, señala que el término “empresa”, no es usado como un valor conceptual acabado que pretende partir de una definición jurídica de su esencia, sino que sólo es utilizado como “un dato o recurso técnico útil para delimitar, desde el punto de vista personal el ámbito del derecho de competencia comunitario”<sup>134</sup> Entiende la doctrina que el término empresa se refiere a toda entidad que participe en actividades empresariales, y por tanto, las normas pueden ser aplicadas a toda empresa que ejerza actividades económicas en el mercado<sup>135</sup>. Así, la doctrina tiene una clara coincidencia con lo establecido por el TJCE de forma sistemática y uniforme desde el caso *Höfner y Elser/Macrotón*, ya citado.

### 3.1.2. Actividad económica

El término forma parte indispensable de la definición de empresa, haciendo que la definición se convierta en una definición muy amplia, a estos efectos, el TJCE ha establecido un principio general que establece las circunstancias bajo las que una actividad puede ser considerada ‘económica’ y segundo ha excluido específicamente ciertas actividades del ámbito de este principio general. Para determinar si las actividades de que se trata son las de una empresa en el sentido de las normas de competencia del TCE hay que examinar cuál es su naturaleza<sup>136</sup>.

Para la doctrina, el test utilizado por el TJCE en determinar cuándo se trata de una actividad económica puede ser resumida como sigue: “una actividad es de naturaleza económica si enfrenta competencia real o potencial,<sup>137</sup> por parte de las empresas

---

<sup>133</sup> Victoria Louri. “ ‘Undertaking’ as a Jurisdictional Element for the Application of EC Competition Rules”. *Legal Issues of Economic Integration*. 2002 pp.145.

<sup>134</sup> Font Galán: *La libre competencia en la Comunidad Europea*. Bolonia. 1986 pág. 60-62.

<sup>135</sup> Richard Whish. *Competition Law* 3 Ed. Butterworths. 2003. Londres U.K pág. 187, Font Galán *ob.cit.* pág. 63; M.Waelbroeck y A. Frignani. *Derecho de la Competencia* Tomo I. Edit. Bosch. Barcelona. 1998. Versión española por Ignacio Sáenz Cortabarría Fernández y Marta Morales Isasi. Pág. 46.

<sup>136</sup> Véase, en particular, la sentencia TJCE de 19 de enero de 1994, *SAT Fluggesellschaft*, C-364/92, Rec. p. I-43, § 19.

<sup>137</sup> La competencia potencial se refiere a las empresas que están dispuestas a entrar al mercado a corto plazo.

privadas, estableciendo así una presunción considerable para el carácter económico de cualquier actividad.<sup>138</sup>

Este amplio entendimiento del término ‘actividad económica’ es una característica consistente con la jurisprudencia de los tribunales comunitarios. Primero, en *Höfner y Elser c/ Macroton* el TJCE calificó a la Oficina de Empleo alemana como una empresa porque consideró que sus actividades de búsqueda de empleo eran de naturaleza económica.<sup>139</sup>

La Comisión ha reiterado este enfoque al considerar como ‘actividades económicas a aquellas que pueden ser implementadas, al menos en principio, por una empresa privada para su beneficio’<sup>140</sup>

Entonces, constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado.

La jurisprudencia ha desarrollado más especificaciones al respecto, así, no se requiere que la empresa persiga un fin lucrativo, desde el momento en que su actividad se presta “normalmente” percibiendo una contraprestación. La remuneración no necesariamente debe provenir directamente de la parte a la que proporciona el bien o servicio.<sup>141</sup>

Cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del *estatus* jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación no puede dissociar la actividad de compra de un producto de su uso posterior para apreciar la naturaleza de tal actividad de compra, y el carácter económico o no del uso posterior del mismo determina necesariamente la naturaleza de la actividad de compra<sup>142</sup>

---

<sup>138</sup> A. Winterstein, ‘Nailing the Jellyfish: Social Security and Competition Law’ (1999) *European Competition Law Review*, Sweet & Maxwell, p. 324-333, en 326.

<sup>139</sup> “El hecho de que las actividades de búsqueda de empleo son normalmente confiadas a las administraciones públicas no puede afectar la naturaleza económica de tales actividades. La búsqueda de empleo es un servicio que no siempre ha sido, y no necesariamente debe, ser suministrado por las entidades públicas.” Sentencia citada, § 22. Véase también la Sentencia TJCE *Job Centre Coop. SARL (II)* As. C-55/96. RJ 1997 pág. 7119.

<sup>140</sup> Decisión de la Comisión CE 28-6-1995. *Aeropuerto de Bruselas/British Midland*. DOCE L216 de 12-9-95 p. 0008. Véanse, en particular, las Sentencias TJCE de 18 de junio de 1998, *Comisión/Italia*, C-35/96, Rec. p. I-3851, § 36, y de 25 de octubre de 2001, *Ambulanz Glöckner*, C-475/99, Rec. p. I-8089, § 19. Y de 24 de octubre de 2002 *Aeropuertos de París y otros / Comisión* C-82/01 P, Rec. 2003 § 79

<sup>141</sup> Así, el TJCE consideró que poco importa que las emisoras de programas televisados no paguen, por lo general, directamente a las empresas que explotan las redes de cables para la transmisión de sus programas, desde el momento en que estas últimas son remuneradas a través de los cánones que perciben de sus abonados, por el servicio que prestan a las emisoras. Véase la STJCE de 26-4-1988 *Bond van Adverteerders*. § 16.

<sup>142</sup> Sentencia TPI de 4-3-2003. As. T-319/99 *FENIN c. Comisión*. §25-26. Confirmado por Sentencia TJCE de 11-06-2006. *FENIN c. Comisión*. As. C-205/04 P. ECR 3006 I-6295. §36-37.

Así, el TJCE distingue expresamente entre actividades de compra y actividades de venta, estableciendo que es la actividad consistente en la oferta de bienes y servicios en un mercado determinado, la característica fundamental de una actividad económica, no el negocio de la compra como tal.<sup>143</sup> Así, las actividades de compra relacionadas a servicios no-económicos son consideradas también como no-económicos<sup>144</sup>, y, consecuentemente, estos organismos de gestión pueden no ser considerados como entes actuando como “empresas” dentro del significado del artículo 82 TCE.<sup>145</sup>

Entonces, tanto los Tribunales y la Comisión, han clarificado el término “actividad económica” en términos amplios como actividades que pueden generar competencia real o potencial. Sin embargo, esta definición general presenta inconvenientes, puesto que incluye en el ámbito del derecho de competencia a todas las actividades, ya que en nuestros días todas pueden ser también desarrolladas por empresas privadas.

---

<sup>143</sup> §38-39 de la Sentencia TJCE antes citada. El TJCE señaló que la actividad de compra no podía ser disociada del uso subsecuente que se les da a los bienes o servicios adquiridos, y sostuvo que el carácter económico o no de los mismos, necesariamente determina el carácter de la actividad de compra. El TJCE es consciente respecto al hecho que las entidades de compra o servicios para uso no económico estarían en posición de ejercer un poder en la compra (equivalente a un monopsonio), pero planteó que esto no podía influir en la denominación de “empresa”. En la medida que los servicios prestados por una entidad como el servicio nacional de salud estaban influidos considerablemente por el principio de solidaridad, como para ser considerada como una actividad no económica. Véase también Sentencia TJCE de 01-07-2008, Cuestión Prejudicial C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE)* y *Elliniko Dimosio*, el TJCE considera incluido en el ámbito del artículo 82 a una persona jurídica cuyas actividades consisten no sólo en participar en la expedición de las resoluciones administrativas que autorizan la organización de competiciones de motocicletas, sino también en organizar ella misma tales competiciones y en celebrar en este contexto contratos de patrocinio, publicidad y seguro

<sup>144</sup> El pronunciamiento del TJCE estaría respaldado por la opinión del Abogado General Julianne Kokot, que señala: la actividad de entidades como los organismos gestores de la seguridad social, aparte de su finalidad social y de la inexistencia de ánimo de lucro, se caracterizan por la presencia de una regulación estatal de la que se derivan determinadas obligaciones de solidaridad, característica que diferencia a otras instituciones que no están sometidos a un régimen estatal similar. Opinión del A.G. Julianne Kokot de 6 de marzo de 2008 en la Cuestión Prejudicial Asunto C-49/07 *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE)*. §47 y STJCE del mismo asunto de 01 de julio de 2008 §25, el TJCE considera incluido en el ámbito del artículo 82 a una persona jurídica cuyas actividades consisten no sólo en participar en las resoluciones administrativas que autorizan la organización de competiciones de motocicletas, sino también en organizar ella misma tales competiciones y en celebrar en este contexto contratos de patrocinio, publicidad y seguro.

<sup>145</sup> Véase Wulf Henning—Roth. “Caso C-205/03 P, *Federación Española de Tecnología Sanitaria (FENIN) v. Commission*, Judgment of the Grand Chamber of 11 July 2006 [2006] ECR I-6295. En *CMLR* 2007. Págs.1131-1142. 2007. El autor critica la postura del TJCE en este caso, partiendo de la idea que el derecho de competencia comunitario tiene entre sus objetivos la protección de la competencia no distorsionada y que los fines últimos del derecho de competencia comunitario son la integración del mercado; el bienestar del consumidor o bienestar social, estos fines deben alcanzarse a través de un proceso de competencia. Va en contra del objetivo del derecho de competencia comunitario de la protección de la competencia no distorsionada del comprador, cuando uno de los participantes excluyen a otros participantes (importantes) en el lado de la demanda del mercado (hacia arriba) gracias a que sus actividades hacia abajo son no económicas. Cuando el proceso competitivo no funciona debido a la existencia de un monopolio o un monopsonio, el artículo 82 debe proteger a los participantes en el otro lado del mercado contra un abuso explotativo de la posición dominante. El propósito de esta norma una vez más no permite un trato diferente del poder de monopsonio dependiendo de si el monopsonista está presente en un mercado hacia abajo o si sólo ofrece bienes públicos o servicios no económicos.”

Incluyéndose en el término “empresa”, las empresas privadas, los individuales, el estado, y las entidades cuyo propietario es el estado<sup>146</sup>.

La doctrina señala que se ha de entender como actividad económica cualquier actividad de producción o comercialización no gratuita de bienes o servicios.<sup>147</sup>

El TJCE ha desarrollado varias exclusiones y excepciones de esta noción amplia de ‘empresa’ y actividad económica. Algunas categorías son excluidas por virtud de su estatus; otras, como las entidades estatales son consideradas fuera del ámbito de la noción de ‘empresa’ (y entonces fuera del ámbito de las normas de competencia) cuando ejerzan actividades por las que el estado actúa en virtud de su *imperium*.

### 3.1.3. La autonomía de la empresa

El TJCE agregó un elemento de autonomía al concepto de actividad económica con el objeto de excluir a determinados individuos de la aplicación de las normas de competencia. En el caso *Vandevenne y otros*<sup>148</sup> consideró dentro del término empresa ‘una persona natural o legal autónoma, al margen de su forma legal, que desarrolla una actividad de transporte que organiza y controla el trabajo de los conductores y del personal.’ Así, los empleados, agentes y sindicatos de trabajadores sólo pueden ser empresas si tienen autonomía en el proceso de toma de decisiones. Los trabajadores fueron así excluidos debido a la falta del requisito de autonomía y resultan por tanto fuera de la noción de empresa y del ámbito de las normas de competencia.<sup>149</sup>

---

<sup>146</sup> Así por ejemplo, la Comisión estableció que cualquier organismo que desarrolle actividades de carácter económico, independientemente de su forma legal, constituye una empresa dentro del significado del artículo 82 TCE. Una actividad de carácter económico se entiende cualquier actividad sea o no rentable, que suponga un movimiento económico. Véase §65 de la Decisión de la Comisión Copa del Mundo Francia 1998, citada. La condición está cumplida incluso cuando la actividad de una empresa pública tiene conexión con cualquier deporte, y si en el ejercicio de parte de sus actividades, una entidad está investida de poderes públicos, ello no impide que sea clasificada como una empresa para el propósito del derecho de competencia respecto del resto de sus actividades económicas. Véase también la STCE, Asunto C-82/01 P *Aéroports de Paris v Commission* [2002] ECR I-9297, párrafo 74. La clasificación como una actividad que implica el ejercicio de los poderes públicos o como una actividad económica debe ser implementada separadamente para cada actividad ejercitada por una determinada entidad. Véase también §25 de la SJTCE *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE)* Cuestión Prejudicial 49/2008, y STJCE Asunto 36/74 *Walrave and Koch* [1974] ECR 1405, § 4, y Asunto C-415/93 *Bosman* [1995] ECR I-4921, § 73).

<sup>147</sup> Berthold Goldman, Antoine Lyon-Caen, Louis Vogel. *Droit Commercial Européen*. 5<sup>o</sup> Ed. Ed. Précis Dalloz. 1994 París num. 475; Waelbroeck y Frignani, ob. cit. P.46.

<sup>148</sup> Sentencia TJCE *Vandevenne y otros* As. C-7/90 RJ 1991 – 4371.

<sup>149</sup> Véase por ejemplo los casos Sentencia TJCE 16-9-1999. *Jean Claude Becu y otros*. Cuestión Prejudicial C-22/98 RJ 2000. § 26. Y también la Sentencia TJCE de 16-12-1975. *Société Anonyme Générale Sucrière y otros*. Asuntos acumulados 40-48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73 RJ 1977 p. 445. En 542. Goldman y Lyon Caen, ob. cit. Num. 476.



Si una persona ejerce un negocio por cuenta propia está incluida en el término ‘empresa’.<sup>150</sup>

### 3.1.4. Entidades que constituyen “empresas”

#### - Asociaciones y Fundaciones

Las asociaciones pueden operar en cualquier sector. Por ejemplo, son empresas, los organismos deportivos en la medida que sus actividades sean de naturaleza económica,<sup>151</sup> las mutuas de protección e indemnización,<sup>152</sup> las asociaciones profesionales; sin embargo, si los asociados no están vinculados entre sí para adoptar una misma línea de acción en el mercado que conduzca a la supresión de competencia entre ellos, no serán considerados como una sola empresa,<sup>153</sup> tampoco tendrán esta categoría los sindicatos de trabajadores.<sup>154</sup>

---

<sup>150</sup> En la Decisión *Reuter/BASF* DOCE L 254/40 DE 1976, la Comisión señaló consideró como empresa la que creó su director gerente, destinada a la venta acciones. Véanse también las decisiones *Vaessen c. Morris* DOCE L 19/32 de 1979; *RAI/Unitel* DOCE 157/39 de 1978. Y en la Sentencia TJCE *Comisión/Italia* Asunto C-35/96 RJ 1998 – 3851. § 38, el TJCE consideró como empresas a los agentes de aduana italianos. El TJCE consideró que las actividades de los agentes de aduana eran económicas ya que las efectuaban percibiendo una contraprestación y porque habían asumido los riesgos financieros derivados del ejercicio de su profesión. Véase también la Sentencia TJCE *Pavlov y otros c. Stichting Pensioenfondsen medische Specialisten* As. C-180-184/98. RJ 2001: los especialistas médicos están clasificados como empresas; Sentencia del TJCE de 15-12-1995. *Union Royale Belge des Sociétés de Football Association y otros c/ Jean-Marc Bosman y otros*. As. 415/93. § 32: un deportista es considerado una empresa al desarrollar una actividad económica.; Sentencia TJCE *Vereniging van Vlaamse Reishuurovereenkomsten c. Sociale Dienst van de plaatselijke en gewestelijke overheidssdiensten*. As. C-131/85. RJ 1987 – 3801. Los agentes de viajes son comerciantes independientes y por tanto empresas.

<sup>151</sup> Decisión sobre la Distribución de los paquetes turísticos durante la Copa del Mundo de Fútbol 1990 DOCE L326/31 de 1994; Decisión de la Comisión CE de 20-7-1999. *Copa del Mundo de Fútbol 1998*. DOCE L5/55 de 8-1-2000: Los Comités de Organización de Italia y Francia son empresas. Véase también la Opinión del A.G. Julianne Kokot de 6 de marzo de 2008 en la Cuestión Prejudicial Asunto C-49/07 *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE)*. Y STJCE del mismo caso de 01-07-2008 §25.

<sup>152</sup> Decisión de la Comisión de 12-4-1999, *P&I Clubs, IGA*. DOCE L125, 19-05-1999 p. 12-31.

<sup>153</sup> Véanse la Decisión *COAPI* DOCE L106/14: La asociación de agentes de propiedad industrial es una asociación de empresas bajo el derecho de competencia; sin embargo, véase la Sentencia TJCE de 19-2-2002 *JCJ Wouters y otros c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, Cuestión Prejudicial C-309/99: Un colegio de abogados “... no puede ser calificada como asociación de empresas a efectos del derecho de competencia, ya que los abogados colegiados en los Países Bajos no están lo suficientemente vinculados entre sí para adoptar una misma línea de acción en el mercado que conduzca a la supresión de las relaciones de competencia entre ellos” (en este sentido, véase la sentencia de 5 de octubre de 1995, Centro Servizi Spediporto, C-96/94, Rec. p. I-2883, §s 33 y 34). En § 113.

<sup>154</sup> Sentencia TJCE de 21-9-1999 *Albany International BV c/ Stichting Bedrijfspensionenfonds Tertiële Industrie y otros*. Cuestión Prejudicial C-67/96. RJ 1999. Sentencia TJCE de 21-9-1999. *Maatschappij Drijvende Bokken BV/Stichting y otros*. Cuestión Prejudicial C-219/97. RJ 1999. Y Sentencia TJCE de 21-9-1999. *Brentjens' Handelsonderneming BV c/ Stichting* 1999 y otros. Cuestión Prejudicial C-115 y 117/97. RJ 1999.

En materia de fundaciones, el TJCE ha establecido que una fundación de naturaleza bancaria puede ser considerada una empresa si ejerce una actividad económica.<sup>155</sup>

- Los grupos de sociedades

La jurisprudencia considera como una sola empresa o “unidad económica” un grupo de sociedades cuando sus miembros no gozan de una autonomía real, sino que están sometidas a un control único.<sup>156</sup> Para el TJCE es preciso que la sociedad filial “no determine de forma autónoma su comportamiento en el mercado, sino que aplique esencialmente las instrucciones que le dirige la sociedad matriz”<sup>157</sup>. Cuando la participación alcanza la totalidad o la casi totalidad del capital, puede presumirse que ejerce un control efectivo.<sup>158</sup>

Esta línea jurisprudencial<sup>159</sup>, implica la aplicación de la doctrina del efecto<sup>160</sup>, que considera como una unidad económica, a pesar de la separación formal de las sociedades a semejanza del supuesto denominado el ‘privilegio del grupo’<sup>161</sup>.

---

<sup>155</sup> Véase Sentencia TJCE de 10-01-2006. Cuestión Prejudicial C-222/04, *Ministerio dell’Economie e delle Finanze y otros*. § 109 y ss. Una fundación bancaria, que actúa por sí misma en los sectores de interés público y de utilidad social y hace uso de la facultad que le confiere una ley de realizar operaciones financieras, comerciales, inmobiliarias y mobiliarias necesarias u oportunas para la consecución de sus objetivos, puede ofrecer bienes o servicios en el mercado en competencia con otros operadores, en sectores como los de la investigación científica, la educación, el arte o la sanidad; bajo estos términos, debe considerarse que la fundación bancaria es una empresa dado que ejerce una actividad económica, y ello a pesar de que no persiga un fin lucrativo, puesto que en su ejercicio compite con otros operadores con ánimo de lucro.

<sup>156</sup> Waelbroeck y Frignani.*ob. cit.* Tomo I. P. 55. Cita las Decisiones de la Comisión CE, Christiani Nielsen de 18-6-1969 y Kodak de 30-6-1970. Y los casos Sentencia del TJCE de 6-3-1974. *Istituto Chemioterápico Italiano SpA y Commercial Solvents Corporation c/. Comisión de la CE*. Casos juntos 6 y 7/73. RJ 1994 p. 223.

<sup>157</sup> Sentencia TJCE *ICI* § 133. El caso también ha sido aplicado cuando la empresa dominante como la dominada estaban establecidas en el territorio de la Unión, trascendiendo de esta forma su marco original de aplicación. La aplicación de este criterio permite imputar la responsabilidad a la sociedad matriz que no ha participado directamente en el acuerdo, incrementar la base de cómputo de la sanción que no es otra que el volumen de negocios de la entidad destinataria de la decisión, así como asegurar el pago de la misma frente a la escasa solvencia de algunas filiales dotadas de escaso capital. Así, el caso “AEG” Sentencia TJCE de 25-10-1983 *Allegemine Elektriciteits-Gesellschaft AEG Telefunken AG c. Comisión*. Rec. 1983 pág. 3151 y ss..

<sup>158</sup> Sentencia de 25-10-1983, as. 107/82, AEG Telefunken. RJ 1983 p. 3151, § 50. Waelbroeck y Frignani, *ob.cit.* Pág. 59.

<sup>159</sup> Juan Ignacio Ruiz Peris. *La Responsabilidad de la Dominante en el Derecho de Defensa de la Competencia*. Tirant lo Blanch, Valencia 2004. pág. 46.

<sup>160</sup> La doctrina del efecto fue formulada en la sentencia en el caso *United States v. Aluminium Company of America*, 148 F 2d 416 (1945), las normas antitrust norteamericanas pueden condenar conductas efectuadas en el extranjero cuando puedan producir efectos restrictivos de la competencia en el territorio norteamericano. Puede considerarse que es la evolución de la doctrina de la territorialidad objetiva, que surge como una forma de extender el ámbito de aplicación del Derecho antitrust norteamericano, consagrado en la sentencia del Tribunal Supremo Norteamericano en el caso *American Banana Co. v. United Fruit Co.* 213 U.S. 347 de 1909; según la cual las prohibiciones contenidas en la Ley Sherman no sólo son aplicables a los casos donde la totalidad de la conducta condenada ha sido realizada en el

Así se ha aplicado la regla de la imputación en los casos condenados bajo el artículo 82 a los comportamientos efectuados por una sola persona o entidad y por una pluralidad de ellas<sup>162</sup>. Esta línea jurisprudencial conlleva importantes consecuencias en la práctica.<sup>163</sup> La atribución a la empresa dominante de los actos de abuso de posición de dominio efectuados por la sociedad dominada supone, por tanto, una asimetría respecto a los casos auténticos de ‘privilegio del grupo’, ya que el grupo no resulta absuelto, a diferencia de lo que ocurre en los casos de aplicación del privilegio del grupo del artículo 81<sup>164</sup>.

Considerando que el interés protegido por el derecho de competencia comunitario es la preservación de la competencia eficaz, Ruiz Peris plantea que la regla de la imputación

---

territorio de los Estados Unidos, sino también aquellas en que se haya efectuado la conducta perjudicial en dicho territorio, produciendo en él un efecto restrictivo de la competencia. Así, las normas antitrust norteamericanas prohíben conductas efectuadas en el extranjero cuando las mismas sean idóneas para producir efectos restrictivos de la competencia en el territorio norteamericano. Ruiz Peris, ob. Cit. Pág. 40

<sup>161</sup> La construcción del ‘privilegio del grupo’ y de la regla de imputación se realizó en paralelo con efectos de corresponsabilidad, al menos desde la perspectiva de las declaraciones de principios. El autor critica la construcción paralela puesto que la misma no es perfecta, las consecuencias de la preeminencia de la unidad económica frente a la pluralidad formal son distintas en uno y otro caso, y tienen significado distinto el privilegio del grupo y la imputación a la dominante de los actos de la dominada desde la perspectiva de los intereses tutelados por el derecho de defensa de la competencia. Véase Ruiz Peris, ob. Cit. Pág. 40

<sup>162</sup> Así por ejemplo la Sentencia TJCE de 21-2-1973. *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. / Comisión* As. 6/72. RJ 1973 pp. 0215 – 0253, donde se imputó a la dominante de los actos de abuso de posición de dominio cometidos por la dominada.

<sup>163</sup> Waelbroeck y Frignani, *Ob. cit.* Pág. 59 Observa: Permite imputar la infracción del artículo 82 a sociedades establecidas en el exterior del mercado común derivadas de infracciones cometidas por sus filiales en la Comunidad. Véase Sentencias de 14 de julio de 1972, *ICI, Sandoz, Cib y Geigy*, en el asunto *Colorantes*. Permite enjuiciar e imponer multas a las sociedades que han participado directamente en la infracción, y también a las que, en el seno del mismo grupo, le han favorecido o que, teniendo la posibilidad, no se han opuesto. Véase Decisión *Johnson & Johnson* de 25 –11-1980. Permite implicar a todo el grupo considerado en su conjunto, incluso cuando la sociedad que ostenta una posición dominante en el mercado común no es la misma que la que ha abusado de ella. Así, el TJCE estimó que para juzgar si Raffinerie Tirlmontoise tenía posición dominante en el mercado azucarero belgo-luxemburgués, procedía tenerse en cuenta, no solamente su producción, sino también la de las dos sociedades sobre las que ella ejercía de hecho el control. Véase Sentencia TJCE de 21-2-1973. *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. / Comisión* As. 6/72. Reports of Cases 1973 pages 0215 – 0253. Y Sentencia del TJCE de 6-3-1974. *Istituto Chemioterápico Italiano SpA y Commercial Solvents Corporation c/. Comisión de la CE*. Casos juntos 6 y 7/73. RJ 1994 p. 223. Sentencia TJCE de 3-7-1991. *Akzo Chemmie BV y Akzo Chemmie UK Ltd c/ Comisión*. Caso C-62/86.RJ 1991 pág. 3359-3374. Sentencia TPI 7-10-1999. *Irish Sugar Plc c/. Comisión* As. T-228/97. RJ 1999. A la hora de evaluar la posición de una empresa en el mercado, permite tener en cuenta la potencia económica de otras sociedades que forman parte del grupo. Véase Sentencia de 16-12-1975. *Société Anonyme Générale Sucrière y otros*. Asuntos acumulados 40-48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73 RJ 1977 p. 445. Considerandos 376-382.

<sup>164</sup> La aplicación del ‘privilegio del grupo’ se aplica fundamentalmente a los casos del artículo 81 TCE. Se exonera de responsabilidad a quien en otro caso tendría que responder. En efecto, la aplicación del ‘privilegio del grupo’ implica que la conducta restrictiva acordada entre las entidades que constituyen una única unidad económica no será considerada ilícita. En consecuencia, quien sea lesionado por dicha conducta no podrá obtener satisfacción, ni mediante la denuncia de la misma a los órganos de defensa de la competencia, legitimados para tipificar y sancionar la infracción, ni mediante la solicitud ante el órgano jurisdiccional competente de la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la conducta condenada.

puede considerarse extraña a este cuerpo normativo, y más próxima a una regla administrativa multifuncional sancionadora, procesal e incluso civil, de las que con carácter accesorio aparecen incluidas en el ordenamiento de defensa de la competencia, que sin tutelar directamente el interés en el mantenimiento de una competencia eficaz en el mercado, permiten indirectamente alcanzar tal fin haciendo eficaces las reglas dirigidas a ello, en este caso las prohibiciones de conductas anticompetitivas contenidas en el TCE.

En la jurisprudencia, se ha aplicado la regla de la imputación estableciendo que la cuota de mercado de la dominante, resulte de la actividad de sus dos filiales, sin que se afirme en ningún momento que una u otra de sus filiales tenga aisladamente, una posición dominante en este mercado.<sup>165</sup> Las consecuencias jurídicas de la imputación de la conducta, implica la responsabilidad derivada, es decir, la condena del abuso puede tener como consecuencia una graduación distinta de la sanción en atención al volumen de negocios de las empresas que estén controladas por ésta de modo directo o indirecto o aun por la vía de la concentración.<sup>166</sup>

- Actividad económica y empresas públicas o entidades estatales.

Se incluye en el ámbito del artículo 82, una empresa que tiene conferido un monopolio en virtud de una ley o norma administrativa.<sup>167</sup> Sin embargo, cada estado miembro

---

<sup>165</sup> El Tribunal en el caso citado *British Plasterboard Inc.* ha establecido que cuando los requisitos de la conducta ilícita no se cumplan aisladamente por ninguna de las entidades pertenecientes al grupo, sino conjuntamente por dos o más de ellas se imputará la infracción a la entidad dominante que indujo a la conducta abusiva. Se declara la responsabilidad de la dominante sin declarar la responsabilidad de las empresas dominadas y sin realizar ningún tipo de atribución de responsabilidad derivado de la aplicación del principio de unidad económica. Sentencia TJCE 6-4-1995. *BPB Industries Plc y British Gypsum Ltd.* Asunto C-310/93P. RJ 1995 P. I-0865.

<sup>166</sup> Así, recientemente, la Comisión ha aplicado la multa a Microsoft Corporation, considerando su capacidad económica, recursos y beneficios de la dominante, y no de su filial en Francia. Decisión de la Comisión CE de 24-03-2004, caso COMP/C-3/37.792 *Microsoft Corporation/Sun Microsystems*. Disponible en internet [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int) § 1059 y ss. Confirmada por el TPI véase §1244 y ss de la Sentencia TPI de 17-09-2007, As. 201/2004. *Microsoft y otros c. Comisión y otros*. Así vemos que el TJCE ha dirigido a la sociedad imputada órdenes de cesación, la ha condenado a una obligación de hacer e incluso le ha impuesto multas coercitivas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, sobre la base de la imputación de la conducta. Ruiz Peris, ob. Cit. Págs. 82 y ss.

<sup>167</sup> Sentencia TJCE de 3-10-85. *Compagnie Luxembourgeoise de télédiffusion S.A. (CLT)*. As. 311/84. RJ 1985 p. 3261 – 3279, § 16. Sentencia del TJCE de 13-11-1975. *General Motors Continental NV v. Comisión de las Comunidades Europeas* Caso 26/75. RJ 1975 p. 1367. Sentencia TJCE de 20-03-1985. *United Kingdom Post Office and British Telecommunications c/. Comisión (o también Italia c/. Comisión)* Caso 41/83. ECR 880. Sentencia de 11-11-1986. *British Leyland Limited Company c/. Comisión de la C.E.* Causa 226/84. RJ 1986 p. 3263. Sentencia TJCE de 23-4-1991. *Hoefner y Elser/Macroton*. Cuestión Prejudicial.C41/90 RJ 1991 p. I-1979. § 28. Sentencia del TJCE 17-5-1994. *Corsica Ferries Italia Srl. C. Corpo dei Piloti Del Porto di Genova* Cuestión Prejudicial As. C-18/93. RJ 1994 p. I-1783. § 43. Sentencia de 17-7-1997 *GT-Link A/S contra De Danske Statsbaner (DSB)* Cuestión prejudicial C-242/95. RJ 1997 p. I-4449. § 35. Decisión de la Comisión CE 1-4-1992. *Asociación De Armadores Daneses y el gobierno de Dinamarca*. DOCE L134/1. 18-5-92. § 64.

tiene la obligación, de no hacer nada que pueda afectar la institución de un sistema asegurando que la competencia no sea distorsionada contemplada en el artículo 3(1)(g) TCE.<sup>168</sup> Lo que significa que un estado miembro no puede dar inmunidad a una empresa bajo el artículo 82, excepto en los límites que le permite el artículo 86(2)<sup>169</sup> TCE.<sup>170</sup>

Así lo señaló la Comisión en su Documento sobre la aplicación del artículo 82 TCE<sup>171</sup>: los Estados Miembros no pueden introducir o mantener en vigencia medidas, incluso de naturaleza legislativa, que pueda hacer ineficaces las leyes de competencia aplicables a las empresas. Por otro lado, si una actividad es ejercida por una empresa privada a la que el estado le ha conferido su ejercicio, constituye evidencia adicional que esta actividad cuestión puede considerada una actividad empresarial<sup>172</sup>.

Las entidades estatales no serán consideradas empresas, cuando el Estado actúe en virtud de su “imperium”, así por ejemplo, cuando actúa como consumidor final, con el objeto de cubrir necesidades de carácter no económico<sup>173</sup>.

Las sociedades estatales pueden tener un estatus híbrido: el ejercicio de actividades que provienen de su soberanía o *imperium*<sup>174</sup>, o pueden estar relacionadas con actividades económicas, que están por definición dentro del ámbito del derecho de competencia.<sup>175</sup>

---

<sup>168</sup> Caso C-260/89 *Elliniki Radiophonia Tiléorassi-Aninimi Etarrilla (ERT) c. Dimotiki Etarrilla Pliroforissis (DEP)*. 1991 ECR I-2925, § 27.

<sup>169</sup> Artículo 86 (2): “Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.

<sup>170</sup> Sentencia TJCE 16-11-1977. *G.B. Inno-BM/ ATAB*. Cuestión prejudicial 13-77 RJ 1977 p. 2115.

<sup>171</sup> § 10 del Documento de la Comisión sobre la aplicación del artículo 82.

<sup>172</sup> Véase al respecto, la sentencia *Hofner y Elser* citada antes, § 22. Véase además Sentencia TJCE de 24 de octubre de 2002 *Aeropuertos de París y otros / Comisión* C-82/01 P, Rec. 2003 §82. En la Decisión de la Comisión *FAG - Flughafen Frankfurt/Main AG* Decisión de la Comisión CE en el asunto IV/35.703 de 10-2-1999. *Ilmailulaitos/Luftfartsverket*. Celex 399D0198. Nº 1999/198/EC. DOCE L 069 de 16/03/1999 p. 0024 – 0030. La Comisión consideró como empresa a los efectos del artículo 82, a la titular de la infraestructura, y que operaba en el aeropuerto de Frankfurt en aplicación de la legislación alemana.

<sup>173</sup> Waelbroeck y Frignani, ob. cit., pág. 379. Tomo I.

<sup>174</sup> La jurisprudencia ha establecido que las actividades de compra por las distintas administraciones públicas no constituyen una actividad económica, así lo ha declarado el TPI en la Sentencia de 4-3-2003. As. T-319/99 *FENIN c. Comisión*. Confirmada por el TJCE Sentencia TJCE de 11-06-2006. *FENIN c. Comisión*. As. C-205/04 P. ECR 3006 I-6295.<sup>174</sup>, se trata de actividades de compra por el servicio de salud en España, el TPI estableció que la compra en un mercado, incluso á través de un comprador económicamente poderoso, no se considera una actividad económica, cuando la compra no es para suministrar bienes y servicios como parte de una actividad económica, -sino para su uso en cumplir un fin social-.

<sup>175</sup> Véase al respecto la Sentencia TJCE As. 107/84 *Comisión c/ Alemania* [1985] ECR 2655, § 14 y 15. Y Sentencia del TPI de 12-12-2000 *Aéroports de Paris c/ Comisión de la CE y Alpha Flight Services* As. T-128/98. § 108.

En estos casos, el Tribunal ha insistido en la distinción entre el rol del estado como autoridad pública, ejerciendo su *imperium*<sup>176</sup> y sus otras funciones<sup>177</sup>.

La distinción entre organismos públicos cuando actúan como autoridades públicas y/o como empresas públicas, reside en la diferenciación previa, o de naturaleza funcional, entre el ejercicio de actividades económicas en el sector público y el ejercicio de funciones reguladoras de tales actividades por las autoridades públicas<sup>178</sup>. Sin embargo, debe clarificarse aquí que el ejercicio de las funciones esenciales de la autoridad pública y el ejercicio de actividades que sirven al interés económico general son dos términos diferentes sujetos a normas diferentes.

El ejercicio del *imperium* puede que por definición nunca sea actividad económica, las actividades que sirven al interés económico general, según el artículo 86(2) TCE, están sujetos a las normas de competencia. Sin embargo, aunque los estados están obligados a respetar las normas de competencia<sup>179</sup>, y pueden ser objeto de sanción por infracción de estas normas<sup>180</sup>, no pueden estar sujetos a las normas de competencia, cuando esté implicada su soberanía o sus funciones administrativas.<sup>181</sup> Lo mismo se aplica en relación a las autoridades regionales y locales<sup>182</sup>, organismos legales<sup>183</sup> y organizaciones internacionales.<sup>184</sup>

---

<sup>176</sup> Las entidades públicas no constituyen empresas y así serán inmunes de la aplicación del derecho de competencia cuando ejerzan actividades que, aunque aparentemente, sean de naturaleza económica, estén estrechamente relacionadas al ejercicio del *imperium* del estado, por ejemplo, actividades que fluyen de la soberanía de los Estados. Véase la Sentencia TJCE *Banchero* As. C- 387/93 RJ 1995 – 4663, la autorización de la apertura de los canales de distribución y venta del tabaco “constituye en efecto el ejercicio de un derecho del estado, y no una actividad económica *stricto sensu*”.

<sup>177</sup> A. Winterstein, ‘Nailing the Jellyfish: Social Security and Competition Law’ en (1999) 6 *E.C.L.R.* pág. 327. El Tribunal tuvo oportunidad de aplicar el principio general del *imperium* cuando tuvo que decidir si era empresa la European Organisation for the Safety of Air Navigation (Eurocontrol) -una organización establecida en virtud de un pacto por los estados que firmaron la convención, a la que se le confía el establecimiento y cobro a los usuarios de los servicios de navegación aérea-. El Tribunal sostuvo que las actividades de Eurocontrol, por su naturaleza, su objetivo y las normas a las que está sujeto, están conectadas con el ejercicio de poderes relacionados al control de la supervisión del espacio aéreo, que son típicamente las de una autoridad pública. Sentencia TJCE *SAT Fluggesellschaft c. Eurocontrol* As. C-364/92 RJ 1994- I-43. § 30. Véase también el § 70 “las actividades que se vinculan al ejercicio de sus prerrogativas de poder público no tienen carácter económico, que justifique la aplicación de las normas sobre competencia del Tratado”. Sentencia TJCE (Sala Segunda) de 26-03-2009 Asunto C-113/07 P, *SELEX (Sistemi Integrati SpA) c/ Comisión de las Comunidades Europeas*, el TJCE se pronunció en igual sentido respecto de Eurocontrol §82

<sup>178</sup> J.L. Buendía Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law -Article 86 of the EC Treaty*. 1999. Oxford University Press, p. 6. Véase también Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, ob. cit. pp. 542 ss.

<sup>179</sup> En virtud de los artículos 12, 28-30, 31, 49-55, 81, 82, 86(1), 87-89, 90-93 del TCE.

<sup>180</sup> Artículo 226 del TCE

<sup>181</sup> “Esto significa, en primer lugar que las cuestiones que son prerrogativas intrínsecas del Estado (como asegurar la seguridad interna y externa, la administración de justicia, y otras funciones de autoridad oficial) están excluidas de la aplicación de las normas de competencia y de las normas del mercado interno. Entonces, el artículo 86 (actual artículo 82) y sus condiciones, no son aplicables” Comunicación sobre los Servicios de Interés General, DOCE C 17/4, 2001 p. 9. § 28.

<sup>182</sup> Véase Decisión *NAVEWA/ANSEAU* DOCE L167/39 1982: ciertas autoridades locales del agua como los miembros de la asociación ANSEAU fueron considerados ‘empresas’. Artículo 2 (1) (a) de la

El concepto de ‘empresa’ encaja específicamente con empresas cuyo titular es el estado, el TCE prevé que los Estados miembros tienen el derecho de incorporar a las empresas públicas y estar vinculadas en varias actividades económicas, el Tratado contempla que los Estados miembros tienen el derecho de gobernar determinadas actividades convirtiéndolas así en empresas públicas, además, está claro del texto del artículo 82 TCE que las normas de competencia se aplican a estas empresas públicas.

La cuestión así es qué entidades son consideradas como empresas públicas. Primero es necesario establecer si la implicada está desarrollando actividades económicas, así se cumple con el criterio de ‘empresa’; y segundo, debe examinarse si esta ‘empresa’ es pública.

El TJCE definió como ‘empresa pública’ “cualquier empresa sobre la que las autoridades públicas ejercen directa o indirectamente una influencia dominante<sup>185</sup> en virtud de la titularidad que ejercen sobre ella, por su participación financiera, o las normas que la gobiernan” . Sin embargo si no se cumplen todos los requisitos mencionados, una empresa pública puede constituir una empresa comercial normal, y ser examinada bajo el artículo 82 TCE como un monopolio y ocupar por tanto una posición dominante en el mercado.<sup>186</sup>

---

Directiva de la Comisión 2000/52/CEE corregida por la Directiva 80/723/CEE sobre la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados Miembros y las empresas públicas DOCE L 193/75 de 2000: las autoridades locales y regionales son autoridades públicas. Sentencia TJCE 4-5-88. *Corine Bodson /Pompes Funébres*. Cuestión Prejudicial As. 30/87. RJ 1988 p. 2479: no fue considerado como empresa, el ayuntamiento francés que operaba como autoridad pública. Sentencia TJCE de 23-4-1991. *Hoefner y Elser/Macroton*. Cuestión Prejudicial.C41/90 RJ 1991 p. I-1979: fue considerada empresa, la oficina de empleo alemán, un organismo público con la función de intermediario para la búsqueda de empleo y los solicitantes de empleo. Sentencia TJCE *Nungesser c. Comisión*. As. C-258/78. RJ 1982 2015, fue considerado como empresa el instituto nacional francés para la investigación en la agricultura.

<sup>183</sup> Decisión de la Comisión CE 28-6-1995. *Aeropuerto de Bruselas/British Midland*. DOCE L216 de 12-9-95 p. 0008: el organismo público responsable para la seguridad en el transporte aéreo y para la gestión del aeropuerto nacional de Bruselas era una ‘empresa’ en cuanto a las actividades de construcción, mantenimiento y operación del aeropuerto. la sentencia del TPI de 21 de octubre de 1997, En Sentencia TPI 21-10-1997 *Deutsche Bahn AG/Comisión*. As. T-229/94. RJ p. II-1689, las actividades de suministro de locomotoras y servicios ferroviarios, son propios de una empresa, sin abordar la cuestión de si la administración del dominio público constituye una actividad económica.

<sup>184</sup> Sentencia TJCE *SAT Fluggesellschaft c. Eurocontrol* As. C-364/92 RJ 1994 – 43: las organizaciones internacionales son asociaciones de estados implicados en actividades reguladoras y por tanto no ejercen directamente actividades económicas.

<sup>185</sup> Una influencia dominante por parte de las autoridades públicas se presume cuando las autoridades, directa o indirectamente en relación a una empresa: a) sostienen la mayor parte del capital suscrito; b) controlan la mayoría de los votos atribuidos a las acciones emitidas por la empresa; o c) pueden abarcar más de la mitad de los miembros del consejo de administración, gerencia o supervisión. Art. 2(1)b de la Directiva. Un ejemplo de empresas públicas es la Sentencia del TJCE de 30-04-1974. *Sr. Sachi/Italia*. Cuestión Prejudicial 155/73 RJ 1974. Pág. 409: la Televisión Italiana RAI, era una empresa pública debido a que estaba bajo el control de la empresa estatal IRI.

<sup>186</sup> Un ejemplo es la Sentencia TJCE *Elliniki Radiophonia Tileorasi AE (ERT) c. Dimotiki Etairia Pliroforisis (DEP) y Sotirios Kouvelas* As. C-260/89 RJ 1991-2925: la empresa de radio y televisión griega, a la que el estado le concedió un monopolio sobre las emisiones de televisión, fue objeto de investigación. Y en la Sentencia del TJCE de 13-12-1991. *Régie des télégraphes et des téléphones c. GB-Inno-BM S.A.*. Cuestión Prejudicial C-18/88 RJ 1991 – 5941: la empresa nacional de teléfonos belga

Por otro lado, una empresa pública puede ser considerada como parte de la maquinaria del estado y que son de interés económico general<sup>187</sup>, entonces, puede ser enjuiciable bajo los artículos 81 y/o 82 TCE, en concordancia con el 86 TCE, aunque su interpretación será efectuada de forma muy estrecha. El Tribunal no da una clara definición de las categorías de empresas que están incluidas en el artículo 86(2) TCE, pero ha establecido que esta categoría debe ser definida estrechamente respecto a cuáles no les son aplicables las normas de competencia.<sup>188</sup>

Por último, en aplicación del artículo 31<sup>189</sup> (antiguo artículo 37)<sup>190</sup>, los estados miembros no deben discriminar a favor de sus propios monopolios estatales de carácter comercial, constituye para la Comisión un instrumento alternativo útil para analizar los monopolios del sector público<sup>191</sup>. Consecuentemente, las actividades que sirven al interés económico general son consideradas económicas y como tales, son enjuiciables bajo las normas de competencia, pero al mismo tiempo, pueden ser exoneradas en virtud del artículo 86(2) del TCE, en la medida en que ello no impida, de hecho o derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas encomendada; pero aún así, la competencia

---

fue considerada de ser un monopolio, al igual que una empresa portuaria en el caso Sentencia TJCE 10-12-1991. *Merci Convenzionali Porto di Genova Spa/Siderurgica Gabrielli SpA*. “Puerto de Génova I”. Cuestión Prejudicial C-179/90. RJ p. I 5889.

<sup>187</sup> El término interés económico general, ha sido definido en la Comunicación sobre Servicios de interés general, DOCE C17/4 de 2001, los Estados Miembros están sujetos a obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general. Pág. 23. Véase al respecto el caso Sentencia TJCE de 11-4-1989. *Ahmed Saeed Flugreisen y otra*. Cuestión Prejudicial 66/86. RJ 1989 p. 0803: el Tribunal estableció que las aerolíneas que eran requeridas por las autoridades públicas para operar en rutas no-comerciales, eran empresas a las que se les confía un servicio de interés económico general. Véase también en Sentencia TJCE 27-4-1994. *Ayuntamiento de Almelo y otros c/. NV Energiebedrijf Ijsselmij*. Cuestión Prejudicial C-393/92. RJ 1994 p. I-1477, empresa a la que se le encarga el suministro de electricidad en parte del territorio nacional. Sentencia TJCE 18-6-1998. *Corsica Ferries France SA c/. Grupo Antichi Ormeggiatori del Porto di Genova Coop. Arl. Y otros*. Cuestión Prejudicial C-266/96. RJ 1998 p. I-3949. Sentencia TJCE 19-5-1993. *Régie des Postes/Corbeau*. Cuestión Prejudicial C-320/91. R J 1993 p. I-2533. Y la sentencia TJCE *Merci Convenzionali Porto di Genova SpA*. Ya citada. Sentencia TJCE de 23-5-2000. As. C-209/98. *Sydhavnens Sten & Grus ApS y otro*. Cuestión Prejudicial C-209/98. RJ 2000. § 74.

<sup>188</sup> Sentencia TJCE 21-3-1974. *Balgische Radio en Televisie c/. SV SABAM and NV Fornior*. Cuestión Prejudicial As. 127/73. RJ 1974 p. 313-320. § 19. En Sentencia TJCE de 20-03-1985. *United Kingdom Post Office and British Telecommunications c/. Comisión (o también Italia c/. Comisión)* Caso 41/83. ECR 880, el Tribunal señaló que Italia no demostró que la aplicación de las normas de competencia a BT perjudicaba el cumplimiento de los servicios de interés económico general. Sin embargo, en *Corbeau* ya citada, el Tribunal concluyó que la empresa postal belga era una empresa que desarrolla servicios de interés general y aceptó que era necesaria cierta restricción de la competencia para el equilibrio del mercado. Véase también Sentencia TJCE *Commission c. Netherlands* As. C-157/94, RJ 1997 – 5699.

<sup>189</sup> Artículo 31(1) TCE “Los Estados miembros adecuarán los monopolios nacionales de carácter comercial de tal

modo que quede asegurada la exclusión de toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros respecto de las condiciones de abastecimiento y de mercado”

<sup>190</sup> Véase respecto a los derechos exclusivos contrarios al artículo 37 del TCE (actual artículo 31), la Sentencia de 23-10-1997, *Comisión/Francia*, C-159/94, REc. P. I-5815, § 49

<sup>191</sup> En la Sentencia TJCE de 17 May 2001. Cuestión Preliminar C-340/99, *TNT Traco SpA y Poste Italiane SpA, y otros* § 44, el Tribunal señaló que la actividad legislativa y reglamentaria, puede caer en el ámbito combinado del artículo 82 y 86(2) TCE cuando dicha actividad resulta en la concesión de derechos exclusivos o especiales a una empresa



no podrá resultar afectada en tal forma que sea contraria a los intereses de la Comunidad. Esta posible vía de inmunidad, ha sido objeto de interpretación restrictiva por la Comisión y el TJCE, hasta el punto de que la alegación y prueba de esta excepción de inmunidad ha resultado muy difícil de prosperar.

Es necesario demostrar que las normas de competencia no permiten el ejercicio de las actividades de servicio de interés general, incluso en este supuesto se puede considerar que se produce una distorsión de la competencia, que va contra los intereses de la Comunidad<sup>192</sup>

- Entidades de seguridad social, salud y fondos de pensiones.

El TJCE establecido que no son empresas la seguridad social, la salud y los fondos de pensiones, cuando están basados en el principio de solidaridad<sup>193</sup> y deben ser excluidos del ámbito del derecho de competencia. La actividad de estas entidades, aparte de su finalidad social y de la inexistencia de ánimo de lucro, se caracterizan por la presencia de una regulación estatal de la que se derivaban determinadas obligaciones de solidaridad<sup>194</sup>, a estos efectos la institución no puede influir en la cuantía de los

---

<sup>192</sup> Pellisé Capell, pág. 32. Sentencia TJCE de 21-9-1999 *Albany International BV c/ Stichting Bedrijfspensionenfonds Tertielandindustrie y otros*. Cuestión Prejudicial C-67/96. RJ 1999. § 107, y Sentencia *TNT Traco SpA y Poste Italiene SpA*, ya citada, § 54.

<sup>193</sup> La noción de solidaridad proporciona una transferencia de bienestar, no basada en los principios del seguro, entre los miembros de un grupo de riesgo dado o entre grupos diferentes. El Tribunal utiliza el principio de seguridad en todas sus formas al determinar si las entidades sociales relevantes deben ser consideradas empresas dentro del ámbito del derecho de competencia. Véase Sentencia TJCE de 17-2-1993 *Christian Poucet c/ Assurances Generales de Francia y otros*. Cuestión Prejudicial C-159 y 160/91. RJ 1993 pág. I-637 y ss. § 18-19. Gyselen critica al respecto que el Tribunal ha fallado en distinguir entre dos cuestiones relevantes: la jurisdicción (por la que una actividad particular entra en el ámbito de los artículos 81 y 82, entidades que desarrollan la actividad de ‘empresas’) y la justificación (distinguir si la actividad está justificada bajo el artículo 86(2)). Pág. 439 de L. Gyselen “C-67/96, *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensionenfonds Tertielandindustrie*, Joined Cases C-115 – 117/97 *Brentjens’ Handelsonderneming BV v. Stichting Bredrijfspensioenfunds voor de handel in bouwmaterialen*; and C- 219/97, *Drijvende Bokken BVC. Stichting Pensioenfonds voor de vervoer- en havenbedrijven*, (2000), 37 N° 2 CMLR

<sup>194</sup> Sentencia TJCE de 22-1-2002. *Cisal di Battistello Venanzio & C.Sas. y otros*. Cuestión Prejudicial C-218/2000. RJ 2003 § 45. La excepción se aplica dependiendo del grado de solidaridad, en el caso *Fédération Française des Sociétés d’Assurances c. Ministry of Agriculture and Fishery* As. C-244/94 RJ 1995 – 4013, el Tribunal estimó que el grado de solidaridad era insuficiente para exonerarle de la aplicación de las normas de competencia. A igual conclusión llegó en Sentencia TJCE de 21-9-1999 *Albany International BV c/ Stichting Bedrijfspensionenfonds Tertielandindustrie y otros*. Cuestión Prejudicial C-67/96. RJ 1999. §s 81-86 Sentencia TJCE de 21-9-1999. *Maatschappij Drijvende Bokken BV/Stichting y otros*. Cuestión Prejudicial C-219/97. RJ 1999. §s 71-76. Sentencia TJCE de 21-9-1999. *Brentjens’ Handelsonderneming BV c/ Stichting 1999 y otros*. Cuestión Prejudicial C-115 y 117/97. RJ 1999.

servicios que debe prestar ni de las cotizaciones percibidas.<sup>195</sup> Esta es una excepción al enfoque funcional o teleológico.

### **3.2. La posición de dominio en el mercado: el mercado de referencia.**

Para determinar el grado de dominio que ostenta la empresa implicada en el mercado, y que le permitió llevar a cabo una conducta abusiva bajo el artículo 82 TCE, es necesario circunscribir en qué mercado lo ha ejercitado, es decir el mercado de referencia.

El análisis de la posición de dominio implica un procedimiento en dos etapas: la primera es determinar el mercado relevante, que abarca el mercado relevante del producto y mercado relevante geográfico (además en algunos casos, el mercado temporal); y segundo, la identificación del poder de mercado en si mismo.

El mercado relevante permite, a las autoridades de competencia y a las partes afectadas enfocar su atención en las restricciones competitivas “importantes” que existen entre los productos y entre las zonas geográficas. Permite subsecuentemente la valoración de las cuotas de mercado y de su nivel de concentración.

El análisis generalmente es de naturaleza estática, y cuando se trata de un mercado prospectivo, es necesario un análisis dinámico.<sup>196</sup>

La determinación del mercado constituye un paso previo de importancia particular<sup>197</sup>. La competencia efectiva puede establecerse sólo por referencia al mercado definido de este modo.<sup>198</sup> No se trata de un proceso mecánico o abstracto, sino que requiere del análisis de toda la evidencia disponible sobre la estructura y el comportamiento del mercado así como un entendimiento global de la mecánica de un determinado sector.<sup>199</sup>

---

<sup>195</sup> Véase §47 de la Opinión del A.G. Julianne Kokot de 6 de marzo de 2008 en la Cuestión Prejudicial Asunto C-49/07 Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE).

<sup>196</sup> Sentencia TJCE 31-3-1998. *República Francesa y Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) y otros/Comisión y otros*. As. Acumulados C-68/94 y C-30/95. RJ 1998 p. I-1375. § 221.

<sup>197</sup> La definición del mercado es de importancia particular en los procedimientos del artículo 82. En el caso *Vereniging van Samenwerkende Prijsregelnde Organisaties in de Bouwnijverheid y otros (SPO y otros) c/ Comisión* [As. T-29/92. Sentencia del TPI de 21-2-1995. RJ 1995 II-295 para. 73 y 74] “Para los propósitos del artículo 86 (actual 82), la definición adecuada del mercado relevante es una precondition necesaria para cualquier pronunciamiento respecto a un supuesto comportamiento anticompetitivo ... ya que, antes que se pueda establecer un abuso de posición de dominio, es necesario establecer la existencia de una posición dominante en un mercado dado, que presupone que tal mercado ya ha sido definido”.

<sup>198</sup> Sentencia de 17-7-1997 *GT-Link A/S contra De Danske Statsbaner (DSB)* Cuestión prejudicial C-242/95. RJ 1997 p. I-4449, § 36.

<sup>199</sup> *Walker Process Equipment, Inc. V. Food Mach. & Chem. Corp.* 382 U.S. 172, 177 (1965)

A pesar de que como señala la economía industrial que las estructuras del mercado, no se pueden fragmentar, porque todas están mutuamente inter relacionadas, la delimitación del mercado se efectúa únicamente con el objeto de centrar el análisis a los efectos juzgar la conducta de la empresa en posición de dominio en el caso del artículo 82 TCE.<sup>200</sup> Su vertiente material exige un análisis más específico, se precisa claridad y concisión para fijar los límites que separan cada "mercado considerado". La definición del mercado de referencia, refleja una conclusión legal y no un hecho económico.<sup>201</sup>

A los propósitos de la política de competencia, definimos el mercado relevante, como lo han expresado Schmalensee<sup>202</sup> y Areeda y Turner<sup>203</sup>: un agregado (en el espacio geográfico y/o de productos) de las producciones que podrían ser monopolizadas de forma rentable, al menos en el corto plazo. (el más pequeño de este agregado debe ser generalmente el enfoque del análisis).<sup>204</sup>

Con la determinación del mercado, podremos obtener información sobre la cuota de mercado del monopolista, relacionada a la cuota de sus competidores rivales, sin embargo, teniendo en cuenta que las empresas dominantes comúnmente tienen grandes cuotas de mercado en uno o más mercados relevantes definidos de este modo; la correspondencia entre cuota de mercado y poder de mercado no es necesariamente el mejor indicador de poder<sup>205</sup>.

Así por ejemplo, incluso cuando las cuotas de mercado, no acreditan el poder de mercado, o el efecto anticompetitivo, sin embargo, puede ser importante otro resultado, la identidad de los vendedores de los productos estrechamente sustituibles. Por ejemplo, cuando se infieren los efectos competitivos de los estimados de las elasticidades de la demanda<sup>206</sup>, es importante considerar la sustitución de todos los

---

<sup>200</sup> Alexis Jacquemin. □The New Industrial Organization. Market forces and strategic behavior□. Traducido por Fatemeh Mehta.1987 Oxford.

<sup>201</sup> Hawk, Barry United States Common Market and international antitrust. 1994. Prentice Hall Law & Business. P. 749.

<sup>202</sup> Richard Schmalensee. "Standards for Dominant Firm Conduct: What can Economics Contribute?" en *The Economics of Market Dominance*. Editado por Donald Hay y John Vickers. 1987. Nueva York. Pág. 63

<sup>203</sup> Phillip Areeda y Donald Turner. *Antitrust Law: An Analysis*. Vol. 1 Ed. Little. Boston. 1978. pág. 347. Ver caso US v. E.I. Dupont de Neumors and Company, 351 US 377 (1956).

<sup>204</sup> Véase también Jonathan B. Baker. "Market Definition: An Analytical Overview" en *Antitrust Law Journal*, Vol. 74. 2007, págs. 129-173

<sup>205</sup> R. Schmalensee, ob. Cit. Pág. 63, y ver caso US v. E.I. Dupont de Neumors and Company, 351 US 377 (1956).

<sup>206</sup> "Elasticidad de la demanda": en una economía de mercado, si subimos el precio de un producto, la cantidad demandada de éste bajará, y si bajamos el precio del mismo, la cantidad demandada subirá. La elasticidad nos dirá en qué medida se ve afectada la demanda por las variaciones en el precio, puede haber productos o servicios para los cuales el alza de precio produce una variación pequeña de la cantidad

rivales cercanos, donde pierde trascendencia la determinación de las cuotas de mercado.<sup>207</sup>

Vamos a hacer un repaso a los principios que rigen la definición del mercado en el derecho antitrust norteamericano para enriquecer el análisis.

### 3.2.1. El mercado de referencia en el derecho antitrust norteamericano.

Bajo el derecho antitrust, el requisito de la definición del mercado conduce a disciplinar y estructurar el análisis del poder del monopolio, reduciendo así los riesgos y los costes de error.<sup>208</sup>

Cuando se trata de la infracción de la Sección 2 de la Ley Sherman, el mercado del producto relevante, ‘está compuesto de los productos que tienen una intercambiabilidad razonable para los propósitos para los que son producidos -considerados el precio, el uso y las calidades-’.<sup>209</sup> Así el mercado es definido con respecto a la sustitución de la demanda, que se enfoca en las opiniones de los compradores sobre qué productos son sustitutos o alternativas aceptables.<sup>210</sup>

En los casos de concentraciones de empresas, las agencias antitrust, definen los mercados aplicando el modelo del monopolista hipotético, siguiendo las pautas establecidas en las U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, en adelante las ‘Guidelines’, que señalan: “Un mercado es definido como un producto o grupo de productos y un área geográfica en la que es producido o vendido de tal modo que asumiendo que las condiciones de venta de todos los demás productos se mantienen constantes, una empresa hipotética, maximizadora de beneficio, y no sometida al control estatal de sus precios, siendo la única productora o vendedora presente o futura de aquellos productos en esta área, probablemente impodría al menos un ‘incremento en el precio pequeño pero significativo y no transitorio’<sup>211</sup>”.<sup>212</sup>

---

demandada, esto es que los consumidores comprarán independientemente de las variaciones del precio, a este se le llama, inelasticidad. El proceso inverso, es cuando el producto o servicio es elástico, es decir, variaciones en el precio modifican mucho la cantidad demandada.

<sup>207</sup> Jonathan B. Baker. “Market Definition: ... ob. Cit. En 131.

<sup>208</sup> Report of the U.S. Department of Justice, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act (2008). Disponible en [www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm](http://www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm)

<sup>209</sup> United States c. E. I. Du Pont de Neumors & Co., 351 U.S. 377, 404 (1956) (*Cellophane*).

<sup>210</sup> Jonathan B. Baker. “Market Definition: An Analytical Overview” en *Antitrust Law Journal*, Vol. 74. 2007, págs. 129-173

<sup>211</sup> La referencia de las Merger Guidelines es a un incremento de precios significativo y no transitorio, a menudo abreviado como SSNIP.

<sup>212</sup> U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines §1.0 (1992, revisada en 1997)

Las Guidelines, explican que al aplicar esta definición, las agencias “utilizan los precios prevalentes”. Sin embargo, en el contexto de la Sección 2 de la Ley Sherman, el análisis se efectúa después que el poder de monopolio se ha ejercitado, por lo que utilizar los precios prevalentes puede conducir a definir los mercados ampliamente e inferir equivocadamente que el poder de monopolio no existe.

Se trata de un error conocido como la “Falacia del Celofán”, porque se originó en el caso *Du Pont*<sup>213</sup> un fabricante de papel celofán, donde la discusión ante el Tribunal Supremo fue si el mercado relevante era el celofán o todos los materiales de embalaje flexibles. Durante el período relevante, Du Pont produjo casi el 70% del celofán en los Estados Unidos. Sin embargo, el celofán, “constituía menos del 20% de todas las ventas de ‘materiales de embalaje flexibles’” El Tribunal Supremo concluyó que la intercambiabilidad con otros materiales lo hizo parte de un mercado más amplio de embalaje flexible. Muchos criticaron el razonamiento del Tribunal porque consideraron los productos alternativos para el celofán después que Du Pont había elevado su precio al nivel de monopolio, fallando en reconocer que una empresa con poder de monopolio encuentra rentable elevar el precio –por encima del nivel competitivo- hasta que la demanda se convierte elástica. Entonces ya no debe sorprender establecer que a este precio de monopolio la empresa enfrenta sustitutos estrechos y ya no estaría dispuesta a elevar más el precio de forma rentable. “Porque cada monopolista enfrenta una demanda elástica ... en su producción y precio que maximiza su beneficio, seguro que hay sustitución de otros productos para el suyo propio cuando está maximizando beneficios, incluso cuando todavía tenga un poder de mercado considerable”.<sup>214</sup>

El Informe del Departamento de Justicia de Estados Unidos, sobre Competencia y Monopolio: de la Conducta de Empresa Única bajo la Sección 2 de la Ley Sherman<sup>215</sup>, señala que en estos casos, una posibilidad es aplicar el modelo del monopolista hipotético de las Guidelines sólo cuando se trate de los casos de monopolización, al precio competitivo más que al precio prevalente. Sin embargo determinar específicamente el precio competitivo puede resultar muy difícil en estos casos.<sup>216</sup>

El Informe señala que al margen de sus limitaciones en el contexto de la Sección 2, para definir los mercados relevantes, no existe una alternativa clara y ampliamente aceptada

---

<sup>213</sup> United States c. E. I. Du Pont de Neumors & Co., 351 U.S. 377, 395 (1956) (*Cellophane*).

<sup>214</sup> William M. Landes and Richard A. Posner. “Market Power in Antitrust Cases”. *En Harvard Law Review*. Volume 94, marzo 1981, N° 5. Págs. 937-996 en 960

<sup>215</sup> U.S. Department of Justice, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act (2008). Informe emitido por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Disponible en [www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm](http://www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm). En adelante “el Informe del Departamento de Justicia Norteamericano”

<sup>216</sup> Véase el Informe del Departamento de Justicia Norteamericano antes citado, pág. 27.

respecto a la metodología del modelo del monopolista hipotético. Este modelo se enfoca apropiadamente en el proceso de definición del mercado sobre las consideraciones del poder de mercado y así ayuda a evitar conclusiones *ad hoc* considerando las fronteras del mercado y los efectos de la conducta. Además, respecto a la Falacia del Celofán, no necesariamente confunde la definición del mercado en todos los casos de la Sección 2. Los panelistas reunidos observaron que, aunque no hay un modelo fiable para definir el mercado relevante en todos los casos, los tribunales a menudo están dispuestos a delinear conclusiones importantes sobre el mercado relevante basadas en los hechos y circunstancias de la industria. Además, la cuestión en muchos casos bajo la Sección 2 de la Ley Sherman es si se trata de conducta amenazada o conducta continuada, si se deja sin investigar, crearía poder de monopolio –no cuando el demandado ya posee poder de monopolio. En particular, las cuestiones que genera el caso Celofán implican menos problemas en los casos de intento de monopolización, donde los precios de monopolio aún no han sido fijados o cuando los precios competitivos están siendo fijados en un pasado no muy distante respecto de la conducta.

En cuanto al incremento de SSNIP (del inglés ‘Small but Significant and Non transitory Increase in Price’): incremento en el precio pequeño pero significativo y no transitorio que fijaría un monopolista hipotético, Werden<sup>217</sup> observa que la rentabilidad de un pequeño incremento en el precio por un monopolista hipotético se convierte en un balance: los incrementos de márgenes precio-coste a aquellos compradores que continúan comprando (no obstante el precio más alto), pero el monopolista hipotético pierde la totalidad del margen precio coste que previamente habría recibido de aquellos compradores que renuncian al precio más alto y deciden sustituir al margen de sus productos y zonas geográficas. Entonces, si los márgenes son pequeños, el monopolista hipotético establecería un incremento de precio rentable (ausente la sustitución masiva del comprador fuera del mercado escogido), y el mercado elegido podría ser aceptado como el mercado antitrust. Cuando los márgenes son considerables, los costes del incremento en el precio pueden exceder las ganancias (a menos que los compradores no respondan en un nivel considerable a los incrementos en el precio), y el mercado escogido puede que necesite ser expandido. De este modo, la magnitud del nivel de

---

<sup>217</sup> Ver. Gregory J. Werden, “Demand Elasticities in Antitrust Analysis” en *Antitrust Law Journal*, Vol. 66, pág. 363. 1998.

sustitución del comprador –la respuesta a la cuestión de cuánta sustitución es suficiente para definir un mercado- es en principio calibrada por los márgenes precio-coste.<sup>218</sup>

Esta comparación es considerada la mejor, como una guía conceptual que como un algoritmo para la implementación. Las variables de cualquier fórmula necesitarían considerar varias características del mercado, como por ejemplo si las empresas venden productos múltiples, productos diferenciados, o discriminan en el precio. Incluso cuando la magnitud de la sustitución del comprador puede ser cuantificada de modo fiable utilizando los cinco tipos de evidencia que se detallan a continuación, serían difíciles de establecer los márgenes precio-coste relevante, cuando están basados en las nociones de los economistas más que las definiciones de los contables. Al margen de estos problemas, este esquema se emplea como la base para el diseño de simulación simple de la rentabilidad de un incremento de precio hipotético y como la base para un enfoque cuantitativo controvertido para la definición del mercado denominado ‘elasticidad crítica’ o análisis de la ‘pérdida crítica’.

La evidencia que sirve para establecer los patrones de sustitución por el comprador en el caso de un incremento en el precio –la cuestión económica central en el análisis de la definición del mercado- puede agruparse en cinco categorías:

1.-- Las respuestas anteriores del comprador: Esta categoría implica la respuesta de los compradores a cambios en los precios relativos en el pasado. Esta evidencia puede ser cuantitativa y sistemática, como con los estimados econométricos de las elasticidades de la demanda. La evidencia sobre las respuestas del comprador puede ser también anecdótica. Los ejecutivos de marketing de una empresa, estarían dispuestos a informar sobre los resultados de un experimento con un incremento de precio, o recordar que el precio se elevó siguiendo un incremento en el coste marginal. Proporcionarían un entendimiento de cuáles fueron las empresas rivales que también elevaron el precio (identificando los participantes en el mercado elegido), si estas empresas siguiendo un incremento de precio perdieron cuota colectivamente, y, si es así, qué rivales no incrementaron el precio, y se beneficiaron más de la sustitución del comprador. Si hay una buena razón para creer que los cambios en el precio o el coste no resultaron de este

---

<sup>218</sup> La condición de primer orden para la maximización del beneficio por un monopolista de producto único que no discrimina entre los compradores puede ser escrita como igualando el valor absoluto de la inversa de la elasticidad de la función de la demanda enfrentada por el monopolista con el Índice Lerner del margen precio-coste del vendedor. Esta ecuación, en teoría, puede ser utilizada para definir los mercados al simular si un monopolista hipotético podría elevar el precio, mediante la estimación y comparación de los dos lados de la desigualdad. Ver. Gregory J. Werden, “Demand Elasticities in Antitrust Analysis” en *Antitrust Law Journal*, Vol. 66, pág. 363. 1998.

cambio en la demanda, estas anécdotas podrían proporcionar evidencia informal importante respecto a la sustitución por el comprador y la identidad de los sustitutos más cercanos que deben ser incluidos en el mercado cuando es expandido el mercado elegido.

2.-- Las encuestas de los compradores: proporcionan evidencia sobre la probable respuesta de los compradores de los cambios en el precio. Podría hacerse una muestra de los clientes al detalle utilizando una encuesta cuidadosamente construida. También pueden ser informales, basadas en las entrevistas de clientes. Si hay algunas bases para concluir que las opiniones de los clientes son enteradas y representativas y que constituyen una fracción razonable de los comercios relevantes, incluso una encuesta informal puede proporcionar una guía fiable para la sustitución en el lado del comprador.

3.-- Las características del producto: La sustitución en el lado del comprador en respuesta a un incremento en el precio pueden resultar de la información sobre las características de los productos y zonas geográficas, que tienen importancia para los compradores (incluyendo la distribución de los costes de cambio a través de los compradores). Pueden ser empleadas para este propósito, los métodos cuantitativos en deducir la distribución de las valoraciones de los compradores respecto a las características del producto que no se obtienen de las cuotas de mercado, y las características del comprador. Pero las inferencias menos formales también pueden ser útiles.

4.-- La conducta del vendedor: Por ejemplo, se emplea comúnmente como guía para productos y zonas donde la sustitución por el comprador es más probable, la evidencia sobre el control y respuesta de las empresas a los cambios en el precio y las introducciones de nuevos productos por los vendedores rivales, y sobre los productos y zonas de los rivales que tienen mayor atractivo. Si los vendedores están en posición de aprender sobre los patrones de sustitución del comprador a través de los métodos descritos anteriormente y si quieren basar sus decisiones de negocio sobre esta información.

5.-- Opiniones de la industria por expertos. Incluidos consultores de la industria, periodistas especializados, ejecutivos de las asociaciones de comercio, o vendedores de productos complementarios. Su fiabilidad puede ser valorada analizando, entre otras cosas, si los expertos están en posición de obtener información directa sobre los compradores y si basan las decisiones de negocio costosas sobre la misma.



Dentro de cada categoría, la evidencia puede ser cuantitativa o cualitativa. La evidencia que sirve para demostrar cuál es el grado de sustitución del comprador, varían de caso a caso.

Las Merger Guidelines sugieren considerar en la mayoría de los contextos un incremento del SSNIP en el precio del 5% para un futuro previsible.<sup>219</sup> Si el monopolista hipotético no encontrara rentable un SSNIP, el mercado elegido es expandido agregando el siguiente mejor sustituto, el nuevo mercado elegido es comprobado para determinar si constituye un mercado relevante antitrust, y así sucesivamente. Cada punto inicial (cada mercado inicial escogido), podría conducir a un mercado relevante diferente en el que podría ser analizada la posibilidad de efectos anticompetitivos, aunque en la práctica el mismo resultado podría originarse desde múltiples puntos de inicio.

El Informe ha confirmado entonces la vigencia de la aplicabilidad de las Guidelines a los efectos de la definición del mercado de referencia.

### *3.2.2. El mercado de referencia en el derecho comunitario europeo*

Un mercado relevante es el grupo más pequeño de ventas para el que la elasticidad de la demanda y la oferta son lo suficiente bajas, para que una empresa con el cien por ciento de estas ventas pueda reducir de forma rentable su producción e incrementar sustancialmente el precio por encima del coste marginal.<sup>220</sup>

El mercado de referencia no es un dato preestablecido, sino que está en función del abuso alegado y la forma particular en que se perjudica la competencia.<sup>221</sup> Así por ejemplo, si se analiza una afectación a la competencia en mercados horizontales estrechamente vinculados, o en mercados verticales, donde la empresa dominante, puede ostentar una posición extremadamente sólida en mercados derivados, donde las empresas a menudo se enfrentan a los mismos competidores en los dos mercados; es posible que se produzcan situaciones caracterizadas por la existencia de mercados estrechamente vinculados y, donde una empresa tenga como mínimo un poder de

---

<sup>219</sup> §1.11 de las Merger Guidelines citadas. Las agencias antitrust en cambio emplean en su lugar una figura del 10 % en este rol.

<sup>220</sup> Herbert Hovenkamp. "Federal Antitrust Policy". 2<sup>nd</sup>. Ed. Hornbook Series. Minesota. EEUU. 1999. pág. 82.

<sup>221</sup> Sentencia TJCE *Hugin Kassaregister AB c/ Comisión CE*. As. C-22/78. RJ 1979 p. 1869-1899. Decisión de la Comisión CE de 13-12-2000. *Ceniza de Sosa---ICI*. Nº 33.133-D. DOCE L 10 pág.33-50 de 15-1-2003 § 120. Decisión de la Comisión CE de 13-12-2000 *Ceniza de sosa---Solvay* Nº 33.133-C. DOCE L 10 pag. 10-32 de 15-1-2003 § 127.

mercado considerable en uno de ellos. Cuando se den ambas circunstancias será oportuno que la Comisión considere que la empresa implicada se halla en una situación equiparable al mantenimiento de una posición preponderante en los dos mercados en su conjunto.<sup>222</sup> Se trata, por tanto de un concepto funcional cuyo contenido depende del abuso alegado a la empresa supuestamente dominante.<sup>223</sup>

Para los casos del artículo 82 se aplica el análisis *ex post*<sup>224</sup>, o retrospectivo al tratarse de comportamientos pasados<sup>225</sup>. En estos, la determinación del mercado de referencia, reviste una importancia crucial y exige un análisis más profundo en comparación al que se efectúa en aplicación del § 1 del artículo 81, que sólo supone que la competencia se ha restringido de manera “sensible”, mientras que la posición dominante del artículo 82 supone la facultad de oponerse al mantenimiento de una competencia efectiva<sup>226</sup>, se investiga el poder de mercado existente, por lo que la definición del mercado es una cuestión de grado<sup>227</sup>.

- La Comunicación de la Comisión sobre la definición del mercado de referencia<sup>228</sup>

La Comunicación de la Comisión, relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, establece los principios que sirven a la Comisión para definir el mercado relevante:

“2. La definición de mercado permite determinar y definir los límites de la competencia entre empresas, así como establecer el marco dentro del cual la Comisión aplica la

---

<sup>222</sup> Véase por ejemplo, la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones -- Marco, mercados afectados y principios (97/C 76/06) DOCE C76/9 de 11.3.97. § 65-67.

<sup>223</sup> M.Waelbroeck y A. Frignani. *Derecho de la Competencia* Tomos I y II. Edit. Bosch. Barcelona. 1998. Versión española por Ignacio Sáenz Cortabarría Fernández y Marta Morales Isasi. Pág. 334. Cita también las conclusiones del Abogado General Verloren Van Themaat en el asunto Michelin, y en sentido crítico Valentine Korah. *An introductory guide to EC Competition, Law and practice*. Ed. Sweet and Maxwell. Oxford 2007, pág. 70-71.

<sup>224</sup> El Director General de Competencia Philip Lowe, plantea que el control *ex post* del abuso en precios no es siempre fácil. Es importante que las autoridades de competencia observen la forma cómo se pueden hacer funcionar mejor los mercados, evitando la necesidad de un control *ex post*. Philip Lowe, en la Conferencia "The Commission's current thinking on Article 82", dada en el Seminario "Pricing and the Dominant Company", 31 de enero 2008 en Bruselas. Disponible en [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int).

<sup>225</sup> § 12 de la Comunicación sobre la definición del mercado.

<sup>226</sup> M.Waelbroeck y A. Frignani. *Derecho de la Competencia* Tomos I y II. Edit. Bosch. Barcelona. 1998. Versión española por Ignacio Sáenz Cortabarría Fernández y Marta Morales Isasi. Pág. 335.

<sup>227</sup> Valentine Korah. "Concept of a Dominant Position within the meaning of article 86". En *Common Market Law Review* N° 17, 1980 pp. 395 y ss

<sup>228</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia DOCE C 372, 9-12-1997, p. 5-13

política de competencia. El principal objetivo de la definición de mercado es determinar de forma sistemática, las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia. La definición de mercado tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica debe permitir identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas que pueden limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva. Desde esta perspectiva, la definición permite, en particular, calcular las cuotas de mercado, que aportan una información significativa con respecto al poder de mercado para la apreciación de una posición dominante...»<sup>229</sup>

La definición del mercado proporciona las presiones competitivas que implican los competidores actuales: no consideran los competidores potenciales.

Según la Comunicación<sup>230</sup>, para la definición del mercado de referencia, existen tres fuentes principales de presiones competitivas sobre las empresas: sustituibilidad de la demanda, sustituibilidad de la oferta y competencia potencial.

Veremos que la sustituibilidad de la demanda es la esencia de la definición del mercado. En algunas muy reducidas circunstancias, la sustituibilidad de la oferta también será parte de la definición del mercado; sin embargo, normalmente la sustituibilidad de la oferta reside fuera de la definición del mercado y está más relacionada a la competencia potencial.

Son relevantes factores como la entrada potencial y el poder de compra de los clientes, porque implican que una cuota de mercado particular no puede significar por si misma que la empresa tiene poder de mercado.

La Comunicación no vincula a los Tribunales comunitarios, por tanto, también es relevante la jurisprudencia, sin embargo, en este ámbito, el TPI y el TJCE permiten un considerable margen de apreciación a la Comisión. Cuando las partes cuestionan la definición del mercado efectuada por la Comisión, como regla general, los tribunales comunitarios analizan si se han cumplido o no las condiciones para la aplicación de las normas de competencia, si se han cumplido las normas relevantes sobre procedimiento y fundamentos, si los hechos han sido adecuadamente razonados, y si ha habido un error manifiesto de valoración o un mal uso de poderes. Si el motivo de la impugnación son los criterios técnicos o económicos aplicados, el Tribunal no entrará a juzgar éstos.<sup>231</sup>

---

<sup>229</sup> Párrafo 2 de la Comunicación.

<sup>230</sup> § 13 de la Comunicación sobre la definición del mercado de referencia.

<sup>231</sup> § 64 de la Sentencia TPI de 30-3-2000. *Kish Glass & Co. Ltd. /Comisión*. As. T-65/96. RJ 2000. Kish Glass impugnaba que la Comisión no había definido correctamente el mercado ya que no había

Una definición incorrecta del mercado puede ser considerada como falta de motivación de la decisión de la Comisión, suficiente para determinar su anulación, como en el caso *Continental Can*,<sup>232</sup> sin embargo, pocos casos de esta naturaleza han tenido éxito.<sup>233</sup>

### 3.2.3. La determinación del mercado de referencia.

Depende de la existencia de presiones competitivas en la fijación de los precios por parte del productor o del prestador de servicios de que se trate.

Resultan dos tipos principales de presión competitiva: la sustituibilidad de la demanda y la sustituibilidad de la oferta. El denominador común de los dos es la sustituibilidad, que desde el punto de vista de la demanda se utiliza para medir hasta qué punto los consumidores están dispuestos a sustituir por otros productos el producto en cuestión, si se considera que éstos pueden ser intercambiables, se consideran dentro del mismo mercado del producto.

Mientras que la sustituibilidad de la oferta indica si unos proveedores distintos a los que ya ofrecen los productos en cuestión pueden cambiar su línea de producción para ofrecer esos productos sin incurrir en costes adicionales significativos.

- El modelo del monopolista hipotético

La Comunicación<sup>234</sup> aplica también el modelo del monopolista hipotético, establecida por las Merger Guidelines, también se le denomina el test del 5%<sup>235</sup>, y a cuyo contenido nos remitimos, este planteamiento implica un cambio respecto a la práctica anterior<sup>236</sup>.

---

elasticidad cruzada del producto porque no eran intercambiables desde el punto de vista del usuario, invocando el efecto “knock-on”.

<sup>232</sup> Sentencia TJCE de 21-2-1973. *Continental Can Company y Europemballage Corporation c/ Comisión* 6/72 RJ. 1973 p. 1657. Decisión de la Comisión CE de 9-12-1971. *Continental Can Company y Europemballage Corporation*. DOCE L7/25 8.1.1972. Véase también el § 47 de la Sentencia TPICE de 6-6-2002. *Airtours Plc c. Comunidad CEE*. As. T-342/99. RJ 2002 y sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1990, *Delacre y otros/Comisión*, C-350/88, Rec. p. I-395, § 25 Sentencia TJCE de 9-11-1983. *Caso NVNederlandsche Baden Industrie Michelin v. Comisión de la CE*. Causa 322/81. RJ 1983 p. 3461 y ss. § 37. Sentencia TPI 12-6-1997. *Landbroke Racing Deutschland Ost GmbH./Comisión* As.T-504/93. RJ 1997 pp. II-0923, § 81. Sentencia TJCE de 3-7-1991. *Akzo Chemmie BV y Akzo Chemmie UK Ltd c/ Comisión*. Caso C-62/86. RJ 1991 pág. 3359-3374. Sentencia TPI de 30-3-2000. *Kish Glass & Co. Ltd./Comisión*. As. T-65/96. RJ 2000. § 62.

<sup>233</sup> Véase por ejemplo, las Sentencias del TJCE *ICI/Commercial Solvents/Comisión* citada, *United Brands/Comisión* citada, y *Michelin/Comisión* citada.

<sup>234</sup> Párrafo 14 de la Comunicación sobre el Mercado de referencia.

<sup>235</sup> § 17 de la Comunicación: La cuestión que debe resolverse es la de si los clientes de las partes estarían dispuestos a pasar a productos sustitutivos fácilmente disponibles o a proveedores localizados en otro lugar en respuesta a un pequeño (5% o 10%) y permanente incremento hipotético pero significativo y no transitorio, de los precios relativos para los productos y zonas considerados. Si el grado de sustitución es suficiente para hacer que el incremento de precios no sea rentable debido a la reducción resultante de las

Según el SSNIP o el modelo del monopolista hipotético si es significativa la elasticidad de la demanda de un producto o servicio determinado, incluso a precios competitivos relativos, la empresa en cuestión carece de poder de mercado. Las respuestas de los consumidores ayudarán a determinar si existen productos intercambiables o sustituibles<sup>237</sup> y, en caso afirmativo, cuáles son los límites del mercado de productos de referencia<sup>238</sup>.

La Comunicación de la Comisión no indica durante qué periodo será relevante el cambio por los clientes a otros productos. Las Merger Guidelines americanas señalan uno o dos años<sup>239</sup>. Si muchos clientes cambian de modo tan rápido que la elevación del precio inicial no será rentable, presumiblemente los productos adicionales deberán ser incluidos en el mercado relevante.<sup>240</sup>

A semejanza del derecho antitrust norteamericano, la aplicación del modelo del monopolio hipotético, a los casos del artículo 82, tiene el inconveniente de la “falacia del celofán”. En palabras de la Comunicación sobre la definición del mercado de referencia, el nivel de precio prevalente ha sido determinado en ausencia de competencia: un monopolista, maximizando su beneficio ya habrá elevado los precios por encima del nivel competitivo al punto más rentable, de modo que cualquier

---

ventas. Se incluirán en el mercado de referencia otros productos sustitutivos y zonas hasta que el conjunto de productos y zonas geográficas sea tal que resulte rentable un pequeño incremento permanente de los precios relativos.

<sup>236</sup> Simon Bishop y Mike Walker. *Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. 2000 Londres. 2ª Edición, pág.53.

<sup>237</sup> Se denominan consumidores marginales, aquellos que pueden cambiar fácilmente de un producto a otro en respuesta a un incremento en el precio, y consumidores inframarginales, aquellos que no pueden hacerlo. Los consumidores infra-marginales están protegidos de cambiar porque suficientes consumidores marginales, y porque los vendedores no pueden distinguir entre ambos. Estas diferencias son importantes a la hora de la discriminación de clientes que conduce determinar mercados separados. Simon Baker and Lawrence Wu. Ob.cit. pág. 276.

<sup>238</sup> Esta noción de sustituibilidad de la demanda es equivalente a la noción económica de la elasticidad-precio cruzada de la demanda entre los dos productos o regiones. Esta equivalencia fue expresamente reconocida en *United Brands*. Sentencia TJCE 26-6-1978. *United Brands Continental BV/Comisión*. Caso 27/76. RJ 1978 pág. 349, § 28. El grado de sustituibilidad de la demanda se mide habitualmente mediante la elasticidad - precio cruzada de la demanda, que cuantifica en qué medida el crecimiento del precio de un producto determina un desplazamiento de la demanda del mismo hacia la demanda de otro producto. Cuanto mayor sea la sustituibilidad entre dos productos desde la perspectiva del consumidor, mayor será el desplazamiento de la demanda hacia el segundo como consecuencia de un pequeño aumento no esporádico del precio del primero sin que varíe lo demás. La elasticidad cruzada será positiva para los productos sustitutivos y tanto mayor cuanto mayor sea la sustituibilidad; será negativa para los productos complementarios y cercana a cero cuando sus demandas por el consumidor sean independientes, porque la variación del precio de uno de ellos solamente afectará a la demanda del otro por el efecto renta, pero no por el efecto sustitución. Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus *Economía*. Traducción de Esther Rabasco y Luis Toharía. 1999 16ª Edición. En Glosario.

<sup>239</sup> Committee on Competition Law and Policy. *United States Merger Guidelines*. U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission Statement Accompanying of Revised Merger Guidelines of April 2, 1992, ya citado.

<sup>240</sup> Valentine Korah, ob.cit. pág. 90

incremento adicional hipotético en el precio podría conducir a una caída en los beneficios con la falsa implicación de la sustituibilidad. Puede resultar entonces una definición muy amplia del mercado para la ventaja del monopolista. Por lo que se deberá considerar que el nivel del precio prevalente ya ha sido incrementado sustancialmente por encima del nivel competitivo. La Comisión en su Documento observaba que el test del incremento hipotético del precio sólo es útil para indicar los patrones de sustitución al nivel de los precios predominantes y también sería excluido un precio competitivo más bajo. Sin embargo, el problema es que no es posible reconstruir con agudeza el precio competitivo.<sup>241</sup>

Si la elasticidad precio de la demanda es alta, incluso con los precios vigentes, ello puede significar que la empresa en cuestión ya ha ejercido un poder de mercado hasta el punto de que futuros incrementos del precio no aumentarán sus beneficios. La prueba del SSNIP puede llevar a una definición distinta de la que se obtendría si los precios se hubieran fijado existiendo competencia.

La Comisión en su Documento<sup>242</sup> plantea además algunas de las evidencias que también utiliza el derecho antitrust norteamericano para establecer los patrones de sustitución del comprador, como los usos que se les puede dar a los productos y establecer si son capaces de satisfacer una necesidad inelástica de las necesidades del consumidor.<sup>243</sup> Así se examina si las características de los productos y el uso probable ocasiona la diferenciación de los productos en cuestión de otros productos en la medida que son los únicos que son intercambiables en un pequeño grado con estos otros productos y entonces no están coaccionados efectivamente por ellos a precios competitivos.<sup>244</sup> Al hacer esta valoración se debe considerar en particular las necesidades de los consumidores marginales. En la mayoría de los casos no es decisivo que un determinado grupo de consumidores considere los productos en cuestión como buenos sustitutos, lo que preocupa es que un número suficientemente considerable de consumidores estime que un producto es un buen sustituto para el producto suministrado por la empresa implicada. Si es así, los dos productos forman parte del mismo mercado, a menos que un proveedor único del producto en cuestión esté dispuesto a vender a los consumidores con la demanda menos elástica a un precio más alto e impedir a los consumidores con una demanda más elástica que pueda revender al grupo inicial de consumidores. En este caso el grupo de consumidores con demanda

---

<sup>241</sup> § 19 de la Comunicación: "...Para la investigación de los abusos de posición dominante ha de tenerse en cuenta el hecho de que el precio prevalente puede haber sido aumentado ya sustancialmente."

<sup>242</sup> §18 del Documento de la Comisión.

<sup>243</sup> En este sentido, la Comisión cita los casos citados *Continental Can* y *Hilti*.

<sup>244</sup> La Comisión cita los casos citados *Cewal*, *United Brands*, y *Ahmed Saeed*.

menos elástica estaría en un mercado por si mismo, es decir, en presencia de discriminación en los precios, donde éstos son diferentes dependiendo de determinadas características del consumidor.

También sería relevante comparar los precios a lo largo de varias regiones. Esto sería de ayuda para determinar el mercado geográfico, pero también será útil al determinar el mercado de producto. Si una empresa suministra un producto a muchas regiones y fija precios más altos en regiones donde tiene una cuota de ventas más alta, es una indicación que la principal coacción competitiva viene de otros proveedores de este tipo de producto y no de proveedores de otros tipos de productos, incluso cuando la empresa en cuestión no suministre su producto por si misma en regiones diferentes, un análisis similar sería posible si el mismo tipo de producto es vendido en otras regiones por otras empresas. Sin embargo, las comparaciones de precio a lo largo de las regiones, deben tomar en cuenta si hay otros factores diferentes que la intensidad de competencia.<sup>245</sup> El mercado tendrá que ser re -definido para incluir algunos o todos aquellos productos a los que los clientes cambiarían<sup>246</sup>.

El énfasis en los precios puede no ser una herramienta adecuada para el análisis en aquellas industrias donde las empresas compiten a través de variables diferentes del precio, el ejemplo más típico en la literatura es el de las industrias de alta tecnología, donde las empresas compiten mediante la introducción de productos novedosos y la principal disciplina competitiva no proviene de la sustitución en respuesta a cambios en los precios relativos, sino del riesgo a ser desplazado del mercado por una empresa más avanzada tecnológicamente.<sup>247</sup>

#### a) El mercado del producto relevante

El mercado de productos o servicios abarca todos los productos o servicios que son suficientemente intercambiables o sustituibles, en virtud de las cuales resultan especialmente idóneos para satisfacer las necesidades constantes de los consumidores, no sólo por sus características objetivas, sino también por las condiciones de

---

<sup>245</sup> §19 del Documento de la Comisión.

<sup>246</sup> Bill Bishop. "The Modernisation of DGIV". *E.C.L.R.* N1 8 , 1997 pp. 481 y ss.

<sup>247</sup> Fernando Jiménez Latorre y Enrique Cañizares Pacheco. "Dificultades para la definición del mercado relevante" en *El Abuso de la Posición de Dominio*. Directores: Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbó Juan. Fundación Rafael del Pino. Colección Derecho. 2007. Págs.. 33-60. En 341.

competencia o la estructura de la oferta y la demanda en el mercado de que se trate.<sup>248</sup> Los productos o servicios que en una medida limitada o relativa sólo son intercambiables entre sí no forman parte del mismo mercado.<sup>249</sup>

a.1) La sustituibilidad de la demanda.

El grado de sustituibilidad (o intercambiabilidad) determina cuáles son los productos que van a ser incluidos o excluidos del mercado relevante. El TJCE en *L'Oréal c. De Nieuwe AMCK*: señaló: “Las posibilidades de competencia deben ser juzgadas en el contexto del mercado comprendiendo la totalidad de los productos que, con respecto a sus características, son particularmente aptos para satisfacer necesidades constantes y están sólo en una medida limitada de intercambiabilidad con otros productos”.<sup>250</sup>

No se exige ni la más absoluta identidad de los bienes o servicios susceptibles de competir en un mismo mercado, basta con que haya una sustituibilidad razonable, sin embargo, deben ser sustitutos efectivos uno del otro.<sup>251</sup> Para encontrarse en el mismo mercado relevante, los vendedores deben tener la habilidad real o potencial de privarse unos a otros de niveles significativos de negocio. También hay que considerar la opinión de los consumidores sobre la sustituibilidad de los productos, si éstos son lo bastante satisfactorios. Sin embargo, la opinión del consumidor no es siempre el criterio único, como tampoco basta un examen que se limite a las características objetivas de los productos.

---

<sup>248</sup> Sentencia del TJCE de 11-12-1980. *NV L'oréal and S.A. L'oréal c/. PVBA de Nieuwe AMCK*. Cuestión Prejudicial. 31/80. RJ 1980 pp. 3775 y ss. § 25,

<sup>249</sup> Sentencia TJCE de 11-4-1989. *Ahmed Saeed Flugreisen y otra*. Cuestión Prejudicial 66/86. RJ 1989 p. 0803. § 39 y 40. Sentencia TJCE 26-6-1978. *United Brands Continental BV/Comisión*. Caso 27/76. RJ 1978 pág. 349. § 207. Sentencia TPI 21-10-1997 *Deutsche Bahn AG/Comisión*. As. T-229/94. RJ 1998. § 54. véanse, también en este sentido, las sentencias del TJCE de 14 de noviembre de 1996, *Tetra Pak/Comisión*, C-333/94 P, Rec. p. I-5951, §§ 10 y 13, y la del TPI de 6 de octubre de 1994, *Tetra Pak/Comisión*, T-83/91, Rec. p. II-755, § 63. § 20 de la Sentencia TPICE de 6-6-2002. *Airtours Plc c. Comunidad CEE*. As. T-342/99. RJ 2002

<sup>250</sup> Sentencia del TJCE de 11-12-1980. *NV L'oréal and S.A. L'oréal c/. PVBA de Nieuwe AMCK*. Cuestión Prejudicial. 31/80. RJ 1980 pp. 3775 y ss., § 25.

<sup>251</sup> En la Decisión *Gillette*, el mercado relevante estaba conformado por los artículos de afeitado con cuchilla, es decir, maquinillas y hojas, incluidas las maquinillas de usar y tirar. Descartó los productos para el afeitado en seco, porque en opinión de los consumidores no son sustitutos suficientemente satisfactorios de los primeros, dejando fuera también otros artículos de depilación como cremas, lociones depiladoras, o aparatos eléctricos y de cera al ser parte de otros mercados. Así, Warner-Lambert formaba parte del mercado relevante, que fabricaba artículos de afeitado utilizando la marca Schick, Eemland con la marca Wilkinson Sword, the Gillette Company que comercializa con su propia marca, y la sociedad BIC, S.A. que comercializaba también con su propia marca, cada uno de estas marcas competían y sus productos eran intercambiables unos con otros. Decisión de la Comisión CE 10-11-1992. *Warner-Lambert/Gillette Company y otros*. DOCE L116/21. 12-5-93. § 6 y 22.



También deben considerarse las condiciones en que se produce la competencia y la estructura de la oferta y la demanda en el mercado<sup>252</sup> Puede resultar que dos productos sean complementarios, lo que no implica que sean sustituibles, así, en *Michelin NV*<sup>253</sup> el mercado de los neumáticos de recambio, no estaba siendo afectado por el mercado de los neumáticos recauchutados, siendo ambos productos complementarios, a diferencia del caso *Michelin Francia*, donde la Comisión señaló que ambos mercados constituían dos mercados de referencia distintos.<sup>254</sup>

En *United Brands*<sup>255</sup>, el TJCE consideró al mercado de los plátanos diferente del mercado global de la fruta, porque era suficientemente distinguible de los otros mercados. Debe ser posible individualizar los factores especiales, que distingan a este mercado, de modo que sólo intercambiable en una medida limitada con otros mercados y sólo expuesto a una competencia imperceptible.<sup>256</sup>

Los elementos que la Comisión considera pertinentes para determinar si dos productos son sustituibles desde el punto de vista de la demanda, varía según se trate de la

---

<sup>252</sup> Decisión de la Comisión CE de 11-3-1998 *Van den Bergh Foods Limited* (98/531/CE) L246/1 4.9.1998. § 133. Véase también Asunto 322/81, *Michelin*, Rec. 1983, p. 3461, § 37.

<sup>253</sup> La Comisión no tuvo ocasión de pronunciarse sobre el carácter de mercado de referencia o no del mercado de los neumáticos de recauchutados. Decisión de la Comisión de 7-10-1981. *NV Nederlandsche Baden Industrie Michelin*. DOCE L353/33 9.12.81

<sup>254</sup> Entre los motivos para diferenciarlos, la Comisión señaló que los recauchutadores y los comerciantes de neumáticos recauchutados tampoco consideran estos productos como una verdadera alternativa a los neumáticos nuevos, sino como productos complementarios en la medida en que, por una parte, en el ejercicio de su actividad comercial dependen de un suministro regular de neumáticos nuevos que no puede sustituirse, o sólo puede hacerse de manera muy insuficiente, con el suministro de neumáticos recauchutados, y por otra parte, los neumáticos recauchutados representan un producto secundario con relación a los neumáticos de primer montaje o de recambio gastados, constituyendo estos últimos una “materia prima” indispensable para el recauchutado Decisión de la Comisión de 20 de junio de 2001. *Michelin*. N°36.041 (2002/405/CE). DOCE L143/1 de 31.5.2002. § 117.

<sup>255</sup> Caso *United Brands*/Comisión citado.

<sup>256</sup> Véase § 22 de la Sentencia *United Brands*/Comisión citada. El TJCE desestimó el fundamento que en varias temporadas las ventas de otras frutas ejercían presión en el precio de los plátanos y reducían su volumen de ventas, concluyó que no había elasticidad cruzada a largo plazo (considerando éste de un año) entre los plátanos y otras frutas; un resultado que el Tribunal explicó en términos de sus características físicas como el sabor, aspecto blando, y facilidad de manipulación, y la disponibilidad durante todo el año para un grupo particular de consumidores, cuya necesidad de plátanos era constante, es decir “los jóvenes, los ancianos y los enfermos”. La decisión ha sido criticada por varios autores por basarse en las necesidades de un sub grupo particular de compradores, sin evidencia del volumen de sus compras, y que *United Brands* podía segregar sus compras e imponer exitosamente un precio más alto a ellos. Para concluir, el Tribunal consideró que los plátanos eran intercambiables, sólo en una extensión limitada, con otras frutas (hubo una elasticidad cruzada de la demanda baja), y que el mercado para los plátanos era distinto del mercado para otras frutas. *United Brands* fue así considerado en posición dominante. El Tribunal se pronunció con una declaración de principio extraño que: “Para que los plátanos sean considerados integrantes de un mercado nuevo que sea suficientemente diferenciado de otros mercados de frutas debe ser posible estar aislado por características especiales que lo distingan de otras frutas que sólo sean en una limitada extensión intercambiables con éstos, y sólo esté expuesta a su competencia en una forma que sea difícilmente perceptible. Véase Valentine Korah. *An introductory guide to EC Competition, Law and practice*. Ed. Hart Publishing, Oxford 2.007. p.72.

industria analizada. La Comunicación proporciona algunas de evidencias a considerar<sup>257</sup>:

- a) Evidencia de sustitución en el pasado reciente;
- b) Ensayos cuantitativos especialmente concebidos para delimitar los mercados, se han ideado varios estudios econométricos y estadísticos para estimar las elasticidades de precio y las elasticidades cruzadas de precio para la demanda de un producto, basado en la similitud de los movimientos de precio en el tiempo, la causalidad entre las series de precio y la similitud de los niveles de precio y/o su convergencia. Las elasticidades de precio miden el grado en que cambia la demanda para un producto en respuesta a un cambio en su precio. Las elasticidades cruzadas de precio miden la medida en que cambia la demanda para un producto en respuesta a un cambio en el precio de algún otro producto. Las elasticidades de precio proporcionan más información sobre el poder de mercado que posee una empresa, en comparación con las elasticidades cruzadas de precio; sin embargo las elasticidades cruzadas de precio ayudan más con la definición del mercado, ya que proporcionan evidencias sobre la sustituibilidad;
- c) las opiniones de los clientes y competidores. La Comisión puede contactar con clientes y competidores para la definición del mercado, y cuando sea apropiado, les preguntará específicamente que respondan a la cuestión del SSNIP. Esto sucede muy frecuentemente, en el caso de las concentraciones de empresas;
- d) las preferencias de los consumidores, y estudios de marketing;
- e) las barreras y los costes para el desplazamiento de la demanda hacia productos potencialmente sustitutivos. Hay un número de barreras y/o costes que resultarán a primera vista, en dos sustitutos de la demanda que no pertenecen a un único mercado del producto. El apartado 42 de la Comunicación enumera como ejemplos las barreras reguladoras, otras formas de intervención del Estado, coacciones que ocurren en los mercados verticales, la necesidad de incurrir en inversión de capital y otros factores;
- f) las diferentes categorías de clientes y la discriminación de los precios. El apartado 43 de la Comunicación establece que el mercado de producto será estrechado si existen grupos distintos de clientes para un producto particular: el mercado para un grupo será más estrecho que para el otro, si es posible identificar a qué grupo pertenece un individual en el momento de la venta de los productos relevantes y no haya posibilidad de comercializar entre dos categorías de clientes.

- Cuestiones adicionales sobre el mercado del producto relevante.-

---

<sup>257</sup> § 25 de la Comunicación de la Comisión sobre la definición del mercado.

Las características físicas del producto.- El primer paso en la determinación de los productos que deben ser incluidos en el mercado relevante es la descripción de sus características objetivas de los productos candidatos a formar parte del mismo mercado. Sin embargo, la intercambiabilidad no está necesariamente en función de las propiedades físicas de los productos, es posible que productos diferentes sean aptos para el mismo uso<sup>258</sup>. Determinados productos que tienen una composición física semejante pueden pertenecer a mercados diferentes debido a su uso.<sup>259</sup>

Si un producto puede ser técnicamente sustituido por otro, no basta para integrarlo en el mismo mercado si las consideraciones económicas hacen que la sustitución no sea interesante. Tal será el caso cuando el precio del producto, es mucho más caro que el de cualquier otro que pueda ser utilizado para el mismo uso. Este también será el caso cuando el precio de un componente no represente más que un porcentaje mínimo del precio del producto compuesto vendido en el mercado y dicho producto sólo esté expuesto a una competencia limitada de los demás productos<sup>260</sup>. Sin embargo, el solo hecho de que un producto sea más caro que otro no significa que aquél pertenezca a un mercado diferente si presenta ciertas ventajas que hacen que los consumidores lo consideren como sustituto del producto con precio más bajo.

Otro ejemplo particular de la aplicación de la sustituibilidad de la demanda en la definición del mercado se origina en circunstancias donde el mismo producto es utilizado para aplicaciones diferentes, y en algunas pero no en todas aquellas aplicaciones, otros productos son sustituibles en la demanda, un ejemplo es el caso *Hoffmann-La Roché*.<sup>261</sup> Por contraste el caso *Akzo*, el mercado relevante era el mismo producto aunque utilizado en aplicaciones diferentes.<sup>262</sup>

---

<sup>258</sup> En *Ahmed Saeed*, el Tribunal subrayó la necesidad de examinar si los vuelos regulares por una ruta concreta son intercambiables con otras posibilidades de transporte. Sentencia TJCE de 11-4-1989. *Ahmed Saeed Flugreisen y otra*. Cuestión Prejudicial 66/86. RJ 1989 p. 0803. § 40

<sup>259</sup> Así por ejemplo, los azúcares especiales, los azúcares líquidos y los jarabes no responden a la mismas necesidades que los azúcares granulados y no forma parte por tanto, del mismo mercado, ya que no son reemplazables por el consumidor. Los sustitutos del azúcar producidos industrialmente, como la sacarina, los ciclamatos o el aspartamo, sólo compiten con el azúcar natural en unos usos limitados, tales como los productos dietéticos, por lo que tampoco forman parte del mismo mercado. Decisión de la Comisión CE de 18-7-1988. *Napier Brown c/ British Sugar*. DOCE L284/41. 19-10-88 pág. 41. Decisión de la Comisión CE de 14-5-1997. *Irish Sugar Plc*. DOCE L258/1 de 22-9-1997 § 87.

<sup>260</sup> Decisión de la Comisión de 26-7-1988. *Tetra Pak/Elopak*. DOCE L272/27 4.10.1988 § 28-32. y Decisión de la Comisión CE de 24-7-1991. *Tetra Pak II*. DOCE L72/1 de 18.3.92 en el mismo sentido.

<sup>261</sup> Dos grupos de vitaminas tenían dos usos, uno bio nutritivo y el uso industrial y mientras los sustitutos eran disponibles para el uso industrial, esto no podía ser sustituido para las vitaminas en su uso bio-nutritivo. El TJCE sostuvo que la Comisión definió correctamente el mercado relevante limitado a los grupos respectivos de las vitaminas, excluyendo los sustitutos que eran intercambiables sólo en su uso

Los Precios del producto.- La Comisión ha deducido que dos productos no son razonablemente sustituibles si tienen precios sustancialmente diferentes. Las diferencias en el precio han sido así utilizadas para distinguir entre productos que serían funcionalmente sustituibles, pero que en realidad no son intercambiables. Esta lógica puede dar respuestas correctas en algunos casos; en otros no. En particular, al definir los mercados relevantes sobre las bases de diferencias en el precio será erróneo si las diferencias se reflejan en la calidad. Si hay estas diferencias, la consideración de niveles de precio absolutas ignora la posibilidad que los consumidores hagan una comparación entre precio y calidad.

La Comisión parece haber asumido que, para los propósitos de definir los mercados de producto relevante, lo que interesa no son las diferencias absolutas en el precio, sino la cuestión de si el cambio en el precio de un producto es probable de tener un impacto competitivo en el precio del otro.<sup>263</sup> En el caso *Wanadoo*, la Comisión ha utilizado el precio para medir el grado de sustituibilidad y definir los mercados de acceso a internet de alta y baja velocidad como dos mercados separados.<sup>264</sup> La Comisión concluyó que el mercado del servicio relevante era el mercado para el acceso a Internet a alta velocidad para los clientes residenciales.<sup>265</sup> También en *Microsoft*.<sup>266</sup>

---

industrial.Sentencia de 13-2-1979. *Hoffman-La Roche & Co. A.G. c/ Comisión de la CE*. Caso 85/76. RJ 1979 p. 459., § 21-30.

<sup>262</sup> El producto en cuestión, el peróxido de benzoilo era utilizado para la industria de la harina y en la fabricación del plástico; la fabricación del plástico era uno de un número de peróxidos orgánicos que podían ser utilizados aunque éstos no podían ser utilizados en el sector de la fabricación de la harina. Los abusos tomaron lugar en el sector de la fabricación de la harina, pero el Tribunal sostuvo que el mercado relevante era el mercado para los peróxidos orgánicos incluidos el peróxido de benzoilo utilizado en la fabricación del plástico, ya que eran las ventas en el sector del plástico que Akzo quiso proteger mediante su comportamiento predatorio en el sector de la fabricación de la harina. Sentencia TJCE de 3-7-1991. *Akzo Chemmie BV y Akzo Chemmie UK Ltd c/ Comisión*. Caso C-62/86.RJ 1991 pág. 3359-3374. § 28.

<sup>263</sup> Bishop y Walker, ob.cit. pág. 62.

<sup>264</sup> Utilizando los análisis de mercado proporcionados por los departamentos de marketing de Wanadoo Interactive, un cambio en las estructuras de precios para el paquete denominado “ilimitado” o “integral” (20, 30, 40, 50, 60, o 100 horas al mes) podía resultar en un cambio en la trayectoria de crecimiento de ofertas de velocidad alta. Muchos documentos relativos a las premisas de Wanadoo Interactive demuestran que, por ejemplo, un precio de suscripción para el paquete eXtense tendría un impacto adverso en el desarrollo de este servicio para el beneficio de los paquetes “integral”. Los márgenes de migración son muy diferentes. Si los productos fueran perfectamente sustituibles desde el punto de vista de la demanda, los márgenes de migración deben ser idénticos, o al menos comparables. Sin embargo, se demostró lo contrario, la propensión de los suscriptores de “integral” para migrar a las facilidades de “alta velocidad” esta en promedio varias veces mayor que aquella de los suscriptores de “alta velocidad” para migrar a las facilidades de la modalidad “integral”. Claramente, si hubiera una sustituibilidad altamente simétrica entre los servicios, las diferencias en márgenes de migración no habrían sido tan desproporcionadas Decisión de la Comisión de 16 de julio de 2003, Asunto COMP/38.233 *Wanadoo Interactive*. § 193-197. Impugnada ante el TPI el 10-08-2004, as. T-339/2004, confirmada por el TPI y el TJCE

<sup>265</sup> Véase § 203 de la decisión *Wanadoo* cit.

<sup>266</sup> La Comisión también utilizó la estrategia de precios para confirmar la ausencia de sustituibilidad de la demanda entre los productos de los diferentes servidores de sistemas operativos para el trabajo en grupo,

Las preferencias del consumidor.- Es importante señalar los posibles usos o destinos dados por los consumidores, puede haber productos que técnica y económicamente, sean sustituibles, y no sean considerados equivalentes por los usuarios por razones subjetivas. De esta forma, productos idénticos pueden pertenecer a mercados de productos distintos cuando responden a una demanda específica.<sup>267</sup> La existencia de un grupo de consumidores que nunca cambiarán de producto en respuesta al incremento en los precios, no es por si mismo suficiente para concluir que el mercado de referencia deba ser definido de forma extensa<sup>268</sup>.

Las preferencias de los consumidores pueden obtenerse de dos formas, de los datos sobre transacciones actuales en el mercado o mediante preguntas hipotéticas a los clientes en un análisis de mercado. Las autoridades de competencia utilizan ambos tipos de evidencia.

La fuente de datos más común para estimar las funciones de demanda son los datos de transacciones en el mercado. El análisis econométrico de los datos de transacciones implica calcular la medida en que las cantidades y precios y otras variables varían juntas con el objeto de diseñar conclusiones sobre las relaciones causales entre ellas. Una cuestión importante es que las técnicas econométricas no sólo dan una medida del tamaño de las relaciones, sino también del nivel de confianza que se puede tener en ellas. Esto da una base estadística objetiva para aceptar o rechazar la evidencia basada en el análisis de regresión. Una hipótesis económica para admitirla como evidencia sería necesario un nivel de confianza para que sea considerada suficientemente sólida. Sin embargo hay una tensión entre el análisis econométrico de las transacciones y la pobreza de datos disponibles. Esto puede conducir a muchos problemas en la aplicación de las técnicas econométricas. Los problemas asociados con una falta de

---

comercializados y vendidos por Microsoft. Decisión de la Comisión CE de 24-03-2004, caso COMP/C-3/37.792 *Microsoft Corporation/Sun Microsystems*. §s 343 y ss. Impugnada y confirmada ante el TPI

<sup>267</sup> Sentencia del TJCE de 6-3-1974. *Istituto Chemioterápico Italiano SpA y Commercial Solvents Corporation c/. Comisión de la CE*. Casos juntos 6 y 7/73. RJ 1994 p. 223. Sentencia de 13-2-1979. *Hoffman-La Roche & Co. A.G. c/. Comisión de la CE*. Caso 85/76. RJ 1979 p. 459. Sentencia TJCE de 9-11-1983. *Caso NVNederlandsche Baden Industrie Michelin v. Comisión de la CE*. Causa 322/81. RJ 1983 p. 3461 y ss. Véase al respecto, Valentine Korah. *Competition and Industrial Property. The Michelin Decision of the Commission*. Current Survey. Pp. 130. Quien critica que la Comisión debió incluir los neumáticos de re- encauches como sustituibles con los neumáticos nuevos de reemplazo para vehículos pesados (tractores, autobuses y similares), considerando que los precios de los neumáticos de re- encauches era un 40 por ciento menor del precio de los neumáticos nuevos de reemplazo. Que las presiones competitivas en las definiciones de mercado vendrían de la oferta de bienes que no son idénticos, incluso si algunos clientes no optaran por éstos.

<sup>268</sup> Este error se denomina la *toothless fallacy* o falacia de los desdentados, a raíz de la decisión *United Brands*, donde la Comisión argumentó que los plátanos constituían un mercado de referencia separado debido a que los bebés y los ancianos no cambiarían en sus preferencias a otra fruta.

datos sobre transacciones apropiadas subrayan el beneficio potencial de cambiar los datos sobre transacciones con los de las preferencias establecidas.

Cada uno de los problemas observados con los datos sobre las transacciones, en identificar las preferencias del consumidor, puede resolverse potencialmente con el uso de datos sobre las preferencias establecidas por dos razones. Primero, mediante la formulación de preguntas hipotéticas es posible obtener información sobre una variedad más amplia de precios (o productos) que los que realmente habrían sido observados en el mercado –el dato de la preferencia establecida debe proporcionar información suficiente para conducir el análisis-. Segundo, debido a que el perito tiene la libertad de estructurar los cuestionarios como desee, estaría dispuesto a identificar precisamente estas relaciones en que están interesados, evitando la identificación de los problemas observados. Una ventaja adicional de las preferencias establecidas resulta en que evitaría la necesidad de basarse en los datos generales del pasado, durante el que han cambiado las relaciones económicas clave.

Así no sorprende observar que la Comisión CE busque compilar datos sobre las preferencias establecidas a través del requerimiento de información clave a los participantes del mercado.

Los avances recientes en el análisis del consumidor se han enfocado en imitar las decisiones económicas de la vida real mediante las preguntas a los consumidores para efectuar una elección entre bienes y servicios alternativos. Sopesando el ofrecimiento de diferentes alternativas, los consumidores revelan la naturaleza de sus preferencias concretas, que luego pueden ser agregadas para construir modelos detallados de la demanda del mercado, incluyendo la cuantificación de los propios efectos y precios cruzados. Esta forma de análisis es conocida como análisis conjunto porque cuando se consideran sus preferencias sobre alternativas, los consumidores consideran conjuntamente los atributos diferentes de las alternativas. El análisis conjunto es empleado más ampliamente, por organizaciones del sector público y privado como una herramienta de investigación del mercado para la planificación estratégica, cubre un amplio rango de técnicas y ha sido definido como un método de “descomposición” que estima la estructura de unas preferencias del consumidor, dadas sus evaluaciones globales de un grupo de alternativas que son previamente en términos de diferentes niveles de atributos.<sup>269</sup>

---

<sup>269</sup> Véase al respecto Ben Dubow. “Understanding Consumers: the value of stated preferences in antitrust proceedings”. *ECLR* 2003. P.141-147.

Los datos sobre las transacciones actuales en el mercado son los utilizados más comúnmente en la práctica. Pero una falta en estos datos de cantidad o calidad suficientes puede generar problemas, si no están disponibles, el uso de estudios puede ayudar a tratar algunos de estos problemas.

Mercado del producto definido de forma estrecha.- La presencia de sustitutos no descarta la definición estrecha de un mercado ya que lo que se tiene que establecer es la habilidad de la empresa para actuar independientemente, en la práctica, frecuentemente, los mercados son definidos de forma estrecha, y algunas veces resulta equivocada.<sup>270</sup> En la jurisprudencia se ha definido los mercados de forma estrecha en *United Brands*<sup>271</sup>, en *Tetra Pak II*<sup>272</sup>, en *AAMS*<sup>273</sup>, en *GMS*<sup>274</sup>, en *Ahmed Saeed*<sup>275</sup>, en *Deutsche Bahn*<sup>276</sup>,

---

<sup>270</sup> Los equipos de telecomunicaciones podían ser adquiridos o alquilados por el usuario de Alsatel. La Comisión consideró que atendiendo a los muchos usuarios que escogen alquilar su equipo y que la competencia respecto del alquiler y mantenimiento de equipo está limitada al mercado local, considerando éste como el mercado geográfico relevante. El TJCE rechazó este enfoque, al considerar que los usuarios, si lo desean, eran libres de comprar su equipo más que alquilarlo, y que no se alegaba que Alsatel tenía una posición de dominio en todo el mercado francés. Sentencia TJCE 5-10-88. *ALSATEL/NOVASAM*. Cuestión Prejudicial As. 247/86. RJ 1988 p. 5987. § 16-18.

<sup>271</sup> El TJCE consideró que los plátanos están en un mercado separado de otras frutas. Sentencia TJCE 26-6-1978. *United Brands Continental BV/Comisión*. Caso 27/76. RJ 1978 pág. 349.

<sup>272</sup> El TPI consideró que aunque las botellas de vidrio, las cajas de plástico y los envases de lata eran sustituibles en el largo plazo y formaban parte de un mercado amplio para comidas líquidas, estos productos no constituían juntos un mercado relevante debido a la ausencia de sustituibilidad a corto plazo (el embalaje era sólo una pequeña proporción del precio final), de modo que las alternativas serían intercambiables sólo si eran “una sustitución casi perfecta de la demanda del consumidor final”. Sentencia TPI de 6-10-1994 *Tetra Pak II/Comisión*. Asunto T-83/91 RJ. 1994 p. II-755 § 72. Sentencia TJCE de 14-11-1996. *Tetra Pak International SA./Comisión* As. C-333/94P. RJ 1996 p. I-5951, § 19. El TJCE concluyó que el TPI consideró la ausencia de sustituibilidad en el medio y largo plazo.

<sup>273</sup> La Comisión concluyó que, en el mercado italiano, los cigarrillos importados no eran sustituibles para aquellos de origen italiano Decisión de la Comisión CE de la CE de 17-6-1998. *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato*. (98/538/CE) DOCE L252/47 12.9.98. Sentencia TPI de 22-11-2001 *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) c/ Comisión de las CE* As. T-139/98. RJ 2001.

<sup>274</sup> En *GSM* la Comisión consideró los servicios de radiotelefonía de móviles celulares digitales comprendiendo un mercado separado de los servicios análogos de telefonía móvil de voz fija, incluso cuando los mercados separados estén servidos por un sistema único. Decisión sobre los servicios de radiotelefonía GSM en Italia DOCE 1995 1280/49.

<sup>275</sup> El TJCE sugirió que los vuelos programados sobre una ruta particular, dependiendo del grado de intercambiabilidad considerado en cualquier caso específico, constituye un mercado distinto, sin incluir los vuelos chárter, otras rutas u otras formas de transporte. El mercado en los servicios vinculados al acceso en las infraestructuras de los aeropuertos en los que es necesario el pago de una tasa, esto es, la operación y el mantenimiento de las pistas de aterrizaje, y demás zonas de uso por las aerolíneas Sentencia TJCE de 11-4-1989. *Ahmed Saeed Flugreisen y otra*. Cuestión Prejudicial 66/86. RJ 1989 p. 0803. § 40. Además, véanse los casos: Decisión de la Comisión CE en el asunto IV/35.767 de 10-2-1999. *Aeropuertos Portugueses*. DOCE L069, 16-3-1999 p. 031-039. Sentencia del TJCE de 29-3-2001. *República Portuguesa c/ Comisión de la CE*. As. C-163/99. Decisión de la Comisión CE 28-6-1995. *Aeropuerto de Bruselas/British Midland*. DOCE L216 de 12-9-95 p. 0008. Sentencia del TJCE 17-5-1994. *Corsica Ferries Italia Srl. C. Corpo dei Piloti Del Porto di Genova* Cuestión Prejudicial As. C-18/93. RJ 1994 p. I-1783. Sentencia TJCE 10-12-1991. *Merci Convenzionali Porto di Genova Spa/Siderurgica Gabrielli SpA*. “Puerto de Génova I”. Cuestión Prejudicial C-179/90. RJ p. I5889.

<sup>276</sup> El TPI consideró que el mercado de los servicios de tren (incluido el suministro de locomotoras, la tracción y el acceso a la infraestructura ferroviaria) está separado del mercado general del transporte por tren. La Comisión ha ampliado las pautas al definir mercados extensos al margen de la existencia de

en el caso del *Comité de Armadores Franceses*<sup>277</sup>, en *Sea Containers*<sup>278</sup>, en *British Plasterboard*<sup>279</sup> y en la *Copa del Mundo de Fútbol 1998*<sup>280</sup>, entre otros.

Mercados conectados.- Hay una variedad de circunstancias en que la oferta de un producto está conectada con el suministro de otro, por ejemplo, las piezas de recambio, en conexión con un producto principal. En estas circunstancias, el producto asociado será considerado como un mercado separado del producto principal. Si los mercados no fuesen considerados como distintos, el proveedor del producto principal tendría un mercado cautivo para sus consumibles.<sup>281</sup>

Mercados dinámicos.- La sustituibilidad de la demanda se hará en el corto plazo, sin embargo, podrá considerarse el largo plazo, dependiendo de la industria analizada, así, en *Tetra Pak*, la empresa alegó ante el TJCE que se había incurrido en un error de derecho al definir el mercado de referencia teniendo en cuenta únicamente la posibilidad de sustitución a corto plazo, cuando debió analizarse la competencia que representaban

---

sustitutos disponibles. Sentencia TPI 21-10-1997 *Deutsche Bahn AG/Comisión*. As. T-229/94. RJ 1998. Y Sentencia TJCE que confirma la de Primera Instancia, *Deutsche Bahn AG/Comisión*. As. C-436/97 P. RJ 1999 I-2387.

<sup>277</sup> Inicialmente la Comisión definió el mercado como el servicio de línea regular, el mercado fue definido como los servicios de línea entre Francia y once estados Africanos, con poca explicación más allá del fundamento que la lógica de *Ahmed Saeed* tenía que ser aplicado a las rutas por mar. Decisión de la Comisión CE 1-4-1992. *Asociación De Armadores Daneses y el gobierno de Dinamarca*. DOCE L134/1. 18-5-92

<sup>278</sup> La Comisión extendió la cadena de lógica mencionada en la nota supra, *Sea Containers*, deseaba operar un servicio de ferry de vehículos y pasajeros en la ruta entre Holyhead y Gales y Dun Laoghaire en Irlanda, le fue denegado el acceso al puerto de Holyhead por Sealink, que era la propietaria de las instalaciones de puerto y operaba como la autoridad portuaria. También operaba un servicio de ferry en la ruta que Sea Containers quería entrar. La Comisión estableció que si había tres pasillos de ferry entre Gran Bretaña e Irlanda, los pasillos no eran sustitutos. Los pasillos norte y sur transportaban pasajeros a una distancia considerable desde Dublín, y entonces no eran intercambiables a los ojos de los consumidores. Así fue fácil concluir que el mercado era de los servicios de puerto para el pasillo central. El único puerto Británico en el pasillo era Holyhead, y entonces Sealink ostentaba una posición dominante. Decisión de la Comisión CE de 21-12-1993. *Sea Containers Ltd./Stena Sealink*. DOCE L015/8. 18-1-1994.

<sup>279</sup> La Comisión concluyó que el mercado eran las planchas de yeso, explicando simplemente que debido a que la conducta en cuestión estaba relacionada y estaba dirigida a los fabricantes de planchas de yeso, el mercado debe ser definido "a priori". Decisión de la Comisión CE 5-12-1988. *British Plasterboard Plc*. DOCE L052/42.

<sup>280</sup> La decisión definió el mercado más estrecho jamás definido: 574,300 pases de entrada "blind pass" a los encuentros de fútbol en la Copa del Mundo de Fútbol 1998, un "blind pass" era un pase personal, donde al momento de su adquisición, el consumidor no sabía, qué partido de fútbol le correspondería ver, en las finales de los encuentros. Sobre una crítica a este caso véase Maritza Iliana Núñez Osorio "Comentarios a la Decisión de la Comisión sobre la Copa del Mundo Francia 1998" en *Derecho de la Competencia Europeo y Español*. Volumen III. Editorial Dykinson. Madrid 2002.

<sup>281</sup> Como estableció el TPI en *Hilti*: "La tesis de Hilti, según la cual las pistolas grapadoras, las cartucheras y las grapas deben considerarse como un todo indivisible, es decir, un "sistema de fijación accionado mediante pólvora", equivale en la práctica a permitir a los fabricantes de pistolas grapadoras, que impidan la utilización en sus aparatos de productos consumibles que no sean de su misma marca." Sentencia TPI Hilti c. Comisión, § 68.



los sistemas de envasado no asépticos para los sistemas de envasado asépticos, ya que había una competencia apreciable entre los dos sistemas de envasado. El Tribunal se refirió a la posibilidad de sustitución suficiente entre los sistemas asépticos y no asépticos, que constituía un proceso largo y costoso, suficiente para calificar así la posibilidad de influir en los hábitos de los consumidores. Por otro lado, se consideró los costes adicionales que implicaban el paso de un sistema de envasado a otro debido a las diferencias entre los sistemas de distribución, la necesidad de una tecnología compleja para producir máquinas que permitieran envasar asépticamente la leche Uht en envases de cartón y las dificultades encontradas por los productores de sistemas no asépticos para acceder al mercado de sistemas asépticos, demostraba que no existía una posibilidad de sustitución suficiente, ni siquiera a medio y largo plazo. Con este análisis, el TJCE, dio por cumplido el análisis de sustituibilidad de la oferta a corto y largo plazo<sup>282</sup>.

Algún sector de la doctrina, observa deficiencias en el análisis de la Comisión al considerar la sustituibilidad de la demanda que se limite al corto plazo, dependiendo del sector analizado, señalan que la Comisión falla en reconocer que la innovación del producto es la clave en las industrias de la nueva economía: la principal amenaza competitiva enfrentada por los productores de bienes y servicios existentes proviene de productos nuevos, superiores, cuyo tiempo de introducción es, sin embargo incierto.<sup>283</sup>

A ello hay que agregar que los nuevos productos y la mejora de la calidad, generan ganancias de bienestar porque los consumidores han quedado satisfechos en nuevas necesidades y tienen precios de reserva para el nuevo producto que excede el precio que pagan por el producto. El productor espera hacer beneficios para cubrir sus pérdidas iniciales, los activos invertidos, y alguna compensación por el riesgo asumido. Estas eficiencias dinámicas son analizadas en términos de cuánto exceso total, que incluye el exceso del consumidor y del productor, se produce en el tiempo con la introducción del producto y el proceso de innovación. Consideramos que esto se debe a que los criterios para la definición del mercado están basados en el análisis económico estático del poder de mercado reflejado en el considerable enfoque en la estructura del mercado, en las cuotas de mercado, donde se trata de analizar una situación de equilibrio, donde se considera que la tecnología y la innovación permanecen constantes, por tanto, en estos supuestos, la Comisión hará la definición considerando las eficiencias estáticas y

---

<sup>282</sup> Sentencia TJCE de 14-11-1996. *Tetra Pak International SA./Comisión* As. C-333/94P. RJ 1996 p. I-5951. § 19.

<sup>283</sup> Christian Ahlborn, David S. Evans y Atilano Jorge Padilla. "Competition Policy in the New Economy: Is European Competition Law Up to the Challenge?" en E.C.L.R. 2001 p.161.

dinámicas, dependiendo de la naturaleza de la industria<sup>284</sup>. En particular, cuando se realiza un análisis del mercado prospectivo o con vistas al futuro, se requiere un enfoque dinámico más que estático.<sup>285</sup> Esto se produce en sectores caracterizados por las innovaciones constantes y por la rápida convergencia tecnológica, donde cualquier definición del mercado en un momento dado, corre el riesgo de perder su exactitud o vigencia en un futuro próximo<sup>286</sup>

Al respecto, en *Microsoft*, esta empresa planteó que el enfoque analítico tradicional a la definición del mercado y al poder de mercado, que ha sido utilizado por las autoridades antitrust, no está bien contrastado con las denominadas industrias de la nueva economía, Microsoft consideró que una industria bajo el dominio de la ley de Moore<sup>287</sup> no puede ser analizada correctamente por los métodos aplicados convencionalmente al análisis del mercado en los casos de derecho de la competencia. La Decisión señaló, que la especificidad de cualquier industria particular (sea de ‘alta tecnología’ o de ‘antigua economía’) por supuesto que debe tomarse en cuenta cuando se analizan las cuestiones de definición de mercado y poder de mercado. Las características distintivas indudablemente tendrán una influencia en la valoración específica que se alcance. Sin embargo, ello no significa que no se pueda aplicar ningún análisis antitrust a los mercados de la ‘nueva economía’.<sup>288</sup>

---

<sup>284</sup> Véase al respecto FAULL; Jonathan, y NIKPAY, Ali. *The EC Law of Competition*. Oxford University Press. 1999, pp. 38-43.

<sup>285</sup> § 12 de la Comunicación de la Comisión sobre la definición del mercado de referencia. En el análisis estático del bienestar del poder de mercado, los factores de tecnología e innovación son constantes, no sucede así en el análisis dinámico del bienestar del poder de mercado, donde tecnología y la innovación cambian en el tiempo, y ello implica eficiencias dinámicas. Véase al respecto FAULL; Jonathan, y NIKPAY, Ali. *The EC Law of Competition*. Oxford University Press. 1999, pág. 9-43.

<sup>286</sup> Sentencia del TPICE de 22-3-2000 As. Acumulados T-125/97 y T-127/97 *The Coca-Cola Company y otros /Comisión*, RJ 2000. § 81 y 82.

<sup>287</sup> La ley de Moore se remota a la época inicial de la revolución informática, el co-fundador de Intel Gordon Moore, predijo que la cuota del número de clientes conectándose a las organizaciones de red, declinarían en el tiempo en la medida que el poder económico en el mercado del sistema operativo de los clientes decline con el crecimiento de la importancia de los dispositivos que no sean de ordenadores personales. Aunque es difícil de predecir el futuro, cualquier pronóstico de la posición futura de Microsoft necesita tomar en cuenta los cambios que afectarían la importancia relativa de los sistemas operativos para ordenadores personales para las redes de negocio. Véase la nota al pie 584 de la Decisión citada.

<sup>288</sup> § 465 de la Decisión Microsoft Corporation citada. Véase también el caso Wanadoo citado, § 217, que también se trata de un caso de mercado dinámico, donde la Comisión concluyó que a pesar de este contexto, se le aplicaba los criterios usuales del análisis antitrust para establecer la posición de dominio. Véase también Philip Lowe, en la Conferencia "The Commission's current thinking on Article 82", dada en el Seminario "Pricing and the Dominant Company", 31 de enero 2008 en Bruselas. Disponible en [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int). “Es en el Mercado en el que una empresa ha afianzado su posición dominante que está dispuesta a cometer abusos que afectan el bienestar del consumidor. Y creo que estos mercados existen en el sector de las altas tecnologías, particularmente cuando se toma en consideración que puede haber poder de mercado sin un estancamiento completo del mercado “

En el derecho antitrust norteamericano, un ‘mercado para la innovación’, separado de los productos que ya están en el mercado, ha sido considerado en algunos casos implicando las industrias de alta tecnología.<sup>289</sup>

#### a.2. La sustituibilidad de la oferta.

Parece que la valoración por la Comisión del mercado del producto relevante está orientada hacia los factores de sustituibilidad desde el lado de la demanda, sin embargo, el análisis de la sustitución desde el lado de la oferta, tiene mucha utilidad en aquellas situaciones en que sus efectos son equivalentes a los de la sustituibilidad de la demanda en términos de efectividad e inmediatez.

En la práctica, el análisis de la sustituibilidad desde el lado de la oferta es utilizado para evaluar el resultado de la sustituibilidad desde el lado de la demanda. Primero, las consideraciones desde el lado de la oferta pueden ser un determinante importante de la elasticidad de la demanda para un producto. Segundo, una empresa con una cuota de mercado del 70 por ciento, que no tiene poder de mercado es para muchos un concepto difícil de entender. Tercero, y este es el más importante, ya que obliga a la Comisión a tomar en cuenta el lado de la oferta en una forma más sistemática.<sup>290</sup>

Una empresa con una gran cuota de mercado tendrá un reducido poder para incrementar el precio si otras empresas pueden acceder inmediatamente a este mercado con su propia producción.

La sustituibilidad desde el lado de la oferta, está relacionada con la habilidad de los proveedores cuyos productos no son sustituibles desde el lado de la demanda para cambiar sus recursos y producir productos que sean sustituibles desde el lado de la demanda, y hacerlo sin incurrir en costes o riesgos adicionales significativos en respuesta a cambios pequeños y permanentes en los precios relativos, decidiendo entrar en el mercado en un plazo de tiempo razonable. A efectos de la definición del mercado, no es suficiente la mera sustitución hipotética desde el punto de vista de la oferta. En este contexto tiene que determinarse si en respuesta a un pequeño pero significativo y no transitorio incremento en el precio, las empresas activas fuera del mercado pueden cambiar la producción fácilmente con el objeto de competir más intensamente en este

---

<sup>289</sup> Wish, ob. Cit. Pág. 39.

<sup>290</sup> Bishop y Walker, ob.cit. pág. 63-64.

mercado, en el “corto plazo”<sup>291</sup> Para la Comunicación, el “corto plazo” significa un período tal que no implique un ajuste de los activos tangibles e intangibles existentes.

Las empresas existentes que en una misma región fabrican un producto similar, o a cierta distancia, fabrican el mismo producto, frecuentemente estarán dispuestas a responder al incremento en el precio de una empresa dominante de un modo más rápido que las empresas que todavía no existen cuando ocurre el incremento del precio, ya que las empresas existentes simplemente necesitan incrementar su producción, al margen de su capacidad existente.

Por contraste, las nuevas empresas deben elevar todavía su capital, construir una planta y desarrollar una red de distribución, como resultado, la mejor pregunta inicial cuando se mide la elasticidad de la oferta es si los competidores actuales de la empresa demandada pueden incrementar su propia producción en respuesta al incremento en el precio de la empresa demandada; o alternativamente, si las empresas fabricando productos similares a la de la empresa demandada, si sus beneficios son atractivos, pueden cambiar fácilmente al producto en cuestión y enviarlo al área de ventas de la empresa demandada,

Una fuente significativa de alta elasticidad en la oferta es la producción que se puede desviar o el exceso de capacidad de las empresas competidoras. La producción que se puede desviar se refiere a la producción de los rivales actuales o potenciales que actualmente no es vendida en el mercado geográfico de la empresa demandada, pero podría hacerse ante una elevación del precio. El exceso de capacidad se refiere generalmente a la capacidad de planta no utilizada que puede ser puesta en producción a un coste que no sea más alto que los costes actuales de producción.<sup>292</sup>

También se debe tener en cuenta cualesquiera requisitos legales, que puedan frustrar el acceso al mercado en un plazo de tiempo razonable y, como resultado de ello desalentar la sustitución desde el punto de vista de la oferta.

La Comunicación sugiere que esta forma de sustitución típicamente ocurrirá si las empresas comercializan diferentes categorías del mismo producto. Si el efecto es menos pronunciado, la Comisión buscará tomar en cuenta el lado de la oferta sólo cuando considere la competencia potencial y la contestabilidad del mercado, después que haya definido el mercado relevante.

---

<sup>291</sup> Véase § 20-23 de la Comunicación de la Comisión sobre la Definición del Mercado de Referencia citada.

<sup>292</sup> Herbert Hovenkamp. “Federal Antitrust Policy”. 2<sup>nd</sup>. Ed. Hornbook Series. Minesota. EEUU. 1999. pág. 107.

La importancia de la sustituibilidad desde el lado de la oferta está limitada por el párrafo 23 de la Comunicación: “La sustituibilidad de la oferta no se tendrá en cuenta para definir el mercado cuando implique la necesidad de ajustar de forma significativa los activos materiales e inmateriales existentes, las inversiones adicionales, las decisiones estratégicas o los plazos... . En estos casos, los efectos de la sustituibilidad desde el lado de la oferta y otras formas de competencia potencial serán examinados luego en una etapa posterior.

La Comunicación no da ninguna razón para esta afirmación. Una respuesta posible en la discusión sobre la sustituibilidad de la oferta como un principio de definición de mercado reside en el análisis sobre el poder de mercado. El producto X se dice ser el sustituto de oferta con el producto Y si los recursos empleados actualmente en el suministro de X pueden ser cambiados fácilmente al producto Y. En este contexto, el análisis del poder de mercado entra en juego. Cualquier análisis del poder de mercado debe establecer las posibles fuerzas competitivas descritas como la competencia potencial que tiene que ser establecida en general, respecto a la empresa supuestamente dominante. Sin embargo, la noción de sustituibilidad desde el lado de la oferta para la definición del mercado es en algunos casos difícil.

Probablemente sea de más utilidad considerar este tipo de competencia potencial junto con otra competencia potencial. Esto no es negar que algunas formas de competencia potencial puedan operar más rápidas que otras; simplemente es distinguir entre competencia actual y competencia potencial para evitar confundir las dos.

Aunque en principio hay mucho que decirse sobre la distinción entre la competencia real y la competencia potencial –y entonces considerar la sustituibilidad desde el lado de la oferta como parte de la última- quizás hay una razón práctica para mantenerlo como un principio de la definición del mercado. Es que en las investigaciones del dominio, si le es conferida mucha importancia a las figuras de las cuotas de mercado, y es atribuido poco peso a la competencia potencial desde fuera del mercado, entonces el uso de la sustituibilidad desde el lado de la oferta en la definición del mercado corrige el balance en la medida que causa algunos aspectos de la competencia potencial a ser tomados más íntegramente en cuenta, aunque por la puerta trasera de la definición del mercado. El análisis en la sección del dominio demostrará finalmente se ha considerado correctamente la sustituibilidad de la oferta.

Resulta entonces que para determinar si una empresa puede ejercer su poder en el mercado es necesario valorar su capacidad de incrementar rentablemente sus precios, teniendo en cuenta tanto la respuesta de los consumidores como la de los competidores. La estimación de la elasticidad de la demanda residual es una herramienta adecuada para este propósito. La elasticidad de la demanda residual mide la variación en las ventas de una empresa derivadas de un cambio en su precio teniendo en cuenta el grado de sustituibilidad entre los diferentes productos del mercado y la posible respuesta de los competidores. Este instrumento nos da una buena aproximación al poder de mercado de la empresa y resulta especialmente apropiado cuando la identificación de sustitutos no es sencilla debido a un cierto grado de diferenciación de los productos. Esta metodología no comparte las limitaciones de métodos frecuentemente empleados basados en la observación de las cuotas de mercado, de los que no se deben extraer conclusiones definitivas acerca de la posición de dominio de una empresa. Unas elevadas cuotas de mercado no implican necesariamente posición de dominio si existe posibilidad de entrada o cuando los demandantes cuentan con un poder de negociación significativo.<sup>293</sup>

Hay menos evidencia en las pautas de la Comisión sobre las cuestiones de la sustituibilidad en el lado de la oferta. Sin embargo, el concepto ha sido aceptado por el TJCE como relevante. En *Continental Can*, la Comisión sostuvo que había tres mercados de producto relevantes: el de los envases de metal ligeros, para productos de carne enlatada; el de los envases de metal ligero para comida de pescado enlatada; y el de las tapas de metal para la industria de comida de pescado (diferente que las tapas de corcho)<sup>294</sup>. Esta definición fue rechazada por el Tribunal sobre los fundamentos que la Comisión había fallado en considerar los sustitutos en el lado de la oferta. Se ha considerado la sustituibilidad de la oferta en los casos *Irish Sugar*,<sup>295</sup> *Michelin*<sup>296</sup>, *Hugin*,<sup>297</sup> y *P & I Clubs*<sup>298</sup>.

---

<sup>293</sup> Inmaculada Gutiérrez y Atilano Jorge Padilla. “Economía de la competencia” en José María Beneyto Pérez y Gerónimo Mailló González-Orus. *Tratado de Derecho de la Competencia*. Tesys Industria Gráfica. Barcelona. 2005. párr. 1137.

<sup>294</sup> “Para considerar que constituye un mercado distinto, los productos en cuestión deben estar individualizados, no sólo por el simple hecho que son utilizados para el embalaje de ciertos productos, sino por las características particulares de producción que los hace aptos para este propósito”. No hubo fundamentos para demostrar por qué otros fabricantes de envases de metal ligeros no podían hacer latas de pescado y así proporcionar una competencia efectiva. Si, por ejemplo, la Comisión hubiera demostrado que el equipo especial era necesario para hacer latas de pescado que era poseído por ningún otro producto, la posición habría sido diferente. Sentencia del TJCE de 21-2-1973. *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. / Comisión* As. 6/72. RJ 1973 pp. 0215 – 0253.

<sup>295</sup> La Comisión consideró que el azúcar industrial y el azúcar granulada al detalle comprendían el mismo producto básico, y que había un grado de sustitución en el lado de la oferta, pero que debido a las

Desde el punto de vista práctico, son interesantes los análisis utilizados por la Comisión en *Nestlé/Perrier*, donde la Comisión utilizó el análisis de las correlaciones<sup>299</sup> para

---

diferencias en embalaje, los canales de distribución y tipos de clientes habían dos mercados separados. Decisión de la Comisión CE de 14-5-1997. *Irish Sugar Plc*. DOCE L258/1 de 22-9-1997. Sentencia TPI 7-10-1999. *Irish Sugar Plc c/ Comisión* As. T-228/97. RJ 1999-II-2969.

<sup>296</sup> De modo similar en *Michelin*, donde se argumentó que los neumáticos para coches debían ser incluidos en el mercado relevante con los neumáticos de vehículos pesados, el TJCE estableció que “no hay elasticidad de la oferta entre los neumáticos para vehículos pesados y neumáticos de coches debido a las diferencias significativas en técnicas de producción y en la fabricación y herramientas necesarias para su fabricación” y que “no hay una relación clara entre las dos categorías de neumáticos que permiten la producción para estar adaptadas a la demanda en el mercado”. Sentencia TJCE *Michelin c. Comisión* ya citada, § 41.

<sup>297</sup> El TJCE señaló que otros fabricantes de cajas registradoras no estaban dispuestos a cambiar sus técnicas de producción para fabricar las partes separadas de Hugin y así representar una segunda fuente de suministro para las empresas dedicadas a la reparación, como las de este caso. Sentencia TJCE *Hugin Kassaregister AB c/ Comisión CE*. As. C-22/78. RJ 1979 p. 1869-1899.

<sup>298</sup> La Comisión estableció que desde el punto de vista de la oferta era necesario analizar primero si los requisitos necesarios para ofrecer seguros de P& I son similares a los de otros tipos de seguros y, por lo tanto, si otras compañías podrían decidir lanzarse a operar con ellos a corto plazo. Si así fuera, su mercado de productos podría ampliarse, abarcándolos. Los obstáculos normativos con que se encontrarían las compañías que ya operan con seguros no de vida para acceder al mercado de P& I no son significativos. Sin embargo, existen otros dos tipos de obstáculos que sí son importantes. En primer lugar, los seguros de P& I exigen algunas condiciones que otras compañías de seguros no podrían satisfacer en un corto espacio de tiempo. ... En segundo lugar, y lo que es más importante, en la provisión de seguros de P& I pueden realizarse enormes economías de escala... Estos dos obstáculos combinados impiden que las compañías de seguros no de vida, así como las reaseguradoras especializadas, operen en los mercados de P& I. Las compañías de seguros de casco, sin embargo, podrían desarrollar sus servicios de peritaje y reclamaciones, cubriendo los riesgos de P& I con mucha más facilidad que otros tipos de aseguradores. En los niveles más bajos de cobertura P& I, en los que las economías de escala son menores, existen posibilidades de acceso al mercado. Como ya quedó dicho, existen algunas compañías de seguros de casco que ya ofrecen seguros de P& I de hasta un máximo de unos 459 millones de euros (500 millones de dólares estadounidenses). Decisión de la Comisión de 12-4-1999, *P&I Clubs, IGA*. DOCE L125, 19-05-1999 p. 12-31. § 56-61.

<sup>299</sup> El coeficiente de correlación es un indicador estadístico utilizado para evaluar la existencia de relaciones de tipo lineal entre dos variables, en este caso, la evolución del precio de dos productos. Puede tomar cualquier valor comprendido entre -1 y 1. Utilizando como por ejemplo el coeficiente de correlación entre el precio de los bienes X e Y.

El signo del coeficiente de correlación indica el tipo de relación existente entre el precio de los dos productos. Cuando el coeficiente de correlación es significativamente mayor que 0 los precios están relacionados positivamente, de tal forma que descensos en el precio de X se ven acompañados normalmente –aunque depende de la magnitud del coeficiente de correlación- de descensos en el precio de Y. Por el contrario, cuando el coeficiente de correlación es significativamente menor que 0, los precios están relacionados de forma negativa, es decir, descensos en el precio de X se ven normalmente seguidos de incrementos en el precio de Y. Finalmente, cuando el coeficiente de correlación es 0 o está próximo a 0, no existe una relación –al menos de tipo lineal- entre los precios de X e Y.

La magnitud del coeficiente de correlación proporciona información sobre la intensidad de dicha relación. Cuando el coeficiente de correlación es igual a 1, existe una relación lineal perfecta entre el precio de X y el precio de Y. Cuando el coeficiente de correlación es igual a -1, existe una relación lineal inversa entre el precio de X y el precio de Y. Atendiendo a las propiedades de este indicador estadístico, una correlación positiva y elevada entre el precio de dos productos es consistente con que ambos productos sean sustitutivos y por tanto, formen parte de un mismo mercado relevante.

El análisis de correlación de precios es una técnica sencilla que requiere una cantidad relativamente reducida de información. Sin embargo, es también una técnica que presenta serias limitaciones, siendo las más evidentes: La correlación entre el precio de dos productos puede ser de naturaleza espuria. Esto es, los precios de dos productos pueden ser totalmente independientes y, sin embargo, estar correlacionados porque ambos se ven fuertemente influenciados por algún factor externo común. Algunas de las fuentes más frecuentes de correlación espuria son los costes comunes, y las tendencias inflacionistas.

Otra limitación radica en la inexistencia de un valor crítico del coeficiente de correlación que permita establecer una frontera clara entre productos que forman parte del mismo mercado y productos que

definir mercados en la industria del agua embotellada en Francia.<sup>300</sup> También es interesante el modelo planteado por la Comisión en su Comunicación<sup>301</sup> sobre la industria del Papel, sus reflexiones no tuvieron asidero por la Comisión en el caso *Virgin/British Airways*<sup>302</sup>, de declaró que no era extrapolable al caso.

En comparación con el derecho antitrust norteamericano, la sustitución desde el lado de la oferta generalmente es tomada en cuenta en la determinación del poder de mercado más que en la definición del mercado relevante. Aunque parece poco importante si esta cuestión está relacionada con la etapa de la definición del mercado o del poder de mercado, hay un sentido que una vez que el mercado ha sido definido de forma estrecha, hay una consecuencia inevitable que la empresa demandada será considerada dominante y culpable de abuso: normalmente la empresa entonces preferirá una definición más amplia del mercado, e intentar demostrar que no comparte este test, como sucedió en el caso comentado *Virgin/British Airways*.<sup>303</sup>

---

pertenecen a mercados separados. Para valores intermedios (por ejemplo 0,5) , la agrupación de productos en los mercados relevantes, dependerá del juicio del analista.

Véase Fernando Jiménez Latorre y Enrique Cañizares Pacheco. “Dificultades para la definición del mercado relevante” en *El Abuso de la Posición de Dominio*. Directores: Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbó Juan. Fundación Rafael del Pino. Colección Derecho. 2007. Págs.. 33-60.

<sup>300</sup> Las cuestiones que se planteaban eran fundamentalmente las siguientes:

En primer lugar, si el agua embotellada formaba parte de un mercado más amplio para las bebidas refrescantes en general (incluyendo por ejemplo, las bebidas de cola). El análisis realizado por la Comisión Europea, basado en una evolución de los precios a lo largo de diez años, mostraba que las correlaciones entre el precio de determinadas bebidas refrescantes y marcas de agua embotellada eran prácticamente nulas y, en algunos casos, incluso negativas.

En segundo lugar, si dentro de la industria del agua embotellada existían mercados relevantes distintos para el agua de alto y bajo contenido mineral. El análisis realizado por la Comisión Europea evidenció una fuerte correlación positiva (entre 0,85 y 1) entre el precio de las diferentes marcas de agua embotellada. Sobre la base de esta evidencia, la Comisión Europea llegó a la conclusión de que ambos tipos de agua sin gas formaban parte de un mismo mercado relevante. Véase Fernando Jiménez Latorre y Enrique Cañizares Pacheco. “Dificultades para la definición del mercado relevante” ob. Cit. Pág. 47.

<sup>301</sup> § 22 de la Comunicación.

<sup>302</sup> La Comisión señaló que no era conveniente agrupar los diferentes servicios prestados por las agencias de viajes en una única definición de mercado como pretendía British Airways al tratar de refutar la definición de mercado de la Comisión. En primer lugar, las agencias de viajes no tienen libertad para concentrarse en un servicio u otro, como en el ejemplo de los fabricantes de papel. La propia naturaleza de los servicios que presta determina su obligación de ofrecerlos todos. Las agencias de viajes no pueden sustituir su actividad de este tipo de servicios por otras actividades. Ello se observa con especial nitidez en este caso, en el que, un comprador muy poderoso de estos servicios se encuentra en posición dominante, a pesar de que las agencias de viajes también venden otros servicios. La Comisión reconoció que los servicios prestados por las agencias de viajes en el sector del transporte aéreo constituyen un mercado de productos distinto en los que las agencias de viajes prestan servicios a las compañías aéreas.<sup>302</sup> Vemos entonces, que si la sustitución de la oferta es más compleja que esto, debe ser considerado como una cuestión de determinar el poder de mercado más que estableciendo el mercado. Decisión de la Comisión CE de 14-7-1999. *Virgin/British Airways*. DOCE L030 de 04-02-2000 p. 1-24. § 75.

<sup>303</sup> Whish, ob. Cit. Pág. 32.



También en el caso *Microsoft*, bajo el derecho antitrust norteamericano, sólo se analizó la sustituibilidad desde el lado de la demanda para establecer el mercado relevante<sup>304</sup>

Sin embargo, en el caso comunitario, sí se analizó la sustituibilidad desde el lado de la oferta, la Comisión señaló que en este caso también se tomaría en cuenta la sustituibilidad de la oferta, dando a entender que no se utiliza en todos los casos, pero sí en aquellas situaciones en que sus efectos son equivalentes a aquellos de la sustituibilidad de la demanda en términos de efectividad e inmediatez.<sup>305</sup>

---

<sup>304</sup> La resolución señaló: "...Actualmente no hay productos, ni hay probabilidad de que nadie en un futuro cercano, de que un número significativo de consumidores a nivel mundial, pueda sustituir los sistemas operativos para ordenadores personales compatibles con Intel sin incurrir en costes sustanciales. Además, ninguna empresa que no se encuentre actualmente en el mercado de sistemas operativos compatibles con los ordenadores personales compatibles con Intel puedan empezar a hacerlo en una forma que en un período de tiempo razonablemente corto, presenten un porcentaje significativo de consumidores con una alternativa viable a los sistemas operativos para ordenadores personales compatibles con Intel." United States District Court for the District of Columbia. *United States of America v. Microsoft Corporation y otros*. Civil Action 98-1232 (TPJ) 5-11-1999. § 18.

<sup>305</sup> § 322 y ss.de la Decisión *Microsoft Corporation* citada. La Comisión definió tres mercados relevantes: 1) el mercado para sistemas operativos para clientes de ordenadores personales, 2) el mercado para servidores de sistemas operativos de trabajo en grupo y 3) el mercado para los consumidores que utilizan media player. Por ejemplo, tratándose del mercado de los sistemas operativos para clientes de ordenadores personales. En este contexto tiene que determinar si en respuesta a un pequeño pero significativo y no transitorio incremento en el precio, las empresas activas fuera del mercado para sistemas operativos para clientes de ordenadores personales podían fácilmente cambiar la producción con el objeto de competir más intensamente en este mercado. Debe resaltarse que desarrollar un nuevo sistema operativo es muy costoso e implica tiempo. (aproximadamente más de un año) Esto es debido a que los sistemas operativos modernos son productos de software muy grandes y sofisticados. Por ejemplo, Windows XP incluye muchos decimos de millones de líneas de códigos (38 millones de líneas de códigos). Cualquier empresa que considere estas necesidades de sustituibilidad en el lado de la oferta necesita para tener acceso y la habilidad de modificar el código fuente de un sistema operativo con el objeto de cambiar la producción de los sistemas operativos para ordenadores personales efectiva e inmediatamente. Entonces el análisis de la sustituibilidad desde el lado de la oferta puede estar limitado a otros sistemas operativos. La producción de software está sujeta a ganancias en incremento a todos los niveles de producción. Casi todos los costes de producir software son costes fijos relacionados al desarrollo de una versión nueva/inicial de un producto software (es decir por encima de los costes). Entonces, mientras estos costes de desarrollo fijos serán altos, una vez que la versión inicial ha sido desarrollada y probada, el coste marginal de producir una copia extra será muy bajo. Sin embargo, para entrar al mercado de sistemas operativos para clientes de ordenadores personales, el vendedor del sistema operativo tiene que haber superado barreras a la entrada significativas. Desde una perspectiva de marketing, el vendedor necesitaría persuadir a los fabricantes de ordenadores que habría demanda del consumidor para su sistema operativo a ser instalado en los ordenadores personales del cliente. Para hacerlo tendría que vincularse en una publicidad agresiva de su producto como un sistema operativo para clientes de ordenadores personales. Esto implicaría costes significativos y gastos, ya que su producto no estaba en el mercado antes, y la familiaridad con un producto dado es de enorme importancia para muchos clientes. Esto en todo caso sería insuficiente desde una perspectiva técnica. Los sistemas operativos para otros dispositivos (por ejemplo, servidores, otros dispositivos de clientes) necesitaría ser modificada considerablemente con el objeto de tomar ventaja de las capacidades de un hardware diferente, y no ofrecería el interfase de usuario rico y fácil de utilizar que es necesaria para los sistemas operativos para clientes de ordenadores personales. Como consecuencia, sería necesario modificar el código fuente del sistema operativo para adaptarlo al mercado del sistema operativo para clientes de ordenadores personales. Este proceso constituye una inversión significativa implica asumir un riesgo comercial significativo y se relaciona a un marco de tiempo sería más largo que el que es considerado normalmente bajo la sustitución desde el lado de la oferta. Finalmente, la demanda para estos nuevos sistemas operativos para clientes de ordenadores personales será pequeña si no está capacitada para soportar un gran número de aplicaciones. Un cliente no comprará (y el fabricante de ordenadores no distribuirá) un sistema operativo si ninguna aplicación (o muy pocas) pueden ejecutarse en él. Entonces, cualquier empresa que quiera cambiar recursos en sistemas operativos para clientes de ordenadores

b) El mercado geográfico relevante.

El mercado geográfico relevante no puede ser definido en abstracto.<sup>306</sup> El tamaño del mercado geográfico depende de la naturaleza del producto y de los clientes que lo adquieren y lo venden. El TJCE definió el mercado geográfico como un área en la que las empresas afectadas participan en la oferta y la demanda de los productos o servicios pertinentes, las condiciones de competencia son similares o suficientemente homogéneas y puede distinguirse de las zonas vecinas en cuanto a que las condiciones de la competencia son considerablemente distintas.<sup>307</sup> En concreto, el análisis del mercado geográfico relevante debe examinar si en realidad son significativos los costes de transporte.

La Comunicación de la Comisión, define el mercado geográfico en términos similares<sup>308</sup> al TJCE. Primero, asume una opinión preliminar sobre las bases de factores tales como la distribución de las cuotas de mercado y cualquier diferencia en el precio entre los Estados Miembros. Segundo, aplica el mismo análisis que en el caso del mercado del producto, esto es en el caso de un incremento en el precio, a corto plazo los clientes cambiarán sus pedidos a empresas diferentes y a un coste insignificante. Tercero, la Comisión investiga cualquier impedimento práctico o barreras que produzcan el aislamiento de los mercados.

El mercado geográfico relevante será un área geográfica determinada en que una empresa puede incrementar su precio sin 1) gran número de sus clientes que cambien rápidamente a fuentes de oferta alternativa fuera del área; o 2) los productores fuera del área inundan rápidamente el área con productos sustitutos. En el primer caso, la elasticidad de la demanda es alta; en el segundo caso, la elasticidad de la oferta es alta. Si ambas cosas suceden cuando la empresa intenta fijar un precio supracompetitivo,

---

personales tendría que desarrollar simultáneamente una masa crítica de aplicaciones que no estaría dispuesta a ejecutar sobre su plataforma. Esto es prohibitivamente costoso y requiere tiempo. Ninguna empresa en este tiempo tiene habilidades técnicas o medios financieros para superar esta barrera.

La Comisión concluyó que los que desarrollan software y no producen sistemas operativos para clientes de ordenadores personales no estarían dispuestos a cambiar su producción a sistemas operativos para clientes de ordenadores personales sin incurrir en costes y riesgos adicionales significativos, y el lapso de tiempo para este cambio de recursos iría significativamente más allá de lo que es relevante cuando se examina la sustituibilidad desde el lado de la demanda. Por lo que por razón de sus características específicas y la falta de sustitutos reales, el mercado para sistemas operativos para clientes de ordenadores personales, constituye un mercado de producto relevante.

<sup>306</sup> Opinión del Abogado General Verloren Van Themaat de 21-6-1983. en el caso *Michelin NV*

<sup>307</sup> Sentencia TJCE *United Brands c. Comisión* ya citada, § 44. *Michelin c. Comisión* ya citada, § 26; Sentencia TJCE 5-10-88. *ALSATEL/NOVASAM*. Cuestión Prejudicial As. 247/86. RJ 1988 p. 5987. § 15; *Tiercé Ladbroke c. Comisión*, ya citada, § 102.

<sup>308</sup> § 8 de la Comunicación de la Comisión sobre la definición del mercado.

entonces el mercado geográfico estimado ha sido diseñado de forma muy estrecha y debe diseñarse un mercado más grande para incluir estos proveedores de fuera.

#### b.1) Las condiciones de competencia homogéneas.

Las condiciones de competencia pueden ser las mismas para las empresas a través de todo el mercado común, o el ámbito mundial<sup>309</sup>. En contraposición, no constituyen un mercado uniforme, las áreas en la que las condiciones objetivas de competencia son ‘heterogéneas’.<sup>310</sup>

El concepto de “homogeneidad” empleado por el TJCE, ha dado lugar algunas veces a errores. Dicho concepto no significa que no puedan existir diferencias, incluso importantes, en las condiciones de competencia dentro del mercado geográfico definido. Lo que cuenta es que esas diferencias no sean susceptibles de obstaculizar el acceso a determinadas partes de ese mercado por las empresas que operan en otras partes del mismo. En efecto, el criterio determinante es la posibilidad que tiene el comprador, allí donde esté establecido en un mercado geográfico dado, de procurarse los productos de proveedores establecidos en otra parte de ese mercado. A este respecto, la existencia de condiciones de competencia diferentes, siempre y cuando no supongan barreras a los intercambios, es indiferente. Por el contrario, si las condiciones de competencia en una parte del territorio son más favorables para los operadores establecidos en él que para los establecidos en otra parte de ese territorio, de forma que de ello se deriva para estos últimos un obstáculo, las dos partes del territorio constituirán mercados geográficos distintos.<sup>311</sup>

La hipótesis de trabajo inicial ha de contrastarse con un análisis de las características de la demanda, para responder a la pregunta crucial de si los clientes de las partes implicadas, como consecuencia de una modificación de los precios relativos, pueden transferir sus pedidos a empresas localizadas en otro lugar, a corto plazo y con un coste

---

<sup>309</sup> Decisión de la Comisión de 12-4-1999, *P&I Clubs, IGA*. DOCE L125, 19-05-1999 p. 12-31.

<sup>310</sup> Sentencia TPI 21-10-1997 *Deutsche Bahn AG/Comisión*. As. T-229/94. RJ 1998 ¶92.

<sup>311</sup> Es lo que precisó el Tribunal al afirmar, en la sentencia *United Brands*, que el mercado geográfico de referencia debe constituir una “zona en la que las condiciones objetivas de competitividad del producto de que se trata deben ser similares para todos los operadores económicos. En esta ocasión concreta, el TJCE consideró que el mercado geográfico que debía tomarse en consideración comprendía los territorios de la República Federal de Alemania, de Dinamarca, de Irlanda, de los Países Bajos, Bélgica y Luxemburgo. El Tribunal descartó los restantes Estados miembros (Francia, Italia y Reino Unido) en razón a las situaciones particulares derivadas de los regímenes de importación en vigor en estos países, que hacían que las bananas de *United Brands* no se encontraran “en igual nivel de competencia con las otras bananas vendidas en estos Estados”. El hecho de que, en los seis primeros Estados, los mercados estuvieran sometidos a disposiciones arancelarias distintas y a costes de transporte diferentes, no impidió al Tribunal reputar que formaban parte de un mercado geográfico único dada la falta de discriminación entre operadores. §s 51 y 52 de la Sentencia *United Brands c. Comisión* ya citada.

insignificante. De ser necesario, se realizará un análisis de los factores de la oferta, para detectar si existen obstáculos para que los oferentes localizados en esas zonas encuentren algún obstáculo para suministrar a los clientes de las partes, tales como requisitos de localización, problemas de acceso a los canales de distribución, regulaciones, normas técnicas, ambientales, envases y embalaje o regulación de precios.

Los criterios que la Comisión manifiesta que resultan pertinentes para la definición del mercado geográfico son los siguientes<sup>312</sup>: la prueba de que en el pasado hubo desvío de pedidos a otras zonas; los mismos ensayos cuantitativos que en el caso de la delimitación del producto, las características básicas diferenciales de la demanda, las opiniones de clientes y competidores, la localización geográfica de las compras, los flujos comerciales y la estructura de compras y envíos; o las barreras y costes asociados al desvío de pedidos a empresas localizadas en otras áreas..

En la práctica, la Comisión recurre a los siguientes factores<sup>313</sup>:

- Las diferencias regionales. La Comisión frecuentemente invoca diferencias regionales como fundamento para definir un mercado geográfico de referencia extenso. Por ejemplo, las políticas nacionales, la necesidad del acceso a las infraestructuras de distribución y marketing, y el lenguaje, son motivos por los que los competidores de fuera de la región considerada pueden ser descartados. Las razones lingüísticas pueden explicar, en particular, por qué ciertos servicios no están disponibles o no se comercializan en zonas lingüísticas diferentes. Las características geográficas físicas de algunos países o regiones pueden tener un serio impacto en los costes de transportes y entonces en el ámbito del mercado geográfico.

- Los precios. Si dos regiones figuran en el mismo mercado de referencia, entonces los precios fijados en una región pueden afectar (o ser afectados por) los precios fijados en otra región. Sin embargo, ello no equivale a decir que los precios en ambas regiones deban estar precisamente al mismo nivel: el grado de sustituibilidad de la demanda es medido por las preferencias de los consumidores en el grado al que cambiarían sus compras. La variable geográfica del mercado relevante entonces, debe reflejar de forma similar, los movimientos de precio más que la similitud de los niveles de precio.

- Las preferencias del consumidor<sup>314</sup>. La Comisión determinará que la fidelidad del cliente significa que, siguiendo una elevación del precio, habrá solo una forma de

---

<sup>312</sup> §s 44 a 52 de la Comunicación de la Comisión sobre la Definición del mercado.

<sup>313</sup> Simon Bishop y Mike Walker. *Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. 2000 Londres. 2ª Edición, pág.65 – 68.

sustitución limitada en comparación al producto de referencia. Para que una región sea objeto de monopolización, debe ser posible elevar el precio por encima del nivel apropiado, la cuestión a preguntarse es, al margen que las importaciones son actualmente bajas, qué sucedería si un hipotético proveedor único fuera a elevar el precio digamos a un 5% - 10%; en algunos casos la respuesta sería que no cambiaría nada, pero en otros casos, un incremento del 5% - 10%, por ejemplo, sería todo lo necesario para inducir un incremento en el nivel de las importaciones.

- Los costes de transporte<sup>315</sup>. Los costes de transporte pueden proporcionar una evidencia indirecta sobre el mercado geográfico de referencia. Los costes de transporte altos pueden explicar algunas veces por qué el comercio entre dos regiones no es económicamente factible<sup>316</sup>. La evidencia sobre los costes de transporte, no deben ser utilizada como un parámetro definitivo para la definición del mercado, ya que otros factores pueden hacer factible para empresas de fuera, suministrar al país en cuestión, al margen del aparente obstáculo de los costes de transporte.

- La existencia o ausencia de barreras reglamentarias, por ejemplo aquellas que se originan de las regulaciones de precio, la fijación de precios que limitan el comercio o la producción, standard técnicos, tales como la gama de las redes de televisión<sup>317</sup>, monopolios legales, requerimientos para autorizaciones administrativas u otras regulaciones, son parámetros importantes. Los controles legales que hagan imposible para una empresa en un Estado miembro la exportación de bienes o servicios hacia otro Estado miembro. Este problema es resuelto por la Comisión, cuando plantea procedimientos contra los Estados miembros que colocan restricciones al movimiento libre de bienes o de los servicios. Con la consecución del mercado interno, habrá muy pocas alegaciones respecto a la existencia de barreras fiscales, técnicas y legales.

Factores como las preferencias por marcas nacionales, el lenguaje, la cultura y el estilo de vida, y la necesidad de una presencia local son todos factores importantes a ser tomados en cuenta.

La estructura y evolución de los flujos comerciales ofrecen indicaciones complementarias útiles para la evaluación de la importancia de las barreras que pueden dar lugar a la definición de uno o dos mercados geográficos. En este análisis se toman

---

<sup>314</sup> Sentencia TJCE de 16-12-1975. *Société Anonyme Générale Sucrière y otros*. Asuntos acumulados 40-48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73 RJ 1977 p. 1663.

<sup>315</sup> En la Decisión citada *Napier Brown/ British Sugar*, el coste de transportar azúcar fue significativo al establecer que el mercado era Gran Bretaña.

<sup>316</sup> Sentencia TJCE 26-6-1978. *United Brands Continental BV/Comisión*. Caso 27/76. RJ 349. §s 55 y 56 y § 81 de la Sentencia TPI de 30-3-2000. *Kish Glass & Co. Ltd. /Comisión*. As. T-65/96. RJ 2000.

<sup>317</sup> Sentencia TJCE de 3-10-85. *Compagnie Luxembourgeoise de télédiffusion S.A. (CLT)*. As. 311/84. RJ 1985 p. 3261 - 3279

en consideración los costes de transporte en términos absolutos y relativos para evaluar el grado en que pueden afectar al comercio entre las dos zonas consideradas.

Este procedimiento se explica por el objetivo comunitario de creación del mercado único, del que deriva un prejuicio inicial de que el mercado geográfico tradicional era el territorio de un estado miembro, que se ha ido ampliando gradualmente con la supresión de las barreras de distinto tipo y que existen multitud de casos difíciles para los que, en el momento de análisis de una conducta efectuada por empresas activas en varios países comunitarios, no es obvio si el mercado geográfico es el territorio comunitario, o una parte del mismo que incluya varios países o subsisten los viejos mercados nacionales. En muchos casos, elegir una u otra opción dependerá del ámbito temporal del análisis.

La conducta abusiva puede constituir una estrategia general de ámbito comunitario, como en el caso *Hoffmann-La Roché*, implicando la venta de vitaminas en toda la Comunidad, podría estar dirigida a los distribuidores en parte de un Estado Miembro como en el caso *Suiker Unie*, en el que uno de los abusos estuvo limitado a la parte sur de Alemania.

En *Napier Brown/British Sugar*<sup>318</sup> donde el coste del transporte era un factor significativo para definir el mercado. La Comisión observó que la red de distribución inglesa implicó una barrera natural, permitiendo a los productores de azúcar británicos fijar un precio aventajado para el azúcar comparado a los precios del continente.

También se ha delimitado el mercado geográfico constituido por un Estado miembro: en *Michelin*<sup>319</sup>, en *Hilti*<sup>320</sup> en *Michelin II*<sup>321</sup>; y más de un Estado miembro en *Tetra Pak II*,<sup>322</sup>

---

<sup>318</sup> Decisión de la Comisión CE de 18-7-1988. *Napier Brown c/ British Sugar*. DOCE L284/41. 19-10-88.

<sup>319</sup> Los Países Bajos fueron considerados como el mercado geográfico relevante. Las razones invocadas fueron que las actividades de Michelin estaban concentradas en el mercado holandés, y que en la práctica, los clientes holandeses obtenían sus suministros sólo de suministradores operando en los Países Bajos. Otro argumento fue que los competidores de Michelin estaban organizados de la misma forma. La decisión en Michelin no contienen ningún análisis de los costes de transporte o elasticidad cruzada de los factores de oferta. La Comisión ha sido severamente criticada por el fallo en omitir este análisis y debido a su confianza miope en el uso de las organizaciones nacionales de marketing. Decisión de la Comisión de 7-10-1981. *NV Nederlandsche Baden Industrie Michelin*. DOCE L353/33 9.12.81 Sentencia TJCE de 9-11-1983. *Caso NV Nederlandsche Baden Industrie Michelin v. Comisión de la CE*. Causa 322/81. RJ 1983 p. 3461 y ss.

<sup>320</sup> Donde el apelante alegó que las diferencias en las condiciones de mercado, como entre los Estados miembros, justificaban la limitación del mercado geográfico al Estado miembro relevante, el TPI confirmó el criterio de la Comisión que los bajos costes de transporte de las grapas y el ámbito para el comercio paralelo justificaron el fundamento que el Mercado geográfico relevante era la Comunidad como un todo. Sentencia TPI Hilti c. Comisión, § 79-81.

<sup>321</sup> La Comisión estableció que el mercado geográfico era el territorio de Francia, ya que las condiciones de competencia a escala europea no eran homogéneas en comparación a las que caracterizan el mercado francés. Subrayando que lo que cuenta en este caso concreto era medir la capacidad real de los minoristas para abastecerse fuera de su territorio nacional, así como las semejanzas o disparidades que pueden encontrarse en la estructura de la oferta. La Comisión subrayó el carácter extremadamente limitado de las

Sin embargo, en *Ladbroke*, la empresa implicada había rechazado el derecho a efectuar transmisiones televisivas de las carreras hípcas en Francia en sus locales de apuestas en Bélgica y reclamó que los titulares de los derechos estaban abusando de su posición dominante. La Comisión, con la aprobación del TPI, rechazó esta reclamación. Consideraron que el mercado del producto relevante era el de la transmisión de sonido e imágenes de las carreras de caballos en general, pero que el mercado relevante geográfico se limitaba a Bélgica. Así fue definido porque las transmisiones eran “auxiliares” al mercado principal de las apuestas. El razonamiento se basó en las consideraciones desde el lado de la demanda en el nivel del consumidor final; parece que asumieron que aquellas consideraciones determinaron las condiciones objetivas de competencia cuya homogeneidad o heterogeneidad estaban bajo análisis al definir el mercado geográfico. Si se hubiera colocado mayor peso en las consideraciones desde el lado de la oferta relacionadas a los canales de apuestas de transmisiones de sonido e imágenes de las carreras de caballos, se habría definido un mercado más amplio.

En *Alpha Flight Services*, la Comisión consideró el mercado relevante geográfico para el suministro de los servicios de gestión en el aeropuerto a aquellos que proporcionaban servicios de asistencia en tierra en París.<sup>323</sup>

---

importaciones paralelas por los minoristas, y ello se debía a varias razones: Razones económicas, puesto que al minorista no le interesa abastecerse de una filial extranjera de Michelin, ya que las compras no se contabilizan en el cálculo de los descuentos. Por razones históricas, ya que en Francia, los minoristas tienen relación directa con los fabricantes, en comparación a otros países donde el canal de comercio al por mayor tiene gran importancia (Alemania o Países Bajos). Por razones técnicas, las más determinantes, ya que los minoristas necesitan imperativamente un suministro regular y seguro de toda la gama, para el montaje y el seguimiento de los neumáticos. La Comisión reconoció que aunque existen minoristas que compran en importación, estas compras son esporádicas y mínimas: son complementarias del suministro nacional y no podrían nunca sustituirlo. Además, una estructura de la oferta diferenciada entre los distintos Estados miembros, así como grandes diferencias de precio, dependiendo del país donde se comercializan, son criterios que permiten también determinar la existencia de mercados nacionales separados y la existencia del mercado de referencia constituido por el territorio francés.

Respecto al mercado de los neumáticos recauchutados, la Comisión señaló que al tratarse de un mercado de prestación de servicios, era un mercado de proximidad, ya que los servicios no pueden por definición almacenarse, y en consecuencia, a lo sumo, de dimensión nacional, sin embargo, también reforzó el fundamento, enumerando factores como la estructura de la oferta que no es homogénea en la Comunidad, las diferencias que afectan a la estructura de la demanda en la Comunidad, contribuían a individualizar el mercado francés, la considerable diferencia de precios entre los Estados miembros y el carácter limitado de las compras de los comerciantes especializados fuera de Francia por razones técnicas y motivos comerciales. Decisión Michelin Francia citada, § 120 y ss.

<sup>322</sup>Donde el TPI subrayó la importancia de la similitud de las condiciones de competencia entre los proveedores, más que la similitud de las características de la demanda: “las características particulares del consumo no pueden por sí mismas constituir evidencia de la existencia de un mercado geográfico distinto que comprenda, de acuerdo al apelante, los estados de Europa del nor-oeste. Las diferencias alegadas en las preferencias del consumidor referentes al tipo de leche o la forma de embalaje afectó sólo al tamaño global de los mercados en los productos relevantes en cada Estado miembro y no había afectado a las condiciones de competencia dentro de aquellos mercados entre los fabricantes de aquellos productos específicos, que estaban sujetos vis-à-vis las condiciones de competencia que eran las mismas para todos aquellos fabricantes a través de la Comunidad.” Sentencia TPI Tetra Pak II c. Comisión, § 95.

<sup>323</sup> Alpha Flight Services proporcionaba servicios de asistencia en tierra en el aeropuerto de Orly en París, reclamó precios no razonables y discriminatorios por los Aeropuertos de París, que era el operador de

En muchos casos, el mercado geográfico es obvio, por ejemplo, tratándose de un monopolio.<sup>324</sup>

b.2) El mercado geográfico debe constituir una parte sustancial del mercado interno.

El mercado geográfico debe constituir una parte sustancial del mercado interno. Cumplen esta condición algunos Estados miembros (como por ejemplo, Alemania, Francia, Italia, Reino Unido<sup>325</sup>, España, los Países Bajos<sup>326</sup>). Cuando las empresas nacionales no enfrentan serias restricciones de competencia desde el exterior, el mercado sólo puede ser definido como un mercado nacional, por ejemplo el caso *Michelin*<sup>327</sup>.

El mercado geográfico puede hacer referencia a grandes zonas de los Estados miembros<sup>328</sup>, donde el factor determinante no es únicamente el territorio, también es necesario tener en cuenta la amplitud de la producción y del consumo de un producto en el territorio afectado y la relación entre estas magnitudes y los valores correspondientes para el conjunto de la CE.

---

ambos aeropuertos en París. La Comisión consideró la sustituibilidad de otros aeropuertos para los dos aeropuertos de París, pero concluyó que no podía haber sustitución para los pasajeros que no fueran de tránsito; la Comisión no estimó necesario considerar si los dos aeropuertos eran sustituibles entre ellos, ya que ambos tenían el mismo operador; entonces limitó el mercado geográfico relevante al suministro de los servicios en los aeropuertos de París. Decisión de la Comisión CE 98/513/CE de 11-6-1998 *Alpha Flight Services/Aéroports de Paris* (98/513/CE) DOCE L230/10 de 18.8.98. Sentencia del TPI de 12-12-2000 *Aéroports de Paris c/ Comisión de la CE y Alpha Flight Services As.* T-128/98. Sentencia TJCE de 24 de octubre de 2002 *Aeropuertos de París y otros / Comisión C-82/01 P*, Rec. 2003.

<sup>324</sup> El ámbito de los mercados fue definido como el nacional porque la entrada era imposible en vista de la existencia de los derechos exclusivos que ostentaba Deutsche Post en Alemania. Decisión de la Comisión de 20-3-2001 *Deutsche Post AG.* 2001/354/CE. DOCE L 125/27 de 5-5-2001. Y Decisión de la Comisión de 25-7-2001 *Deutsche Post AG.* 2001/892/CE. DOCE L 331/40 de 15-12-2001. También en la Decisión de la Comisión CE de 26 de julio de 2000. *Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea ("AENA").* DOCE L208 de 18-08-2000. Decisión de la Comisión CE 28-6-1995. *Aeropuerto de Bruselas/British Midland.* DOCE L216 de 12-9-95 p. 0008. Sentencia del TJCE 17-5-1994. *Corsica Ferries Italia Srl. C. Corpo dei Piloti Del Porto di Genova* Cuestión Prejudicial As. C-18/93. RJ 1994 p. I-1783. Decisión de la Comisión CE de 10-2-1999. *Imailulaitos/Luftfartsverket.* Celex 399D0198. Nº 1999/198/EC. DOCE L 069 de 16/03/1999 p. 0024 – 0030. Sentencia TJCE 10-12-1991. *Merci Convenzionali Porto di Genova Spa/Siderurgica Gabrielli SpA.* Cuestión Prejudicial C-179/90. RJ p. I5889. Decisión de la Comisión de 20-3-2001 *Deutsche Post AG.* 2001/354/EC. DOCE L 125/27 de 5-5-2001. Decisión de la Comisión CE de la CE de 17-6-1998. *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato.* (98/538/CE)DOCE L252/47 12.9.98

<sup>325</sup> Sentencia TJCE 2-3-1983. *GVL c/ Comisión.* Caso 7/82. RJ 1983 p. 0483 – 0510. Sentencia del TPI de 10-07-1991. *British Telecommunications c/Comisión.* As. 70/89. RJ 1991 p. II- 0535.

<sup>326</sup> Sentencia TJCE de 9-11-1983. *Caso NVNederlandsche Baden Industrie Michelin v. Comisión de la CE.* Causa 322/81. RJ 1983 p. 3461 y ss.. Sentencia TJCE 21-3-1974. *Balgische Radio en Televisie c/ SV SABAM and NV Fornior.* Cuestión Prejudicial As. 127/73. RJ 1974 p. 313-320.

<sup>327</sup> La Comisión estableció al mercado francés, un Estado Miembro considerable, en el reemplazo de neumáticos para tractores. Aquí se consideró que la importancia de la red de distribución y post-venta en todo el país contribuyen a una definición del mercado nacional. Decisión de la Comisión de 20-06-2001, relacionado a un procedimiento sobre el artículo 82 contra Michelin PO, aún no publicada.

<sup>328</sup> Sentencia de 16-12-1975. *Société Anonyme Générale Sucrière y otros.* Asuntos acumulados 40-48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73 RJ 1977 p. 445.



Si un producto se puede transportar fácilmente y no está sujeto a impuestos, u otras barreras legislativas, entonces los factores fuera de la Comunidad afectarán el poder de las empresas dentro de ésta<sup>329</sup>.

### b.3) Influencia del objetivo de la integración.

La definición del mercado geográfico es más compleja en derecho comunitario que en los derecho nacionales, ya que en éstos no son relevantes cuestiones como la integración del mercado comunitario, las diferencias culturales o lingüísticas, las barreras reguladoras o las preferencias nacionales.

La apertura hacia la competencia de los mercados, como resultado de los esfuerzos de liberalización comunitaria o la armonización resultante de las directivas de armonización, normalmente resultará en la ampliación del ámbito de los mercados en determinado momento.<sup>330</sup> El sector de las telecomunicaciones constituye un buen ejemplo, en lo que respecta tanto a los mercados de servicios y equipos. Respecto al equipo, los mercados eran definidos como nacionales en casos de concentraciones<sup>331</sup>. Sin embargo, hoy, muchos años después de la liberalización del mercado de equipos de telecomunicaciones, muchas partes de esta industria están siendo valoradas sobre las bases de mercados trans-fronterizos que serían regionales, o mercados a nivel europeo e incluso mas allá de estas fronteras<sup>332</sup>.

### c) El mercado temporal

Para la definición del mercado pertinente, depende de la naturaleza propia de la actividad, así por ejemplo, un sector caracterizado por las innovaciones constantes, como son las comunicaciones electrónicas o las telecomunicaciones, cualquier definición actual del mercado corre el riesgo de perder su exactitud o su vigencia en un futuro próximo. El contexto y el calendario en que se lleva a cabo el análisis del

---

<sup>329</sup> Véase p. 308 de C.W. Baden Fuller. □ Article 86: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position □ en European Law Review, 1.991

<sup>330</sup> Mario Monti. "Market Definition as a cornerstone of EU Competition Policy." Workshop on Market Definition. Helsinki 5-10-2001.

<sup>331</sup> Por ejemplo, casos M.42-Alcatel/Telettra (España) Decisión de la Comisión de abril de 1991, y M.468 – Siemens/Italtel (Italia) Decisión de febrero de 1995.

<sup>332</sup> Los ejemplos en concentraciones incluyen: M.2056 Sonera, la Empresa Finlandesa de Telecomunicaciones, Decisión de Agosto de 2000 (ver también M.1880 – Minesota Mining/Cuante y M.1908-Alcatel/Newbridge Networks, ambas decididas en 2.000).

mercado puede ser muy distinto,<sup>333</sup> por lo que es necesario analizar detenidamente un caso concreto.

En la jurisprudencia en *United Brands*<sup>334</sup>, el TJCE señaló que la sustituibilidad de los plátanos fluctuaba de una estación a otra. Cuando otras frutas abundaban en verano, la demanda para los plátanos descendía: esto sugiere que la Comisión habría considerado que habían dos mercados de temporada, y que *United Brands* no tenía poder de mercado durante los meses de verano. La Comisión sin embargo, identificó sólo un mercado temporal y sostuvo que UBC era dominante en él. En apelación, el Tribunal no se pronunció al respecto. Este caso, recuerda la necesidad de considerar la calidad temporal del mercado. Las condiciones competitivas pueden variar de una temporada a otra, debido a la variación de las condiciones del clima, o de los hábitos del consumidor. Una empresa puede estar expuesta a competencia en un momento del año, y ser efectivamente libre de esta en otro momento. En esta situación, su comportamiento debe ser controlado bajo el artículo 82 durante la parte del año en que se acredite que es dominante.

La dimensión temporal del mercado también se tomó en consideración en el asunto *Magill*,<sup>335</sup> y en *Tetra Pak II*<sup>336</sup>, donde por primera vez, la Comisión explicó por qué los mercados deben ser definidos en períodos de corto plazo. Durante el largo plazo, los hábitos del consumidor implican, cambios en la tecnología y los límites del mercado se amplían. Un período de corto plazo corresponde más al período en que una empresa ejercita su poder de mercado y en el que debe enfocarse el análisis.

---

<sup>333</sup> Véase, § 47 de la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas de competencia en los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones ya citada, y § 63 de las Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas ya citada.

<sup>334</sup> Sentencia TJCE *United Brands c. Comisión*. Ya citada.

<sup>335</sup> La Comisión distinguió los programas de televisión semanales de los programas del día, constatando que existía una demanda específica que quería obtener una información por anticipado. Esta postura fue ratificada por el TPI. Decisión de la Comisión CE de 21-12-1988. *ITP, BBC, RTE*. DOCE L078/43. § 62. Sentencia del TPI de 10-07-1991. *Radio Telefis Eirean c/ Comisión*. As. T-69/89. RJ 1991 p. II-0485. § 52

<sup>336</sup> Uno de los aspectos considerados fue el factor tiempo. *Tetra Pak* planteó que el mercado debía incluir una variedad de otras formas de embalaje, como botellas de vidrio y de plástico. La Comisión concluyó que estos embalajes compiten sobre todo en el largo plazo, dadas sus diferentes características físicas, las necesidades del usuario y las diferencias en la maquinaria utilizada en el proceso de embalaje. Pero “en el corto plazo, y probablemente incluso en el medio plazo” la elasticidad de la sustitución en respuesta a los precios ‘es casi cero’ por dos razones. Primero, el embalaje es una parte muy pequeña del precio del producto embalado, así, incluso un incremento del 10 por ciento en el precio tendría un impacto muy reducido en el precio del producto empaquetado. Considerando las preferencias del consumidor, el productor/empaquetador no cambiará a otra forma de embalaje sólo en respuesta a la aceptación por el consumidor. En palabras de la Comisión puede ‘no haber elasticidad de la demanda intermedia si no hay elasticidad de la demanda final. Segundo, un cambio por los productores/empaquetadores a diferentes equipo y embalaje es costoso y además implica tiempo, y requeriría una alteración en los sistemas de almacenamiento, manipulación y distribución. Decisión de la Comisión CE de 24-7-1991. *Tetra Pak II*. DOCE L72/1 de 18.3.92, § 93 y 97.

En este contexto es interesante observar que el factor tiempo no es considerado explícitamente en la Comunicación de la Comisión.<sup>337</sup>

### **3.3. La posición de dominio de la implicada.**

#### *3.3.1. Introducción: el poder de mercado*

Desde el punto de vista filosófico, la política de competencia está orientada primeramente a evitar que las empresas consigan, mantengan o abusen de su poder de mercado. Desde el punto de vista funcional, apreciar si una o varias empresas tienen poder de mercado o alguna posibilidad razonable para conseguirlo es frecuentemente el primer paso (y algunas veces el único) en desarrollar el análisis.

El derecho de competencia interviene así en tres áreas distintas según el paradigma Estructura-Conducta-Resultado: La tesis es que la estructura del mercado influye en alguna medida en su comportamiento y en su resultado. Al contrario, el resultado de cada empresa puede influir en algún grado en su futura posición en el mercado. Sin embargo este paradigma ha evolucionado a la realidad del mercado, incorporando el comportamiento estratégico de las empresas en situación oligopolística en el mercado, que sin tener las variables clave antiguamente valoradas, modifican la estructura del mercado a través del comportamiento.<sup>338</sup>

Así, el nuevo modelo Estructura-Conducta-Resultado presume en realidad de relaciones complejas e interactivas. Un amplio grupo de otras condiciones básicas como las preferencias del consumidor y el estado de la tecnología influyen la estructura del mercado en tal forma que estas condiciones básicas cambian por si mismas. La conducta no es un factor insignificante cuando viene a explicar el resultado. Además está reconocido que la conducta y también el resultado ayudan a diseñar la estructura del mercado. En otras palabras, aunque el principal vínculo causal todavía vaya de la estructura del mercado a la conducta del mercado y al resultado del mercado, los mecanismos de retroalimentación enriquecen la figura. El Resultado se retroalimenta en la tecnología y la estructura. El progreso moldea la tecnología disponible. La

---

<sup>337</sup> Doris Hildebrand. *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*. Kluwer Law International. Londres. 2<sup>nd</sup>. Ed. 2002.

<sup>338</sup> Este paradigma es el más ampliamente aceptado y es el resultado de varios conceptos de interacciones entre estructura de la industria o el mercado, la conducta de negocio, y el resultado económico y social de una industria. Véase Doris Hildebrand. *The Role of Economic Analysis in te EC Competition Rules*. Kluwer Law International. Londres. 2<sup>nd</sup>. Ed. 2002. págs. 105 y ss.

rentabilidad, que determina cuán atractivo es el acceso al mercado, tiene un efecto dinámico (intertemporal) en la estructura del mercado.

Así, aplicado el modelo E-C-R al artículo 82 del TCE, no es suficiente demostrar que la estructura del mercado permitió la conducta anticompetitiva, sino también tienen que ser demostrados la conducta en si misma y/o los efectos negativos que con alta probabilidad resultaron de esta conducta.

- Definición de poder de mercado.

El término “poder de mercado” se refiere a “la habilidad de una empresa (o grupo de empresas actuando conjuntamente) para elevar el precio por encima del nivel competitivo sin perder las ventas de un modo tan rápido que el incremento del precio no sea rentable.”<sup>339</sup>

La definición estará cumplida por cualquier empresa que enfrenta una curva de demanda inclinada hacia abajo, incluso aquella cuya inclinación sea ligera (nos referimos al gráfico del modelo económico<sup>340</sup>), hablando relativamente, la empresa considerará rentable, fijar un precio que sea más alto que el coste marginal, incluso cuando la diferencia en el precio que excede el coste marginal sea muy pequeña. Entonces bajo esta definición, el poder de mercado puede existir en varios grados que van del poder de mercado trivial al poder de mercado sustancial o poder de monopolio.<sup>341</sup>

El poder de mercado en si mismo no es un comportamiento de exclusión: en realidad, el ejercicio del poder de mercado –la venta de productos a precios supra competitivos– generalmente atrae nuevas empresas en el mercado. Así, la exclusión de competidores no es poder de mercado, sino que es un mecanismo importante por el que una empresa obtiene o mantiene su poder de mercado.<sup>342</sup> Si utilizamos el poder de mercado como un filtro en los casos antimonopolio, de modo que el poder de mercado debe existir para establecer que determinados comportamientos de las empresas infringen las leyes de competencia, la referencia debe ser a un determinado nivel significativo de poder de mercado.

---

<sup>339</sup> William M. Landes and Richard A. Posner. Ob. cit. En 937. Véase también Phillip Areeda y Donald Turner. *Antitrust Law: An Analysis*. Vol. 1 Ed. Little. Boston. 1978. Pág. 322.

<sup>340</sup> En competencia perfecta, la curva de demanda será siempre horizontal.

<sup>341</sup> George A. Hay. “Market Power in Antitrust”. *Antitrust Law Journal* Vol. 60, Año 1992. Pág. 807 y ss. en 814.

<sup>342</sup> Herbert Hovenkamp. “Federal Antitrust Policy”. 2<sup>nd</sup>. Ed. Hornbook Series. Minesota. EEUU. 1999. pág. 78.

Hovenkamp<sup>343</sup> sugiere cuatro criterios por los que la política de competencia no favorece el monopolio, que es la máxima expresión del poder de mercado: 1) El incremento del precio del monopolista y la reducción de la producción transfiere el bienestar lejos de los consumidores y a favor del monopolista. 2) El monopolio produce una pérdida de peso, o valor que es pérdida para los consumidores, pero no es recuperada por ninguno de los dos, ni por por nadie. 3) El monopolista gastará recursos de forma ineficiente en adquirir o mantener su posición de monopolio. 4) Los comportamientos de exclusión del monopolista destruirán las inversiones efectuadas por las víctimas, principalmente sus competidores.

Los medios por los que una empresa puede conseguir poder de mercado, han permitido a algunos autores a plantear una definición alternativa al poder de mercado que se basa en dos formas diferentes en que una empresa puede ejercitar el poder económico anticompetitivo: elevando sus propios precios, o elevando de los costes de los competidores. Además, en presencia de ambos tipos de poder, se puede facilitar el ejercicio del otro. Siempre que el poder de mercado o el poder de monopolio estén en investigación, los tribunales deben efectuar el análisis considerando el ejercicio de ambos tipos de poder; la presencia de ambos debe ser suficiente.<sup>344</sup>

La Comisión en su Guía para el análisis de la conducta de exclusión abusiva<sup>345</sup> señala que la valoración del grado del poder de mercado que ostenta la empresa, junto con la determinación de si una empresa está en posición dominante, constituyen el primer paso en la aplicación del artículo 82 TCE. Vemos que la Comisión, define el poder de mercado como la facultad de una empresa para incrementar los precios de forma rentable por encima del nivel competitivo durante un período significativo de tiempo, no enfrentando coacciones competitivas significativas y así puede ser considerada como dominante. Para la Comisión, el período de tiempo puede ser como mínimo de dos años.

Establece además que la expresión “incremento de los precios”, incluye el poder de mantener los precios por encima del nivel competitivo y es utilizado como una abreviación para las varias formas en que los parámetros de la competencia –como los precios, la producción, la innovación, la variedad o calidad de los bienes y servicios-

---

<sup>343</sup> Ibidem

<sup>344</sup> Thomas G. Krattenmaker, Robert H. Lande y Steven C. Salop. Monopoly Power and Market Power in Antitrust Law. En *Georgetown Law Journal*. 1987.

<sup>345</sup> §9 y 11 de la Guía de la Comisión. Véase también §24 del Documento de la Comisión.

pueden estar influenciados por el beneficio de la empresa dominante y en detrimento del consumidor.

La definición del poder de mercado contiene tres elementos importantes: (a) La restricción de la producción<sup>346</sup>, (b) el incremento en el precio debe conducir a un incremento en la rentabilidad<sup>347</sup>; y (c) el poder de mercado es ejercido respecto a un nivel determinado de precio competitivo<sup>348, 349</sup>.

Al considerar si existe poder de mercado, la cuestión no es si la empresa puede elevar el precio de forma rentable respecto al nivel actual<sup>350</sup> sino si la empresa está dispuesta a fijar el precio de forma persistente en un nivel por encima del que puede prevalecer en condiciones de competencia efectiva.

El poder de controlar los precios o excluir a la competencia, describe la distinción importante entre poder de mercado a corto y largo plazo.<sup>351</sup> Las posiciones de poder

---

<sup>346</sup> Si una empresa quiere incrementar el precio, debe estar vender un número reducido de unidades (lo que asume la ausencia de discriminación en el precio), es decir que tiene control sobre su propia producción, pero no sobre la producción de los rivales (Paul. A. Geroski y Alexis Jacquemin. “Dominant Firms and their Alleged Decline” *International Journal of Industrial Organization* 2 (1984) 1-27, North Holland. Pág. 5.). De este modo, como se dijo en la definición del poder de mercado, de forma gráfica, la curva de la demanda se inclina hacia abajo, lo que implica que la demanda cae. Esta restricción o reducción puede ser de su propia producción o causando que los rivales reduzcan su producción.

<sup>347</sup> La afirmación de la maximización del beneficio, implica que el ejercicio del poder de mercado debe implicar un incremento en la rentabilidad de la empresa. Cualquier empresa puede escoger elevar el precio en cualquier momento, pero esto no significa que tenga poder de mercado. Si la demanda cae lo suficiente, de modo que el incremento en el precio conducirá a beneficios más bajos, entonces la empresa no posee poder de mercado. Sin embargo, si la reducción en las cantidades vendidas es lo suficientemente pequeña que está compensada por el precio más alto (y costes más bajos ya que necesita menos para ser producido), la limitación de la producción causará que los beneficios se eleven y la empresa tiene poder de mercado. Entonces si o no el incremento en el precio conducirá a un incremento en los beneficios dependerá de la medida en que la demanda cae. Esto es medido por la “elasticidad de la demanda” (que es definida como la disminución proporcional en las ventas, resultantes de un incremento en el precio. A mayor elasticidad, mayor la reducción en ventas. Una elasticidad de menos que uno (-1), o demanda inelástica, implica que una elevación del precio conduce a un incremento en los ingresos.) que enfrenta la empresa. Entonces la medida en que una empresa puede ejercer su poder de mercado depende de la elasticidad-precio de la demanda de la propia empresa. Si la elasticidad-precio de su demanda es inelástica, podrá ejercer poder de mercado y por el contrario, mientras más elástica sea la curva de la demanda que enfrenta la empresa, más limitada será la posibilidad que pueda incrementar el precio por encima del nivel competitivo.

<sup>348</sup> El tercer elemento de la definición de poder de mercado proporciona un umbral bajo el que se puede establecer que los precios son muy altos o que los beneficios son excesivos. El ejercicio del poder de mercado implica incrementar el precio por encima del nivel competitivo –y entonces también limitar la producción por debajo del nivel competitivo.

<sup>349</sup> Simon Bishop y Mike Walker. *Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. 2000 Londres. 2ª Edición, pág.33.

<sup>350</sup> Este fallo de apreciación es conocida como la “falacia del celofán” en el derecho antitrust americano, en el caso *United States v. E.I. Du Pont de Nemours and Co.* 351 US 377 (1956); 76 S.Ct. 994; (1956) 100 L.Ed. 1264.

<sup>351</sup> En el corto plazo, muchos factores de producción serán fijos, esto significa que el productor no está dispuesto a variar la cantidad utilizada de estos factores en respuesta a los cambios en la demanda. Esto se cumple en los factores como el inmueble, o la nave donde funciona, y otros bienes de capital

temporales son parte y parcela del sistema dinámico del mercado, y en muchos casos, las posiciones dominantes son socavadas por los competidores, especialmente en un área amplia integrada. Poder de mercado a corto plazo, se refiere a un proveedor con una gran cuota de mercado que debe estar dispuesto a controlar rentablemente los precios. Las excepciones se originarán cuando la empresa más grande tiene costes más altos que sus rivales o que estos sólo pueden producir productos inferiores. En el corto plazo la capacidad productiva es fija –en el largo plazo, es variable. Las empresas pueden alcanzar algún poder en un período muy breve, pero este poder no define el monopolio. El monopolio es el poder para elevar los precios sin que se efectúe ninguna entrada en el tiempo. Los indicadores relevantes que serían útiles en la definición del período de tiempo son el tiempo requerido para construir, una nueva planta de escala mínima eficiente y el rendimiento activo de la misma, el margen de cambio tecnológico en la industria, y la facilidad con que los clientes pueden cambiar de un proveedor a otro.<sup>352</sup>

El poder de mercado a largo plazo se refiere al poder de controlar los precios en frente de las decisiones de inversión de sus rivales actuales o potenciales, requiere la habilidad de limitar o “excluir la competencia”. El poder para excluir la competencia en el largo plazo puede sólo derivar de ventajas actuales o potenciales sobre los competidores, entonces, el tamaño no confiere por sí mismo tales ventajas, ya que el tamaño puede ser incluso un handicap estratégico.<sup>353</sup>

Debido a que el dominio es el poder económico durante un período de tiempo, y no un poder transitorio<sup>354</sup>, la política de competencia se centra en el poder de mercado, que corresponde más al período en que una empresa ejercita su poder de mercado y en el que se debe enfocar el análisis.<sup>355</sup> Estamos de acuerdo con Baden Fuller en cuanto señala que el dominio es un concepto que está relacionado con el tiempo. No es el poder que tiene una empresa en un corto período sino el poder que la empresa tienen

---

principales, y en el proceso de producción adoptado. Pero también se cumple en el factor trabajo. Otros insumos como la materia prima, los bienes intermedios, y la energía, frecuentemente son variables. Mientras en el largo plazo, todos los factores se convierten variables como las plantas de fabricación, el proceso de producción y el personal (incluido el grupo de gestión), todos pueden ser reemplazados. Faull y Nikpay, *ob. cit.* pág. 11. Paul. A. Geroski y Alexis Jacquemin. “Dominant Firms and their Alleged Decline” *International Journal of Industrial Organization* 2 (1984) 1-27, North Holland

<sup>352</sup> C.W. Baden Fuller. *Article 86: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position* en *European Law Review*, 1.991 pp. 308-312.

<sup>353</sup> Richard Schmalensee. *Standards for Dominant Firm Conduct: What can Economics Contribute?* en *The Economics of Market Dominance*. Editado por Donald Hay y John Vickers. 1987. Nueva York.

<sup>354</sup> C.W. Baden Fuller citado.

<sup>355</sup> Doris Hildebrand. *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*. Kluwer Law International. Londres. 2<sup>nd</sup>. Ed. 2002. pág. 295.

durante un período más largo. El período de tiempo más largo debe ser definido como aquel período en que se espera que la competencia se materialice si fuera a ser impedida o disuadida ya sea por acciones de la empresa existente, o por la naturaleza y tecnología del mercado.<sup>356</sup>

La doctrina distingue entre poder de mercado y poder de monopolio, lo que lleva a confusión, George Hay<sup>357</sup> señala que respecto al poder de mercado y el poder de monopolio, se requiere un mayor grado de poder de mercado en el caso del último y relacionado directamente con el largo plazo, y en esta medida que debe ser necesaria una cuota de mercado mayor que el poder de mercado.

Este tema también es planteado por el Informe del Departamento de Justicia norteamericano<sup>358</sup> plantean al respecto que debe tratarse de un poder de mercado durable (de más de cinco años) en contraste con la Guía de la Comisión que limita a dos años como mínimo.

### 3.3.2. La posición dominante

La posición de dominio, implica un nivel de poder de mercado considerable que en su máxima manifestación es el monopolio. El derecho de competencia comunitario, tiene que establecer cuándo el poder de mercado que ostenta una empresa es tan considerable como para infringir la norma del artículo 82 TCE. La economía por tanto, no proporciona todos los medios para resolver la cuestión, que es esencialmente legal, de si el poder de mercado de una empresa es suficientemente considerable para constituir una posición dominante, será importante considerar además la jurisprudencia y la doctrina comunitarias. A semejanza de la definición del mercado, la posición dominante es una construcción legal basada en consideraciones políticas que sugieren dónde debe trazarse la línea divisoria entre poder de mercado aceptable y poder de mercado sospechoso.<sup>359</sup>

---

<sup>356</sup> C.W. Baden Fuller. "Article 86: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position" en *European Law Review*, 1.991 pp. 308-312.

<sup>357</sup> George A. Hay. "Market Power in Antitrust". *Antitrust Law Journal* Vol. 60, Año 1992. Pág. 807 y ss.

<sup>358</sup> Pág. 25 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano.

<sup>359</sup> Barry Hawk. *United States Common Market and international antitrust*. 1994. Prentice Hall Law & Business. 788-9. Véase también René Joliet. *Monopolization and Abuse of a Dominant Position. A Comparative Study of the American and European Approaches to the control of Economic Power* Faculté de Droit, Liège. La Haye 1970. pág. 227. "La expresión 'dominio de mercado' fue escogida en el derecho comunitario para enfatizar que la noción cubre más que el poder absoluto de fijar los precios y controlar el suministro. En los mercados actuales cada empresa individual casi siempre tiene algún poder para influir los precios del mercado. Estas situaciones no están cubiertas por la frase, que sin embargo se extiende más allá del caso de control absoluto de un mercado.



En el derecho comunitario una posición dominante no implica ninguna crítica o condena sobre la empresa que la ocupa, el dominio puede ser adquirido por medios completamente legítimos, la simple existencia de poder para excluir la competencia, sin su ejercicio, es legal bajo el derecho comunitario. No es necesario que la empresa a la que se alega el dominio demuestre que su dominio es condenable o que era atribuible sólo a “habilidad superior, destreza e industria”<sup>360</sup>, como en el caso norteamericano.

Respecto a relación posición de dominio y la competencia efectiva, diremos que una empresa en posición dominante no está expuesta a competencia efectiva, por tanto, la competencia o es residual, (en términos de la jurisprudencia comunitaria), o ha sido prácticamente eliminada.<sup>361</sup> Cuestión que es reiterada por la Comisión en su Guía para la aplicación del artículo 82: De acuerdo a la jurisprudencia, mantener una posición dominante confiere una responsabilidad especial en la empresa implicada, el ámbito de ésta debe ser considerada a la luz de las circunstancias específicas de cada caso.<sup>362</sup>

a) El poder de monopolio en el derecho antitrust norteamericano.

El término poder de monopolio es utilizado frecuentemente para describir a una empresa que está siendo objeto de investigación dentro del significado de la Sección 2 de la Ley Sherman<sup>363</sup>.

---

<sup>360</sup> United States c. American Tobacco, 328 U.S. 781, 786 (1946)

<sup>361</sup> Sentencia de 13-2-1979. *Hoffman-La Roche & Co. A.G. c/. Comisión de la CE*. Caso 85/76. RJ 1979 p. 459. Opinión del Abogado General Reischl de 19-9-1978 pág. 592. Véase también Sentencia TJCE 15-12-1994. *Goettrup-Klim E.A. Grovwareforeninger contra Dansk Landbrugs Govvareselskab AmbA (DLG)* Cuestión Prejudicial As. C-250/92. RJ 1994 p. I-5641. § 27; Sentencia TPI de 1-4-1993. *British Plasterboard Plc. /Comisión*. Caso. T-65/89. RJ 1993p. II-0389 § 95. Decisión de la Comisión CE de 14-5-1997. *Irish Sugar Plc.* DOCE L258/1 de 22-9-1997 § 149.

<sup>362</sup> §9 de la Guía de la Comisión para la aplicación del artículo 82 citado y además cita la siguiente jurisprudencia: Caso 322/81 *Nederlandsche Banden Industrie Michelin (Michelin I) v Commission* § 57; *Tetra Pak v Commission (Tetra Pak II)* § 114; Caso T-111/96 *ITT Promedia v Commission* § 139; Caso T-228/97 *Irish Sugar v Commission* §112; y Caso T-203/01 *Michelin v Commission (Michelin II)* §97.

<sup>363</sup> Paul. A. Geroski y Alexis Jacquemin. “Dominant Firms and their Alleged Decline” *International Journal of Industrial Organization* 2 (1984) 1-27, North Holland, pág. 20. Una breve historia por los pronunciamientos más importantes del derecho antitrust americano nos lleva a los años iniciales del siglo XX, el caso *Standard Oil* 221 US 1, en 1911 y *US Steel* en 1915. Donde el Tribunal Supremo confirmó la condena de la conducta, y ordenó la disolución de Standard Oil en 33 compañías regionales. La condena por monopolización consistió en dos aspectos: la adquisición de posición de monopolio y el intento de adquirir esta posición y excluir rivales. El intento de Standard Oil podía inferirse de su conducta predatoria. En el mismo año en *United States v American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106 (1911) el Tribunal hizo un pronunciamiento similar. En *US Steel*, el Tribunal Supremo se pronunció a favor de la empresa: ‘la ley no hace del simple tamaño una infracción o la existencia de poder no ejercido como una infracción. Requiere de ... actos evidentes’. El caso estableció la regla que la simple posesión de poder de monopolio no constituía una infracción. Los casos posteriores a la II guerra mundial, de *Alcoa United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945). y *United States v. United Shoe Machinery*, 391 U.S. 244 (1968), representaron un mayor desarrollo en el derecho antitrust. Mientras que *Standard Oil* había adquirido y mantenido su dominio de mercado por medios ilegales, *Alcoa* y *United Shoe* debían su poder de mercado a medios legales que fueron descritos como ‘honestamente

Según el Informe<sup>364</sup>, el poder de mercado y el poder de monopolio están relacionados pero no son lo mismo. El Tribunal Supremo definió al poder de mercado como la “habilidad para elevar los precios por encima de aquellos que habrían sido fijados en un

---

industriales’ aunque ‘no inevitables económicamente’. Los tribunales consideraron a las empresas culpables de monopolización bajo la sección 2 de la Ley Sherman. Así los actos ilegales ya no eran necesarios para que exista monopolización.

El caso *Alcoa* en 1945 el Tribunal Supremo, bajo la presidencia del Juez Learned Hand, centró el fundamento del dominio con la definición del mercado y el análisis de las cuotas de mercado. Resultando que la cuota de mercado de Alcoa del 90 por ciento fue considerada suficiente para constituir monopolio. Sin embargo, el Juez Hand admitió que una cuota de mercado considerable no necesariamente implica monopolización. Sino que podría ser el resultado de ‘habilidad superior, previsión e industria’, que la competencia quiere promover. Respecto al intento de monopolización de Alcoa, el Juez Hand declaró que “nada obligó a [Alcoa] a mantener la duplicación y reduplicación de su capacidad antes que otros accedan al mercado. La empresa insiste que nunca excluyó a los competidores; pero podemos pensar de una exclusión no más que efectiva que progresivamente abarcó cada nueva oportunidad que se producía y enfrentó cada nuevo entrante con nueva capacidad ya acumulada en una gran organización, teniendo la ventaja de la experiencia, las conexiones de comercio y el personal más especializado.” La declaración de la sentencia es la descripción más elocuente de lo que ahora se denominaría disuasión estratégica de la entrada a través del exceso de capacidad. El Juez Hand estableció también que ‘los gastos drásticos en investigación y desarrollo con el conocimiento o el intento de prevalecer y dominar la industria’ podía ser una violación de la sección 2 de la Ley Sherman. La decisión *United Shoe* fue menos radical que el caso *Alcoa*, pero en una vía similar.

La definición del mercado fue de nuevo el centro del caso *Cellophane* en 1956. (*United States v. El du Pont de Nemours & Co.*, 351 US 377, 391-92) El Tribunal Supremo no consideró a Du Pont culpable de monopolización de la industria de celofán. Gracias a sus patentes, Du Pont controló la producción del celofán, pero la cuestión fue la sustituibilidad entre el celofán y otros tipos de envoltorios. La cuota de Du Pont del mercado para materiales de embalaje flexible en general era menor de un quinto. El Tribunal estableció que otros tipos de embalaje eran intercambiables y competitivos, y no consideró que había monopolización. (al margen de las incertidumbres del Tribunal sobre la aplicación de los tests de definición del mercado).

En los años 70, el caso más importante fue *AT & T e IBM* (*United States v. International Business Machines Corporation*, Docket No. 69 CIV. (DNE) Southern District of New York.) *AT & T* fue dividido en sus empresas de operación locales y retuvo su división de larga distancia y la subsidiaria de fabricación. Se le permitió a la empresa competir en mercados –como en el de procesamiento de datos– en que no había sido previamente autorizada a competir. La decisión *AT & T* refleja la desilusión creciente con la regulación tradicional de utilidad pública. La decisión intentó dar rienda libre a las fuerzas de la competencia y así disminuir la ‘frontera’ de la regulación. En el caso *IBM* en la medida que el caso fue iniciado por el Departamento de Justicia, la empresa enfrentó numerosas demandas de acciones por daños triplicados a través de los años 70 y en 1980 recibió una Declaración de Objeciones de la Comisión Europea bajo el artículo 86 (actual 82) del Tratado de Roma. Las demandas privadas bajo la Sección 2 de la Ley Sherman fueron todas eventualmente solucionadas o decididas a favor de IBM.

En los últimos años, en el derecho antitrust norteamericano, ha habido un rango considerable de maniobra entre legisladores y juristas cuestionando si la conducta exclusionaria satisface o no el test del daño al bienestar del consumidor y entonces si merece o no ser denominada “anticompetitiva”.

Para la Federal Trade Commission (FTC) durante la administración Clinton, las exclusiones serias del mercado, especialmente las exclusiones coactivas, eran de su. Un caso paradigmático fue *Intel Corp.*, FTC Docket N° 9288 (Orden consentida para suspender y desistir de 3 de agosto de 1999) Trade Reg. Rep. (CCH), el proveedor dominante de chips de microprocesadores que es el sistema nervioso de la mayoría de los ordenadores personales. Cuando fue demandado por algunos de sus clientes por la infracción de las leyes de propiedad intelectual, Intel les había denegado el suministro de la información técnica necesaria para incorporar el chip Intel en su hardware. La FTC prevaleció sobre Intel para suspender y desistir de sus desconexiones discriminatorias.

También fue típico el procedimiento de la FTC y orden contra *Toys “R” Us* *Toys “R” Us, Inc. v. FTC*, 221 F.3d 928, 936 (7<sup>th</sup> Cir. 2000), que ordenó a los detallistas coaccionar a los fabricantes de juguetes para limitar su protección de las asociaciones de minoristas, así como los decretos de la FTC en telecomunicaciones y concentraciones y alianzas de los medios, que impuso obligaciones para dar acceso al mercado no discriminatorio a los competidores.

<sup>364</sup> Páginas 20 y ss. Del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano citado.

mercado competitivo”<sup>365</sup>, y el poder de monopolio como “el poder de controlar el precio y excluir la competencia”<sup>366</sup>. El Tribunal Supremo ha sostenido que el “poder de monopolio bajo la Sección 2 requiere, por supuesto, algo mayor que el poder de mercado bajo la Sección 1”<sup>367</sup>. Precisamente donde el poder de mercado se convierte tan considerable como para constituir lo que el derecho considera ser poder de monopolio es considerablemente una cuestión de grado más que una categoría concreta. Sin embargo, el poder de monopolio, claramente requiere por lo menos de un grado sustancial de poder de mercado. Antes de someter a una empresa a investigación por monopolización o intento de monopolización bajo el derecho antitrust, el poder de monopolio debe ser durable. El informe interpreta que los tribunales han establecido el poder de monopolio –opuesto al poder de mercado- la cuota de mercado del demandado ha de ser al menos del 50% y típicamente sustancialmente más alta. Cuando una empresa ha mantenido una cuota de mercado de más de los dos tercios durante un período significativo, y el Departamento concluye que las condiciones de mercado impedirán probablemente la erosión de su posición de mercado en un futuro cercano, el Departamento de Justicia presumirá que la empresa posee poder de monopolio, en ausencia de evidencia convincente que apunte a lo contrario.<sup>368</sup>

Aunque el poder de monopolio generalmente resultará en el establecimiento de los precios por encima del nivel competitivo, el deseo en obtener beneficios que se deriven de una posición de monopolio proporciona un incentivo crítico para las empresas en invertir y crear productos costosos y procesos que le conduzcan a un crecimiento económico<sup>369</sup>. Por esta razón el derecho antitrust no considera ilegal la simple posesión de poder de monopolio si éste es el producto de habilidad, destreza o industria superiores.<sup>370</sup> Sin embargo, si el poder de monopolio es adquirido o mantenido a través de conducta anticompetitiva, se aplicará el derecho antitrust.

Según el Informe del Departamento de Justicia norteamericano, el requerimiento de la Sección 2 que la conducta de empresa única en crear o mantener poder de monopolio, o una probabilidad peligrosa de crearlo sirve como un filtro importante para evaluar la conducta. Permitiendo la conducta que probablemente crea en su mayoría una habilidad

---

<sup>365</sup> *NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984)

<sup>366</sup> Definición del Tribunal Supremo en *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377 (1956).

<sup>367</sup> *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451 (1992)

<sup>368</sup> Pág. viii del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano citado.

<sup>369</sup> *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 398 (2004)

<sup>370</sup> *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563 (1966)

de ejercitar un grado de poder de mercado menor, reduce significativamente la posibilidad de desanimar “el entusiasmo competitivo que el derecho antitrust busca promover”<sup>371</sup>, y asegura a la mayoría de los competidores que sus acciones unilaterales no violarán la Sección 2. También reduce los costes de aplicación de la norma y costes relacionados, incluida la pérdida de la actividad pro competitiva que inevitablemente sería desanimada en este sistema.

De todos modos, la influencia del pensamiento económico bajo la política antitrust norteamericana ha crecido considerablemente, e incluso los casos antitrust recientes, han influido considerablemente el desarrollo de la teoría económica.

Como un resumen de la política antitrust actual, el Informe observa que el poder de monopolio se demuestra cuando la empresa (1) tiene (o en el caso de intento de monopolización, tiene una probabilidad peligrosa de conseguir) una cuota mercado considerable y (2) hay barreras a la entrada –quizás aquellas creadas por la propia conducta- que permiten a la empresa ejercitar un poder de mercado sustancial durante un período apreciable.<sup>372</sup> A menos que estas condiciones estén cumplidas, es improbable que la implicada tenga incentivo o habilidad para excluir la competencia.<sup>373</sup>

El Informe plantea cómo pueden los demandantes demostrar el poder de monopolio, a través de la evidencia directa, que se ha utilizado por los tribunales para probar los efectos anticompetitivos en los casos que implican restricciones horizontales relativas a la exclusión de los competidores, pero en casos donde la evidencia directa es consistente, parecen más inclinados a lo que se pueda inferir sobre el poder de mercado que proviene del cálculo informal de la concentración del mercado basado en una estimación aproximada de la definición del mercado.<sup>374</sup>

El Informe del Departamento de Justicia Norteamericano<sup>375</sup> divide la Evidencia directa en dos grupos: Primero, la Evidencia directa de Beneficios Altos, Márgenes precio-coste y la elasticidad de la demanda.

Basándose exclusivamente en la evidencia directa de los beneficios para establecer el poder de monopolio presenta un número de cuestiones difíciles. Así, el Informe del Departamento de Justicia Norteamericano niega relevancia a los datos contables, señala: los beneficios contables altos no reflejan necesariamente el ejercicio del poder de

---

<sup>371</sup> *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752 (1984)

<sup>372</sup> *Western Parcel Express v. United Parcel Service of America, Inc.*, 190 F.3d 974 (9th Cir. 1999)

<sup>373</sup> Pág. 21 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano citado.

<sup>374</sup> Andrew I. Gavil., “A Comment on the Seventh Circuit’s Republic Tobacco Decision: On the Utility of “Direct Evidence of Anticompetitive Effects,” *Antitrust Law Journal*. Verano 2005, pág. 59.

<sup>375</sup> Páginas 28 y siguientes del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano citado.

monopolio. En particular, las medidas de coste normalmente son disponibles gracias a informes preparados siguiendo los convencionalismos contables, pero los economistas y la contabilidad tienen nociones de coste significativamente diferentes (ello no sugiere que el dato financiero carezca de valor para el análisis económico de la competencia). Las figuras contables por sí mismas reflejan el verdadero coste económico de la empresa de producir sus bienes y servicios, y los márgenes contables de ganancia a menudo difieren de los verdaderos márgenes económicos de ganancia.

Por ejemplo, para determinar si una empresa está obteniendo un beneficio económico, requiere contabilizar adecuadamente la depreciación y el coste económico de reemplazo de los activos que la empresa está utilizando para generar su ingreso. Sin embargo, la información proporcionada por los contables frecuentemente no está diseñada para medir y reflejar correctamente estos costes. Además, al determinar si la empresa está obteniendo un beneficio que refleja el ejercicio del poder de monopolio debe tomar en cuenta el coste de oportunidad de emplear estos activos en su uso actual. Los informes contables raramente intentan efectuar estas valoraciones.

Además, para la información del cálculo de la rentabilidad de una empresa, los estimados disponibles de los costes de capital de la empresa, están basados generalmente en las reglas contables que no cuentan para el riesgo de la inversión. Si, en el momento en que se efectuó, la inversión era de cierto riesgo, un margen de ganancia contable muy alto reflejaría una ganancia económica moderada. Cuando todos los costes económicos relevantes son considerados adecuadamente, de forma más general, lo que parecería que a primera vista es una ganancia supra competitiva, sería no más que una competitiva (o viceversa).

Es también insatisfactoria la evidencia de utilizar los márgenes precio-coste más que los beneficios. Los economistas han apuntado en varias ocasiones al margen precio-coste de la empresa –su precio menos su coste marginal a corto plazo, todo dividido por su precio (conocido como el índice Lerner)- como una medida del grado en que la empresa está ejercitando poder de mercado a corto plazo. La medida puede ser de valor para algunos propósitos, como intentar determinar la elasticidad de la demanda a corto-plazo de la empresa a un precio dado.

Sin embargo, los márgenes precio-coste, no son de mucho uso para determinar si una empresa tiene poder de monopolio. El poder de monopolio requiere que la empresa esté dispuesta a fijar los precios de forma rentable, lo suficiente altos como para obtener una ganancia super normal sobre su inversión. No está claro cuánto precio debe exceder el

coste marginal a corto plazo antes que haya poder de monopolio. Dependiendo del tamaño de los costes fijos de la empresa, incluso un margen significativo entre el precio y el coste marginal a corto plazo sería insuficiente para obtener incluso una ganancia normal. En efecto, una empresa no debe ser considerada que ostenta poder de monopolio simplemente porque fija sus precios en exceso del coste marginal a corto plazo y entonces deducir que tiene un margen precio-coste alto.

En principio, una medida mejor sería la relación del precio respecto al coste marginal a largo plazo de la empresa. Desafortunadamente, es improbable la disponibilidad de esta información, y en particular del dato que permita ajustes exactos para el riesgo.

En cuanto a la evidencia sobre la elasticidad de la demanda para los productos de la empresa, no determina la existencia del poder de monopolio. Por ejemplo, una empresa con ningún poder de mercado enfrenta demanda elástica infinitamente. Por otro lado, los vendedores de productos diferenciados, enfrentarían una demanda significativamente menos elástica en sus precios que maximizan sus beneficios. En aquellos casos generalmente tendrán márgenes precio-coste altos y poder de mercado. Sin embargo, aquellas empresas raramente poseerán poder de monopolio. Como observó Carlton: “Las elasticidades no son de mucha ayuda. No se puede decir la diferencia entre un verdadero monopolista y ... un vendedor de un producto diferenciado”.<sup>376</sup> Como un indicador del poder de monopolio, las elasticidades de la demanda adolecen del mismo problema fundamental que los márgenes precio-coste: no nos dicen si la empresa está obteniendo beneficios durables, supra normales.<sup>377</sup>

En resumen, la evidencia directa de los márgenes de beneficio de la empresa, o las elasticidades de la demanda no pueden proporcionar una alternativa fiable para el enfoque tradicional de definir primero el mercado relevante y luego examinar las cuotas de mercado y las condiciones de entrada cuando se trata de determinar si la empresa posee poder de monopolio.

El Informe del Departamento de Justicia Norteamericano, en un segundo grupo considera como evidencia directa a los Efectos Anticompetitivos<sup>378</sup>, efectos como la reducción de la producción serían más útiles, que el enfoque en los beneficios,

---

<sup>376</sup> Véase pág. 29 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano citado.

<sup>377</sup> Carlton: Los intentos en comparar el precio competitivo con el actual adolece de la misma debilidad. Determinar el precio competitivo es difícil, como lo es determinar cuándo el precio excede el nivel competitivo durante un tiempo largo, que pueda constituir poder de monopolio más que sólo poder de mercado. Pág. 29 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano citado.

<sup>378</sup> Página 30 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano citado.

márgenes precio-coste o la elasticidad de la demanda. En los casos bajo la Sección 1 de la Ley Sherman, que implica la conducta concertada por los competidores, los tribunales han sostenido que la evidencia directa de los efectos anticompetitivos puede demostrar el poder de mercado<sup>379</sup>. Sin embargo, los tribunales no se han pronunciado expresamente respecto a la evidencia directa de los efectos anticompetitivos, que pueda demostrar poder de monopolio en los casos de la sección 2.

#### b) Concepto de posición de dominio en el derecho de competencia comunitario

A semejanza del caso norteamericano donde la norma no define qué se entiende por una empresa con poder de mercado, sino que lo proporciona la jurisprudencia, el TCE no proporciona una definición de dominio. La valoración del poder de mercado puede variar dependiendo de la norma aplicable: cuando se está analizando si una empresa posee y ha ejercitado el poder de mercado de una forma abusiva o si se trata de un caso de concentraciones, donde un nuevo acuerdo va a conferir o incrementar el poder de mercado<sup>380</sup>, una implicación práctica es que el método de medir el poder de mercado difiere en ambos casos.<sup>381</sup>

La definición de posición de dominio a efectos del derecho del artículo 82 TCE, no sólo considera los factores del dominio que acrediten la capacidad de la empresa en posición de dominio de ejercer su poder a nivel vertical, es decir que produzca efectos a nivel de clientes, proveedores y consumidores, sino también a nivel horizontal, produciendo efectos entre los competidores actuales o potenciales. Por otro lado, es importante establecer que en este aspecto, que también se tendrán en cuenta, las barreras que impidan el objetivo de la integración, ya que si bien el mercado único ha tenido éxito en remover las barreras institucionales a través del proceso de integración, las empresas en

---

<sup>379</sup> *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447, 460-61 (1986)

<sup>380</sup> Philip Areeda, "Market Definition and Horizontal Restraints", *Antitrust Law Journal* 52 (1983) 553, En 583-584. Véase también Joao Pearce Azevedo y Mike Walker "Dominance: Meaning and Measurement" en *ECLR* 2002 pág. 363 – 367. Lisbeth F. La Cour y H. Peter Mollgaard. "Meaningful and Measurable Market Domination". *ECLR*. 2003 p. 132-135.

<sup>381</sup> Por ejemplo, la elasticidad de la demanda a precios actuales tiene una utilidad más limitada al valorar el poder de mercado pre-existente que el poder de mercado que se crea con una concentración. Si una empresa tiene poder de mercado sustancial, presumiblemente ya utilizó este poder al establecer un precio que maximice su beneficio. En un precio más alto, la elasticidad de la demanda será más alta que la sustitución generada por el precio más alto que disminuye los beneficios de la empresa. Esto significa que la empresa carece de poder para seguir elevando el precio si no existen barreras a la entrada. Así, una elasticidad de la demanda alta vigente al precio actual no necesariamente significa la ausencia de poder de mercado, sino que sólo significa que el poder que posee la empresa ya ha sido ejercitado. Así constatamos que el análisis bajo el artículo 82 es ex post, mientras que para una concentración de empresas, es ex ante. Esta cuestión se analiza en el ámbito del mercado de referencia, en la sustituibilidad de la demanda, en el ámbito de un caso del artículo 82, se le denomina 'falacia del celofán', véase el capítulo sobre el Mercado de Referencia.

posición de dominio, pueden tener el incentivo de reemplazar estas barreras con el comportamiento estratégico.

Igualmente, pueden tener el incentivo de asumir comportamiento estratégico donde la política pública ha levantado las restricciones anteriores a la entrada en monopolios legalmente protegidos y obligados a conceder el acceso a un activo que constituye un complemento necesario para el suministro al mercado final. En estas circunstancias, una empresa buscará proteger su ventaja sobre los nuevos entrantes, estableciendo condiciones de acceso que sean desventajosos a sus competidores.<sup>382</sup>

La posición de dominio, no resulta solamente de situaciones de hecho, ya que la posición dominante puede ser alcanzada a través del monopolio concedido a una empresa en virtud de una norma, o el monopolio constituido por una patente que atribuya a su titular una protección tan amplia que haga que no esté sometido a una competencia efectiva y sustancial.

Vamos a enfocar la definición en la jurisprudencia comunitaria. Inicialmente, la Comisión en su decisión en *Continental Can*<sup>383</sup>, definió el concepto de posición dominante, en los mismos términos que un economista: “Las empresas están en una posición dominante cuando tienen el poder de comportarse independientemente, lo que les coloca en una posición de actuar sin tomar en cuenta sus competidores, compradores o proveedores. Esta es la posición cuando, debido a su cuota de mercado, o su cuota de mercado combinada con sus conocimientos técnicos, materias primas, o capitales, tienen el poder de determinar los precios o controlar la producción o distribución de una parte significativa de los productos en cuestión. Este poder no necesariamente tiene que derivarse de un dominio absoluto que permita a las empresas que la ostentan eliminar a su voluntad a parte de los operadores económicos, sino que es suficiente que sea tan considerable como para asegurar a aquellas empresas una independencia global de comportamiento, incluso cuando hayan diferencias en la intensidad de su influencia en los diferentes mercados parciales”. La Comisión centra así su definición en los factores que demuestran una posición de dominio, y se refiere al poder de comportamiento independiente. La definición fue admitida por el TJCE<sup>384</sup>.

---

<sup>382</sup> Impact on Competition and Scale Effects. Competition Issues. En *The Single Market Review*. Volumen 3. Office for Official Publications of the European Communities. 1997. Pp.115.

<sup>383</sup> Decisión de la Comisión de 9-12-1971 *Continental Can Company*. DOCE L 7/25 de 8-1-72. § II.3.

<sup>384</sup> Sentencia del TJCE de 21-2-1973. *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. / Comisión* As. 6/72. RJ 1973 pp. 0215 – 0253. § 33-36. Korah opina que aceptó la definición basada en independencia de proveedores, clientes y competidores, así como la referencia al poder de evitar el mantenimiento de la competencia efectiva, utilizada en el caso Sentencia del TJCE de 8-6-1971. *Deutsche Grammophon Gesellschaft c/ Metro-SB-Großmärkte GmbH Co. GK*. Cuestión Prejudicial



Sin embargo, este concepto que se aproximaba a la definición económica del poder de mercado, ha pasado a ser un concepto legal, desde la sentencia *United Brands*, el TJCE definió la posición dominante como: “una situación de poder económico que ostenta una empresa que le permite evitar que la competencia efectiva sea mantenida en el mercado relevante, dándole el poder de comportarse en una medida apreciable independientemente de sus competidores, clientes y por último de sus consumidores.”<sup>385</sup>

Una definición similar, y que también es utilizada indistintamente, la definición del TJCE en el caso *Hoffmann-La Roché*<sup>386</sup> y la del caso *Michelin*.<sup>387</sup>

La Comisión adoptó la definición del caso *Hoffmann-La Roché*, en la Comunicación para la determinación del mercado de referencia<sup>388</sup>. Por su parte, la jurisprudencia del TJCE, del TPI y la propia Comisión, aplican las dos definiciones de *United Brands*<sup>389</sup> y *Hoffmann-La Roché*<sup>390</sup>.

---

78/70. RJ 1971 § 17. Véase Valentine Korah. “Concept of a Dominant Position within the meaning of article 86”. En *Common Market Law Review* N° 17, 1980 pp. 395 y ss. 398

<sup>385</sup> Sentencia TJCE 26-6-1978. *United Brands Continental BV/Comisión*. Caso 27/76. RJ 349. § 65.

<sup>386</sup> “La posición dominante se relaciona a una posición de fuerza económica disfrutada por una empresa, que le permite impedir la competencia efectiva que está siendo mantenida en el mercado relevante, permitiéndole el poder de comportarse, en una medida apreciable, independientemente, respecto de sus competidores, clientes y, en último término de sus consumidores” Definición del TJCE en la Sentencia de 13 de febrero de 1979 As. 85/76 *Hoffmann-La Roché*, confirmada en sentencias posteriores, Rec. 1979, p. 461. § 39

<sup>387</sup> Sentencia TJCE de 9-11-1983. Caso NVNederlandsche Baden Industrie *Michelin v. Comisión de la CE*. Causa 322/81. RJ 1983 p. 3461 y ss. § 30. “Consecuentemente, el art. 86 [actual art. 82]prohíbe cualquier abuso por una empresa en posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial de él en la medida que afecta el comercio entre los estados miembros, es decir, en la medida que prohíbe cualquier abuso de una posición de fuerza económica disfrutada por una empresa que le permite impedir el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado relevante, permitiéndole comportarse en una apreciable extensión independientemente de sus competidores y clientes y por último de los consumidores”. Se ha invocado esta definición, en casos en los que la restricción o la total supresión de la competencia se ha visto favorecida por disposiciones legislativas, o tratándose de un monopolio de hecho. Véanse: Decisión de la Comisión CE de 11-6-1998 *Alpha Flight Services/Aéroports de Paris* (98/513/CE) DOCE L230/10 de 18.8.98. § 72. En similar sentido, § 52 Sentencia del TPI de 10-07-1991. *British Telecommunications c/Comisión*. As. 70/89. RJ 1991 p. II- 0535; § 49 de la Sentencia del TPI Caso T-76/89 *ITP/Comisión*, y § 63 de Sentencia del TPI de 10-07-1991. *Radio Telefis Eirean c/ Comisión*. As. T-69/89. RJ 1991 p. II-0485

<sup>388</sup> § 10 de la Comunicación para la definición del mercado de referencia ya citada. Véase también § 2 de las Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas ya citada. Y § 70 de las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales ya citada.

<sup>389</sup> Casos en los que se ha invocado la definición del caso *United Brands*, junto con la definición *Hoffmann-La Roché* § 47 Sentencia TJCE 15-12-1994. *Goettrup-Klim E.A. Grovwareforeninger contra Dansk Landbrugs Govvareselskab AmbA (DLG)* Cuestión Prejudicial As. C-250/92. RJ 1994 p. I-5641. § 90 de la Sentencia del TPI de 12-12-1991. *Hilti c/ Comisión*. As. T-30/89. RJ 1991 p. II-1439. § 55 de la Decisión de la Comisión CE de 18-7-1988. *Napier Brown c/ British Sugar*. DOCE L284/41. 19-10-88. § 256 de la Decisión de la Comisión CE de 11-3-1998 *Van den Bergh Foods Limited* (98/531/CE) L246/1 4.9.1998. § 147 de la Sentencia del TPI de 12-12-2000 *Aéroports de Paris c/ Comisión de la CE y Alpha Flight Services* As. T-128/98.

<sup>390</sup> Casos donde se ha invocado la definición del caso *Hoffmann-La Roché*: Véanse: § 60 de la Sentencia TJCE de 3-7-1991. *Akzo Chemmie BV y Akzo Chemmie UK Ltd c/ Comisión*. Caso C-62/86.RJ 1991 p. 3439. Decisión de la Comisión CE 5-12-1988. *British Plasterboard Plc*. DOCE L052/42. Sentencia TPI de 1-4-1993. *British Plasterboard Plc. c/ Comisión*. Caso. T-65/89. RJ 1993p. II-0389 § 47 de la

La doctrina, recoge también las definiciones del TJCE de los casos *United Brands* y *Hoffmann-La Roche*<sup>391</sup>. No existe ninguna distinción entre las definiciones anotadas, ya que todas se refieren a ambos elementos o habilidades del dominio, poder para elevar los precios e independencia de comportamiento respecto a los demás operadores en el mercado.

La definición del dominio que es mantenida por la jurisprudencia del caso *United Brands*, fue puesta como evidencia demostrativa de la falta de dominio por *Wanadoo Interactive* ante la Comisión<sup>392</sup>, alegando que el comportamiento asumido por la empresa se efectuó considerando la actitud de sus competidores, y la empresa estuvo en realidad “bajo la presión de competidores existentes y potenciales”. Alegaban que de

---

Sentencia TJCE 15-12-1994. *Goettrup-Klim E.A. Grovwareforeninger contra Dansk Landbrugs Govvareselskab AmbA (DLG)*. Decisión de la Comisión CE de 22-12-1987. *Eurofix-Bauco contra Hilti*. DOCE L65/19 11.03.1988 . § 90 de la Sentencia del TPI de 12-12-1991. *Hilti c/. Comisión*. As. T-30/89. RJ 1991 p. II-1439. Sentencia TJCE de 2-3-1994. *Hilti c/ Comisión*. As. C-53/92P. RJ 1994 p. I-0667. § 100 de la Decisión de la Comisión CE de 14-5-1997. *Irish Sugar Plc*. DOCE L258/1 de 22-9-1997 . § 70 de la Sentencia TPI 7-10-1999. *Irish Sugar Plc c/. Comisión* As. T-228/97. RJ 1999. Sentencia TPI 18-9-1995. *Landbroke Racing Deutschland Ost GmbH./Comisión* As.T-548/93. RJ 1995 pp. II-2565. Sentencia del TJCE de 11-12-1980. *NV L'oréal and S.A. L'oréal c/. PVBA de Nieuwe AMCK*. Cuestión Prejudicial. 31/80. RJ 1980 pp. 3775 y ss. § 118 de la Decisión de la Comisión de 12-4-1999, *P&I Clubs, IGA*. DOCE L125, 19-05-1999 p. 12-31. Decisión de la Comisión CE de 24-7-1991. *Tetra Pak II*. DOCE L72/1 de 18.3.92 § 114 de la Sentencia TPI de 6-10-1994 *Tetra Pak II/Comisión*. Asunto T-83/91 RJ. 1994 p. II-755. Sentencia TJCE de 14-11-1996. *Tetra Pak International SA./Comisión* As. C-333/94P. RJ 1996 p. I-5951. § 256 de la Decisión de la Comisión CE de 11-3-1998 *Van den Bergh Foods Limited* (98/531/CE) L246/1 4.9.1998. § 87 de la Decisión de la Comisión CE de 14-7-1999. *Virgin/British Airways*. DOCE L030 de 04-02-2000 p. 1-24. Decisión de la Comisión CE de 11-6-1998 *Alpha Flight Services/Aéroports de Paris* (98/513/CE) DOCE L230/10 de 18.8.98. § 147 de la Sentencia del TPI de 12-12-2000 *Aéroports de Paris c/ Comisión de la CE y Alpha Flight Services* As. T-128/98. *Trans-atlantic Conference Agreement c. Comisión*. DOCE L95 de 09-04-1999. P.00011. Celex 399DO243- N° IV/35134. Decisión de la Comisión *NDC Health/IMS HEALTH*. De 3-7-2001. Caso COMP D3/38044. §99 de la Sentencia TPI de 30-01-2007 *France Télécom c. Comisión CE* [2007] E.C.R. II-107. Recurrida ante el TJCE Caso C-202/07-P

<sup>391</sup> Varios autores, analizan la historia de las definiciones de dominio, véase: M.Waelbroeck y A. Frignani. *Derecho de la Competencia* Tomo I Edit. Bosch. Barcelona. 1998. Versión española por Ignacio Sáenz Cortabarría Fernández y Marta Morales Isasi. Pág. 306; H Schröter. “The concept of ‘Dominant Position’ in the practice of the Commission and the Case law of the Court” en Van Damme. *Le réglemmentation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire* Bruges de Tempel. Tempehoff. 1977. René Joliet. *Monopolization and Abuse of a Dominant Position. A Comparative Study of the American and European Approaches to the control of Economic Power* Faculté de Droit, Liège. La Haye 1970, pág. 229 y ss. Valentine Korah. *An introductory guide to EC Competition, Law and practice*. Ed. Sweet and Maxwell. Oxford 2007 pag. 79 ; John Temple Lang. *Some aspects of abuse of dominant positions in european community antitrust law*. Fordham International Law Forum. Volumen 3. 1979-80, Number 1, pág. 10. John Temple Lang. “Monopolisation and the Definition of “Abuse of a Dominant Position under article 86 EEC Treaty”. *C.M.L.R.* 1979 pp.345 y ss en 340. Xavier de Roux et Dominique Voillemot. *Le Droit de la concurrence de la Cee* 4 ed. 1982. Gide, Loyrete, Novel. Pág. 130; J. Schapira, G. Le Tallec, J-B Blaise y L. Idot. “*Droit Européene des Affaires*”. P.U.F. 1984-Paris. Pág. 244. Jaume Pellisé Capell. *Mercado Relevante, Posición de Dominio y Otras Cuestiones que Plantean los artículos 82 TCE y 6 LEDC*. Aranzadi 2003. En § 9. Alison Jones y Brenda Sufrin. *EC Competition Law*. Text, Cases and Materials. Oxford 2001, pág. 234. Berthold Goldman, Antoine Lyon-Caen, Louis Vogel. *Droit Commercial Européen*. 5 Ed. Ed. Précis Dalloz. 1994 París, § 538. entre otros.

<sup>392</sup> Decisión de la Comisión de 16 de julio de 2003, Asunto COMP/38.233 *Wanadoo Interactive*.

acuerdo a este análisis, el nivel de precios fijado en si mismo es una demostración de la presión competitiva. La Comisión señaló que el poder de comportarse independientemente no significa que la empresa dominante esté en una posición de total invulnerabilidad respecto a sus competidores existentes o potenciales. El requerimiento de ninguna invulnerabilidad convertiría en irrelevante al concepto de abuso de posición de dominio, ya que, en este caso, la empresa dominante, protegida de cualquier riesgo competitivo no tendría necesidad de vincularse en comportamientos diseñados para eliminar a empresas rivales. El hecho que una empresa ostente una posición dominante no significa que no tenga presión competitiva. La posición dominante permite simplemente a la empresa relevante “si no determinar, al menos tener una influencia apreciable sobre las condiciones bajo las que esta competencia se desarrollará, y en cualquier caso, actuar en gran medida sin considerarla, de tal modo que esta conducta no vaya en su detrimento”<sup>393</sup>.

Una empresa que se encuentre en posición de dominio, no la convierte en sospechosa de ilegalidad, el TPI ha señalado que el artículo 82 no puede ser interpretado como convirtiendo ilegal un contrato para la compra o venta de bienes bajo el fundamento que una de las partes está en posición dominante, la Comisión no puede requerir a una empresa en posición dominante que no efectúe compras que le permitan mantener o reforzar su posición en el mercado, si esta empresa al hacerlo, no recurre a métodos que sean incompatibles con las normas de competencia.<sup>394</sup>

La definición de dominio implica: (1) la facultad de la empresa de oponerse al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante; (2) la capacidad de actuación independiente respecto a proveedores, competidores, clientes y consumidores.

Estas dos facultades, están relacionadas<sup>395</sup>, así, lo reconocieron la Comisión en *Akzo*<sup>396</sup>, y el TJCE en *United Brands*<sup>397</sup>, que ambas habilidades están interconectadas: por un

---

<sup>393</sup> § 39 de la Sentencia *Hoffmann-La Roché* citada.

<sup>394</sup> Sentencia TPI de 11-07-2007. *Alrosa Company Limited c/ Comunidad CEE*. As. T-170/06. §146.

<sup>395</sup> Entre la doctrina que reconoce que la definición de dominio contiene estos dos elementos véase: Barry Hawk. *United States Common Market and international antitrust*. 1994. Prentice Hall Law & Business. Pág. 797; pág. 797. John Temple Lang. “Some aspects of abuse of dominant positions in european community antitrust law.” En *Fordham International Law Forum*. Volumen 3. 1979-80, Number 1. pp. 34-35. Alison Jones y Brenda Sufrim. *EC Competition Law*. Text, Cases and Materials. Oxford 2001, pág. 235. Bishop y Walker, ob. cit. pág. 104; Jaume Pellisé Capell. *Mercado Relevante, Posición de Dominio y Otras Cuestiones que Plantean los artículos 82 TCE y 6 LEDC*. Aranzadi 2003. § 15, el autor los denomina dos rasgos definatorios o elementos, Richard Whish. *Competition Law* 3 Ed. Butterworths.

lado, la estructura de la empresa, que refleja su habilidad de comportarse independientemente, lo que implica también el poder para excluir la competencia efectiva, y que sin embargo, no se identifica en todos los casos, con la independencia de los factores competitivos, ya que incluye también la habilidad para eliminar o debilitar seriamente a los competidores existentes o evitar la entrada de los competidores potenciales. La segunda habilidad, comprende por tanto, el análisis de la existencia de las barreras a la entrada o a la expansión de los competidores.

La Guía para la aplicación del artículo 82 a los abusos de exclusión<sup>398</sup> también se refiere a estas dos habilidades: la noción de independencia está relacionada al grado de coacción competitiva ejercitada por la empresa en cuestión. El dominio implica que estas coacciones competitivas no son suficientemente efectivas y entonces que la empresa en cuestión disfruta de poder de mercado sustancial durante un período de tiempo. Esto significa que las decisiones de la empresa son considerablemente insensibles a las acciones y reacciones de los competidores, de los clientes y finalmente de los consumidores. La Comisión considerará que algunas coacciones competitivas están ausentes incluso cuando exista alguna competencia real o potencial.

Algunos autores<sup>399</sup>, consideran que la diferencia de ambas expresiones es de orden sustancialmente formal: la posición de dominio es el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva, y la referencia al poder de la empresa no presupone, hacer caso omiso de la situación de competencia en el mercado. A veces el poder para sustraerse a una competencia efectiva, se ha transformado en poder para obstaculizar el mantenimiento de la competencia. Sustraerse a una competencia efectiva implica que se obstaculiza su mantenimiento y también al contrario.

Sin embargo otros<sup>400</sup> al reconocer los dos elementos de la definición, sugieren que la cuestión esencial es la habilidad de actuar independientemente en el mercado: lo que concuerda con la definición que dan los economistas al poder de mercado. La inclusión de la frase “impedir la competencia efectiva” debería ser considerada como descriptiva y no prescriptiva. La aplicación de la política de competencia a la conducta de esta

---

2003, pág. 260. Londres U.K. Valentine Korah. *An introductory guide to EC Competition, Law and practice*. Ed. Hart Publishing. Oxford 2.007.

<sup>396</sup> § 67 de la Decisión *Akzo* ya citada.

<sup>397</sup> Sentencia TJCE *United Brands*/Comisión ya citada, § 67.

<sup>398</sup> §10 de la Guía para la aplicación del artículo 82 a los abusos de exclusión citado.

<sup>399</sup> Berthold Goldman y Lyon Caen. *Derecho Comercial Europeo*. Madrid 1984. § 553. John Temple Lang. “Some aspects of abuse of dominant positions in european community antitrust law.” En *Fordham International Law Forum*. Volumen 3. 1979-80, Number 1. pp. 1-51. En 10.

<sup>400</sup> Richard Whish. *Competition Law* 3 Ed. Butterworths. 2003. Londres U.K. pág. 260. Valentine Korah. *An introductory guide to EC Competition, Law and practice*. Ed. Hart Publishing. Oxford 2.007.

empresa, protegerá a aquellos con quienes contrata. Sin embargo, el concepto de ‘fuerza económica ... que le permite impedir la competencia efectiva’, indica una idea diferente: la habilidad de aniquilar y mantener a otras empresas fuera del mercado<sup>401</sup>. Este comportamiento estratégico estará controlado por la Comisión para ayudar a los competidores de la empresa. Esta fuerza no necesariamente implica poder sobre el precio. Se refiere al poder de mercado que ostenta una posición dominante a nivel horizontal, en sus relaciones con los competidores.<sup>402</sup>

Pero en este contexto, el Tribunal no parece considerar el test como separado<sup>403</sup>, en cuyo caso, la nueva definición no daña. En el entendido que no hay sustitutos, la habilidad de excluir competidores, si es ejercida, conducirá a una ausencia de presiones competitivas.

Por último, hay otros autores que prefieren la definición de dominio en términos económicos, y justifican que el rechazo en aceptar una definición económica precisa del dominio se debe en parte a que el derecho de competencia comunitario está implicado más allá del criterio económico, debido al objetivo de la integración del mercado.<sup>404</sup>

La Comisión en su Guía para la aplicación del artículo 82 a los abusos de exclusión invoca<sup>405</sup> la definición del TJCE en *United Brands*, y especifica que esta noción de independencia está relacionada al grado de coacción competitiva ejercida sobre la implicada. El dominio implica que estas coacciones competitivas no son suficientemente efectivas y entonces que la empresa en cuestión disfruta durante un período de tiempo de poder de mercado sustancial. Esto significa que las decisiones de la empresa son considerablemente insensibles a las acciones y reacciones de los competidores, clientes y finalmente, de los consumidores. La Comisión considerará que las coacciones competitivas efectivas están ausentes incluso cuando permanezca alguna competencia real o potencial.<sup>406</sup> En general, la posición dominante se deriva de una combinación de muchos factores que no son necesariamente determinantes si se consideran separadamente.

---

<sup>401</sup> Señaló también al respecto : “parece referirse a la habilidad de excluir competidores” Valentine Korah. “Concept of a Dominant Position within the meaning of article 86”. En *Common Market Law Review* N° 17, 1980 pp. 395 y ss 398.

<sup>402</sup> H. Schröter, *ob. cit.* pág. 450.

<sup>403</sup> John Temple Lang. “Some aspects of abuse of dominant positions in european community antitrust law.” En *Fordham International Law Forum*. Volumen 3. 1979-80, Number 1. pp. 1-51.4 y 10.

<sup>404</sup> Bishop y Walker, *ob.cit.* pág. 104.

<sup>405</sup> § 10 de la Guía de la Comisión para la aplicación del artículo 82 a los abusos de exclusión citado. Véase también § 22 – 23 del Documento de la Comisión

<sup>406</sup> Sentencia TJCE *United Brands* citada § 113-121. Sentencia TPI *Atlantic Container Line y otros c. Comisión* ECR II-875 2002, §330

La determinación de una posición dominante por la Comisión, incluso cuando pueda influir en la práctica en la política y estrategia comercial futura de la empresa implicada, no tiene efectos legales vinculantes. La determinación de la posición de dominio, es el resultado de un análisis de la estructura del mercado y de la competencia existente en el momento que la Comisión adopta cada decisión, y por tanto, está referida a un tiempo determinado en el que la empresa ostentaba un determinado nivel de poder de mercado que permitirá apreciar su posición de dominio. La conducta que se alega a la empresa considerada como una posición dominante, que subsecuentemente viene a adoptarse con el objeto de evitar una posible infracción del artículo 82 está así determinada por los parámetros que reflejan las condiciones de competencia en un mercado en un tiempo dado.<sup>407</sup> El criterio de la Comisión está basado en el elemento temporal, que es crucial en la determinación del dominio, en ausencia de barreras sustanciales a la entrada, las fuerzas del mercado asegurarán que el dominio desaparece en el largo plazo. Así, nuevas empresas inevitablemente accederán al mercado, atraídas por los beneficios supra competitivos obtenidos por la empresa dominante, y diluirán el poder de mercado y la posición de la empresa. Sin embargo, durante el período de tiempo necesario para que los nuevos entrantes establezcan una presencia en el mercado, la empresa dominante, puede vincularse en prácticas de exclusión o prácticas abusivas con el objeto de asegurar su posición en el mercado. Prácticas que impedirá la política de competencia.<sup>408</sup>

La posición dominante, no es sinónimo de monopolio.<sup>409</sup> Una posición dominante puede ser ostentada por un grupo de empresas<sup>410</sup>, mientras que el monopolio no. Sin embargo, la noción de monopolio se inserta en la de posición dominante, en cuanto que tienen la misma facultad de actuar de manera independiente respecto a los demás operadores en el mercado. Cuando hay un solo operador en el mercado, puede tratarse de un monopolio legal, cuya posición de dominio está garantizada por una disposición legal o administrativa<sup>411</sup>, o un monopolio de hecho<sup>412</sup>, lo importante de la relación entre

---

<sup>407</sup> ¶81 de la Sentencia TPI de 22 Marzo 2000 *Coca-Cola* Casos acumulados T-125/97 y T-127/97.

<sup>408</sup> FAULL; Jonathan, y NIKPAY, Ali. *The EC Law of Competition*. Oxford University Press. 1999, pág. 123.

<sup>409</sup> Berthold Goldman y Lyon Caen. *Derecho Comercial Europeo*. Madrid 1984. Para. 553.

<sup>410</sup> Jean Pierre Dubois. *La Position dominante et son abus* Libraires Techniques. 1968. París. P. 44.

<sup>411</sup> Los monopolios públicos o empresas a las que se les ha concedido derechos exclusivos para operar en un mercado particular, siempre serán consideradas de estar en posición dominante, su mercado constituye el mercado de referencia. La jurisprudencia ha establecido que puede considerarse que una empresa que disfruta de un monopolio legal sobre una parte sustancial del mercado común, ocupa una posición

el monopolio y la posición dominante, es que implique una ausencia total de competencia, en la existencia de barreras a la entrada como por ejemplo, la invocada

---

dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado. En la jurisprudencia comunitaria sobre los casos de abuso de posición de dominio, encontramos monopolios en los mercados para los certificados de conformidad de los vehículos importados, servicios de telecomunicaciones, venta, mantenimiento y reparación de equipos de telecomunicaciones, servicios de empleo, servicios de pilotaje y otros servicios en los puertos marítimos y aeropuertos, servicios de envíos postales, etc. Véase por ejemplo: Sentencia TJCE *Merci Convenzionali Porto di Genova Spa/Siderurgica Gabrielli SpA*. “Puerto de Génova I”. Cuestión Prejudicial C-179/90. RJ p. I5889 § 14. Sentencia del TJCE 17-5-1994. *Corsica Ferries Italia Srl. C. Corpo dei Piloti Del Porto di Genova* Cuestión Prejudicial As. C-18/93. RJ 1994 p. I-1783. § 40. Sentencia TJCE 18-6-1998. *Corsica Ferries France SA c/. Grupo Antichi Ormeggiatori del Porto di Genova Coop. Arl. Y otros*. Cuestión Prejudicial C-266/96. RJ 1998 p. I-3949 Para. 39. Sentencia de 17-7-1997 *GT-Link A/S contra De Danske Statsbaner (DSB)* Cuestión prejudicial C-242/95. RJ 1997 p. I-4449 § 35. Decisión de la Comisión CE de 21-12-93. *Rödby-Puttgarden*. DOCE L055/52. 26-2-94 § 10. Decisión de la Comisión CE 29-3-1994. *Deutsche Bundesbahn y otros*. DOCE L104/34 29-4-1994 § 140. Sentencia TPI 21-10-1997 *Deutsche Bahn AG/Comisión*. As. T-229/94. RJ 1998 § 57. Sentencia del TJCE de 13-12-1991. *Régie des télégraphes et des téléphones c. GB-Inno-BM S.A.* Cuestión Prejudicial C-18/88. § 17. Sentencia TJCE de 3-10-1985, *SA Centre Belge d'etudes de marché-télémarketing vs. SA Compagnie Luxembourgeoise de télédiffusion y SA Information publicité benelux*, JO C 281 de 2-11-1985, p. 3261. Decisión de la Comisión CE 28-6-1995. *Aeropuerto de Bruselas/British Midland*. DOCE L216 de 12-9-95 p. 0008. § 11. Decisión de la Comisión CE de 26 de julio de 2000. *Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (“AENA”)*. DOCE L208 de 18-08-2000. § 41. Decisión de la Comisión CE de 10-2-1999. *Ilmailulaitos/Luftfartsverket*. Celex 399D0198. N° 1999/198/EC. DOCE L 069 de 16/03/1999 p. 0024 – 0030. § 33. Decisión de la Comisión CE de 11-6-1998 *Alpha Flight Services/Aéroports de Paris (98/513/CE)* DOCE L230/10 de 18.8.98. § 73. Sentencia del TPI de 12-12-2000 *Aéroports de Paris c/ Comisión de la CE y Alpha Flight Services* As. T-128/98. Decisión de la Comisión CE de la Comisión CE14-1-1998. *Flughafen Frankfurt/Main AG*. L72/30 de 11-3-1998, § 59. *Hoefner y Elser/Macroton*. Cuestión Prejudicial. C41/90 RJ 1991 p. I-1979, § 28. Sentencia TJCE de 30-04-1974, caso Giuseppe Sacchi, Rec. 1974 págs. 409 y ss. Sentencia TJCE 27-4-1994. *Ayuntamiento de Almelo y otros c/. NV Energiebedrijf Ijsselmij*. Cuestión Prejudicial C-393/92. RJ 1994 p. I-1477 Decisión de la Comisión CE de 2.7.1984. *British Leyland*. DOCE L207/11 02.08.1984 Sentencia de 11-11-1986. *British Leyland Limited Company c/. Comisión de la C.E.* Causa 226/84. RJ 1986 p. 3263. § 27; Decisión de la Comisión CE de 19-12-1974. *General Motors Continental NV*. DOCE 1029/14. 03-2-1975. Sentencia del TJCE de 13-11-1975. *General Motors Continental NV v. Comisión de las Comunidades Europeas* Caso 26/75. RJ 1975 p. 1367. § 12. Sentencia del TJCE de 5-10-1994. *Coopérative CEIAM Y Centre de la Crespelle*. Cuestión Prejudicial C-323/93 RJ 1994 p. I-5077. § 25. Sentencia TJCE de 23-4-1991. Sentencia del TJCE de 10 de febrero de 2000 Cuestiones Prejudiciales acumuladas C-147/97 y C-148/97, *Deutsche Post AG y Gesellschaft für Zahlungssysteme mbH (GZS)* (asunto C-147/97), *Citicorp Kartenservice GmbH* (asunto C-148/97) § 57; ¶ 88 de la Decisión de la Comisión de 25-7-2001 *Deutsche Post AG*. DOCE L 331/40 de 15-12-2001. Sentencia TJCE 16-11-1977. *G.B. Inno-BM/ ATAB*. Cuestión prejudicial 13-77 RJ 1977 p. 2115, § 25. Sentencia del Tribunal de 17 May 2001. Cuestión Preliminar C-340/99, *TNT Traco SpA y Poste Italiane SpA*, y otros Decisión de la Comisión CE de 21-12-2000. *Poste Italiane SpA*. DOCE L 063 de 03/03/2001 p. 53-66. Sentencia de 12-2-1992. *Países Bajos y otros c/Comisión*. Ass. C-48/90 y C-66/90. RJ 1992 p. I-0545 Sentencia TJCE 5-10-88. *ALSATEL/NOVASAM*. Cuestión Prejudicial As. 247/86. RJ 1988 p. 5987. Decisión de la Comisión CE de 10-12-82. *British Telecommunications*. DOCE L360/36. 21-12-1982. Sentencia de 20-03-1985. *United Kingdom Post Office and British Telecommunications c/. Comisión (o Italia c/ Comisión)* Caso 41/83 ECR 880. Sentencia TJCE de 21-9-1999. *Maatschappij Drijvende Bokken BV/Stichting y otros*. Cuestión Prejudicial C-219/97. RJ 1999. § 81.

<sup>412</sup> Véase al respecto Decisión de la Comisión CE de 29-10-1981. *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH*. DOCE L370/49. 28-12-1981. Sentencia TJCE 2-3-1983. *GVL c/. Comisión*. Caso 7/82. RJ 1983 p. 0483 – 0510. § 44.- “... el mercado en el que GVL es activa es el mercado en servicios relacionados a la gestión de los derechos de explotación secundaria, conferido en las presentaciones de artistas y fabricantes en Alemania, que estaría precisamente diferenciado de las actividades de otras empresas vinculadas en la explotación de derechos. GVL tiene un monopolio de hecho en este mercado en Alemania, es decir, en una parte sustancial del mercado común”. Véase además Decisión de la Comisión CE de 21-12-1988. *ITP, BBC, RTE*. DOCE L078/43. Sentencia del TPI de 10-07-1991. *Radio Telefis Eirean c/ Comisión*. As. T-69/89. RJ 1991 p. II-0485 Sentencia del TPI de 10-07-1991. *Independent Television Publications c/Comisión*. As. T-76/89 RJ 1991 p. II-0575. Sentencia del TPI de 10-07-1991. *British Telecommunications c/Comisión*. As. 70/89. RJ 1991 p. II- 0535. Sentencia del TJCE de 06-4-1995. *RTE e ITP/ Comisión* As. Acum. C-241/91P y C-242/91P RJ 1995 p. I-0743.

disposición gubernamental. En ausencia de barreras a la entrada de nuevos operadores en el mercado, el monopolio no está en posición dominante, ya que el mercado está abierto a la entrada de competencia potencial que convierte al mercado en competitivo, en este caso, concordamos con Fikentscher en que monopolio y competencia no son contrarios.<sup>413</sup>

De los casos de abuso de posición de dominio, analizados, incluyendo las cuestiones prejudiciales, hay un considerable número de casos de monopolios legales, incluyendo sectores a los que se está aplicando la política de liberalización de los mercados comunitarios. En estos casos, la jurisprudencia ha definido la posición de dominio, invocando la definición del TJCE en los casos *General Motors*<sup>414</sup>, *GB Inno/Atab*<sup>415</sup>, *Italia/Comisión*<sup>416</sup> y *Telemarketing*<sup>417</sup>. La definición diferente radica más en la fuente que le confiere el poder de mercado que en su diferencia respecto a una posición de dominio.<sup>418</sup> En un monopolio, la disposición legislativa o reglamentaria constituye una barrera que le confiere el poder económico.<sup>419</sup>

---

<sup>413</sup> Borchardt Fikentscher, citado por Jean Pierre Dubois. *La Position dominante et son abus* Libraires Techniques . 1968. París. Pp. 45.

<sup>414</sup> *Sentencia del TJCE de 13-11-1975. General Motors Continental NV v. Comisión de las Comunidades Europeas Caso 26/75. RJ 1975 p. 1367. § 9.* “Este monopolio legal, combinado con la libertad del fabricante o agente autorizado único para fijar el precio para su servicio, conduce a la creación de una posición dominante dentro del significado del artículo 86 como, por alguna forma dada, el procedimiento de aprobación puede sólo ser implementado en Bélgica por el fabricante u agente oficialmente autorizado bajo las condiciones fijadas unilateralmente por esta parte.”

<sup>415</sup> *Sentencia TJCE 16-11-1977. G.B. Inno-BM/ ATAB. Cuestión prejudicial 13-77 RJ 1977 p. 2115, § 25*

<sup>416</sup> *United Kingdom Post Office and British Telecommunications c/. Comisión (o Italia c/ Comisión) Caso 41/83 ECR 880*

<sup>417</sup> *Sentencia TJCE de 3-10-85. Compagnie Luxembourgeoise de télédiffusion S.A. (CLT). As. 311/84. RJ 1985 p. 3261 – 3279. § 16.*

<sup>418</sup> En estos casos, el dominio se define: “(...) una empresa ocupa una posición dominante para los propósitos del artículo 86 [actual artículo 82] cuando disfruta de una posición de fuerza económica que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante permitiéndole comportarse de forma apreciable, independientemente de sus competidores, clientes y por último de los consumidores. El hecho que la ausencia de competencia o su limitación en el mercado relevante sea implementada o propiciada por las normas establecidas en una ley no precluye la aplicación del artículo 86 [actual artículo 82], (...)” (§ 16). § 26 *Sentencia TJCE 4-5-88. Corine Bodson /Pompes Funèbres. Cuestión Prejudicial As. 30/87. RJ 1988 p. 2479.* Véase además *Sentencia del TPI de 12-12-2000 Aéroports de Paris c/ Comisión de la CE y Alpha Flight Services As. T-128/98: 150* “ADP entonces, ostenta el poder económico que le permite evitar que la competencia efectiva sea mantenida en el mercado relevante dándole la oportunidad de actuar independientemente” (ver, en este respecto, *General Motors/Comisión*, pag. 1367 y *British Leyland/Comisión* § 9)

<sup>419</sup> Véase por ejemplo: el § 17 de la *Sentencia del TJCE de 18-02-1971. Sirena Company. Cuestión Prejudicial As. 40/70.* Y además, la *Sentencia del TJCE 17-5-1994. Corsica Ferries Italia Srl. C. Corpo dei Piloti Del Porto di Genova Cuestión Prejudicial As. C-18/93. RJ 1994 p. I-1783, § 41.* Y la *Sentencia TJCE 10-12-1991. Mercati Convenzionali Porto di Genova Spa/Siderurgica Gabrielli SpA. “Puerto de Génova I”. Cuestión Prejudicial C-179/90. RJ p. I5889. § 15.* Ambos citados en otros casos. Al contrario, si la empresa no posea en el mercado regional o no posea una parte sustancial del mercado interno, véase *Sentencia TJCE 5-10-88. ALSATEL/NOVASAM. Cuestión Prejudicial As. 247/86. RJ 1988 p. 5987.* En los demás casos, véase el capítulo primero, en el § de ámbito objetivo de aplicación del artículo 82.



### 3.3.3. Los factores de la Posición de Dominio

Una empresa en posición de dominio, protegida por una norma legal, se trata de un monopolio, donde no es necesario acreditar esta posición.<sup>420</sup>

Hay casos donde las empresas implicadas, han reconocido que ostentan una posición de dominio, lo que no exonera a las autoridades comunitarias en demostrar que ostentan una posición de dominio.<sup>421</sup>

El TJCE en *United Brands* señaló que la existencia de una posición de dominio se deriva de la consideración de varios factores que están relacionados con la estructura del mercado y la conducta competitiva.<sup>422</sup> Lo que refleja los dos criterios convergentes sobre los que las autoridades comunitarias definen la posición de dominio, analizada en el capítulo anterior: caracterizada como de estructura-comportamiento<sup>423</sup>: la facultad de adoptar un comportamiento independiente en el mercado y la posibilidad de obstaculizar una competencia efectiva<sup>424</sup>.

El criterio estructural considera cuál es la posición de la empresa en el mercado, donde será necesario analizar, el tamaño y características de la empresa, así como el número, tamaño y dinamismo de los competidores reales o potenciales. El criterio del comportamiento se aprecia considerando la forma cómo ejerce la empresa este poder.<sup>425</sup>

---

<sup>420</sup> § 7 de la Decisión de la Comisión CE de 19-12-1974. *General Motors Continental NV*. DOCE 1029/14. 03-2-1975, confirmado por Sentencia del TJCE de 13-11-1975. *General Motors Continental NV v. Comisión de las Comunidades Europeas* Caso 26/75. RJ 1975 p. 1367.

<sup>421</sup> Véase por ejemplo: Decisión de la Comisión CE 5-12-1988. *British Plasterboard Plc*. DOCE L052/42. Sentencia TPI de 1-4-1993. *British Plasterboard Plc. /Comisión*. Caso. T-65/89. RJ 1993p. II-0389. Sentencia TJCE 6-4-1995. *BPB Industries Plc y British Gypsum Ltd*. Asunto C-310/93P. RJ 1995 P. I-0865. Conclusiones del Abogado General P.Leger de 31-12-1994. Decisión de la Comisión CE de 22-12-1987. *Eurofix-Bauco contra Hilti*. DOCE L65/19 11.03.1988. Sentencia del TPI de 12-12-1991. *Hilti c/. Comisión*. As. T-30/89. RJ 1991 p. II-1439. Sentencia TJCE de 2-3-1994. *Hilti c/ Comisión*. As. C-53/92P. RJ 1994 p. I-0667. Conclusiones del Abogado General F.G. Jacobs presentadas el 10-11-1993. Y recientemente Decisión de la Comisión CE de 24-03-2004, caso COMP/C-3/37.792 *Microsoft Corporation/Sun Microsystems*, § 429. Donde Microsoft ha reconocido ante la Comisión que ostentaba una posición de dominio en el suministro de Sistemas Operativos para ejecutar en ordenadores personales

<sup>422</sup> Sentencia TJC *United Brands/Comisión* ya citada, § 67.

<sup>423</sup> H.W. de Jong “Regulating the Behaviour of Monopolies and Dominant Undertakings in Community Law, ed. Van Damme (Bruges, 1977).

<sup>424</sup> Jaume Pellisé Capell. *Mercado Relevante, Posición de Dominio y Otras Cuestiones que Plantean los artículos 82 TCE y 6 LEDC*. Aranzadi 2003.

<sup>425</sup> La Comisión en su Documento, limitaba el análisis a los factores estructurales, y señala: “Al conducir este análisis, es relevante considerar en particular la posición de mercado de la alegada empresa dominante, la posición de mercado de los competidores, las barreras a la expansión y a la entrada, y la posición de mercado de los compradores”. No estábamos de acuerdo con este enfoque, ya que la metodología del análisis necesariamente implica que en la determinación del dominio se tenga en cuenta también los factores de comportamiento, por ejemplo, si la empresa practica discriminación en el precio, si la empresa tiene clientes cautivos, cuestiones que nos explicarán algunos datos que no proporciona la estructura del mercado. §28 del Documento de la Comisión.

El Informe del Departamento de Justicia norteamericano, también incluye en el análisis los factores de comportamiento.<sup>426</sup>

La Guía de la Comisión para el análisis de los abusos de exclusión, señala al respecto, que deben considerarse una serie de factores, se pueden incluir en éstos los criterios estructurales y los de comportamiento: En lo que se refiere a la estructura competitiva, se debe incluir en particular los siguientes factores:

(1) Las coacciones impuestas por los proveedores existentes y la posición de los competidores reales en el mercado (la posición en el mercado de la empresa dominante y sus competidores)

(2) Las coacciones impuestas por la amenaza creíble de la expansión futura por los competidores reales o la entrada por los competidores potenciales (la expansión y la entrada);

(3) Las coacciones impuestas por la fuerza negociadora de los clientes de la empresa (poder de compra compensador)<sup>427</sup>

Entonces, en la determinación del dominio, es necesario demostrar que en el mercado de referencia el grado de competencia se encuentra debilitado debido a la propia existencia de la empresa con un poder de mercado tan sustancial, que origina este efecto<sup>428</sup>.

Para ello será necesario dar énfasis a factores como el nivel de las barreras existentes en el mercado; a la fuerza y dinamismo de los competidores, si existen competidores iguales, pueden hacer un contrapeso efectivo en la competencia a la empresa implicada; así como a los factores de comportamiento, ya que constituyen la evidencia de que en el pasado y en el momento del análisis, la empresa hizo uso de su poder de mercado, y por último, el poder compensador de los clientes.

La doctrina aprueba el razonamiento, y la clasificación en factores estructurales y factores de comportamiento del TJCE, así, señalan que teóricamente hay dos vías para determinar si una empresa ocupa una posición dominante en el mercado; podemos

---

<sup>426</sup> Véase pág. 30 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano del Departamento de Justicia norteamericano, citado.

<sup>427</sup> §12 de la Guía para la aplicación del art. 82 a los abusos de exclusión

<sup>428</sup> § 91 de la Sentencia TJCE de 13-2-1979. *Hoffman-La Roche & Co. A.G. c/. Comisión de la CE*. Caso 85/76. RJ 1979 p. 459. “El concepto de abuso es un concepto objetivo relacionado al comportamiento de una empresa en posición dominante que es tal como para influir en la estructura de un mercado donde, como resultado de la presencia de la empresa en cuestión, el grado de competencia está debilitado y que a través del recurso a métodos diferentes de aquellos que condicionan la competencia normal en productos o servicios sobre las bases de las transacciones de los operadores comerciales, tiene el efecto de impedir el mantenimiento del grado de competencia aún existente en el mercado o el crecimiento de esta competencia.”

determinar la estructura del mercado en el que la empresa no está expuesta a ninguna competencia sustancial o bien podemos deducir de algunos comportamientos típicos de la posición sobre el mercado de la empresa. Prácticamente estaremos obligados a emplear las dos vías<sup>429</sup>. Sin embargo algunos autores critican la falta de consistencia de la jurisprudencia comunitaria con el análisis económico en algunos casos.<sup>430</sup>

- a) La posición de la empresa dominante y las de sus competidores: las cuotas de mercado:

El TJCE ha señalado que ‘La existencia de una posición dominante puede derivarse de muchos factores, que separadamente, no son necesariamente determinantes pero entre estos factores, uno considerablemente importante es la existencia de grandes cuotas de mercado.’<sup>431</sup>

El significado de la cuota de mercado depende de los hechos de cada caso concreto. La cuota de mercado sólo es un aproximado para el poder de mercado, que es el factor decisivo. Entonces, es necesario extender el análisis del dominio más allá de las cuotas de mercado, especialmente cuando se toma en cuenta la dificultad de definir los mercados relevantes.<sup>432</sup>

La Guía de la Comisión agrega que las cuotas de mercado se interpretarán a la luz de las condiciones del mercado relevante, y en particular de la dinámica del mercado y del grado de diferenciación de los productos. En los mercados volátiles y en los mercados de compra también serán tomadas en cuenta las variaciones o el desarrollo en el tiempo de las cuotas de mercado.<sup>433</sup>

---

<sup>429</sup> Deringer. “Les règles de concurrence au sein de la CEE, analyse et commentaire des articles 85 a 94 du Traité”, en *Revue du Marché Commun* de décembre de 1962, núm 64, pag. 444, véase también: M.Waelbroeck y A. Frignani. *Derecho de la Competencia* Tomos I y II. Edit. Bosch. Barcelona. 1998. Versión española por Ignacio Sáenz Cortabarría Fernández y Marta Morales Isasi. Jaume Pellisé Capell. *Mercado Relevante, Posición de Dominio y Otras Cuestiones que Plantean los artículos 82 TCE y 6 LEDC*. Aranzadi 2003. FAULL; Jonathan, y NIKPAY, Ali. *The EC Law of Competition*. Oxford University Press. 1999. Valentine Korah. *An introductory guide to EC Competition, Law and practice*. Ed. Hart Publishing. Oxford 2.007. Richard Whish. *Competition Law* 3 Ed. Butterworths. 2003. Londres U.K., entre otros.

<sup>430</sup> Valentine Korah. “Concept of a Dominant Position within the meaning of article 86”. En *Common Market Law Review* N° 17, 1980 pp. 395 y ss “Competition Policy in the New Economy: Is European Competition Law up to the Challenge?” Christian Ahlborn, David S. Evans y Atilano Jorge Padilla. E.C.L.R. 2001. Pp. 156 y ss. Entre otros.

<sup>431</sup> Sentencia *Hoffmann-La Roché* citada.

<sup>432</sup> C.W. Baden Fuller. “Article 86: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position” en *European Law Review*, 1.991 pp. 308-312. Véase también §32 del Documento de la Comisión.

<sup>433</sup> §13 de la Guía de la Comisión para el análisis del artículo 82 a los abusos de exclusión citada. Véase también el §20.

Desde el punto de vista económico, el número de competidores en un mercado, no siempre proporciona una buena indicación del nivel de competencia en este mercado, así por ejemplo, si hay competencia vigorosa en el precio, es suficiente que hayan dos competidores, para que exista competencia efectiva. Esto también sucedería si la entrada y la salida fueran fáciles y no costosas, porque la amenaza de la entrada mantendrá los precios bajos.

En cuanto al grado de diferenciación del producto, la Guía de la Comisión sobre los Abusos de Exclusión<sup>434</sup>, señala que los productos son diferenciados cuando difieren a la vista de los consumidores, por ejemplo, debido a la imagen de marca, las características del producto, la calidad del producto, el nivel de servicio o la ubicación del vendedor. El nivel de publicidad en un mercado sería un indicador de los esfuerzos de la empresa en diferenciar sus productos. Cuando los productos son diferenciados la restricción competitiva que puede diferir incluso cuando forman parte del mismo mercado relevante. Al valorar esta la restricción competitiva ejercida por los rivales, debe considerarse cuál es el grado de sustituibilidad de sus productos respecto aquellos ofrecidos por la supuesta empresa dominante. Puede ser que un rival con una cuota de mercado del 10% imponga una restricción competitiva mayor en una empresa con el 50% de cuota de mercado, respecto a otro rival que suministra el 20% de mercado. Este sería por ejemplo el caso donde la empresa con la cuota de mercado más baja y la supuesta empresa dominante venden productos de una marca remunerada, mientras el otro rival vende una marca de precio bajo.

a.1) El cálculo de las cuotas de mercado:

La Comunicación de la Comisión sobre la definición del mercado<sup>435</sup> establece que sobre la base de las ventas de los productos considerados en la zona estudiada, puede calcularse el tamaño total del mercado y las cuotas de mercado de cada proveedor. En la práctica, el tamaño del mercado y las distintas cuotas de mercado a veces se pueden obtener de fuentes existentes en el mercado, tales como estimaciones de las empresas o estudios encargados a consultores de empresas y/o asociaciones profesionales. Cuando no se hace así, o cuando las estimaciones disponibles no son fiables la Comisión suele pedir a cada proveedor del mercado de referencia que le comunique su volumen de

---

<sup>434</sup> §13 de la Guía de la Comisión citada. Véase también el § del Documento de la Comisión

<sup>435</sup> Comunicación de la Comisión sobre la Definición del mercado, § 53-55.

ventas con el fin de calcular el tamaño total del mercado y las cuotas de mercado respectivas.

En *Hoffmann-La Roché*, fueron utilizados tres métodos.<sup>436</sup> En el caso de los productos a granel, se da preferencia al volumen, mientras que en el caso de productos diferenciados (es decir, de marca), a menudo se considera que las ventas expresadas en valor y la consiguiente cuota de mercado, reflejan mejor la posición de poder de cada proveedor. Si los productos relevantes son heterogéneos, con niveles variados de precios, las cuotas por valor serán los indicadores más importantes de la fuerza del mercado<sup>437</sup>. Algunos economistas prefieren que la cuestión sea resuelta considerando la cantidad de bienes vendidos esto es el valor<sup>438</sup>

#### a.2) La cuota de mercado significativa.

La existencia de grandes cuotas de mercado son indicativas en si mismas, salvo circunstancias excepcionales de una posición de dominio. Esta afirmación del TJCE en *Hoffmann-La Roché*, implica dos cuestiones: primero, al reconocer que en “circunstancias excepcionales” las grandes cuotas de mercado no significan que una empresa es dominante; y segundo, la cuota de mercado considerable debe existir “durante algún tiempo”. Sin embargo, al considerar el poder de mercado, los economistas argumentarán que es de importancia particular el ejercicio del poder de mercado en el tiempo. Una gran cuota de mercado ostentada por un corto tiempo antes de la emergencia de nueva competencia sugeriría que nunca hubo poder de mercado. Lo señalado en *Hoffmann-La Roché* deja claro que una empresa puede argumentar por ejemplo, que las barreras a la entrada en una industria son tan bajas que la nueva competencia puede emerger pronto, o que está fijando el precio sólo al nivel del coste marginal, de modo que su cuota de mercado no refleja un verdadero poder de mercado. En la práctica, los tribunales comunitarios y la Comisión habitualmente completan la valoración con otros factores<sup>439</sup>, ya que las cuotas de mercado no constituye por si solo un factor determinante.<sup>440</sup>

---

<sup>436</sup> Sentencia *Hoffmann-La Roché*, ya citada, § 50-52.

<sup>437</sup> Decisión de la Comisión CE 10-11-1992. *Warner-Lambert/Gillette Company y otros*. DOCE L116/21. 12-5-93, § 22.

<sup>438</sup> C.W. Baden Fuller. “Article 86: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position” en *European Law Review*, 1.979 pp. 423 en 433.

<sup>439</sup> Sin embargo, en los casos provisionales donde era necesario actuar expeditivamente, la Comisión consideró suficiente para acreditar el dominio, las cuotas de mercado considerables. Ver Decisión de la Comisión 83/462/CEE de 29-07-1983, relativa a un procedimiento bajo el artículo 82 del TCEE, ordenando medidas provisionales a *AKZO Chemie*, DOCE 252/13, de 13-09-1983. Decisión de la

Una empresa con una cuota de mercado del 60 por ciento, para duplicar sus ventas, necesitará recortar sus precios en un margen mayor que lo haría una empresa con una cuota de mercado del 5 por ciento en el mismo mercado.

Sin embargo, desde el punto de vista económico, es trascendental la posición de mercado que ocupa una empresa, porque una gran cuota de mercado presenta un número de ventajas distintivas: la elevación de la cuota de mercado está normalmente vinculada con una mayor rentabilidad; permite a la empresa agotar las posibles economías de gran escala en producción, compra y distribución; permite a la empresa eliminar grandes gastos (servicios especializados; personal, I + D, etc) en volúmenes suficientes; ofrece resistencia en caso de un ataque inesperado a su posición por un competidor; le asegura un grado de estabilidad y/o ventaja en sus relaciones con las administraciones públicas, bancos, mercados de dinero, y competidores nacionales y extranjeros. La cuota de mercado prácticamente nunca viene sola. Es la araña en la red de factores como las barreras a la entrada, la innovación tecnológica, las redes de distribución, los sistemas de patentes y marcas, las negociaciones institucionales y demás. Aquí tenemos una medida de aplicación más o menos universal: los cambios en las posiciones de las empresas –y, en particular, de sus cuotas de mercado- son una indicación de la intensidad de la competencia<sup>441</sup>.

La Comisión considera que aunque una cuota de mercado elevada no basta para afirmar que tiene peso significativo en el mercado, (posición dominante), es improbable que una empresa que no posee una cuota significativa en el mercado pertinente pueda estar en posición dominante. Las empresas con cuotas inferiores al 25% no es probable que ocupen una posición dominante (individual) en el mercado correspondiente.

A tenor del caso *Hoffmann-La Roché*<sup>442</sup>, la Comisión señala que puede presumirse que una empresa con una elevada cuota de mercado tiene posición de dominio si ha

---

Comisión de 3-7-2001. *NDC Health/IMS Health*. Caso COMP D3/38044: medidas intermedias. DOCE de 28-02-2002 L59/18.

<sup>440</sup> Valentine Korah. “Concept of a Dominant Position within the meaning of article 86”. En *Common Market Law Review* N° 17, 1980 pp. 395 y ss. 417-8

<sup>441</sup> Kenk Wouter De Jong. “Market Structures in the European Economic Community”. En *The Structure of European Industry*. 1993 Kluwer. The Netherlands, pág. 2.

<sup>442</sup> Sentencia *Hoffmann-La Roché* citada, § 41, Sentencia *Akzo* citada, § 56 y 59. “El hecho de tener una cuota de mercado muy elevada coloca a la empresa que la posee durante cierto tiempo, por el volumen de producción y oferta que representa –sin que aquellos que posean cuotas sensiblemente más pequeñas puedan satisfacer rápidamente la demanda de quienes querrian apartarse de la empresa que tiene la cuota mayor- en una situación de fuerza que hace que sea inevitable mantener relaciones comerciales con ella y que, ya sólo por eso, le proporciona al menos durante períodos relativamente largos, la independencia de comportamiento característica de la posición dominante”. Nota al pie 79 de las Directrices citadas.

mantenido dicha cuota estable a lo largo del tiempo.<sup>443</sup> Esta declaración es reiterada por la Comisión en su Guía de la Comisión sobre los Abusos de Exclusión para los abusos de exclusión, señala que la experiencia sugiere que las cuotas de mercado más altas, y lo más largo que el período de tiempo que la empresa lo ha ostentado, es más probable que constituya una indicación preliminar importante de la existencia de una posición dominante y en algunos casos, de posibles efectos serios de conducta abusiva<sup>444</sup>. Sin embargo, como regla general, deberá examinar todos los factores que sean suficientes para coaccionar el comportamiento de la empresa.<sup>445</sup>

Las cuotas de mercado dicen nada respecto a los entrantes potenciales en el mercado.<sup>446</sup>

En cuanto a las implicaciones de la cuota de mercado significativa, debe establecerse: Primero, incluso cuando las figuras de cuota de mercado son sólidas, el mantenimiento de una cuota de mercado significativa no proporciona información suficiente sobre el proceso competitivo sin un entendimiento de las razones, y de las presiones que determinan las decisiones de las empresas en precio y producción<sup>447</sup>.

Segundo, incluso cuando la cuota de mercado sea definida correctamente, las figuras de cuota de mercado no necesariamente demuestran que cuotas de mercado similares pueden ser mantenidas en el futuro. Serán necesarios otros criterios, cuando, por razón de su elevado nivel, tenga un alcance desprovisto de ambigüedades<sup>448</sup>, también es necesario que las características del mercado no le restituyan un valor equívoco, así

---

<sup>443</sup> Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. DOCE de 11-07-2002 C 165/6. § 75.

<sup>444</sup> Respecto a la relación entre el grado de dominio y el fundamento de abuso, ver el caso *Compagnie Maritime Belge Transports, Compagnie Maritime Belge and Dafra-Lines v Commission* §119; Caso *Irish Sugar c. Commission* §186.

<sup>445</sup> §15 de la Guía de la Comisión para la aplicación del artículo 82 a los abusos de exclusión citada.

<sup>446</sup> Richard Whish. *Competition Law* 3 Ed. Butterworths. 2003. Londres U.K. pág. 262. La prueba de una cuota de mercado significativa no es por sí misma un sustituto de la totalidad del análisis económico sobre el fundamento del dominio. Bellamy & Child, ob.cit. § 9-046. Véase también §32 del Documento de la Comisión.

<sup>447</sup> Werden observa que se debe tener un cuidado considerable al efectuar el análisis de las cuotas de mercado, debido a que las cuotas de mercado son utilizadas por los tribunales para hacer inferencias sobre el poder de mercado. Las cuotas de mercado todavía son estadísticas descriptivas para una industria, intentadas para describir de forma útil los tamaños relativos de los competidores en el mercado relevante. Consecuentemente, las cuotas de mercado deben ser cuotas de cantidades cuantificadas y reales de la industria, que sirvan razonablemente como un denominador común para establecer qué productos componen el mercado relevante. Debe emplearse algún tipo de análisis, que sea considerablemente sofisticado, para interpretar las cuotas de mercado y valorar correctamente el poder de mercado. Gregory J. Werden. "Assigning Market Shares" en *Antitrust Law Journal* 2002, Vol. 70, págs. 67 y ss. En 104.

<sup>448</sup> Como las producidas en el caso *Zoja*. Sentencia del TJCE de 6-3-1974. *Istituto Chemioterápico Italiano SpA y Commercial Solvents Corporation c/. Comisión de la CE*. Casos juntos 6 y 7/73. RJ 1994 p. 223.

pues, la cuota de mercado constituye un indicio que tiene que ser interpretado en función de la estructura del mercado afectado.

Tercero, las decisiones que cualquier empresa asuma, estarán influidas por los competidores potenciales que no han entrado todavía en el mercado pero que lo harán si encontraran una oportunidad rentable. Por su naturaleza, las cuotas de mercado no pueden medir esta competencia potencial, incluso cuando la amenaza que representa sea una influencia poderosa que limita la independencia de la empresa a la que se le alega el dominio.

Cuarto, el poder de mercado compensador por parte de clientes de la empresa limitará su habilidad de actuar independientemente de sus deseos.<sup>449</sup> La jurisprudencia indica que las circunstancias económicas concretas tienen que ser analizadas.

El Informe del Departamento de Justicia norteamericano<sup>450</sup>, observa que los tribunales aún no han identificado un nivel preciso en el que se puede inferir el poder de monopolio. Sin embargo, la prueba del poder de monopolio requiere más que una cuota de mercado dominante. Incluso una cuota de mercado muy alta, no garantiza poder de mercado sustancial sobre el precio para un período significativo: cuando el resto de empresas puede rápida y sustancialmente incrementar la producción en sus plantas existentes en respuesta a un incremento pequeño en el precio de la empresa con una cuota de mercado considerable (es decir, si la oferta del resto de competidores es altamente elástica), una decisión por la gran empresa de restringir la producción no tendría ningún efecto en los precios del mercado<sup>451</sup>

Incluso si el resto de las empresas no pueden incrementar la producción de forma inmediata y sustancial, una empresa con una gran cuota de mercado todavía no tiene garantizado un poder de mercado sustancial sobre el precio si la cantidad demandada disminuye significativamente en respuesta a un pequeño incremento en los precios –en otras palabras, si la demanda del mercado es altamente elástica. Es decir, cuando la demanda es elástica, una empresa no estaría dispuesta a elevar el precio sin perder en sus ventas que son la prueba de que es una estrategia no rentable.<sup>452</sup>

Los ejemplos de una elasticidad de oferta alta del resto de competidores, o una alta elasticidad de la demanda de la industria no son las únicas situaciones donde una cuota

---

<sup>449</sup> P.Ej. Caso M.042 *Alcatel/Telettra*, DOCE L 122/48 1991.

<sup>450</sup> Pág. 23 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano citado.

<sup>451</sup> William M. Landes & Richard A. Posner, “Market Power in Antitrust Cases”, en *Harvard Law Review* Vol. 94. Pág. 937, págs. 945-946 (1981).

<sup>452</sup> Dennis W. Carlton y Jeffrey M. Perloff. *Modern Industrial Organization*. Harper Collins College Publishers. Nueva York 2005, págs. 92-93.



de mercado considerable sería un indicador insuficiente del poder de monopolio. Por ejemplo, en los mercados caracterizados por cambio tecnológico rápido, una cuota de mercado considerable de las ventas o de la producción actuales sería consistente con la presencia de una competencia activa en el tiempo más que un signo de poder de monopolio. En estas situaciones, cualquier poder por una empresa habría sido temporal y esencial para el proceso competitivo. En efecto, en el caso extremo, “la estructura de mercado sería una serie de monopolios temporales” en un mercado dinámicamente competitivo.<sup>453</sup>

A pesar que una cuota de mercado considerable no siempre significa que existe el poder de monopolio, constituye uno de los factores más importantes en el análisis del Informe Departamento de Justicia cuando una empresa tiene de poder de monopolio (o tiene una probabilidad peligrosa de obtenerlo). Una cuota de mercado considerable indica que es apropiado examinar otros factores relevantes. En este respecto, si una empresa ha mantenido una cuota de mercado en exceso de los dos tercios durante un período significativo y unas condiciones de mercado (por ejemplo, barreras a la entrada) implica que la cuota de mercado de la empresa es improbable de estar afectada en un futuro cercano, el Departamento cree que esta evidencia generalmente debe establecer una presunción rechazable que la empresa posee poder de monopolio. Este enfoque es consistente con la jurisprudencia.<sup>454</sup>

En el ámbito comunitario, es improbable una cuota de mercado del 100% en la ausencia de privilegios reglamentarios<sup>455</sup>. Sin embargo, la Comisión ha reconocido que en el mercado de futuros, la existencia de un monopolio que únicamente comienza a desarrollarse, no constituye una posición dominante si dicho mercado permanece abierto a la competencia y el monopolio no es más que temporal.<sup>456</sup>

Los economistas interesados en proteger a los consumidores dicen que, en la ausencia de barreras a la entrada, incluso cuotas de mercado considerables no indican una

---

<sup>453</sup> Página 23 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano citado.

<sup>454</sup> Pág. 23 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano citado.

<sup>455</sup> Sentencia TJCE 2-3-1983. *GVL c/. Comisión*. Caso 7/82. RJ 1983 p. 0483 – 0510. GVL tenía el 100% de cuota de mercado en el mercado en Alemania para la gestión de los derechos de explotación secundaria de los artistas músicos. Ver también Decisión de la Comisión CE de la CE de 17-6-1998. *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato*. (98/538/CE)DOCE L252/47 12.9.98. Sentencia TPI de 22-11-2001 *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) c/ Comisión de las CE* As. T-139/98. RJ 2001. En este caso, la Comisión estableció que AAMS ostentaba un monopolio de hecho en el mercado italiano para la distribución al por mayor de cigarrillos.

<sup>456</sup> Decisión *MSG Media Service* de 9-11-1994. DOCE L 364 de 31-12-1994, p. 1, § 55.

posición dominante: la libertad de las coacciones competitivas o la habilidad de excluir –la producción eficiente excluye sólo a las empresas menos eficientes -.<sup>457</sup>

La Guía de la Comisión sobre los Abusos de Exclusión<sup>458</sup> señala que cuotas de mercado bajas son generalmente un buen aproximado de ausencia de poder de mercado sustancial. La experiencia de la Comisión sugiere que el dominio no es probable si la cuota de mercado de la empresa está por debajo del 40% en el mercado relevante.<sup>459</sup>

La jurisprudencia ha considerado que las empresas implicadas ostentaban grandes cuotas de mercado en los casos *P & I Clubs*, un 89%;<sup>460</sup> en *Tetra Pak I*, un 91,8%<sup>461</sup>; en *BPB Industries Plc*, el 96-98%<sup>462</sup> en *Hoffmann-La Roché*, entre el 75% y el 87%<sup>463</sup>, también en *Hilti*.<sup>464</sup>

---

<sup>457</sup> Valentine Korah. *An introductory guide to EC Competition, Law and practice*. Ed. Hart Publishing. Oxford 2.007. pág. 96. Cita al Informe de la Comisión de Monopolios del Reino Unido sobre el suministro y explotación de Cigarette Filter Rods de 23-7-1969, HCP 335.

<sup>458</sup> §14 de la Guía de la Comisión para el análisis de los abusos de exclusión citada.

<sup>459</sup> La Comisión en su Documento daba mayor trascendencia a la cuota de mercado, y detalló criterios para su análisis, señalaba que era muy probable que cuotas de mercado muy altas, que han sido mantenidas durante algún tiempo, indiquen una posición de dominio. Este sería el caso si una empresa ostenta el 50% o más del mercado, en el entendido que los rivales ostentan una cuotas más pequeñas del mercado. En el caso de cuotas de mercado más pequeñas, el dominio es más probable de ser considerado en el rango de la cuota de mercado del 40% al 50% que por debajo del 40%, aunque también las empresas con cuotas de mercado por debajo del 40% pueden ser consideradas de estar en una posición dominante (el cálculo de las cuotas de mercado depende críticamente de la definición del mercado, debe subrayarse que la Comisión no acepta necesariamente las definiciones de mercado propuestas por la supuesta empresa dominante o por terceros). Sin embargo, las empresas con cuotas de mercado de no más del 25% no es probable que disfruten de una posición de dominio (único) en el mercado implicado. Fundamento 32 del Reglamento del Consejo 139/2004 de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas

<sup>460</sup> *P & I Clubs* tenía el 89% de la flota mundial § 124 de la Decisión de la Comisión de 12-4-1999, *P&I Clubs, IGA*. DOCE L125, 19-05-1999 p. 12-31.

<sup>461</sup> La cuota de mercado de *Tetra Pak* en el mercado para máquinas de envasado de cartones mediante el proceso de envasado aséptico era del 91,8% § 44 de la Decisión *Tetra Pak I*.

<sup>462</sup> *BPB* fue considerado de tener una cuota de mercado en las planchas de yeso del 96-98% en Gran Bretaña, y del 92-100% en Irlanda. Decisión *British Plasterboard* ya citada.

<sup>463</sup> Sus cuotas de mercado fueron mantenidas durante un período de 3 años, y oscilaban entre el 75% y el 87% , fueron consideradas tan considerables que eran en si mismas evidencia de una posición dominante” y cuotas de mercado que oscilaban entre el 84% y el 90% en un período similar eran “tan grandes que demuestran la existencia de una posición dominante” Decisión *Hoffmann-La Roché* cit. §§ 56-60.

<sup>464</sup> En *Hilti*, el TPI confirmó la opinión de la Comisión que cuotas de mercado de entre el 70% y 80% eran tan considerables que no requerían mayor corroboración, sin embargo, hay que recordar los fundamentos del Tribunal respecto a las patentes de *Hilti*. Sentencia del TPI de 12-12-1991. *Hilti c/ Comisión*. As. T-30/89. RJ 1991 p. II-1439. La misma situación se originó en *Tetra Pak II*, donde la empresa implicada ostentaba una cuota de mercado de casi el 90%, donde también fueron relevantes factores como las inversiones realizadas en investigación y desarrollo, y la titularidad de las patentes en los procesos de envasado aséptico de líquidos alimenticios Sentencia TPI de 6-10-1994 *Tetra Pak II/Comisión*. Asunto T-83/91 RJ. 1994 p. II-755.

En el derecho comunitario y norteamericano<sup>465</sup> existe consenso en establecer que si una empresa tiene una cuota de mercado del 50%, constituye una presunción legal que la empresa tiene una posición dominante, tal como el TJCE señaló en la sentencia *Hoffmann-La Roché*, la cuota de mercado del 50% podía ser considerado de ser tan considerable, que en ausencia de circunstancias excepcionales que demuestren en otro sentido, la empresa con esta cuota de mercado será presumida dominante, así lo establece también la Comisión<sup>466</sup>.

La doctrina observa que se trata de una regla muy significativa, que indica que las empresas están en riesgo de ser consideradas dominantes y cerca de ser consideradas monopolistas en el sentido estricto de este término.<sup>467</sup>

Porcentajes superiores al 40% serán considerados como relevantes y significativos en una valoración sobre el dominio, dependiendo de: i) cambios en el nivel absoluto en el tiempo; ii) el nivel relativo de los competidores más cercanos y iii) la presencia de otros factores que tienden a afectar la posición de liderazgo o la amenazan.<sup>468</sup> En *Virgin*<sup>469</sup> se consideró que había poder de mercado a una empresa con el 39,7%, este dato relativiza la situación de dominio en el mercado, si no se agregan otros factores, lo que ha sido criticado por la doctrina<sup>470</sup> Sin embargo esta cuestión es confirmada en la Guía de la Comisión al señalar que cuotas inferiores al 40% pueden ser investigadas, si los competidores no pueden coaccionar de forma efectiva la conducta de la empresa dominante, por ejemplo si enfrentan coacciones serias de capacidad.<sup>471</sup>

La doctrina observa además que los porcentajes que van del 30% al 40% también parecen caer por debajo del nivel del dominio, entonces se requieren además

---

<sup>465</sup> Pág. 22 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano citado: Como una cuestión práctica, una cuota de mercado superior al 50% ha sido necesario para que los tribunales establezcan la existencia del poder de monopolio.

<sup>466</sup> Véase las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales, § 17. La Comisión señala que sin embargo otros competidores más pequeños pueden ejercer una presión competitiva suficiente si, por ejemplo, tienen la capacidad y el incentivo de aumentar sus suministros.

<sup>467</sup> Whish, ob. Cit. Pág. 181.

<sup>468</sup> *United Brands*, ya citada; *Hoffmann-La Roché*, ya citada. Esta es también la opinión de la Comisión, Décimo Informe sobre la política de competencia (1980). Ver también el caso Decisión de la Comisión CE de 18-7-1988. *Napier Brown c/ British Sugar*. DOCE L284/41. 19-10-88: el 57% es suficiente para el dominio sobre su competidor más cercano con el 43 por ciento es débil.

<sup>469</sup> Decisión de la Comisión de 14-7-1999. *Virgin/British Airways*. DOCE L030 de 04-02-2000 p. 1-24. § 88: "...La cuota de mercado de BA era casi 2.2. veces la cuota combinada de sus cuatro más grandes rivales en 1998. Esta posición ha sido mantenida durante muchos años. En 1992, su cuota fue tan alta como el 46.3% comparada al 3,6% de su rival más cercano. Esto fue casi 3,9 veces la cuota combinada de sus cuatro rivales más cercanos..."

<sup>470</sup> Richard Whish "Recent Developments in Community Competition Law. 1998/99". *E.L.Rev.* June 2.000. Critica que la Comisión señaló como otros factores el hecho que era más grande que cualquier otro, que British Airways tenía una proporción sustancial de zonas de aterrizaje o slots y era un socio de comercio obligatorio para los agentes de viaje (§ 92 de la Decisión)

<sup>471</sup> §14 de la Guía de la Comisión.

disparidades sustanciales en la cuota de mercado, los impedimentos significativos a la entrada y demás factores<sup>472</sup>.

En la jurisprudencia, una cuota de mercado inferior al 30 % en un mercado de referencia, no sería evidencia de posición dominante salvo en circunstancias excepcionales y considerando otros factores.<sup>473</sup> Existe la presunción que cuotas inferiores al 25% no ocupan una posición dominante en el mercado correspondiente<sup>474</sup>.

La jurisprudencia para establecer el dominio, efectúa un análisis comparativo de las cuotas de mercado de la implicada y su rivales: en *Hoffmann-La Roché*, la relación entre sus cuotas (64.8%) y las de sus mayores competidores más cercanos (14.8% y 6.3%) eran un indicio para el dominio<sup>475</sup>. El mismo fundamento repite el TJCE en *Michelin*<sup>476</sup>, *Akzo*,<sup>477</sup> *United Brands*<sup>478</sup>

La Comisión ha aceptado que una merma paulatina de cuota, puede ser indicio de que el mercado se estaba haciendo competitivo, y que las cuotas de mercado fluctuantes a lo

---

<sup>472</sup> Bellamy & Child. *Competition Law* 5<sup>th</sup> Ed. Londres 2001. Sweet and Maxwell.

<sup>473</sup> En el caso Sentencia del TJCE de 25-10-1977. *Metro SB-Grossmarkte GmbH & KG/ Comisión*. Caso 75/84. RJ 1986 p. 3021, el TJCE confirmó que una cuota de mercado del 10% era muy pequeña para establecer una posición dominante, al menos en la ausencia de circunstancia excepcionales. La Comisión dejó abierta la posibilidad de que las cuotas de mercado entre el 20% y 40% establecen el dominio: Décimo informe sobre la Política de Competencia 1980, punto 150, también el Noveno Informe sobre Política de Competencia 1979, punto 22.

<sup>474</sup> Véase el considerando 15 del Reglamento de Concentraciones 4064/89. Bellamy & Child. *Competition Law* 5<sup>th</sup> Ed. Londres 2001. Sweet and Maxwell. M.Waelbroeck y A. Frignani. *Derecho de la Competencia* Tomos I y II. Edit. Bosch. Barcelona. 1998. Versión española por Ignacio Sáenz Cortabarría Fernández y Marta Morales Isasi. Pág.311. FAULL; Jonathan, y NIKPAY, Ali. *The EC Law of Competition*. Oxford University Press. 1999. Véase también por ejemplo la Comunicación de la Comisión sobre las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del TCE a los acuerdos de cooperación horizontal DOCE C-3/2 de 6.1.2001. § 37; el artículo 6 del Reglamento (CE) de la Comisión de 29 de noviembre de 2.000 relativo a la aplicación del § 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización DOCE L 304/3 de 5.12.2000. El artículo 4 del Reglamento (CE) 2659/2000 de la Comisión de 29 de noviembre de 2.000 relativo a la aplicación del § 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo. Véase también el Fundamento 32 del Reglamento del Consejo 139/2004 de 20 de enero de 2004.

<sup>475</sup> Sentencia *Hoffmann-La Roché* ya citada, § 63.

<sup>476</sup> Para el TJCE, unas cuotas del 57% al 65% en el mercado en los neumáticos de reemplazo para vehículos pesados (comparado con las cuotas de mercado de los principales competidores de *Michelin NV* del 4% y 8%) “constituyen una indicación válida de la fuerza preponderante de *Michelin NV* en relación a sus competidores...”. Sentencia TJCE de 9-11-1983. *Caso NVNederlandsche Baden Industrie Michelin v. Comisión de la CE*. Causa 322/81. RJ 1983 p. 3461 y ss. § 52.

<sup>477</sup> En *Akzo* una cuota estable de mercado del 50% durante al menos tres años fue considerado de ser la prueba de una posición dominante, aunque agregó que la Comisión estaba en lo correcto al considerar otros factores. Sentencia TJCE de 3-7-1991. *Akzo Chemmie BV y Akzo Chemmie UK Ltd c/ Comisión*. Caso C-62/86. RJ 1991 pág. 3359-3374. § 60; seguido por la Comisión en la Decisión de la Comisión CE de 24-7-1991. *Tetra Pak II*. DOCE L72/1 de 18.3.92, § 104.

<sup>478</sup> En *United Brands*, el TJCE señaló que una cuota de mercado de entre el 40% y 45% “no ...permite la conclusión que UBC controla automáticamente el mercado. (Su dominio) debe ser determinado considerando la fuerza y el número de los competidores” ver § 113-117.

largo del tiempo pueden ser indicio de una falta de dominio en el mercado pertinente.<sup>479</sup> Resulta entonces, que mientras más pequeña sea la cuota de mercado de los competidores, mayor la probabilidad de que la Comisión sostenga que la empresa con mayor cuota ostenta una posición de dominio, como en el caso *Cewal*<sup>480</sup>. Sin embargo, si una empresa tiene una cuota de mercado de digamos un 45%, y su competidor más cercano tiene un 35%, existe la posibilidad de que se trate de un dominio colectivo.<sup>481</sup>

La Guía de la Comisión señala que un rival específico puede jugar un rol competitivo significativo incluso con sólo una cuota de mercado pequeña comparada a otros competidores: por ejemplo puede ser el competidor más cercano a la empresa dominante y ser un competidor particularmente innovador, o tener la reputación de recortar sistemáticamente los precios. En su valoración, la Comisión considerará también en los casos apropiados, sobre la base de la información disponible si hay contraestrategias reales, efectivas y oportunas que puedan desplegar los competidores.<sup>482</sup>

### a.3) Estabilidad de las cuotas de mercado

La persistencia de una cuota de mercado durante el tiempo también será importante al determinar si esta cuota implica el dominio.<sup>483</sup> La Comisión en su Documento<sup>484</sup>

---

<sup>479</sup> Véase § 75 de las Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

<sup>480</sup> Decisión de la Comisión de. 23-12-82. Caso Associated Central West Africa Lines (CEWAL). DOCE L034/20. 10.2.93 . Cewal ostentaba el 90% frente al 2% de su competidor Grimaldi y Cobelfret § 59: “(...) cuota de mercado considerablemente mayor que la de su principal competidor Grimaldi y Cobelfret.” Confirmado por la Sent. TPI 8-10-1996. CEWAL, UKWAL, MEWAK Y AIWAST/Comisión. As. T24 , 25 , 26, 28/93. RJ 1996. § 76 .... en la ausencia de circunstancias excepcionales, cuotas de mercado extremadamente grandes son en si mismas evidencia de la existencia de una posición dominante. Confirmado por la Sentencia TJCE 16-3-2000. As. Acum. C-395 y 396/96 P. Compagnie Maritime Belge Transports SA y otros /Comisión CE. RJ 2000.

<sup>481</sup> En *Gottrup-Klim*, el TJCE se pronunció sobre algunos de los factores de la posición de dominio, entre ellos una cuota de mercado del 36% en fertilizantes y del 32% en productos para la protección de las plantas, señaló: “si una empresa que ostenta cuotas de mercado de esta dimensión, dependiendo de la fuerza y el número de sus competidores, puede ser considerada en posición dominante, aquellas cuotas de mercado no pueden por si mismas constituir una evidencia consistente de la existencia de una posición dominante” Sentencia TJCE 15-12-1994. *Goettrup-Klim E.A. Grovwareforeninger contra Dansk Landbrugs Govvareselskab AmbA (DLG)* Cuestión Prejudicial As. C-250/92. RJ 1994 p. I-5641. §

<sup>482</sup> § 20 de la Guía de la Comisión.

<sup>483</sup> Sentencia TJCE 29-6-1978. *Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV y otros / Comisión*. As. 77/77. RJ 1978 p. 1513-1531. § 44. Mientras la Comisión estableció que los proveedores de gasolina a los Países Bajos se habían convertido temporalmente dominantes en relación a sus cliente debido a la escasez de suministro durante la crisis del petróleo en 1973-74. El TJCE no consideró necesario decidir esta cuestión, pero el Abogado General Warner rechazó la proposición que el artículo 82 sea aplicable a una situación donde “debido a una emergencia que causó una escasez temporal de suministros de un producto particular, los clientes, o los clientes normales de cada proveedor se convertirían dependientes de éstos.

<sup>484</sup> § 29 y 30 del Documento de la Comisión.

analiza la importancia del tiempo en la fluctuación de la cuota de mercado, señala que si la empresa implicada tiene una cuota de mercado alta, comparada a la de otros jugadores en el mercado, es una indicación de dominio, en el entendido que esta cuota de mercado se ha mantenido durante algún tiempo. Si las cuotas de mercado han fluctuado significativamente durante el tiempo, es una indicación de la competencia efectiva. Sin embargo, sólo es verdad si las fluctuaciones son causadas por la rivalidad entre las empresas en el mercado.<sup>485</sup> Normalmente, la Comisión utiliza cuotas de mercado actuales en su análisis competitivo.<sup>486</sup> En cualquier caso, la Comisión interpreta las cuotas de mercado a la luz de las probables condiciones de mercado, por ejemplo, si el mercado es altamente dinámico<sup>487</sup> en carácter y si la estructura del mercado es inestable debido a la innovación o el crecimiento.

Para el Tribunal, podría “ser igualmente la consecuencia o bien de una competencia eficaz o bien de una posición que garantiza a la empresa de que se trata una posibilidad de determinar su comportamiento con independencia de la competencia”.<sup>488</sup> Si bien esta afirmación es exacta en si misma, no debe ignorarse que el mantenimiento de la cuota de mercado puede constituir una señal de la existencia de barreras a la entrada. En tal caso, serán esas barreras las que constituirán el elemento a tomar en consideración para pronunciarse sobre la existencia de una posición de dominio.<sup>489</sup>

No se ha establecido ningún período mínimo por el que una cuota de mercado alta y estable, sea indicativo del dominio, pero un período de cinco años puede ser una evidencia suficiente.

El hecho de que una empresa con posición dominante sufra una merma paulatina de su cuota puede ser un indicio de que el mercado se está haciendo más competitivo, pero

---

<sup>485</sup> La Comisión ha reconocido, por lo que respecta a las películas cinematográficas, que las variaciones considerables de las cuotas de mercado de los distribuidores de un año a otro no reflejan necesariamente modificaciones de poder económico, sino más bien la suerte de haber tenido, en el transcurso de un año, películas que han atraído mayor número de espectadores. Decisión de la Comisión CE de 12-7-1989. *UIP*. DOCE L226 de 03-08-1989 p. 025.

<sup>486</sup> Sin embargo, las cuotas de mercado históricas pueden ser utilizadas si las cuotas de mercado han sido volátiles, por ejemplo cuando el mercado está caracterizado por pedidos grandes desproporcionados. Los cambios en las cuotas de mercado históricas pueden proporcionar también información útil sobre el proceso competitivo y la probable importancia futura de los varios competidores, por ejemplo, al indicar si las empresas han estado ganando o perdiendo cuotas de mercado.

<sup>487</sup> En los mercados dinámicos caracterizados por cambios tecnológicos, los períodos inferiores a tres años pueden considerarse demasiado cortos para valorar la existencia de una posición dominante. Véase al respecto el as. IV/M.1027 – *Deutsche Telecom/Beta Research*, DO L 53 de 27.2.1999, § 28 y ss.

<sup>488</sup> Sentencia TPI de 22-11-2001 *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) c/ Comisión de las CE* As. T-139/98. RJ 2001. § 41. Véase también Sentencia *Hoffmann-La Roché*, § 41, Sentencia *Akzo* § 56 y 59. Véase también § 75 de la Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. DOCE de 11-07-2002 C 165/6.

<sup>489</sup> Waelbroeck y Frignani, ob.cit. pág. 316.

ello no excluye que se constate la existencia de una posición dominante<sup>490</sup>. Por el contrario, si la implicada ha obtenido beneficios económicos, tampoco es indicativo de su posición de dominio<sup>491</sup>, en la misma medida que tampoco las pérdidas, simplemente se trata del juego de la competencia en un mercado abierto. La empresa dominante deberá demostrar por cualquier medio de prueba que estas pérdidas financieras eran el resultado de la existencia de una competencia particular en el mercado de referencia, o del desmoronamiento de su posición competitiva en este último. Así, un margen de beneficio reducido o incluso pérdidas durante un tiempo, (durante cuatro de los últimos cinco años) no es incompatible con una posición dominante, en la medida que los grandes beneficios pueden producirse incluso en una situación donde hay competencia efectiva, así se pronunció el TJCE en en *United Brands*.<sup>492</sup> Tampoco es indicador que la implicada esté enfrentando una competencia efectiva, cuando no hay competidores dispuestos ofertar a los clientes en las mismas condiciones de producto y precio que la empresa dominante de ahí que el Tribunal alegue que debido a la fidelidad de los

---

<sup>490</sup> El TPI ha sostenido que “una disminución en las cuotas de mercado que son considerables (casi el 90 por ciento del mercado), por si mismo, no puede constituir una prueba de la ausencia de una posición dominante. Sentencia TPI 8-10-1996. *CEWAL, UKWAL, MEWAK Y AIWAST c/. Comisión*. As. T24 , 25 , 26, 28/93. RJ 1996 – II-1201, § 77. La apelación fue desestimada. Ver también Decisión de la Comisión CE de 14-7-1999. *Virgin/British Airways*. DOCE L030 de 04-02-2000 p. 1-24, § 20 El hecho que la cuota de British Airways sea del 39.7 por ciento en 1998 representó un decline significativo del 47.7 por ciento ostentado en 1990, no fue considerado por la Comisión para rechazar el dominio.

<sup>491</sup> Véase entre otros. § 126 *La fuerza económica de una empresa no es medida por su rentabilidad, un margen de beneficio reducido o incluso las pérdidas durante un tiempo no son incompatibles con una posición dominante, en la medida que los grandes beneficios serían compatibles con una situación donde hay competencia efectiva*. Sentencia TJCE *United Brands/Comisión* ya citada; § 103 de la Decisión *Irish Sugar*, confirmado en §. 102 de la Sentencia TPI *Irish Sugar/Comisión: el hecho de que en la primera mitad de los años ochenta [la demandante] registrara pérdidas no resulta contradictorio con la existencia de una posición dominante, remitiéndose, a este respecto, a la sentencia Michelin/Comisión, § 59, en la cual el TJCE declaró que una rentabilidad temporalmente nula e incluso pérdidas no era incompatible con la existencia de una posición dominante*. Véase también la sentencia TPI *Cewal/Comisión* § 77 (...) *El Tribunal considera que mientras la retención de las cuotas de mercado demostraría que una posición dominante ha sido mantenida (Sentencia Hoffmann-La Roché/Comisión, § 44), una disminución en las cuotas de mercado que son todavía muy considerables, no puede en si misma constituir prueba de la ausencia de dominación*. Véase en el mismo sentido, § 533 de la Decisión *Trans Atlantic Conference Agreement* ya citada.

<sup>492</sup> § 126 de la Sentencia TJCE 26-6-1978. *United Brands Continental BV/Comisión*. Caso 27/76. RJ 349. Señaló además que el hecho que la rentabilidad de UBC sea por un tiempo moderado o no exista, debe ser considerado a la luz de todas sus operaciones. Cualesquiera que sean las pérdidas de UBC, los clientes continúan comprando de UBC, quien es el vendedor preferido, ello es más significativo, y este hecho es una característica particular de la posición dominante, su verificación es determinante en este caso. Véase también la sentencia TJCE *Michelin*, ya citada § 59 Respecto al criterio adicional y evidencia a que *Michelin NV* se refiere con el objeto de demostrar la inexistencia de una posición dominante, debe observarse que la no rentabilidad temporal o incluso las pérdidas no son inconsistentes con la existencia de una posición dominante. Por las mismas razones, el hecho que los precios fijados por *Michelin NV* no constituyan un abuso y no sean incluso particularmente altos o justifica la conclusión que una posición dominante no exista. (...); y la Decisión *Irish Sugar* ya citada, § 103. (...) El hecho de que en la primera mitad de los años ochenta *Irish Sugar* registrara pérdidas no resulta contradictorio con la existencia de una posición dominante.

clientes de la empresa implicada, puede recuperar estas pérdidas, sin perder su dominio.<sup>493</sup>

b) Las Barreras a la entrada, a la expansión (y a la salida.)

Tanto el Departamento de Justicia Norteamericano<sup>494</sup> y la Comisión coinciden en dar trascendencia a las barreras a la entrada: ‘si se tiene que establecer si puede existir el poder económico real, la Comisión no puede limitar su análisis a las cuotas de mercado. En particular, debe examinar también las barreras a la entrada, es decir, si los productores que están fuera del mercado del producto o geográfico, pueden efectuar una entrada significativa y oportuna como para crear un contrapeso efectivo a los competidores que ya se encuentran operando en el mercado.’<sup>495</sup>

Para un entendimiento de la estructura de la industria y de su concentración es necesario el análisis de la interacción estratégica entre las empresas, y en particular, el análisis de la competencia posterior a la entrada es fundamental para una valoración de las condiciones de entrada. Un argumento importante en este contexto es la relación entre las cuotas de mercado de los competidores y la movilidad de la demanda, en particular la elasticidad del precio, que resulta de un conjunto de características.

Un poder de mercado considerable durante un período de tiempo presupone la ausencia de sustitutos a precios más bajos a los que los clientes podrían cambiar y la existencia de barreras a la entrada impidiendo que se materialice nueva competencia, incluso cuando la oferta es rentable. Esto asume ninguna distinción aguda entre monopolio y competencia: el poder de mercado es una cuestión de grado. La ausencia de competencia nueva no demuestra el poder de mercado<sup>496</sup>. Esto significa que un fundamento de dominio depende de una valoración de la facilidad de entrada al mercado. En realidad, la ausencia de barreras a la entrada disuade, en principio, el comportamiento anticompetitivo independiente por una empresa con una cuota de

---

<sup>493</sup> Véase § 103 de la Sentencia TPI *Irish Sugar* ya citada. El Tribunal señala además que de ningún modo estas pérdidas financieras sean consecuencia de la existencia de una competencia particular en el mercado del azúcar industrial o del desmoronamiento de su posición competitiva en este último.

<sup>494</sup> Página 21 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano citado: Para demostrar el poder de monopolio se debe demostrar que la empresa ostenta una cuota considerable en el mercado relevante y la existencia de barreras a la entrada. *Western Parcel Express v. United Parcel Service of America, Inc.*, 190 F.3d 974 (9th Cir. 1999). Véase también DOJ/FTC *Horizontal Merger Guidelines*, p. 25. En los casos de monopolización, el fundamento de barreras a la entrada es necesario para establecer que una cuota de mercado alta le confiere el poder de monopolio a una empresa.

<sup>495</sup> XXIV Informe sobre la Política de competencia 1.995. p. 119.

<sup>496</sup> Valentine Korah. “Concept of a Dominant Position within the meaning of article 86”. En *Common Market Law Review* N° 17, 1980 pp. 395 y ss, pág. 396.



mercado significativa. El dominio presupone barreras a la entrada. Su prueba requiere un análisis de todos los factores que influyen en la empresa.

La Comisión en su Documento<sup>497</sup> y también en la Guía de la Comisión sobre los Abusos de Exclusión<sup>498</sup> se refiere a las “barreras a la expansión y a la entrada”, es interesante que en la Guía, en lugar de la conjunción “y” sea “o”, de donde resulta que no tienen que existir las dos a la vez. Es cuestionable que no incluya en su análisis las barreras a la salida, en la medida que en un mercado implicado, donde existan barreras, los competidores por si mismos pueden ejercer barreras a su propia salida cuando el coste de la respectiva inversión está más que compensado por la ganancia que proviene del efecto disuasivo sobre la entrada, de este modo, la presencia de barreras altas a la salida forman una señal para los competidores potenciales que los competidores intentan permanecer en su lugar y mantener su nivel de actividad posterior a la entrada.

La libertad, para cualquier empresa de competir en los diferentes sectores de la actividad económica, constituye una de las condiciones fundamentales de la libre competencia. Así, las barreras a la entrada juegan un rol crucial en el análisis sobre la intensidad de la competencia. Las barreras a la entrada inhiben la movilidad de las empresas entre los mercados. Cuando los costes más altos son los costes de entrada, hay menos probabilidad que ocurra la entrada al mercado y será más baja la intensidad de competencia. Consecuentemente, existe una relación causal entre barreras a la entrada e intensidad de competencia.<sup>499</sup>

#### b.1) Concepto de barrera a la entrada.

En la literatura económica encontramos controversia en las diferentes definiciones de barreras a la entrada.

Joe S. Bain<sup>500</sup> definió las barreras a la entrada como “el grado en que, las empresas establecidas en el mercado pueden elevar sus precios de venta por encima del coste promedio mínimo de producción y distribución, a largo plazo, sin inducir el acceso a la industria por los entrantes potenciales.” Si las empresas establecidas son eficientes, y si

---

<sup>497</sup> §34 y ss. Del Documento de la Comisión.

<sup>498</sup> § 16 y 17 de la Guía de la Comisión citada.

<sup>499</sup> Paul A. Geroski y Joachim Schwlbach. *Barriers to entry and Intensity of Competition in European Markets* 1992. Comisión de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, p. 4.

<sup>500</sup> También se le conoce como la Economía Industrial, sin embargo quizás el término más apropiado sea la “economía de la competencia imperfecta”. El desarrollo de la organización industrial como un campo separado se debe a economistas como Edward Chamberlin, Edward Mason y Joe S. Bain, quien es el primero en definir las barreras a la entrada. Joe S. Bain. *Barriers to New Competition* 1956 Cambridge, Mass.: Harvard University Press. Pág. 3.

no son importantes la búsqueda de rentas y compartirlas, esto implica la persistencia de beneficios económicos en exceso. Bain agrupó a las barreras a la entrada en tres grupos: (1) Ventajas de coste absolutas<sup>501</sup>. (2) La diferenciación de productos.<sup>502</sup> (3) Economías de escala<sup>503</sup>. Además estableció que para que la entrada sea fácil deben cumplirse en general y simultáneamente las tres condiciones.

Aunque esta clasificación sigue siendo útil en la actualidad, las barreras son consideradas en un contexto más dinámico. La entrada en un mercado presupone que las barreras a la entrada naturales y artificiales son bien conocidas, así como las oportunidades de beneficio existentes y que existen suficientes competidores que posean un espíritu de competencia para permitir que estas oportunidades de beneficios sean explotadas por los que entran al mercado. Si hay muy poca información sobre las oportunidades de beneficio y/o un reducido espíritu de competencia, no habrá entrada al mercado incluso con barreras a la entrada bajas. Además, el ciclo de vida del producto juega un rol importante en la entrada. Entonces, esta línea de pensamiento, al limitar las barreras a la entrada a la anterior clasificación, asume la opinión que las barreras a la entrada resisten la erosión de posiciones poderosas en la medida que pasa el tiempo.<sup>504</sup>

La segunda definición importante es proporcionada por Stigler<sup>505</sup>, define las barreras a la entrada como ‘los costes en que incurrirán los nuevos entrantes, pero que no son asumidos por los que ya están en la industria’. Al contrario de un mercado donde existen barreras a la entrada, lo esencial es que la entrada en la industria sea fácil, a condición de que las empresas establecidas no posean ninguna ventaja absoluta y duradera con respecto a los entrantes potenciales y que las establecidas no estén en condiciones de aumentar permanentemente sus precios y, por tanto, su beneficio, sin que este hecho atraiga nuevos entrantes de forma inmediata.

---

<sup>501</sup> Ventajas de coste absolutas: Los entrantes tienen que estar dispuestos a conseguir costes promedio por unidad comparables a los de sus competidores porque los competidores de lo contrario experimentan ventajas absolutas de coste que pueden servir como una protección contra los competidores potenciales.

<sup>502</sup> Diferenciación de producto: Los entrantes tienen que ofrecer productos equivalentes sobre las bases de la relación precio/cantidad comparables. En el caso de la heterogeneidad del producto o de la incapacidad de entrada por competidores potenciales, los competidores tienen ventajas de diferenciación del producto.

<sup>503</sup> Economías de Escala: Las ventajas en tamaño de la empresa, para producir eficientemente, son ni pequeñas ni alcanzables por los competidores potenciales.

<sup>504</sup> Doris Hildebrand. *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*. Kluwer Law International. Londres. 2<sup>nd</sup>. Ed. 2002. pág. 314. La entrada está en función del ritmo con que ocurre, depende del tiempo necesario para que se produzca una nueva entrada y la respuesta a la misma por las empresas competidoras, dispuestas a impedir la entrada en una escala limitada, mediante prácticas discriminatorias (es decir, en un segmento del mercado), mientras la entrada a gran escala sería no económica debido a su efecto en el precio del mercado. Vinculado con este último punto es el principio que la entrada será más fácil en un mercado con la demanda en expansión –un principio reconocido en las decisiones de la Comisión en los casos de concentraciones de la industria de los ordenadores-.

<sup>505</sup> George J. Stigler. *The organization of industry*. 1983. Chicago

Baumol y otros, señalan que los costes planteados por Stigler, se limitan a los costes hundidos, los costes que no podrían ser recuperados si se produce una salida subsecuente del mercado.<sup>506</sup> Si no se tomaran en cuenta estos costes hundidos de entrada, resultaría en un mercado contestable, libre de barreras, lo que en economía se conoce como la teoría de la contestabilidad<sup>507</sup>. Este enfoque que establece costes hundidos cero y entrada ultra libre, refleja afirmaciones casi extremas y no puede ser aplicado excepto en casos extremos. La discusión de la contestabilidad cambia lejos del enfoque en las condiciones de entrada hacia una lucha posterior a la entrada inexistente, que significa que son asumidas las condiciones externas para dominar las condiciones internas. La discusión actual reside su aplicabilidad sin adaptaciones.<sup>508</sup> Otros enfoques plantean considerar las barreras a la entrada como una respuesta asimilada a la teoría del segundo mejor<sup>509</sup> a las fricciones del mundo real.<sup>510</sup> Hay ejemplos de mercados razonablemente contestables y también casos donde los costes de entrada son creados inocentemente. Además, el uso de algunas armas estratégicas tiene efectos ambiguos en el bienestar. Pero no hay conclusiones normativas consistentes en esta literatura para calmar los temores de aquellos que nunca han sido persuadidos por el hecho que la actividad no regulada de las grandes empresas dominantes que caracteriza

---

<sup>506</sup> W.J. Baumol, J.C. Panzar y R.D. Willing. "On the Theory of Perfectly-Contestable markets" en *New Developments in the Analysis of market structure*. Joseph E. Stiglitz y G. Frank Mathewson. The Macmillan Press Ltd. 1986.

<sup>507</sup> Ibidem

<sup>508</sup> Encaoua, Gerosky y Jacquemin plantean que si la entrada es libre, la salida no es costosa y, más generalmente si el mercado es contestable, entonces ninguna arma estratégica podría permitir a una empresa dominante evitar el precio al coste marginal. Todo lo requerido para un primer movedor óptimo estaría presente. Un segundo argumento alternativo es que, en un mundo menos que perfecto, lo que se denomina una barrera a la entrada realmente reflejaría los intereses de los consumidores, cuando son considerados ampliamente. Más que permitir que los recursos se muevan en industrias de beneficio alto, sería mejor desde el punto de vista del bienestar del consumidor de forma más general, tomar en cuenta el rol de las externalidades, los costes de información y los costes de transacción. David Encaoua, Paul Geroski y Alexis Jacquemin. "Strategic Competition and the Persistence of Dominant Firms: a Survey" en *New Developments in the Analysis of market structure*. Joseph E. Stiglitz y G. Frank Mathewson. The Macmillan Press Ltd. 1986. pág. 74 -75.

<sup>509</sup> La Teoría del Segundo Mejor se refiere a lo que sucede cuando una o más de las condiciones óptimas en un modelo económico, no están satisfechas. Los economistas Richard Lipsey y Kelvin Lancaster demostraron que en un modelo económico si una condición óptima no está satisfecha, es posible que la siguiente mejor solución implique el cambio de otras variables lejos de aquellas que usualmente son asumidas de ser las óptimas. R.G. Lipsey & Kelvin Lancaster, "The General Theory of Second Best", *The Review of Economic Studies*, Vol. 24, No. 1. (1956 - 1957), pp. 11-32.

<sup>510</sup> Las empresas existentes tienen una ventaja en la medida que su existencia, refleja costes reales de transacción más bajos, inversiones específicas de la industria, o la historia de buena reputación de una empresa, es un activo porque la información no es libre. Si embargo, la entrada no sería libre (por ejemplo, la mayoría de los costes fijos serán hundidos, todas las empresas no serán idénticas) y una gran parte de los costes de entrada resultarían de la creación deliberada de asimetrías por las empresas existentes; entonces no podemos aceptar la opinión que 'lo que es, es razonablemente eficiente'. Si además, los costes del monopolio son considerables, entonces, estamos autorizados para opinar que la conducta estratégica es a lo más, un concepto mixto.

a muchos mercados modernos tenga efectos benignos en el bienestar. Por el contrario, en muy reducidos casos los tribunales han establecido que una menor competencia sea beneficiosa para los consumidores.<sup>511</sup>

Las definiciones de Bain y Stigler implican cuestiones empíricas muy diferentes. En concreto, la definición de Stigler implica que las economías de escala no pueden dar origen a barreras de entrada si las funciones de coste son idénticas, mientras que Bain sostiene lo contrario.<sup>512</sup>

Los costes fijos –que son independientes de los costes en producción, en la medida que la empresa no salga del mercado- son la fuente de las economías de escala. Pero a menos que la entrada implique los costes hundidos –que no pueden ser recuperados si ocurre la salida- la teoría de la contestabilidad nos enseña que las economías de escala no son suficientes para permitir a las empresas establecidas mantener los precios por encima del coste sin atraer la entrada. (Estos son casos de conceptos opuestos: en la práctica, raramente los costes son siempre completamente fijos o completamente hundidos.). Una definición actualizada de Bain no descartaría las economías de escala como una barrera a la entrada a los efectos del derecho de la competencia, cuando los costes hundidos son importantes, mientras la definición de Stigler sí lo haría. No está claro cómo ambos autores interpretarían los costes hundidos que desaniman la entrada incluso en la ausencia de economías de escala significativas.<sup>513</sup>

La anterior línea de pensamiento está en contradicción con la Escuela de Chicago, donde la discusión sobre las barreras a la entrada se reduce a la cuestión de la eficiencia. La Escuela de Chicago no considera a la publicidad, los requerimientos de capital mínimos, o la integración vertical como barreras a la entrada, sino como comportamiento competitivo o el resultado de la eficiencia económica. Las barreras legales o administrativas, como las patentes son casi ignoradas como más allá del alcance de la política antitrust.<sup>514</sup> Si los economistas de la escuela de la organización industrial<sup>515</sup> al considerar la funcionalidad de la competencia como un mecanismo de

---

<sup>511</sup> Posner, Richard A. *Antitrust Law, 2nd Ed.* Chicago: University of Chicago Press, 2001. Pág. 29-32.

<sup>512</sup> Dennis W. Carlton y Jeffrey M. Perloff. *Modern Industrial Organization*. Harper Collins College Publishers. Nueva York. 2005. Adoptan la definición de Stigler.

<sup>513</sup> Richard Schmalensee. “Sunk Costs and Antitrust Barriers to Entry” Working Paper 4457-04. Enero 2004. Social Science Research Network Electronic Paper Collection: <http://ssrn.com/abstract=486944>

<sup>514</sup> Richard A. Posner. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. The University of Chicago Press 1976.

<sup>515</sup> La teoría de la organización industrial, es un ámbito en la economía que estudia el comportamiento estratégico de las empresas, la estructura de los mercados y sus interacciones. Desde 1980, el análisis teórico en este campo se ha convertido hacia uno basado en la teoría del juego. La organización industrial

control, y afirman que las barreras a la entrada altas disminuyen la coordinación, la información y la función de distribución de la competencia, han planteado que las barreras más altas permitieron a los competidores incrementar progresivamente los precios muy por encima del coste marginal, y entonces prima facie el comportamiento es condenado. Los economistas de la Escuela de Chicago están implicados en examinar la naturaleza de la barrera, tolerando aquellas que son el resultado de las consideraciones de eficiencia.<sup>516</sup> Las barreras a la entrada se reducen a aquellas barreras artificiales, en palabras de Bork ‘la cuestión para el derecho antitrust radica en establecer si existen barreras artificiales a la entrada. Estas deben ser barreras que no son el resultado de la eficiencia superior y que todavía impiden a las fuerzas del mercado ... operar para afectar las posiciones de mercado no basadas en la eficiencia.’<sup>517</sup>

Muestra de la controversia existente, Hovenkamp, opina que el análisis antitrust ha utilizado principalmente la definición de Bain más que la de Stigler: La cuestión clave es usualmente cuantitativa: por ejemplo, para ser útil en el análisis de concentraciones, una medida de la altura de las barreras a la entrada a los efectos del derecho antitrust, estaría inversamente relacionada a la medida en que se espera que la entrada pueda frustrar los intentos en ejercitar el poder de mercado, por la empresa candidata a llevar efectuar la concentración. La definición de Bain plantea esta cuestión directamente (aunque no dice cómo responderla), pero la definición de Stigler no.<sup>518</sup>

Carlton<sup>519</sup> observa que la definición de Stigler no puede ser generalizada fácilmente para tomar en cuenta la dinámica de la entrada, y que los debates sobre las barreras a la entrada son una distracción. Propone en su lugar que es más productivo enfocarse en

---

investiga los resultados de las estructuras de mercado en ámbitos con discriminación en el precio, discriminación de producto, bienes durables, mercados secundarios que pueden afectar el comportamiento de las empresas en los mercados primarios, la entrada y la salida, etc. George Stigler también forma parte de la escuela de la organización industrial.

<sup>516</sup> Para el derecho antitrust norteamericano el bienestar del consumidor es interpretado como equivalente al exceso del consumidor. En contraste los economistas usualmente emplean el bienestar total –el exceso de los consumidores más los beneficios de los productores- como su función objetiva de equilibrio parcial. Sin embargo, las Horizontal Merger Guidelines, adoptan explícitamente el estándar del bienestar del consumidor para el análisis de la reducción de coste: Las cuestiones centrales son centradas como “... si las probables eficiencias perceptibles serían suficientes para dar marcha atrás al potencial daño de la concentración a los consumidores en el mercado relevante, por ejemplo, impidiendo los incrementos de precio en este mercado. El objetivo del bienestar del consumidor es el objetivo que el derecho antitrust norteamericano ha asumido, a la luz de éste, es difícil ver cómo se puede basar una definición útil de las barreras a la entrada sobre cualquier otro objetivo.

<sup>517</sup> Robert Bork. *The Antitrust Paradox: a Policy at War with itself* 1.978 New York: Basic Books. P. 311.

<sup>518</sup> Herbert Hovenkamp. “Federal Antitrust Policy”. 2<sup>nd</sup>. Ed. Hornbook Series. Minesota. EEUU. 1999. P. 40

<sup>519</sup> Carlton, Dennis W. “Why Barriers to Entry are Barriers to Understanding.” *American Economic Review Papers and Proceedings*, May 2004, 94

las lecciones de los recientes modelos de la teoría del juego<sup>520</sup>, que él reivindica que han conducido a los economistas a un entendimiento más cercano sobre las condiciones exógenas de la industria que harían la entrada “fácil”.

Por el contrario, una forma (no necesariamente la mejor) para generalizar la definición de Bain es imaginar una concentración hipotética de todos los productores en un mercado antitrust bien definido (típicamente el agregado más pequeño de mercado de producto/geográfico que podría ser monopolizado rentablemente). Las barreras antitrust a la entrada entonces podrían ser definidas como los factores que elevan la trayectoria del precio posterior a la concentración en el tiempo, ya sea temporal (ralentizando la entrada) o permanentemente (por la definición original de Bain).

Como es importante en muchos contextos antitrust ir más allá de las definiciones de Bain y Stigler para tomar en cuenta las dinámicas de la entrada, desafortunadamente los economistas parecen haber producido muy reducida teoría potencialmente relevante y esencialmente ningún análisis empírico sistemático de los factores que ralentizan la entrada. Ambas definiciones están formuladas en términos de largo plazo. Sin embargo, quienes aplican las normas, consideran adecuadamente, cuán rápido la entrada puede fomentar la competencia.

En el ámbito comunitario, el concepto de barrera a la entrada está determinado y varía según se considere el criterio de bienestar mediante el cual son evaluadas las potenciales ganancias sociales que provienen de la entrada. El grupo de barreras a la entrada se incrementa sucesivamente, en el sentido de incluir, en la medida que nos movemos de aplicar el bienestar total<sup>521</sup>, a través de las asignaciones basadas inicialmente, asociadas con el precio al coste marginal regulado con el criterio del exceso del consumidor<sup>522</sup>. Las barreras a la entrada son considerables cuando son evaluadas desde el punto de vista del exceso del consumidor en el sentido que este criterio de bienestar apoya la promoción de la entrada sin preocuparse de cuán altos sean los costes hundidos de entrada. Consecuentemente, la confusión sobre las barreras a la entrada se origina

---

<sup>520</sup> Los economistas han usado la teoría de juegos para analizar un amplio abanico de problemas económicos, incluyendo los [duopolios](#) y [oligopolios](#). Estas investigaciones normalmente están enfocadas a conjuntos particulares de estrategias conocidos como conceptos de solución. Estos conceptos de solución están basados normalmente en lo requerido por las normas de racionalidad perfecta. El más famoso es el equilibrio de Nash. Un conjunto de estrategias es un equilibrio de Nash si cada una representa la mejor respuesta a otras estrategias. De esta forma, si todos los jugadores están aplicando las estrategias en un equilibrio de Nash, no tienen ningún incentivo para cambiar de conducta, pues su estrategia es la mejor que pueden aplicar dadas las estrategias de los demás.

<sup>521</sup> Bienestar total: considera el bienestar del consumidor y del productor

<sup>522</sup> Exceso del consumidor: la diferencia entre la cantidad que un consumidor estaría dispuesto a pagar por un producto y la que paga realmente

primeramente debido a que las barreras a la entrada se derivan del criterio de bienestar subyacente, utilizado para evaluar las ganancias sociales de la entrada.

Sin esta perspectiva básica, las discusiones de cómo se definen las barreras a la entrada pueden ser difícilmente fructíferas y constructivas. Es de primera importancia la determinación del objetivo seleccionado para la política de competencia, que en el derecho de competencia comunitario, debería ser el objetivo del bienestar del consumidor, como uno de los objetivos perseguidos del Tratado CE<sup>523</sup>, sin embargo, además figura otro objetivo, lo que implica ampliar los criterios para incluir las barreras relacionadas con objetivo de la integración del mercado.<sup>524</sup>

En cuanto a la definición de barrera a la entrada a los efectos del derecho de competencia comunitario, la doctrina jurídica, y la económica, se aproximan más a la definición de Stigler.

Sin embargo, en el otro espectro encontramos a, Luc Gyselen and Nicholas Kyriazis,<sup>525</sup> señalan con base en Bork, que las barreras a la entrada genuinas son las barreras que son debidas a distorsiones artificiales del proceso competitivo, no obstante, invocan a Stigler para la definición de barrera. Pero asumen la clasificación de barreras a la entrada de Bain enumeradas anteriormente, es decir, consideran como barreras, las ventajas absolutas en materia de coste, las economías de escala, y la diferenciación de producto.

---

<sup>523</sup> Así, el criterio difiere del derecho antitrust norteamericano, como señala Fox: “El principio por el que los tribunales europeos condenan las prácticas de exclusión por las empresas dominantes, a menos que estén justificadas, es a veces parafraseado como uno dinámico: el derecho de los actores del mercado a disfrutar del acceso al mercado sobre los méritos. Es un principio de libertad de las empresas no dominantes para comercializar sin obstáculos artificiales construidos por empresas dominantes, e implica una afirmación que preservando esta libertad es importante para la legitimidad del proceso de competencia y es probable de producirse en beneficio de todos los jugadores del mercado, competidores y consumidores. Eleanor M. Fox. “What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect”. En *Antitrust Law Journal* 2002, Vol. 70 pág. 372 y ss.

<sup>524</sup> La Comisión ha señalado: “Uno de los principales objetivos de la Comisión al aplicar las normas de competencia es asegurar que las empresas no concluyan acuerdos o donde ostentan una posición dominante, se vinculen en prácticas unilaterales que tengan el efecto de limitar la habilidad de otras empresas –generalmente las de otros Estados miembros- de tomar ventaja de las posibilidades ofrecidas por el Mercado Único para competir. § 12 del Informe sobre la Política de Competencia 1994. Véase Impact on Competition and Scale Effects. Competition Issues. En *The Single Market Review*. Volumen 3. Office for Official Publications of the European Communities. 1997. Pp.115. Esta cuestión también es observada por la Comisión en su Guía, al señalar que intervendrá cuando el buen funcionamiento del mercado interno no pueda ser asegurado adecuadamente por otros medios. §7 de la Guía de la Comisión citada.

<sup>525</sup> Luc Gyselen and Nicholas Kyriazis. “Article 86: the Monopoly Power Measurement Issue Revisited” en *European Law Review*. Vol 1. 1986, pág. 140-144.

Hay un consenso en la doctrina<sup>526</sup>, en cuanto que incluyen como barreras a la entrada a una norma legal como las leyes de concesión de licencias o los derechos de propiedad intelectual: que confieren un monopolio legal para actuar como tales; así también, las economías de escala y las prácticas anticompetitivas diseñadas para disuadir al entrante al mercado.

Después de este consenso, se produce una quiebra. Algunos economistas consideran como barreras, la eficiencia superior de una empresa dominante, su know-how tecnológico, el coste de publicidad, la diferenciación del producto y la dificultad de ganar acceso a los capitales de riesgo. Sin embargo muchos de estos temas han sido cuestionados. En particular, bajo la definición de barrera a la entrada de Stigler, habría alguna asimetría entre la posición de empresas que ya está en el mercado y los nuevos entrantes. Resultaría que el coste de la publicidad no sea una barrera: la empresa existente tuvo que invertir en la promoción de su producto y la nueva tendrá que enfrentar un coste más alto. De igual forma, el acceso al capital significa un problema en la medida que los mercados de dinero son ineficientes, pero esto es verdad igualmente para cualquier prestamista. Al enumerar las barreras a la entrada en la jurisprudencia comunitaria, la doctrina critica que algunas no constituyen barreras bajo la definición de Stigler.

La Comisión<sup>527</sup> define las barreras a la entrada como unas “características específicas del mercado que otorgan unas ventajas a las empresas que ya están en el mercado, sobre sus competidoras potenciales.”<sup>528</sup> La definición ha sido formulada tratándose de casos donde el análisis es prospectivo, ex ante, sin embargo, a efectos del artículo 82, el

---

<sup>526</sup> Valentine Korah. “Concept of a Dominant Position within the meaning of article 86”. En *Common Market Law Review* Nº 17, 1980 pp. 395 y ss en 403. C.W. Baden Fuller. *Article 86: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position* en *European Law Review*, 1.991 pp. 308-312 Paul A. Geroski y Joachim Schwlbach. *Barriers to entry and Intensity of Competition in European Markets* 1992. Comisión de las Comunidades Europeas. Luxemburgo. Richard Whish. *Competition Law* 3 Ed. Butterworths. 2003. Londres U.K.264-268

<sup>527</sup> Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas. (2004/C 31/03) DOCE de 5-2-2004 C31/5. § 70.

<sup>528</sup> Una definición de barrera a la entrada, adaptada a la actividad específica que desarrolla, es la proporcionada por las Directrices de la Comisión sobre el análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas: “las barreras a la entrada al mercado son a menudo elevadas a causa de la existencia de requisitos legales y reglamentarios que pueden limitar el número de licencias disponibles o la prestación de ciertos servicios. Además, existen barreras de entrada cuando el acceso al mercado pertinente requiere amplias inversiones y la programación de capacidades a largo plazo para poder operar con rentabilidad, es decir, los costes hundidos. § 80 de las Directrices de la Comisión sobre el análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado, citada.



análisis es ex post, la Comisión en su Documento, y la Guía de la Comisión no las define, si bien enumera algunas que considera que son ventajas que los rivales no pueden replicar, lo que sería equivalente a una ventaja sobre sus rivales potenciales.<sup>529</sup> Así, parece que la noción se aproxima más a la de Stigler, sin embargo, en la clasificación de barreras a la entrada, se incluye a las redes de distribución y venta, que bajo la definición de Stigler no lo son.

Es interesante el planteamiento de las barreras que hace la Guía de la Comisión a modo de las coacciones a la entrada y expansión que enfrenta la posición de dominio, motivo por el que no ostentaría el dominio. El impacto potencial de la expansión por los competidores reales o la entrada por los competidores potenciales, incluida la amenaza de esta expansión o entrada, es también relevante. Una empresa puede ser disuadida de incrementar sus precios si la expansión o entrada es probable oportuna y suficiente. Para que la Comisión considere oportuna una expansión o entrada por los competidores en el mercado, para contrarrestar el dominio de la implicada, debe ser suficientemente rápido disuadir o frustrar el ejercicio del poder de mercado sustancial. Para que la expansión o entrada sea suficiente, no puede ser la entrada simple a pequeña escala, por ejemplo en algún nicho de mercado, debe ser de tal magnitud como para estar dispuesta a disuadir cualquier intento de incrementar los precios por la supuesta empresa dominante en el mercado relevante.<sup>530</sup>

La doctrina plantea con respecto a los casos del artículo 82 que la jurisprudencia ha adoptado un criterio muy amplio de barreras a la entrada, que ha dado lugar a la crítica que ha sido exagerado el poder de mercado de algunas empresas y que las empresas compitiendo en mercados oligopolísticos han sido caracterizadas equivocadamente como posiciones dominantes<sup>531</sup>, concluyendo que los términos empresa dominante y monopolio, en el contexto de la política de competencia, son más amplios que su definición en la teoría económica, así por ejemplo, para unos economistas, algunas barreras no son consideradas como tales, sin embargo, el derecho comunitario las considerará como factores para el dominio, lo que vendría a calificar a una empresa como dominante. Así, la discusión respecto las barreras a la entrada<sup>532</sup> es que colocan a más empresas en el riesgo de ser definidas como dominantes a los propósitos del

---

<sup>529</sup> §17 de la Guía de la Comisión citada, y §40 del Documento de la Comisión.

<sup>530</sup> §16 de la Guía de la Comisión citada.

<sup>531</sup> Richard Whish. *Competition Law* 3 Ed. Butterworths. 2003. Londres U.K. pág.264.

<sup>532</sup> Whish, ob. Cit. Pág. 268.

artículo 82. El dilema es articulado en casos en que los asuntos serán caracterizados como barreras a la entrada cuando son simplemente indicativos de eficiencia superior de la empresa competidora. ‘Parece no haber definición precisa, y en el uso actual una “barrera” parece ser algo que hace más difícil la entrada de nuevas empresas en una industria.’<sup>533</sup> Para algunos autores, esta tendencia de los tribunales implica que el artículo 82 tendría el efecto paradójico de desanimar a las empresas, temerosas de ser consideradas dominantes por competir sobre los méritos.<sup>534</sup> Otros señalan que se presta una atención insuficiente a la altura de las barreras a la entrada, o que la jurisprudencia ha considerado como barreras a la entrada factores a corto plazo que no serían considerados por los economistas<sup>535</sup>. Sin embargo, una barrera a la entrada existe si los beneficios positivos persisten en el largo plazo.<sup>536</sup>

La consideración de las barreras a la entrada se puede originar en varias etapas del análisis del dominio, incluso en la etapa de la definición del mercado geográfico de referencia<sup>537</sup>, y también en la valoración del poder de mercado.

#### b.2) Concepto de barrera a la expansión.

Las barreras a la expansión implicarán elevar los costes marginales de los rivales que resultan en un precio de mercado competitivo más alto.<sup>538</sup> La Comisión en su Documento y en su Guía de la Comisión sobre los Abusos de Exclusión, las considera, pero no las define<sup>539</sup>.

Las barreras a la expansión impiden expandir su producción a las empresas competidoras. En ausencia de éstas, una empresa dominante no podrá ejercer su poder

---

<sup>533</sup> Bork, ob. Cit. Pág. 310.

<sup>534</sup> Doris Hildebrand. *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*. Kluwer Law International. Londres. 2<sup>nd</sup>. Ed. 2002. pág. 48.

<sup>535</sup> Valentine Korah. *Interpretación y aplicación del art. 86*. Notre Dame Law Review. 1978 vol. 53 pp. 768 y ss. Y Valentine Korah. *An introductory guide to EC Competition, Law and practice*. Ed. Sweet and Maxwell. Oxford 2007.

<sup>536</sup> Luc Gyselen and Nicholas Kyriazis. “Article 86: the Monopoly Power Measurement Issue Revisited” en *European Law Review*. Vol 1. 1986, pp. 134. 138. “El test del dominio no es el poder de eliminar a la competencia, es el poder de impedir el mantenimiento de la competencia efectiva o eliminarla. Este poder puede existir incluso si la empresa dominante no estaba dispuesta a eliminar a toda la competencia.” John Temple Lang. “Some aspects of abuse of dominant positions in European community antitrust law.” En *Fordham International Law Forum*. Volumen 3. 1979-80, Number 1. pp. 1-51. 11

<sup>537</sup> Ver § 30 de la 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. DOCE L 372/5 de 9-12-1997

<sup>538</sup> Thomas G. Krattenmaker and Steven C. Salop. *Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals’ Costs to Achieve Power over Price*. En *The Yale Law Journal* Vol. 96, N<sup>o</sup> 2 Dec. 1986.

<sup>539</sup> §16 y 17 de la Guía de la Comisión citada. §34 del Documento de la Comisión.

de mercado: si eleva los precios, la producción será fácilmente cedida a favor de sus competidoras.<sup>540</sup> Muchas de las barreras a la entrada que se van a enumerar podrían ser consideradas también barreras a la expansión, así, los costes hundidos, los costes de cambio de proveedor, y el comportamiento estratégico. Las barreras a la expansión son altas en sectores donde un incremento en capacidad requiere gran inversión (por ejemplo, la construcción de plantas, la necesidad de nuevas fuentes de oferta, la expansión de redes de distribución).

Un buen ejemplo de barreras a la expansión, lo da el TJCE en el caso *United Brands*<sup>541</sup>, y también la Comisión en los casos *Akzo*<sup>542</sup> y *British Midland c. Aer Lingus*<sup>543</sup>,

### b.3) Tipos de barreras a la entrada y a la expansión:

La Guía de la Comisión enumera varios tipos de barreras a la entrada y a la expansión, y también considera las barreras generadas por la propia conducta de la empresa dominante, que analizaremos en otros factores de la posición de dominio.<sup>544</sup>

Para facilitar la comprensión, a efectos didácticos, y al ser términos utilizados por la Comisión en sus Comunicaciones diremos que dependiendo del momento competitivo en que la implicada erige la barrera, las barreras pueden ser barreras estratégicas y absolutas.

---

<sup>540</sup> FAULL; Jonathan, y NIKPAY, Ali. *The EC Law of Competition*. Oxford University Press. 1999. P. 132.

<sup>541</sup> El TJCE señaló que a pesar que los competidores, habían hecho incursiones en el mercado para poder incrementar su cuota de mercado, no habían tenido éxito, ya que UBC los combatía exitosamente, adaptando sus precios o llevando presión directa a los intermediarios. Sentencia TJCE *United Brands/Comisión* § 119-122.

<sup>542</sup> Para ello se basó en los informes anuales del sector de los plásticos y elastómeros que indicaba que las empresas pequeñas que habían intentado expandir su cuota de mercado o penetrar mercados nuevos, casi invariablemente no habían tenido éxito al enfrentar la respuesta de *Akzo*. Entre las empresas que habían desaparecido o perdido cifras de negocios sustanciales en Europa a favor de *Akzo* se incluían Scado, Kenogard y Aztec/Dart. Aparte de ECS. Decisión ECS/*Akzo* ya citada, § 70, confirmada por el TJCE en Sentencia ya citada.

<sup>543</sup> La Comisión consideró la habilidad de *Aer Lingus* de impedir que su competidor, *British Midland* participara en el trayecto Londres(Heathrow)-Dublín, a través de la ejecución de medidas como la mejora de sus servicios y situar las los esquemas de precios de determinadas categorías al mismo nivel que las aplicadas por *British Midland*. Decisión de la Comisión CE de 26-2-1992. *British Midland c. Aer Lingus*. DOCE L096 de 10-4-1992 p. 34.

<sup>544</sup> §17 de la Guía de la Comisión citada. Las barreras a la expansión y la entrada pueden tener un número de orígenes relacionados al ambiente económico o legal que pertenece al mercado relevante, la Comisión enumera las siguientes: (a) Barreras legales o administrativas; (b) Coacciones de capacidad: costes hundidos. (c) Las economías de escala y ámbito: la Escala Mínima Eficiente. (d) Las ventajas de coste absolutas: bajo la definición de Bain. (e) Acceso privilegiado a la oferta: Integración vertical. (f) Una red de distribución y ventas altamente desarrollada. (g) La posición establecida de las empresas competidoras en el mercado y (h) Otras barreras estratégicas a la expansión o la entrada. § 40 y ss del Documento de la Comisión.

Las barreras estratégicas<sup>545</sup> aventajan a una o más empresas gracias a que accedieron primero al mercado ganando consiguientes ventajas competitivas, adquiriendo activos antes que las entrantes potenciales asuman sus decisiones. Se les denomina por ello como “primer movedor”<sup>546</sup> que en un mercado incurre en costes hundidos sustanciales, disfrutará de una ventaja importante sobre las empresas que deseen entrar subsecuentemente. La estructura del mercado y el ambiente económico no deben ser percibidos como puramente exógenos, sino, al contrario, están abiertos parcialmente a la manipulación por los propios agentes económicos. El poder de mercado está caracterizado así por la capacidad de una empresa de modificar las condiciones del mercado en su propio beneficio en el tiempo.<sup>547</sup>

La creación estratégica de barreras a la entrada, debe cumplir dos requisitos: Primero, la empresa debe asegurar su credibilidad a los ojos de sus rivales, de tal modo que su comportamiento coaccione efectivamente. Segundo, la empresa debe estar segura de su rentabilidad en el sentido que el gasto generado por esta política esté más que compensado por el ingreso adicional resultante.<sup>548</sup> La credibilidad de la estrategia está basada en la paradoja que el poder para limitar al adversario depende del poder de obligarse a si mismo de forma irrevocable.<sup>549</sup> El comportamiento estratégico puede ser cooperativo y no cooperativo. El que analizamos aquí, debe ser no cooperativo, donde la empresa actúa unilateralmente<sup>550</sup>.

La importancia de la elevación estratégica de las barreras a la entrada por las empresas es desarrollada por Porter<sup>551</sup>

---

<sup>545</sup> Las barreras estratégicas derivan del “comportamiento estratégico” aquel que influye la decisión de otra persona o empresa de un modo favorable a si mismo mediante la afectación de las perspectivas de la otra persona o empresa sobre cómo se comportará uno mismo. Así, el comportamiento estratégico está relacionado con las acciones que asume una empresa para desarrollar su posición competitiva respecto a rivales actuales y potenciales, con el objeto de ganar una ventaja comercial permanente, e incrementar de este modo sus beneficios. Simon Bishop y Mike Walker. *Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. 2000 Londres. 2ª Edición, pág.302. Véase también: T. Schelling, *The Strategy of Conflict*. Cambridge: Harvard University Press. 1960 Pág. 160. Rhonda Smith and David Round. “Competition Assessment and Strategic Behaviour” 1998 E.C.L.R. pp. 225 y ss. P. 227. Dennis W. Carlton y Jeffrey M. Perloff. *Modern Industrial Organization*. Harper Collins College Publishers. Nueva York 1.994

<sup>546</sup> En el lenguaje de la teoría de los juegos.

<sup>547</sup> Alexis Jacquemin. *The New Industrial Organization. Market forces and strategic behavior*. Translated by Fatemeh Mehta. 1987 Oxford. Pág. 114.

<sup>548</sup> Alexis Jacquemin. *The New Industrial Organization....* Ob cit. Pág. 107.

<sup>549</sup> P. Schelling, ob.cit. pág. 22.

<sup>550</sup> Las condiciones requeridas para el comportamiento estratégico no cooperativo son: la posesión de poder de mercado o de alguna ventaja competitiva; la empresa debe estar dispuesta a actuar antes que sus rivales (como primer movedor); y la empresa debe demostrar que seguirá su estrategia al margen de las acciones de sus rivales (el compromiso).

<sup>551</sup> Señala que en cualquier industria, “las normas de competencia están representadas por cinco fuerzas competitivas: (a) la entrada de nuevos competidores, (b) la amenaza de sustitutos, (c) el poder negociador de los compradores, (d) el poder negociador de los proveedores, y (e) la rivalidad entre los competidores existentes”. Mientras la fuerza de estos factores varía entre las industrias y a través del tiempo, a través

El reconocimiento que bajo algunas circunstancias las empresas pueden asumir comportamiento estratégico convierte en inapropiado el enfoque estructuralista del análisis del mercado.

Las barreras estratégicas generalmente son más difíciles de analizar<sup>552</sup>. Generalmente el comportamiento estratégico es parte de un proceso competitivo saludable y por tanto, no es inherentemente anticompetitivo<sup>553</sup>. Si el comportamiento estratégico es anticompetitivo o no, depende de la naturaleza y propósito de la conducta. Sin embargo, la conducta anticompetitiva ha sido al día de hoy la discusión del comportamiento estratégico. Las empresas utilizan muchas técnicas para impedir que los rivales accedan al mercado, para retirar rivales del negocio o para reducir sus beneficios. Las estrategias pueden estar diseñadas para permitir a una empresa auyentar a los rivales potenciales, mediante el cambio de las creencias de los rivales sobre cuán agresivamente actuará la empresa en el futuro. Las estrategias adoptadas por las empresas difieren de acuerdo a las diferencias en activos, habilidades, precio, métodos de distribución y demás. Las estrategias son expresadas a lo largo del tiempo a través de inversión y mediante movimientos tácticos y contra movimientos.<sup>554,555</sup>

---

de su influencia en el precio, costes e inversión, determina la habilidad de una empresa para ser rentable. Es decir, la rentabilidad de la industria es una función de la estructura de la industria. De este modo Porter difiere del enfoque estructuralista en que las empresas tienen la habilidad de alterar la estructura de la industria a través de las estrategias que adoptan. Plantea además que los líderes de la industria pueden tener un impacto desproporcionado en la estructura debido a su tamaño e influencia sobre los compradores, proveedores y otros competidores. Al mismo tiempo, la gran cuota de mercado de los líderes garantiza que cualquier cosa que cambie la estructura de la industria globalmente también les afectará a ellos.

Con el objeto de conseguir una ventaja competitiva sostenible, una empresa deberá desarrollar una ventaja derivada de la habilidad de la empresa para competir en mejores condiciones con las cinco fuerzas que diseñan la estructura de la industria que sus rivales. Las tres estrategias generales que una empresa puede perseguir son: (1) ser el productor de coste más bajo, (2) suministrar productos diferenciados en todo el mercado; (3) alternativamente una empresa puede apuntar sus operaciones a un nicho de mercado particular dirigido a cubrir la totalidad de los requerimientos de aquellos compradores sea sobre las bases de los costes o del producto diferenciado. Michael E. Porter *Competitive Advantage*. The Free Press, New Cork 1985, p.4.

<sup>552</sup> En la comunidad europea, en la medida que el programa el mercado único ha tenido éxito en remover las barreras institucionales que protegían a determinadas empresas en ciertos mercados, el incentivo de aquellas es reemplazar estas barreras con comportamiento estratégico. Véase al respecto: Economists Advisory Group Ltd. *Economies of Scale*. En *The Single Market Review*. Volume 4. Office for Official Publications of the European Communities. 1997.

<sup>553</sup> Schmalensee observa que es difícil establecer reglas diseñadas para limitar la habilidad de las empresas dominantes para explotar sus posiciones de mercado que no sean ambiguas respecto a la eficiencia en el corto plazo. E incluso será más difícil diseñar reglas que por un lado promuevan la erosión de las posiciones dominantes y por otro desarrollen el bienestar económico en el corto plazo. El uso de ventajas estratégicas y ventajas de operación para disuadir la entrada no es necesariamente socialmente indeseable. Richard Schmalensee. "Standards for Dominant Firm Conduct: What can Economics Contribute?" en *The Economics of Market Dominance*. Editado por Donald Hay y John Vickers. 1987. Nueva York. Pág. 76.

<sup>554</sup> Una empresa puede decidir invertir con el objeto de conseguir economías de escala como parte de un plan estratégico más amplio. Esto puede impedir la entrada asegurando que un entrante nuevo no estará dispuesto a asegurar lo suficiente del mercado y permitirle alcanzar una escala mínima eficiente dentro de algún lapso de tiempo razonable.

La mayoría de las armas estratégicas mencionadas ocurren de nuevo cuando analizamos el fenómeno de la salida. Cuando hay barreras a la salida, una salida que es potencialmente rentable a la industria será rechazada, incluso si cada empresa es consciente de este efecto positivo. El mercado correspondiente es asumido de haberse reducido al punto en que sólo una empresa puede operar rentablemente mientras que dos empresas actualmente ocupan el mercado. Los competidores por si mismos pueden ejercer barreras a su propia salida cuando el coste de la inversión correspondiente está más que compensado por la ganancia que se origina del efecto disuasivo sobre la entrada: así las barreras altas a la salida forman una señal para los competidores potenciales que los competidores intentan permanecer en su lugar y mantener su nivel de actividad posterior a la entrada.

A lo sumo, si todos los costes de los competidores fuesen hundidos, los entrantes estarían coaccionados y las empresas competidoras mantienen su nivel de producción sea o no que la entrada tome lugar, ya que una reducción en el nivel de producción no cambiaría estos costes.

---

Alternativamente, la empresa habría creado exceso de capacidad suficientemente creíble para amenazar la bajada de precios al nivel del coste marginal como continuación de la entrada.

Otros métodos de disuasión de la entrada incluyen el precio límite, el precio predatorio y la elevación de los costes de los rivales. La proliferación de marcas y la publicidad intensiva frecuentemente en conjunción con otros factores como economías de escala limitadas son otras estrategias que utilizaría la empresa para disuadir la entrada. La Investigación y Desarrollo, las bases para conseguir las eficiencias dinámicas, bajo algunas circunstancias también asisten a una empresa para retirar rivales del mercado. Una forma de clasificar las inversiones es distinguir aquellas que afectan a la demanda de aquella que influye los costes.

<sup>555</sup>En el lado de la demanda, el rol de la publicidad y de la promoción, aunque frecuentemente subrayado, es cuestionable porque tiene un alto margen de depreciación. Sin embargo, la comercialización permite 'la compra de tiempo' hasta que otros instrumentos estén dispuestos a defender la posición de la empresa en el mercado. Además con incertidumbre, la publicidad y otros activos intangibles crean un capital de notoriedad y una reputación que puede influir los planes de los competidores potenciales. Las políticas de diferenciación, cambios de estilo, e imposición de las propias normas (vinculado a la compatibilidad de productos y equipo) son también medios de incrementar la parte fija hundida del coste. Respecto a la proliferación de nuevos productos, marcas y patentes por una empresa permiten derechos de prioridad, es decir, una ocupación extensiva del espacio geográfico en tal forma que no hay rentabilidad considerable para que el entrante responda a la demanda residual. Mientras más considerable sea la proporción de los costes fijos hundidos, más creíbles serán los compromisos de la empresa que ya está en el mercado.

En el lado del coste, la creación de exceso de capacidad es una de las herramientas más analizadas. El rol del proceso de aprendizaje ha sido también discutido ampliamente. Al adoptar un precio bajo inicialmente, la empresa que ya opera en el mercado estimula una expansión rápida de la demanda para su producto y entonces se coloca en la parte más baja de sus curvas de aprendizaje, incluso antes que el entrante haya tenido una posibilidad de empezar a competir. Claramente, el aprendizaje está caracterizado por los costes hundidos porque una empresa no puede recuperar el coste en que ha incurrido por adquirir la experiencia de producción pasada. Existe igualmente una gran cantidad de estrategias (incluyendo la integración vertical y contratos a largo plazo) vis-a-vis los mercados de factores, sea mano de obra, deuda y capital de financiación, o los componentes de un producto final. Estas estrategias pueden ser utilizadas para crear una diferencia de coste que favorece a los competidores, ya sea mediante la bajada de sus costes o mediante el incremento de los costes de sus competidores potenciales. Véase Alexis Jacquemin. *The New Industrial Organization. Market forces and strategic behavior*. Translated by Fatemeh Mehta. 1987 Oxford. P. 114.

De esta forma, las barreras a la entrada y a la salida son estrechamente interdependientes<sup>556</sup>. Desde el punto de vista de las empresas que ya están en el mercado, mientras más altas sean las barreras estratégicas a la salida, menor la necesidad de las barreras a la entrada. Pero igualmente, las inversiones en la forma de activos durables y específicos reducen la flexibilidad e incrementa la dificultad de dejar la industria durante una crisis. Hay un delicado equilibrio entre la adopción de compromisos irreversibles y la salvaguarda de un mínimo de flexibilidad, y este equilibrio reside en el corazón del grupo de elecciones estratégicas.

Desde el punto de vista de los entrantes potenciales, la presencia de barreras a la salida afectando toda la actividad en la industria es probable de funcionar en su favor. Estas barreras colectivas contrarrestan las barreras a la salida porque, una vez creadas, los nuevos tienen un motivo importante para permanecer y, además, porque las políticas predatorias se convierten ineficientes. Una posible configuración industrial es entonces un mercado con poca salida y entrada considerable, implicando una tendencia a la desconcentración.

Las barreras a la entrada estratégicas se pueden organizar en tres grupos o géneros principales: (1) economías de escala y costes hundidos; (2) diferenciación de producto y publicidad; (3) los requerimientos de capital. Estos tipos los desarrollaremos después de analizar las barreras absolutas.

Las barreras absolutas,<sup>557</sup> son fáciles de identificar, son auténticas barreras a la entrada reales (naturales) como los impedimentos legales a la entrada como las patentes, los slots de los aeropuertos, los copyrights, los contratos exclusivos con los proveedores de insumos, la mayoría de barreras legales y reguladoras entran en este grupo. Estas barreras corresponden a las asimetrías de coste entre empresas que serían capturadas normalmente bajo la definición de barreras a la entrada de Stigler.

(i) Barreras legales o administrativas.

Abarcan todo derecho exclusivo para operar en un determinado mercado, concedido por una norma legal de diversa naturaleza, podemos distinguir:

---

<sup>556</sup> 106. En B.Curtis Eaton and Richard G. Lipsey (1980) "Exit Barriers are entry Barriers: the durability of capital as a barrier to entry". *Bell Journal of Economics* 11 (2) Autumn, 721-9. En Jean J. Gabszewicz and Jacques-François Thisse Edit. *Microeconomic Theories of Imperfect Competition, Old Problems, and New Perspectives* 1.988. Masachusets. Pág 729.

<sup>557</sup> Simon Bishop y Mike Walker. *Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. 2000 Londres. 2ª Edición, pág.302. Véase también Whish, ob. Cit. Pág. 182.

Son barreras legales o administrativas:

-Los monopolios establecidos por Leyes. Los monopolios públicos o empresas a las que se les ha concedido el derecho de operar en un mercado particular, serán considerados siempre que están en posición dominante, si este mercado constituye un mercado relevante para propósitos de la competencia. En la jurisprudencia han sido considerados como monopolios los mercados para certificados de conformidad de vehículos importados<sup>558</sup>, servicios de telecomunicaciones<sup>559</sup>, suministro, mantenimiento y reparación de equipos de telecomunicaciones<sup>560</sup>, servicios de búsqueda de empleo<sup>561</sup>, la entrega postal<sup>562</sup>, servicios de pilotos de puertos y otros servicios<sup>563</sup>, y de emisión televisiva<sup>564</sup>, entre otros. Un caso especial lo constituyen las barreras administrativas invisibles<sup>565</sup>, o las regulaciones legales como la distribución de las frecuencias de radio.<sup>566</sup>

-La titularidad de derechos de propiedad intelectual o industrial<sup>567</sup>.- (1) Las patentes. Protege a la empresa de la competencia directa, y le permite fijar el precio por encima

---

<sup>558</sup> Sentencia del TJCE de 13-11-1975. *General Motors Continental NV v. Comisión de las Comunidades Europeas* Caso 26/75. RJ 1975 p. 1367.

<sup>559</sup> Sentencia de 20-03-1985. *United Kingdom Post Office and British Telecommunications c/. Comisión (o también Italia c/. Comisión)* Caso 41/83. ECR 880.

<sup>560</sup> Sentencia TJCE 19-3-1991. *República Francesa/Comisión*. As. 202/1988. RJ 1991 PP. I-1223. Sentencia del TJCE de 13-12-1991. *Régie des télégraphes et des téléphones c. GB-Inno-BM S.A.*. Cuestión Prejudicial C-18/88 RJ 1991 – 5941.

<sup>561</sup> Sentencia TJCE de 23-4-1991. *Hoefner y Elser/Macroton*. Cuestión Prejudicial.C41/90 RJ 1991 p. I-1979.

<sup>562</sup> Sentencia TJCE 19-5-1993. *Régie des Postes/Corbeau*. Cuestión Prejudicial C-320/91. R J 1993 p. I-2533. Sentencia TJCE 19-5-1993. *Régie des Postes/Corbeau*. Cuestión Prejudicial C-320/91. R J 1993 p. I-2533.

<sup>563</sup> Sentencia TJCE 10-12-1991. *Merci Convenzionali Porto di Genova Spa/Siderurgica Gabrielli Spa*. “Puerto de Génova I”. Cuestión Prejudicial C-179/90. RJ p. I5889.

<sup>564</sup> Sentencia TJCE de 3-10-85. *Compagnie Luxembourgeoise de télédiffusion S.A. (CLT)*. As. 311/84. RJ 1985 p. 3261 - 3279.

<sup>565</sup> Decisión de la Comisión CE de 18-7-1988. *Napier Brown c/ British Sugar*. DOCE L284/41. 19-10-88. Donde British Sugar tenía el monopolio en la venta de azúcar de remolacha.

<sup>566</sup> Decisión de la Comisión CE 2-12-1988. *Racal Decca Marine Navigation*. DOCE L043/27. 15-2-1989.

<sup>567</sup> Los derechos de propiedad intelectual pueden significar una barrera a la entrada que confiere a su titular una posición de dominio, al respecto, la relación entre la propiedad intelectual y la política de competencia ha sido siempre inestable y problemática. Waelbroeck, critica que los tribunales presenten un conflicto inherente entre ambos cuerpos normativos, ya que mientras ambas buscan promover el bienestar económico, lo hacen de diferentes modos. Critica que en economía, el derecho de competencia es miope, observa principalmente el corto plazo y promueve prácticas que busquen conducir los precios cercanos al coste, menoscabando los beneficios en exceso fuera de la economía. Con el objeto de conseguirlo, el derecho de competencia desarrolla normas que animan la entrada y la imitación creativa. Como una proposición general, mientras más empresas ofrezcan un producto, más competitivos serán su producción y su precio. En contraste, la política del derecho de propiedad intelectual, es asumir una opinión más extensa y animar a la innovación dándole a la gente períodos limitados de derechos exclusivos, o libertad de ser imitados. En algunas situaciones al menos, el resultado es que las empresas obtienen beneficios considerablemente más altos que los costes a corto plazo, y los derechos de propiedad intelectual han permitido a unas cuantas empresas obtener beneficios monopólicos durante períodos muy largos. El potencial para el conflicto se convierte incluso más pronunciado cuando el titular del derecho de propiedad intelectual, suscribe un acuerdo o se vincula en comportamientos que no están autorizadas



---

expresamente por las leyes de propiedad intelectual, pero que parecen tener efectos anticompetitivos. Al margen de estas diferencias, en la perspectiva económica, el conflicto entre la propiedad intelectual y las leyes de competencia es exagerado fácilmente, y los tribunales están dispuestos a establecer conflictos donde no existen. Con el objeto de tener un conflicto real se debe producir tanto un comportamiento de propiedad intelectual que implica una amenaza real a la competencia y también un argumento realista que el comportamiento va más lejos que un interés protegido por las leyes de propiedad intelectual. Históricamente, muchos de los comportamientos de propiedad intelectual condenados por los tribunales como infracciones o mal uso anticompetitivo, no eran completamente anticompetitivos. M.Waelbroeck y A. Frignani. *Derecho de la Competencia* Tomo II. Edit. Bosch. Barcelona. 1998. Versión española por Ignacio Sáenz Cortabarría Fernández y Marta Morales Isasi.

Mientras a una empresa le es permitido adquirir tantas patentes como pueda lograr a través de su investigación interna, no será el mismo caso cuando adquiera los derechos exclusivos de otros, ya que podría ser objeto de infracción a la competencia. Para que el titular de un derecho de propiedad intelectual, haga valer su derecho, debe estar seguro que protege los derechos de su inversión. Si una patente ha expirado, obviamente, no será indicativo del dominio. El titular de una patente u otro derecho de propiedad intelectual es libre de ejercitar la invención por sí mismo, o conceder o rechazar una licencia. Esta regla general se aplica incluso a las patentes que no son utilizadas, o no explotadas. En el derecho antitrust norteamericano, en el caso Kodak [*Eastman Kodak Co. v. Image Tech. Servs.*, 125 F.3d 1195 (9th Cir. 1997), cert.denied, 523 U.S. 1094 (1998), on remand from *Eastman Kodak Co. v. Image Tech.Servs.*, 504 U.S. 451 (1992)], el Tribunal Supremo estableció que las patentes gozan de un monopolio único bajo el cual su titular la ostenta. El Tribunal señaló que las patentes concedieron a Kodak un monopolio sobre algunos de las piezas de un producto, pero éste rechazó vender las piezas a técnicos reparadores independientes, así, Kodak creaba de forma efectiva un segundo monopolio en el mercado relevante para el servicio de reparación. Se argumentó que esta teoría del monopolio único se basa en una errónea concepción fundamental sobre las patentes. Típicamente, una patente crea un monopolio en un mercado o en muchos, dependiendo de dónde y cómo es utilizada la tecnología patentada. Las patentes de Kodak en las piezas eran de valor en ambos mercados, el mercado de las piezas por sí mismo, y el mercado complementario para la reparación de las fotocopiadoras. Este hecho, significó que Kodak tenía una obligación de vender sus piezas. De lo contrario, obtendría los beneficios del monopolio tanto en el mercado de las piezas y en el mercado del servicio de reparación.

Las innovaciones significativas a menudo dañan a los rivales que emplean tecnologías antiguas, y sería económicamente contra productivo, y contrario a la totalidad del concepto del derecho de la propiedad industrial o intelectual, penalizar a aquellos cuyas innovaciones dañan al rival. Herbert Hovenkamp Mark D. Janis John M. Olin. "Unilateral Refusals to License in the U.S." April 2005. Working Paper No. 303. Disponible en Social Science Research Network Electronic Paper Collection: <http://ssrn.com/abstract=703161>

La particular protección conferida por un derecho de propiedad industrial no confiere por sí misma a su titular una posición dominante en el sentido del artículo 82. Este principio fue consagrado por el TJCE en lo que respecta al derecho de patente, en su sentencia en el asunto *Parke Davis* [*Sentencia TJCE de 29-2-1968 Parke, Davis & Co. Y otros. Cuestión Prejudicial 24/67. RJ 1968 p. 0055.*], donde el Tribunal declaró que una patente podía conferir una posición dominante, si su utilización "podía degenerar en una explotación abusiva de esa protección"; y, por lo que se refiere al derecho de marca, en su sentencia en el asunto *Sirena* [*Sentencia del TJCE de 18-02-1971. Sirena Company. Cuestión Prejudicial As. 40/70.*], donde el Tribunal afirmó de modo más preciso, que el artículo 82, "al exigir que la posición por él contemplada se extienda como mínimo a "una parte sustancial" del mercado común, es necesario ... que dicho titular tenga la facultad de oponerse al mantenimiento de una competencia efectiva, en una parte importante del mercado que ha de tomarse en consideración, teniendo en cuenta especialmente la eventual existencia de productores o distribuidores que venden productos similares o sustituibles y su posición en el mercado". [Esta afirmación fue repetida posteriormente en el asunto *Sentencia del TJCE de 8-6-1971. Deutsche Grammophon Gesellschaft c/ Metro-SB-Großmärkte GmbH Co. GK. Cuestión Prejudicial 78/70. RJ 1971, § 17 y en la sentencia 15-6-1976. Caso Emi c/CBS. Causa 51/75, § 36. Véase también la Sentencia del TPI de 12-12-1991. Hilti c/. Comisión. As. T-30/89. RJ 1991 p. II-1439. § 93.] En el asunto *Tetra Pak II*, el TPI ha considerado que una política de patentes "muy activa", legítima en sí misma, podía formar parte de una estrategia a largo plazo que permita el mantenimiento y el reforzamiento de una posición dominante [*Sentencia TPI de 6-10-1994 Tetra Pak II/Comisión. Asunto T-83/91 RJ. 1994 p. II-755., § 242.*]. En efecto, es posible que los productos cubiertos por el derecho de propiedad industrial se encuentren en competencia con otros, de tal forma que el titular no esté en condiciones de influir sustancialmente en el comportamiento de sus competidores. No obstante, esta protección puede ser un elemento que contribuya al mantenimiento o al reforzamiento de una posición dominante. Waelbroeck y Frignani, ob.cit. pág. 328-9.*

del coste. Es claramente posible prever que una patente o una serie de patentes<sup>568</sup>, o los derechos de licencia de patentes<sup>569</sup> contribuyen a la posición de dominio<sup>570</sup>. (2) Las marcas registradas. Una imagen de marca fuerte puede ser un factor que contribuye al dominio. (3) Los derechos de autor. La Comisión y el TJCE las han considerado en muchos casos<sup>571</sup>, son importantes de mencionar los casos *Magill*,<sup>572</sup> *Hugin*<sup>573</sup>, *Volvo*<sup>574</sup>, y *Deutsche Grammophon c. Metro*<sup>575</sup>, *Microsoft*<sup>576</sup>, entre otras

---

<sup>568</sup> Sentencia del TPI de 12-12-1991. *Hilti c/. Comisión*. As. T-30/89. RJ 1991 p. II-1439.

<sup>569</sup> La adquisición por Tetra Pak de una empresa que tenía el beneficio de una patente exclusiva y la licencia de know-how fue considerado como un factor indicativo del dominio, ya que hacía la entrada más difícil para otras empresas que no podían ganar acceso a la tecnología objeto de la licencia. Otras barreras a la entrada obvias son la dificultad de obtener la licencia exigida por la autoridad nacional para utilizar las frecuencias que aquélla controla, en concreto si ello significa una transmisión duplicada en la misma área. Decisión de la Comisión CE 2-12-1988. *Racal Decca Marine Navigation*. DOCE L043/27. 15-2-1989. §8.

<sup>570</sup> Sentencia TJCE de 29-2-1968 *Parke, Davis & Co. Y otros c. Probel*. Cuestión Prejudicial 24/67. RJ 1968 p. 0055. Y Sentencia TJCE 5-10-88. *Maxicar y otro c/. Renault*. Cuestión prejudicial 53/87. RJ 1988 pp. 6039, § 17.

<sup>571</sup> Sentencia TJCE 21-3-1974. *Balgische Radio en Televisie c/. SV SABAM and NV Fornior*. Cuestión Prejudicial As. 127/73. RJ 1974 p. 313-320. Sentencia TJCE de 12-12-1978. *Greenwich Film Production c/ SACEM*. Cuestión Prejudicial Caso 22/79 RJ 1979 pág. 3275. Sentencia TJCE 2-3-1983. *GVL c/. Comisión*. Caso 7/82. RJ 1983 p. 0483 – 0510. Sentencia TJCE *GEMA c. Comisión* As. 125/78 RJ 1979-3173. Decisión de la Comisión CE 20.06.71. *Gema*. DOCE L134. 2-6-1971. Decisión de la Comisión CE *Gema*. DOCE L 166/22 Decisión de la Comisión CE 4.12.1981. *Gema Estatutes*. DOCE L094/2. 8-4-82. Sentencia TJCE. 9-4-87. *Basset c/. SACEM*. Cuestión Prejudicial C-402/85. RJ 1987 p. 1747. Sentencia de 13-7-1989. *Ministerio Público/Tournier*. Asunto 395/87. RJ. 1989 pag. 2521. Sentencia de 13-7-1989. *Francois Lucazeau y otros c/ Société des Auteurs Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM)*. As. Acumulados 110/88, *SACEM c/ Lucazeau*, 241/88, *SACEM c/. Debelle y 242/88, SACEM c/. Somagnac*. RJ 1989 p.2811.

<sup>572</sup> El TPI relacionó explícitamente las posiciones dominantes de RT e ITP al derecho de autor en los listados de programas, el TJCE abordó la cuestión considerando que las estaciones de televisión (o sus agentes) eran la única fuente de la información básica sobre los horarios y otros detalles de sus propios programas, de modo que, “por fuerza de la circunstancia”, ostentaban un monopolio de facto sobre la información utilizada para reunir los listados y entonces les permitía evitar la competencia efectiva en el mercado de las revistas semanales de televisión y de este modo eran dominantes. Sentencia del TJCE de 06-4-1995. *RTE e ITP/ Comisión* As. Acum. C-241/91P y C-242/91P RJ 1995 p. I-0743. § 47. Ver también Sentencia TPI de 16-12-1999. *Micro Leader Business c/. Comisión*. As. T-198/98. RJ 2000 II-3989: el abuso potencial por Microsoft a través de la aplicación de los derechos de autor evitaba la importación paralela del software en lengua francesa de Canadá.

<sup>573</sup> El TJCE parece haber aceptado que Hugin era dominante en el mercado para partes separadas de sus cajas registradoras porque otras empresas no podían producir partes separadas por temor a ser demandadas por Hugin en el Reino Unido bajo la Ley de derechos de autor de los diseños de 1968. *Hugin/Comisión*, ya citado.

<sup>574</sup> Sentencia TJCE de 05-10-1988. *ABVolvo c. Erik Veng Ltd*. As.238/87 RJ 1988-6211 una de las cuestiones planteadas al Tribunal fue si el titular de los derechos de un diseño industrial para piezas de recambio para carrocería de automóviles, tenía necesariamente una posición de dominio en el suministro de esas piezas. El TJCE no respondió la cuestión, pero el Abogado General Mischo dijo que esto dependería de si habían sustitutos disponibles para esas piezas de recambio, es decir, si era posible hacer una copia adecuada de la pieza sin infringir los derechos del diseño industrial.

<sup>575</sup> El TJCE sostuvo que: “Un fabricante de discos que ostenta un derecho relacionado al derecho de autor no ocupa una posición dominante en el sentido del artículo 82 del Tratado simplemente por ejercitar su derecho exclusivo de distribuir los artículos protegidos.” Aunque el ejercicio en si del derecho no confiere una posición dominante, el TJCE sugirió que si los artistas de grabaciones estaban vinculados al fabricante por contratos exclusivos entonces una posición dominante se originaría, dependiendo de la popularidad de los artistas, la duración de los contratos y la habilidad de los competidores para obtener los servicios de músicos comparables Sentencia del TJCE de 8-6-1971. *Deutsche Grammophon*

Las barreras legales han sido enumeradas por la Comisión en su Documento<sup>577</sup>, incluye además, las barreras arancelarias y no arancelarias, las leyes de planificación y de licencia que imponen límites al número de canales al detalle, limitan las posibilidades de expansión de los detallistas existentes, y las posibilidades de entrada para los nuevos detallistas que de este modo convierten más difícil para los proveedores poder ganar un acceso a la distribución eficiente.

(ii) Las economías de escala y las economías de ámbito

-Economías de escala.- A mayor capacidad de producción, se reducen los costes promedio<sup>578</sup>. La Guía de la Comisión las define como aquellas economías que hacen menos probable la permanencia o entrada de los competidores, al aniquilar una parte significativa del mercado relevante.<sup>579</sup>

Resultan de la indivisibilidad de algunos factores de producción<sup>580</sup>. También pueden resultar de las relaciones físico-técnicas en una industria concreta<sup>581</sup>, o de las economías de dimensiones incrementadas<sup>582</sup>. Más en general, el incremento de la producción implica un proceso diferente y más eficiente. En su presencia, los costes unitarios de producción de una industria se reducen.<sup>583</sup> Lo más eficiente desde el punto de vista de la producción es que la empresa produzca a gran escala, aun a costa de que el número de empresas en el mercado sea reducido. Determinadas operaciones o estrategias de las

---

*Gesellschaft c/ Metro-SB-Grobsmärkte GmbH Co. GK.* Cuestión Prejudicial 78/70. RJ 1971, § 16-17; Sentencia TJCE de 29-2-1968 *Parke, Davis & Co. Y otros c. Probel.* Cuestión Prejudicial 24/67. RJ 1968 p. 0055. § 59-60; sobre marcas registradas, ver Sentencia del TJCE de 18-02-1971. *Sirena Company c. Eda.* Cuestión Prejudicial As. 40/70 RJ 1971-69. Sentencia 15-6-1976. Caso EMI c/CBS. Causa 51/75 RJ 1976-811. Y Sentencia *Hoffmann-La Roché c. Centrafarm* ya citada.

<sup>576</sup> Decisión de la Comisión CE de 24-03-2004, caso COMP/C-3/37.792 *Microsoft Corporation/Sun Microsystems.* disponible en internet [www.europa.int/](http://www.europa.int/) §§546 y ss.

<sup>577</sup> §40 del Documento de la Comisión

<sup>578</sup> Inmaculada Gutiérrez y Atilano Jorge Padilla “Economía de la competencia” en José María Beneyto Pérez y Gerónimo Mailló González-Orus. *Tratado de Derecho de la Competencia.* Tesisy Industria Gráfica. Barcelona. 2005. párrafo 1142.

<sup>579</sup> §20 de la Guía de la Comisión para la aplicación del artículo 82 citada.

<sup>580</sup> Ejemplos de economías de escala: un vagón de mercancías más grande, que puede transportar más capacidad, y sólo requiere un maquinista; una planta de fabricación mas grande que ya no requiere partes separadas que estén almacenadas en comparación con una planta más pequeña.

<sup>581</sup> Como por ejemplo, el tanque de petróleo de mayor capacidad que requiere menos acero para ser construido

<sup>582</sup> Como la empresa más grande que obtiene descuentos cuando compra mayores cantidades de insumos, la obtención de préstamos en grandes cantidades

<sup>583</sup> Suponiendo que la demanda total del mercado es de 40 unidades. Si la producción se llevara a cabo por una única empresa, ésta se enfrentaría a un coste unitario de 7 euros. Sin embargo, si las 40 unidades se repartieran entre dos empresas a partes iguales, el coste unitario para cada empresa ascendería a 12 euros. En este sencillo ejemplo, se puede observar cómo resulta más eficiente (menos costoso) que sólo exista una empresa en el mercado que preste el servicio y cómo un aumento del número de participantes en la industria acaba por incrementar los costes unitarios de producción, principalmente por la duplicación de los costes fijos en que se incurre.

empresas (el control mediante la compra de acciones, fusiones, acuerdos entre empresas) pueden tener como objetivo incrementar su tamaño con el fin de aprovechar mejor las economías de escala.

Las economías de escala, especialmente cuando son sustanciales, son una explicación importante para las tendencias de concentración en un mercado.

Las economías de escala pueden ser internas<sup>584</sup> o externas<sup>585</sup>, dependiendo de si éstas funcionan al interior o al exterior de la empresa.

Al considerar las barreras a la expansión y a la entrada es útil considerar la Escala Mínima Eficiente (EME) en el mercado implicado, que es el nivel de producción requerido para minimizar el coste promedio agotando las economías de escala. Según la Comisión<sup>586</sup>, si la expansión o la entrada ocurren a una escala ineficiente, la coacción competitiva impuesta en los implicados será menos efectiva. La EME define el grado mínimo de concentración, cuando algunas empresas funcionan por encima de ésta, la concentración global en el mercado normalmente será alta. Las economías de escala finalmente se agotan en un determinado punto, entonces los costes promedio se estabilizarán y eventualmente se elevarán debido, por ejemplo a las coacciones de capacidad y a los cuellos de botella o “bottleneck”.

---

<sup>584</sup> Las economías de escala internas son aquellas que se producen en el interior de una empresa como producto de la ampliación de la escala de producción, tales como las que surgen de la indivisibilidad de ciertos equipos o procedimientos técnicos, que tienen una escala donde la eficiencia es mayor; las que devienen de la especialización o división del trabajo entre el personal de la firma; las que se producen cuando hay significativos costes fijos de diseño, investigación y desarrollo de productos, etc.

Podemos enumerar los costes de insumos más bajos a través de asumir una ventaja mediante la obtención de descuentos por volumen por la compra en grandes cantidades: Los insumos costosos, como la investigación y desarrollo, la publicidad, la gestión de expertos, y trabajo especializado son costes elevados, sin embargo, debido a la posibilidad de eficiencia incrementada con estos insumos, pueden conducir a un descenso en el coste promedio de producción y venta. Los insumos especializados: en la medida que se incrementa la escala de producción, una empresa puede emplear el uso de trabajo y maquinaria especializada resultando en una mayor eficiencia, esto es porque los trabajadores estarían mejor cualificados para un trabajo específico. Los insumos de Técnicas y de Organización, con la producción a gran escala una empresa también aplicará mejor habilidad de organización a sus recursos, tales como un grupo de gestión mejor definido, mientras desarrolla sus técnicas de producción y distribución. Insumos de aprendizaje, similar a la técnica y organización desarrolladas, con el tiempo, el proceso de aprendizaje relacionado a la producción, la venta y la distribución puede resultar en eficiencia desarrollada.

<sup>585</sup> Las economías de escala externas son las que se producen cuando, al integrarse diversas empresas, caen los costes de financiamiento o de obtención de materias primas, o cuando es posible hacer economías debido a que se comparten ciertos procesos tecnológicos que obligan a utilizar materias primas o servicios técnicos semejantes. También pueden ser obtenidas de los insumos mencionados en las economías de escala internas, como un resultado de la ubicación geográfica de la empresa. Así todas las empresas de la misma actividad de la misma área de una determinada ciudad podrían beneficiarse de costes de transporte más bajos y de fuerza de trabajo especializado. Estas economías también pueden ser obtenidas si la industria disminuye la carga de los insumos costosos, por ejemplo, al compartir tecnología o la gestión de sus expertos.

<sup>586</sup> §40 del Documento de la Comisión.

La Comisión en su Documento<sup>587</sup> se refiere a las economías de escala en el nivel de la producción y de la distribución pero sólo desarrolla las economías de escala en el nivel de la producción.

La importancia de las economías de escala en el nivel de la distribución, es que constituyen auténticas barreras a la entrada, en cuanto que los rivales no pueden acceder al mercado u operar en el mercado en las mismas condiciones de coste debido a que las facilidades de producción permiten a la implicada ofrecer el precio de su producto a un precio marginal, que muchas veces es procurado para relegar al rival o desanimar su entrada. En comparación con las economías de producción que se agotan, las economías de escala en el nivel de la distribución no produce el mismo efecto.

Algún sector de la doctrina considera que las economías de escala, no necesariamente constituyen barreras a la entrada<sup>588</sup>. Si el mercado se está extendiendo y puede absorber la producción de 10 plantas de escala mínima eficiente, el mercado pronto estará dispuesto a admitir la producción de una planta nueva. Si puede tomar sólo una, y el mercado se está expandiendo lentamente, una empresa buscando la entrada al mercado, puede darse cuenta que una vez que su planta acceda al mercado, habrá capacidad sustancial no utilizada, y los titulares de las otras dos plantas competirán en precio hasta que cubran sus costes variables. Dejando nada para los costes de capital. Esta inversión no será rentable. La barrera a la entrada es la probable falta de beneficios más que el tamaño de la inversión.<sup>589</sup>

La postura es corroborada por los economistas<sup>590</sup>, que han demostrado que las economías de escala, en el nivel de la producción, no son genuinas barreras a la entrada, debido a que las condiciones tecnológicas de producción afectan de la misma forma a competidores y nuevos entrantes. Para entender el argumento, es necesario subrayar dos cuestiones. Por un lado, los costes fijos son independientes de la escala de producción y no serán reducidos, incluso a largo plazo, por un descenso en la producción: pueden ser eliminados sólo durante un largo período mediante el cese total

---

<sup>587</sup> Ibidem.

<sup>588</sup> Véase también Schmalensee, Economics of Scale and Barriers to Entry (1981) 89 Journal of Politics and Economics. 1228-1236. Para quien las barreras a la entrada debidas a economías de escala son de importancia muy relativa.

<sup>589</sup> Véase Valentine Korah. *Concept of a Dominant Position within the meaning of article 86*. En Common Market Law Review N<sup>o</sup> 17, 1980 pp. 395 y ss. Valentine Korah. *An introductory guide to EC Competition, Law and practice*. Ed. Sweet and Maxwell. Oxford 2007; y C.W. Baden Fuller. *Article 86: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position* en European Law Review, 1.991 pp. 308-312.

<sup>590</sup> William Baumol y Robert Willig. *Fixed Costs, Sunk Costs, Entry Barriers and Sustainability of Monopoly*. The Quarterly Journal of Economics, August 1981.pp.405 y ss.

de la actividad. Por otro lado, el capital para el que las economías de escala existen a priori será disponible para usos alternativos.<sup>591</sup>

Generalizando, en el dominio de las mercancías perecibles, como los servicios, donde la producción debe ser ofrecida en el momento de la demanda, una empresa explotará simultáneamente economías de escala y entrará en un proceso de entrada y salida rápida y de menor coste. Este argumento permite a Baumol señalar que en tales situaciones los costes fijos no constituyen una barrera a la entrada y que los competidores no pueden hacer beneficios en equilibrio, incluso si se encuentran beneficiándose de economías de escala<sup>592</sup>

En ausencia de costes hundidos de entrada, y considerando que las economías de escala en el nivel de la producción, implican una mayor capacidad que reduce los costes promedio, el papel de las economías de escala, deviene dudoso, en el caso que la empresa pueda operar siempre al coste promedio mínimo.<sup>593</sup>

Por el contrario, otros autores<sup>594</sup> consideran que las economías de escala cuando los costes fijos son hundidos (al menos parcialmente) pueden crear una barrera a la entrada. Una cantidad considerable en inversión en capacidad puede ser utilizada para disuadir la entrada. Las inversiones estratégicas en I + D (investigación y desarrollo) y learning-by-doing o curvas de aprendizaje pueden servir para el mismo propósito. En resumen, las economías de escala, junto con algunos costes hundidos, pueden constituir una barrera a la entrada que permite beneficios supranormales a largo plazo no basado en eficiencia superior. Esto puede tener lugar incluso sin comportamiento estratégico por los competidores. Cuando se agrega la posibilidad de comportamiento estratégico, el

---

<sup>591</sup> Por ejemplo, en el ámbito del transporte aéreo entre ciudades diferentes, hay economías de escala sobre un periodo dado en el sentido que un cargamento mayor requiere aviones más grandes, asegurando costes más bajos por unidad de cargamento. Pero es posible a priori para una aerolínea acceder a un nuevo mercado (una ruta nueva) temporalmente y sin coste mientras explota totalmente las economías de escala, mediante el empleo de su equipo de transporte en otras rutas el resto del tiempo.

<sup>592</sup> Alexis Jacquemin. *The New Industrial Organization. Market forces and strategic behavior*. Translated by Fatemeh Mehta. 1987 pag. 99-100

<sup>593</sup> Los gastos en la inversión en una planta especializada no es probable de ser una barrera alta a la entrada, a menos que el tamaño de la planta necesaria para conseguir la mayoría de las economías de escala sea grande en relación al mercado o al esperado incremento en la demanda. En la medida que hay pocas empresas que entrarán al mercado y competirán con las empresas existentes, el precio de la última y otras políticas estarán constreñidas incluso si nunca llega a efectuar la entrada. Valentine Korah. "Interpretación y aplicación del art. 86". *Notre Dame Law Review*. 1978 vol. 53 pp. 768 y ss. en 777.

<sup>594</sup> David Harbord y Tom Hoehn. "Barriers to Entry and Exit in European Competition Policy" en *International Review of Law and Economics* Volumen 14, 1994, págs. 411-435. p. 416. De la misma opinión es Alexis Jacquemin. *The New Industrial Organization. Market forces and strategic behavior*. Translated by Fatemeh Mehta. 1987 Oxford. Pág. 100-101. Los costes fijos que impiden la posibilidad de entrada y salida rápida, son barreras a la entrada. En ausencia de estos costes fijos el rol de las economías de escala se convierte dudoso, en la medida que la empresa puede operar siempre al coste promedio mínimo.

ámbito para la disuasión de la entrada en la presencia de las economías de escala es mayor.

Siguiendo estos criterios, en *United Brands*, la Comisión consideró a las economías de escala como barreras a la entrada.<sup>595</sup>

En la Cuestión Prejudicial promovida por la *Autoridad de Competencia Irlandesa contra Beef Industry Development Society Ltd y Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd*, la Abogado General Verica Trstenjak<sup>596</sup> observa un hecho reconocido por la economía, sobre la interdependencia entre el exceso de capacidad, economías de escala y presión de la competencia, señala: “La competencia no sólo tiene lugar cuando los productores pueden explotar plenamente sus capacidades, sino también cuando tienen un exceso de capacidad. El productor tiene que soportar costes fijos de disposición y mantenimiento de las instalaciones de producción. En caso de baja utilización de las instalaciones, los costes fijos tienen una mayor incidencia en el coste de producción por unidad que cuando la utilización es mayor, ya que la parte fija en el coste de producción de cada unidad se reduce proporcionalmente cuanto mayor es la producción (las llamadas economías de escala). Por eso, todo productor está estimulado, en principio, para aprovechar las economías de escala mediante una mayor utilización de sus instalaciones de producción. En un mercado con gran exceso de capacidad existe una mayor competencia entre los operadores respecto a en un mercado con bajo (o nulo) exceso de capacidad. En un mercado con gran exceso de capacidad, al productor medio le resulta más complicado conseguir el mismo aprovechamiento de sus instalaciones de producción que en un mercado con escaso exceso de capacidad. Dado que, a menor utilización de las instalaciones, menores economías de escala, el producto medio que

---

<sup>595</sup> Entre las actividades de escala de *United Brands* como productor y proveedor de plátanos, consideró las inversiones considerables de capital de carácter excepcional, requeridas para la creación y funcionamiento de las plantaciones de plátano; la necesidad de incrementar fuentes de suministro con el objeto de cubrir fallos imprevistos en las cosechas; y las economías de escala en distribución y en campañas de publicidad, y todos aquellos riesgos financieros, los costes serían irrecuperables si la entrada falla, estas ventajas, no podían conseguir los nuevos entrantes. Sentencia *United Brands* ya citada, § 122. “...las barreras particulares a los competidores que puedan acceder al mercado son las grandes inversiones excepcionales de capital requerido para la creación y producción de las plantaciones de plátano, la necesidad de incrementar las fuentes de oferta para evitar los efectos de las enfermedades de la fruta y el mal clima, la introducción de un sistema esencial de logística que la distribución de un producto perecible hace necesario, economías de escala de las cuales, los nuevos competidores al mercado no pueden derivar ningún beneficio inmediato y el coste actual de la entrada contabilizando todos los gastos generales necesarios para penetrar el mercado incluida la inversión en establecer de una red comercial adecuada, la puesta en marcha de campañas de publicidad a gran escala, todos los riesgos financieros, todos estos costes son irrecuperables si el intento falla.

123-Así, aunque UBC ha señalado que es verdad que los competidores están dispuestos a utilizar los mismos métodos de distribución y producción como el apelante, la entrada se convierte casi insuperable debido a la existencia de obstáculos prácticos y financieros”.

<sup>596</sup> Opinión de la A.G. Verica Trstenjak de 04-09-20008 en la Cuestión Prejudicial C-209/07. *Autoridad de Competencia Irlandesa contra Beef Industry Development Society Ltd y Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd*. §68 y 70.

opera en un mercado con gran exceso de capacidad soporta una presión de la competencia más fuerte que si operase en un mercado con reducido exceso de capacidad. En la ciencia económica es un hecho reconocido la interdependencia entre exceso de capacidad, economías de escala y presión de la competencia.

En el límite, este tipo de barrera da origen al monopolio natural. En esta estructura de la industria, una empresa no regulada puede hacer beneficios supra-normales en el largo plazo sin inducir la entrada. Por esta razón, estas industrias están sujetas a la regulación económica.

-Las economías de ámbito o alcance. La Comisión en su Documento las menciona, pero no las define ni las desarrolla<sup>597</sup>. Se puede definir a las economías de ámbito como el coste promedio total más bajo como resultado de incrementar la producción del rango de productos, que hará la entrada más difícil. Sin embargo no hay que olvidar que las economías de alcance se derivan de un mejor aprovechamiento de los activos productivos al incrementarse los usos que se da a los mismos. Esto permite repartir el coste de los activos entre un mayor número de productos o servicios, lo que se traduce en un ahorro de costes del que se puede beneficiar el consumidor.

El suministro de servicios a través de redes de cable es un ejemplo típico de actividad de la que se derivan las economías de alcance: sobre una misma red se prestan servicios de telefonía, acceso a Internet y televisión, con lo que se divide el coste de la inversión entre las diversas actividades. Las economías de alcance hacen que pueda ser más eficiente que una empresa produzca dos bienes conjuntamente a que estos bienes sean producidos independientemente por dos empresas distintas.<sup>598</sup>

La producción de un amplio rango de productos no siempre es un indicador del dominio. Sólo debe ser así cuando permita a la empresa en cuestión obtener ahorros de coste significativos por explotar las economías de ámbito, o cuando hay consumidores interesados en la compra de la totalidad del rango de productos. En este caso, una empresa ofreciendo un rango total reducirá los costes de transacción y suministro a los clientes y también podrá maximizar sus campañas de promoción (ofreciendo descuentos por todo el rango, por ejemplo).

---

<sup>597</sup> §40 del Documento de la Comisión.

<sup>598</sup> Inmaculada Gutiérrez y Atilano Jorge Padilla. "Economía de la Competencia" en José María Beneyto Pérez y Gerónimo Maíllo González-Orus. *Tratado de Derecho de la Competencia*. Tesisy Industria Gráfica. Barcelona. 2005. párrafos 1144-1146.



Estas ventajas de la empresa que ofrece un rango total de productos, algunas veces son referidas como el “efecto de cartera”. En casos donde tales efectos no existen, el hecho que una empresa esté presente en diferentes mercados de producto dice nada sobre el dominio en uno de ellos. Por el contrario, en industrias donde los productos están diferenciados, la publicidad, la proliferación de marcas y la reputación serán importantes barreras a la entrada. La proliferación de marcas puede ser un instrumento creíble de disuasión de la entrada. Significa que al llenar el espacio del producto con suficientes marcas, habrá lugar insuficiente para que un rival entre y prospere de forma suficiente para recuperar sus costes hundidos de entrada. Así la entrada sería impedida por la introducción de muchas marcas antes que los rivales.<sup>599</sup>

La Comisión se ha referido muchas veces al rango de productos como un factor que contribuye al dominio. Así en los casos *Tetra Pak II*<sup>600</sup>, en *Van den Bergh Foods*<sup>601</sup>, en *Michelin II*<sup>602</sup> en *Michelin I* y *Akzo*.<sup>603</sup> Sin embargo, rechazó este fundamento en *Hoffmann-La Roché*, debido a que la Comisión consideró a cada grupo de vitaminas como un mercado específico, que no era intercambiable con otros grupos o productos.<sup>604</sup>

La diferencia entre las empresas que ya operan en el mercado y los entrantes es que las primeras son dueñas de planta y equipo específico para esta industria y de este modo las empresas están comprometidas en continuar operando en esta industria, mientras que este no es el caso para un entrante potencial. Así no sólo se trata de economías de escala o ámbito simples que causarían una barrera a la entrada, sino se trata de economías de escala o ámbito en combinación con compromisos de capital irreversibles.<sup>605</sup> Esta es una anticipación a la noción de los costes hundidos.

---

<sup>599</sup> David Harbord y Tom Hoehn. “Barriers to Entry and Exit in European Competition Policy” en *International Review of Law and Economics* Volumen 14, 1994, págs. 411-435. p. 417.

<sup>600</sup> Señaló que “la diversidad de productos incrementó el poder de mercado” Sentencia TPI Tetra Pak II/Comisión, ya citada.

<sup>601</sup> La amplitud de su rango de productos comparado a aquellos de sus rivales. Decisión Van den Bergh Foods, ya citada.

<sup>602</sup> La amplia gama de neumáticos. Decisión de la Comisión en Michelin II citada.

<sup>603</sup> Sentencia TJCE *Michelin*/Comisión ya citada, § 55; Sentencia TJCE *Akzo*/Comisión, § 58.

<sup>604</sup> Estaba admitido que los competidores de Roché, en particular los de la industria química, comercializaban además de las vitaminas que fabrican, otros productos que los compradores de vitaminas también los adquirirían, así que el hecho de que Roché esté en una posición de ofrecer muchos grupos de vitaminas, no da en sí mismo ninguna ventaja sobre sus competidores, quienes pueden ofrecer, además un rango más o menos amplio de vitaminas, otros productos que también son requeridos por los compradores de estas vitaminas. Sentencia TJCE *Hoffmann-La Roché*/Comisión ya citada, § 46.

<sup>605</sup> C.C. von Weizsäcker, “A welfare analysis of barriers to entry” *Bell Journal of Economics* Vol. 11 (2) 1980 p. 399-420.

(iii) Los costes hundidos

Solamente la existencia de costes hundidos permite a las empresas ya instaladas detener la entrada de otras, y al mismo tiempo, lograr una ganancia en equilibrio. Son fundamentales para el cálculo de los entrantes potenciales, se trata de los costes que no pueden ser recuperados con la salida de la industria, y no pueden ser eliminados (en el medio o largo plazo), incluso cuando la actividad se detiene completamente, a diferencia de los costes fijos, (no constituyen una barrera a la entrada) que pueden ser eliminados en el largo plazo mediante la suspensión total de la producción. El comportamiento estratégico y la competencia posterior a la entrada, combinada con los costes hundidos, son un determinante importante de la estructura del mercado a través de sus efectos en las decisiones de entrada y salida.

Los costes hundidos impiden el establecimiento de empresas nuevas.<sup>606</sup> Para el entrante nuevo, el acto de la entrada requiere la conversión de activos líquidos en capital físico material, sólo parte de ello es recuperable en el caso de un fallo en la entrada. Sin embargo, para la empresa que está más allá del fallo potencial, cualquiera de estos compromisos ya han sido efectuados (inversión de capital inicial) o constituyen un coste normal de hacer negocios (publicidad). Entonces, existe una asimetría en el coste de incremento y el riesgo enfrentado por un entrante potencial y las empresas que ya compiten en el mercado –y en este sentido los costes hundidos constituyen una barrera a la entrada.<sup>607</sup>

Entonces la entrante sabe, que el valor posterior de esta inversión será cero o en cualquier caso por debajo del coste inicial (neto de depreciación) y debe estar segura que la ganancia esperada será suficiente para compensar por el riesgo de perder esta fracción de inversión irreversible. Ejemplos de estos costes son innumerables. Incluyen aquellos costes requeridos para establecer la reputación de una entrante, incluyendo los gastos de publicidad para el producto, así como los costes ocasionados en adquirir una tecnología específica y “know-how”. Muchas características bien conocidas del capital (material y otros) dan origen a los costes hundidos. Algunos de estos factores favorables son un alto grado de irreversibilidad, especificidad importante en el nivel del producto, de la tecnología, y de la empresa, y de durabilidad larga.

---

<sup>606</sup> William Baumol y Robert Willig. “Fixed Costs, Sunk Costs, Entry Barriers and Sustainability of Monopoly”. *The Quarterly Journal of Economics*, August 1981, pp.405 y ss. En 419.

<sup>607</sup> Ioannis N. Kessides, “Towards a testable model of entry: a study of the US manufacturing industries” *Economica* Vol. 57 (mayo) 1990, p. 219-238.

Se puede cuestionar entonces si en muchas situaciones las economías de escala y los costes hundidos no están en realidad vinculados íntimamente. Así la necesidad de asumir los costes fijos considerables cuando se instalan grandes unidades de producción corresponde a inversiones específicas y parcialmente irreversibles de duración larga que generalmente tienen valores de re venta bajos. Siendo los costes hundidos considerables según el tamaño del mercado, sólo unas cuantas empresas coexistirán en el mercado. Sin embargo, incluso si son bajos los costes asociados con la entrada, ninguna empresa entrará si la competencia posterior resulta en márgenes de beneficio tan bajos que los costes de la entrada sean irrecuperables. La competencia vigorosa en el mercado o la posibilidad que pueda serlo, disuade la entrada.

En resumen, los costes hundidos influyen las decisiones de entrada y salida de tres formas<sup>608</sup>: Primero, incrementan el riesgo de entrar a una industria porque no pueden ser recuperados a la salida. Segundo, crean una asimetría de coste entre los entrantes y los competidores. Una vez que los costes hundidos ya no son una porción de los costes de oportunidad de producción, y entonces un competidor requerirá una ganancia más baja sobre los costes con el objeto de permanecer en una industria que lo que será requerido para entrar. Tercero, pueden servir como un compromiso para las empresas competidoras para no salir de la industria. Por se les considera como los “costes de salida”. Así, los costes hundidos son centrales a los cálculos de los entrantes potenciales porque si la entrada implica costes hundidos será disuadida si es imposible que sean recuperados, y las empresas competidoras estarán dispuestas a explotar este hecho estratégicamente en una variedad de formas, que pueden dar origen a beneficios monopólicos, deficiente distribución de recursos e ineficiencia.<sup>609</sup>

La jurisprudencia comunitaria ha analizado los costes hundidos, en los casos *Hilti*<sup>610</sup> y *Tetra Pak*<sup>611</sup> I, donde estableció que el nivel de costes hundidos que debe efectuar un

---

<sup>608</sup> David Harbord y Tom Hoehn. “Barriers to Entry and Exit in European Competition Policy” en *International Review of Law and Economics* Volumen 14, 1994, págs. 411-435. en 414.

<sup>609</sup> William Baumol y Robert Willig. “Fixed Costs, Sunk Costs, Entry Barriers and Sustainability of Monopoly”. *The Quarterly Journal of Economics*, August 1981.pp.405 y ss. En 425.

<sup>610</sup> Decisión Hilti, § 69, confirmada por el TPI “§ 69: ... Además de la fuerza que se deriva de su parte de mercado y de la relativa debilidad de sus competidores, Hilti tiene otras ventajas que le ayudan a reforzar y mantener su posición en el mercado de las pistolas grapadoras: -- el mercado de pistolas grapadoras es relativamente maduro lo que puede desanimar a los nuevos entrantes puesto que las cuotas de ventas o de mercado sólo pueden conseguirse a expensas de competidores ya existentes en el mercado para reposiciones.”

<sup>611</sup> Decisión Tetra Pak I, § 44, confirmada por el TPI ya citados. “§ 44: La posición de Tetra en el mercado pertinente que nos ocupa ha sido descrita antes. Dada esa situación y las demás condiciones registradas en el mercado en cuestión, puede llegarse a la conclusión de que Tetra mantiene una posición

entrante, depende de cada mercado en ambos, se trataba de mercados maduros, sin posibilidades de expansión, lo que dificultaba todo intento de penetración. Sin embargo, en *Hoffmann-La Roché*, el TJCE estableció que a pesar de que los mercados de vitaminas eran mercados maduros, los competidores de *Hoffmann-La Roché*, podían constituir una amenaza competitiva mediante el incremento de la capacidad. También se consideraron los costes hundidos en *Deutsche Post AG (DPAG)*,<sup>612</sup> y en *British Gypsum*,<sup>613</sup>

Partiendo de la base de si los costes hundidos están predeterminados o no por la propia empresa, los costes pueden ser costes hundidos exógenos y endógenos<sup>614</sup>.

También pueden ser clasificados como inversiones:<sup>615</sup>(1) para bajar los costes de los competidores respecto a los de los entrantes potenciales, esto es, capacidad, patentes,

---

dominante. Los factores que llevan a esta conclusión son los siguientes: 5. El mercado de la leche es un mercado que ha llegado a su madurez sin o con pocas posibilidades de expansión. Las empresas lecheras ya poseen maquinaria de envasado que, en circunstancias normales, tiene una vida técnica y económica superior a los diez años. Ello dificulta todo intento de penetración en dicho mercado ya que, para vender los productos, es preciso competir para la renovación de la maquinaria obsoleta o persuadir a dichas empresas para que sustituyan el equipo que ya poseen.”

<sup>612</sup> La Comisión estableció como factor del dominio, que para que pudiera existir un competidor al monopolio que ostentaba DPAG, era necesaria una inversión inicial elevada que implicaban costes hundidos. La inversión para la creación de una infraestructura que abarque todo el territorio y permita el reparto diario sólo se rentabiliza si se supera la masa crítica de unos 100 millones de paquetes anuales. § 32 de la Decisión de la Comisión de 20-3-2001 *Deutsche Post AG*. 2001/354/CE. DOCE L 125/27 de 5-5-2001.

<sup>613</sup> La Comisión consideró la existencia de costes hundidos considerables, llegando a establecer incluso que la competencia potencial se encontraba limitada, debido al coste que supone iniciar la producción y venta de planchas de yeso, donde se incluía además la necesidad de un nuevo productor de incurrir en un riesgo financiero todavía mayor al tener que explotar minas de yeso en Gran Bretaña o en Irlanda, o bien aceptar el perjuicio económico de importar el yeso, a ello se agrega el tener que mantener las redes precisas de apoyo técnico. Decisión *British Plasterboard*, § 120, confirmada por el TPI y TJCE, ya citados.

<sup>614</sup> Los costes hundidos exógenos son aquellos en los que puede incurrir cualquier empresa si va a entrar al mercado. Por ejemplo, los costes hundidos exógenos son aquellos asociados con los costes de establecimiento tales como la adquisición de una planta con escala mínima eficiente, lo que implica un elemento de coste hundido que debe ser incurrido por todos los entrantes, y cuyo nivel es determinado exógenamente por la naturaleza de la tecnología subyacente.

En contraste, los costes endógenos no están pre determinados de la misma forma. Sino que están determinados por las propias empresas. Por ejemplo, la cantidad de dinero que una empresa está preparada a invertir en investigación o desarrollo o en publicidad no está usualmente pre determinado sino que son decisiones comerciales que asumirá una empresa particular. El nivel de gastos que enfrentará una empresa en cubrir los costes hundidos endógenos típicamente dependerá del efecto que tienen en la demanda del consumidor para su producto. Si los costes de entrada son endógenos, se origina la posibilidad que la competencia entre las empresas conducirá a una intensificación en estos gastos. Bajo estas circunstancias, esta intensificación puede implicar que algunas industrias estén concentradas de forma natural. Si esto es considerado anti competitivo, requiere que la opinión sea asumida considerando su impacto en el bienestar del consumidor. Véase también John Sutton. *Sunk Costs and Market Structure*. The Mit Press. Londres 1.991, págs. 10-11; y Economists Advisory Group Ltd. *Economies of Scale*. En The Single Market Review. Volume 4. Office for Official Publications of the European Communities. 1997. Economists Advisory Group Ltd. *Economies of Scale*. En The Single Market Review. Volume 4. Office for Official Publications of the European Communities. 1997. en p. 20.

I+D, learning-by-doing, etc. (2) Para alterar la estructura de coste de los rivales, esto es, la monopolización de insumos, el control vertical, etc. (3) Para alterar favorablemente las condiciones de demanda, esto es, la publicidad, proliferación de marcas, contratos de suministro a largo plazo.

A los anteriores costes hundidos se refiere la Comisión<sup>616</sup>, como inversiones por los competidores para expandir su capacidad. Además, incluso la capacidad de exceso existente es tan costosa que estos costes constituyen una barrera a la expansión; por ejemplo, los costes de introducir otro cambio en una fábrica. La existencia de exceso de capacidad puede, en particular, constituir una barrera, porque permite a la empresa dominante evitar la entrada a través de comportamiento estratégico. Así, el hecho que una empresa esté dispuesta a incrementar su producción con un breve preaviso, debido a que no está utilizando toda su capacidad de producción, le permite responder a un movimiento competitivo de sus competidores, y así contribuye al dominio de la empresa.

En *Hoffmann-La Roché*, el exceso de capacidad, o la ‘existencia de una considerable capacidad de fabricación no utilizada’<sup>617</sup>, fue considerado como un factor del dominio. No obstante, los economistas distinguen entre la capacidad ‘idle’: el incremento de coste de utilización, que es mayor que el precio de mercado, y el ‘exceso de capacidad’, que es lo opuesto. La mayoría de ellos argumentan que sólo el exceso de capacidad puede actuar disuadiendo la entrada, en la medida que los entrantes temerán una guerra de precios, que convierta la inversión en no rentable<sup>618</sup>. El Tribunal no hizo esta distinción, aunque estableció que Roché estaba en una posición privilegiada debido a que ‘como admite ella misma, su propia capacidad de fabricación era en si misma suficiente para cubrir la demanda mundial sin que los gastos de cubrir esta capacidad de fabricación le conduzcan a una situación económica o financiera difícil’.<sup>619</sup>

(iv) Las ventajas de coste absolutas:

---

<sup>615</sup> David Harbord y Tom Hoehn. “Barriers to Entry and Exit in European Competition Policy” en *International Review of Law and Economics* Volumen 14, 1994, págs. 411-435. p. 415.

<sup>616</sup> §40 del Documento de la Comisión.

<sup>617</sup> ¶48 de la Sentencia *Hoffmann-La Roché*.

<sup>618</sup> C.W. Baden Fuller. *Article 86: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position* en *European Law Review*, 1.991 pp. 308-312.

<sup>619</sup> Lucio Zanon. *Price Discrimination and Hoffmann-La Roche*. *Journal of World Trade Law*. P.315 y ss. 1981.

La Comisión en su Documento<sup>620</sup> establece que en la gran mayoría de casos es improbable que sea objeto de análisis la fuerza financiera de la empresa, sin embargo, en algunos casos, será uno de los factores que contribuya a un fundamento de dominio, en particular donde (i) las finanzas sean relevantes para el proceso competitivo en la industria bajo revisión; (ii) haya asimetrías significativas entre los competidores en términos de sus capacidades de financiación internas; y (iii) considerando las características particulares de la industria hagan difícil para las empresas conseguir financiación externa.

Vamos a analizar las ventajas o superioridad tecnológicas; los derechos sobre la tierra o acceso a insumos clave; y el acceso fácil o privilegiado a mercados de capitales e insumos financieros

-Las ventajas o superioridad tecnológicas: Considerando la definición de Barrera de Stigler, cuando una supuesta empresa dominante que invirtió y asumió riesgos en construir su know-how técnico o patentes, y si con el transcurso del tiempo se convierten de dominio público, el nuevo entrante estará en posición superior. Esto implica críticas ya que considerar la superioridad tecnológica como un signo de dominio significa penalizar a la empresa por sus esfuerzos innovadores. Sin embargo, un fundamento de dominio no es una acusación en si mismo, sino el paso previo a una investigación de abuso.<sup>621</sup> Así, mientras la superioridad tecnológica acompañada por gastos de I+D pueden incrementar los costes hundidos de entrada, y así elevar las barreras a la entrada, hay claramente un peligro en considerar la eficiencia superior *per se* a la categoría de barrera a la entrada. Uno de los objetivos de las barreras a la entrada es distinguir entre aquellos factores que crean rentas para las empresas debido a su eficiencia superior y aquellos que confieren rentas debido a ventajas de primer movedor o aventajado. Es considerablemente dudoso cuestionar a los beneficiados por poseer habilidades mayores u otras fuentes de ventajas competitivas basadas en gestión superior, destreza, etc. Estas son estructuras exactamente competitivas que la política de competencia quiere promover.

---

<sup>620</sup> §40 del Documento de la Comisión.

<sup>621</sup> Richard Whish. *Competition Law* 3 Ed. Butterworths. 2003.K. pág. 265. Valentine Korah. "Concept of a Dominant Position within the meaning of article 86". En *Common Market Law Review* N° 17, 1980 pp. 395 y ss; D. Harbord y T. Hoehn, "Barriers to Entry and Exit in European Competition Policy" (1994) *International Review of Law and Economics* N° 14 pág. 411 en 419. C.W. Baden Fuller. "Article 86: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position" en *European Law Review*, 1.991 pp. 423 en 437.

Los recursos técnicos pueden ser menos importantes en mercados maduros o de baja tecnología donde hay un ámbito reducido para un desarrollo tecnológico adicional.

En la jurisprudencia se ha considerado ventajas de coste absolutas en *United Brands*, donde la Comisión y el TJCE<sup>622</sup> consideraron como factores del dominio a la mayoría si no todos los métodos específicos que la empresa utilizó con el objeto de conseguir un producto de alta calidad<sup>623</sup>. También se ha considerado este factor del dominio en *Tetra Pak*,<sup>624</sup> *Hoffmann-La Roché*<sup>625</sup>, en *Tetra Pak I*<sup>626</sup>, y en *Michelin II*<sup>627</sup>.

-Derechos sobre la tierra o acceso a insumos clave. En un mercado definido de modo restringido, los derechos sobre la tierra serán considerados que confieren el dominio permitiéndole la habilidad de impedir la entrada por competidores potenciales. Así en *Flughafen Frankfurt/Main AG* la Comisión sostuvo que Flughafen Frankfurt/Main (FAG), quien era el titular y operador del aeropuerto de Frankfurt y el único proveedor de servicios de asistencia en tierra del aeropuerto era dominante en el suministro de aquellos servicios, ya que los proveedores alternativos no estaban en una posición de afectar el monopolio de FAG ya que ésta les denegó el acceso a las rampas donde los servicios tomaban lugar.<sup>628</sup>

---

<sup>622</sup> Véase por ejemplo, el § 66-96 de la Sentencia *United Brands*.

<sup>623</sup> David Harbord y Tom Hoehn. “Barriers to Entry and Exit in European Competition Policy” en *International Review of Law and Economics* Volumen 14, 1994, págs. 411-435. p. 423.

<sup>624</sup> El TPI consideró que Tetra Pak tuvo una competencia limitada artificialmente a la venta de maquinaria en el que tiene el mayor liderazgo tecnológico y donde las barreras a la entrada son las más considerables. Sentencia TPI de 6-10-1994 *Tetra Pak II/Comisión*. Asunto T-83/91 RJ. 1994 p. II-755. § 133. No fue considerado en la apelación Sentencia TJCE de 14-11-1996. *Tetra Pak International SA./Comisión* As. C-333/94P. RJ 1996 p. I-5951.

<sup>625</sup> Tanto la Comisión y el TJCE señalaron que la titularidad de *Hoffmann-La Roché* de las ventajas tecnológicas era un factor del dominio. Claramente una empresa que posee los recursos, financieros o tecnológicos, para dirigir en el desarrollo del producto o los servicios técnicos tiene una ventaja relevante sobre sus competidores. Por otro lado, si existen amplias oportunidades para el avance tecnológico, abierto a muchos competidores y no sólo a una empresa, hay una amenaza competitiva importante a cualquier empresa competitiva al margen de su posición en relación a los productos actuales. Sentencia TJCE de 10-10-1978. *Hoffmann-La Roché c. Centrafarm*. Cuestiones Prejudiciales Acumuladas C-3/78., C-102/77, C-107/76, C-104/75, C-16/74, C-15/74 y C-24/67, RJ 1978 1139. .

<sup>626</sup> Sentencia TPI. De 10-7-1990. *Tetra Pak Rausing SA. C/ Comisión*. As. T51-89. RJ 1990 p. II-309. § 23: la obtención de la licencia exclusiva para la tecnología de esterilización por la compra de otra empresa refuerza la ventaja técnica e incrementa el dominio, pero el hecho que un producto particular siempre sea almacenado por un distribuidor debido a su alta calidad no establece el dominio, sino que es una forma legítima de competencia. Sentencia *Metro/Comisión* ya citada, § 17

<sup>627</sup> La Comisión ha considerado que *Michelin* ostentaba una superioridad tecnológica, al haber sido el creador del neumático radial desde 1948, que actualmente, gracias a sus esfuerzos en investigación y desarrollo, ha creado el neumático ecológico “energy”, y también debido a la inversión considerable que dedica *Michelin* a la investigación y al desarrollo. Decisión de la Comisión de 20-6-2001 COMP/E-2/36.041/PO, *Michelin* DOCE L143/1 de 31-5-2002. § 182.

<sup>628</sup> Decisión de la Comisión CE de la Comisión CE14-1-1998. *Flughafen Frankfurt/Main AG*. L72/30 de 11-3-1998

Una empresa que posee un producto o servicio que tiene el carácter de “necesario” o “esencial”, donde no existe ningún sustituto real o potencial. Se trata de un factor de la posición de dominio, una empresa que posee una “instalación esencial” se encuentra, por definición, en posición dominante en cualquier mercado de esa instalación, lo contrario, no tiene por qué ser cierto. La Comisión en la Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones, establece que la denegación de acceso puede prohibirse a una empresa que goce de una posición dominante, como consecuencia de controlar las instalaciones, como será previsiblemente la situación en la que se encuentren los operadores tradicionales de telecomunicaciones en un futuro próximo, y que tenga como efecto dificultar el mantenimiento del grado de competencia que sigue existiendo en el mercado o el aumento de dicha competencia.<sup>629</sup>

Por su parte, tratándose de los mercados de las comunicaciones electrónicas<sup>630</sup> se considera “necesario” o “esencial” un producto o servicio para el que no existe ningún sustituto real o potencial.

Lo que define la posición de dominio de la empresa en cuestión es el control que ésta ejerce sobre esos medios o recursos que otras necesitan. La discusión reside en establecer el carácter esencial del medio o recurso en cuestión.<sup>631</sup>

Sería un indicador del dominio si el control que ejerce la empresa sobre el recurso o instalación le confiere una ventaja competitiva. Así lo señaló el Abogado General

---

<sup>629</sup> En estos términos se pueden dar tres situaciones distintas de denegación: cuando la denegación de acceso en relación con un servicio en el caso de que el proveedor haya concedido acceso a otro operador para ejercer su actividad en dicho mercado de servicios; la denegación de acceso en relación con un servicio en el caso de que el proveedor no haya facilitado el acceso a ningún otro operador para ejercer su actividad en dicho mercado de servicios; y la retirada de acceso a un cliente. La Comisión sólo denomina un caso de “essential facilities” al segundo caso, es decir, cuando se trata de determinar si el proveedor de acceso debería estar obligado a celebrar un contrato con el prestador de servicio para que este último pueda operar en un nuevo mercado de servicios. En el caso de que las limitaciones de capacidad no sean problema y de que la empresa que se niegue a suministrar acceso a sus instalaciones no haya procedido a su concesión ni a una de sus propias divisiones ni a ninguna otra empresa que opere en dicho mercado de servicios, no está claro qué otra justificación objetiva se podría alegar. Para la Comisión, la determinación de qué es esencial, no basta con que, en caso de concederse el acceso, la posición de la empresa que lo solicita fuese más ventajosa, sino que es preciso que su denegación implique la imposibilidad o la inviabilidad absoluta e inevitable de las actividades propuestas. § 87 y ss. De la Comunicación citada.

<sup>630</sup> La Comisión pone como ejemplo que un operador de redes puede ocupar una posición dominante pese a la existencia de redes alternativas competidoras si el tamaño o la importancia de su red le permite comportarse con independencia de los demás operadores de redes. En otras palabras, lo que importa es determinar si una instalación dada confiere a su propietario un peso significativo en el mercado de que se trate, sin que resulte necesario determinar asimismo si dicha instalación puede considerarse también “esencial” o “indispensable” § 81 de las Directrices sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

<sup>631</sup> Pellisé Capell, ob. Cit. Pág. 119-122. Con especial referencia a Enric Gippini Fournier “ ‘Essential Facilities’ y aplicación del artículo 82 CE a la negativa unilateral a contratar. Algunas consideraciones tras la sentencia Bronner”. *GJN*º 205 ene.feb 2000 pp. 77 y ss.



Jacobs en su opinión sobre el caso *Oscar Bronner*<sup>632</sup>. En *Ladbroke*, el TPI definió el carácter esencial del recurso necesario para el acceso de una actividad "... en el sentido de que no existe ningún sustituto real o potencial, o es un producto nuevo cuya aparición sería obstaculizada, a pesar de una demanda específica, constante y regular, por parte de los consumidores<sup>633</sup>.

En la jurisprudencia comunitaria se han considerado como recursos esenciales, las materias primas industriales<sup>634</sup>, los sistemas de distribución<sup>635</sup>, las instalaciones portuarias<sup>636</sup> y aeroportuarias<sup>637</sup>, o los derechos de propiedad industrial o intelectual<sup>638</sup>.

-Acceso fácil o privilegiado a mercados de capitales y recursos financieros. La capacidad financiera acredita la posición competitiva de la empresa en el mercado (principalmente situándola en condiciones de desencadenar una guerra de precios, sabiendo que podrá resistir más tiempo que sus competidores, o permitiéndole aumentar sus ventas afectando importantes sumas a la publicidad o al desarrollo de numerosos productos).<sup>639</sup>

Sin embargo, las consecuencias de la capacidad financiera, en la medida en que contribuyen a reforzar las barreras a la entrada, más que la propia capacidad financiera, son las que constituyen el criterio pertinente<sup>640</sup>.

---

<sup>632</sup> Sentencia TJCE de 26-11-1998 Cuestión Prejudicial C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG, Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*. RJ 1998-7791. Opinión del AG Jacobs de 28 de mayo de 1.998 Sentencia TPI 12-6-1997. *Landbroke Racing Deutschland Ost GmbH./Comisión* As.T-504/93. RJ 1997 pp. II-0923

<sup>633</sup> Sentencia TPI 12-6-1997. *Landbroke Racing Deutschland Ost GmbH./Comisión* As.T-504/93. RJ 1997 pp. II-0923

<sup>634</sup> Sentencia TCJE *Comercial Solvents* citada.

<sup>635</sup> Sentencia *United Brands* citada.

<sup>636</sup> Decisión de la Comisión CE de 21-12-1993. *Sea Containers Ltd./Stena Sealink*. DOCE L015/8. 18-1-1994. Decisión de la Comisión CE de 21-12-93. *Rödby-Puttgarden*. DOCE L055/52. 26-2-94

<sup>637</sup> Decisión de la Comisión CE de 26-2-1992. *British Midland c. Aer Lingus*. DOCE L096 de 10-4-1992 p. 34. Decisión de la Comisión CE de la Comisión CE14-1-1998. *Flughafen Frankfurt/Main AG*. L72/30 de 11-3-1998

<sup>638</sup> El caso Magill, ya citado, y recientemente la Decisión de la Comisión CE de 24-03-2004, caso COMP/C-3/37.792 *Microsoft Corporation/Sun Microsystems y otros*, así como la saga: Decisión de la Comisión de 3-7-2001. *NDC Health/IMS Health*. Caso COMP D3/38044: medidas intermedias. DOCE de 28-02-2002 L59/18. Decisión de la Comisión de 13-08-2003, DOCE de 18-10-2003. L 268/69 *NDC Health/IMS Health*: Medidas intermedias. Caso COMP D3/38044. Anula la Decisión de 03-07-2001. Comunicado de Prensa IP/03/1159 de 13-08-2003. Ya no es necesaria la intervención de la Comisión para que NDC Health pueda competir con IMS Health. Orden del TPI de 11-04-2002, As. C-481/01 P(R)\_1. *NDC Health Corp. y NDC Health/IMS Health Inc. Y Comisión*. Sentencia del TJCE de 29-4-2004, Cuestión Prejudicial C-418/01 *IMS Health GmbH & Co. OHG/NDC Health GmbH & Co. KG*. Opinión del Abogado General Tizziano de 02-10-2003.

<sup>639</sup> 106. En B.Curtis Eaton and Richard G. Lipsey (1980) "Exit Barriers are entry Barriers: the durability of capital as a barrier to entry". *Bell Journal of Economics* 11 (2) Autumn, 721-9. En Jean J. Gabszewicz and Jacques-François Thisse Edit. *Microeconomic Theories of Imperfect Competition, Old Problems, and New Perspectives* 1.988. Masachusets.

<sup>640</sup> Waelbroeck y Frignani, ob.cit. pág. 315.

Para Bork, los requerimientos de capital no constituyen una barrera a la entrada, señala que los requerimientos de capital existen y ciertamente inhiben la entrada –sólo en la medida que existen los requerimientos de talento para un jugador profesional de fútbol e inhiben la entrada-. Ni una barrera es en ningún sentido artificial o el propio asunto de especial interés para la política antitrust.<sup>641</sup>

Significa lo opuesto para, Schmalensee<sup>642</sup> y Tirole<sup>643</sup>, para el primero, el empirismo casual, por ejemplo, sugiere que los problemas de financiación y de liquidez son frecuentemente responsables de bancarrotas y quiebras de las empresas. Sin embargo, la teoría económica de contratos de préstamos en ambientes con información imperfecta está todavía en su infancia, y entonces la noción de los requerimientos de capital como una barrera a la entrada todavía carece de un sólido fundamento teórico. Por su parte Tirole argumenta que las imperfecciones del mercado del capital significan que las empresas con dividendos más bajos enfrentan costes más altos de capital (que incrementa el coste de entrada) porque tienen más riesgo de quiebra. Ambos autores coinciden en observar que, el recorte de precio predatorio puede entonces elevar los costes de los rivales mediante la reducción de sus finanzas y entonces elevar sus costes de capital, al punto donde la víctima está mejor si sale y los costes de hacerlo son recompensados por los beneficios monopólicos ganados.

Los economistas también denominan a este factor como el “Deep pocket”. La historia de deep pocket, depende de si hay acceso limitado o asimétrico a los mercados de capital en frente de los beneficios positivos esperados.

En la Jurisprudencia, en *United Brands/Comisión* y en *Continental Can*<sup>644</sup>, consideraron que el acceso de las empresas al mercado internacional de capitales era un factor del dominio, aunque no se estableció qué tamaño de planta requerido era considerable en relación al mercado<sup>645</sup>.

#### b.4) Otras barreras a la entrada y a la expansión

##### (i) El tamaño económico global de la empresa y amplia presencia geográfica.

---

<sup>641</sup> Bork, *The Antitrust Paradox* Basic Books 1978, pág. 320.

<sup>642</sup> Schmalensee, R., “Ease of Entry: Has the concept Been Applied too Readily?”. *Antitrust Law Journal* 1987.

<sup>643</sup> Tirole, J. *The Theory of Industrial Organisation*, Cambridge: MIT Press. (1988).

<sup>644</sup> Sentencia TJCE *United Brands/Comisión* ya citada, § 122, Decisión de la Comisión de 9-12-1971 *Continental Can Company*. DOCE L 7/25 de 8-1-72. Y Sentencia TJCE 6-4-1995. *BPB Industries Plc y British Gypsum Ltd*. Asunto C-310/93P. RJ 1995 P. I-0865. § 115.

<sup>645</sup> Valentine Korah. “Interpretación y aplicación del art. 86”. *Notre Dame Law Review*. 1978 vol. 53 pp. 768 y ss. en 777.

Será relevante considerar la fuerza económica global de la implicada y de sus competidores. Grandes conglomerados multinacionales se benefician de las sinergias de grupo en niveles diferentes (compra, desarrollo tecnológico, canales de distribución, etc.), lo que les permite comportarse, en alguna medida, independientemente de los competidores. En la ausencia de estas sinergias, la presencia en diferentes mercados geográficos, no es indicativo del dominio. En la jurisprudencia encontramos los casos *Michelin*,<sup>646</sup> y en *Hoffmann-La Roche*<sup>647</sup>. Entonces, será una cuestión de hecho en cada caso apreciar si las empresas en el mismo grupo serán consideradas como una unidad para los propósitos del artículo 82.

(ii) Integración vertical y Redes de distribución y venta altamente desarrolladas.

La integración vertical es considerada como un indicador significativo del dominio, permite a una empresa tener acceso exclusivo respecto a sus rivales, a las materias primas u otros insumos, particularmente los recursos escasos. Sin embargo es importante establecer en cada caso si la escala de actividades verdaderamente precluye la entrada o la expansión de nuevos competidores.

La Comisión en su Guía para la aplicación del artículo 82,<sup>648</sup> caracteriza a este impedimento a la entrada como el mercado en el que la empresa dominante lo inclina a su favor o para promover la ampliación de su posición en este mercado. Asimismo, si las barreras a la entrada en el Mercado hacia arriba o hacia abajo son significativas, esto significa que será costoso para los rivales superar la posible aniquilación a través de la integración vertical.

Los economistas de la Escuela de Chicago han criticado que las restricciones verticales y la integración vertical no deben ser de interés para la política antitrust porque están motivadas en consideraciones de eficiencia, y porque los problemas antitrust resultan sólo de una falta de competencia horizontal.

---

<sup>646</sup> El TJCE tomó en cuenta “las ventajas que (*Michelin NV* y sus competidores) obtienen de pertenecer a grupos de empresas que operan a través de Europa e incluso el mundo”. Sentencia *Michelin/Comisión* ya citada, § 44. También en Sentencia *United Brands/Comisión*, Sentencia TPI Tetra Pak II/Comisión; y Decisión Van den Bergh Foods, todas ya citadas.

<sup>647</sup> La Comisión señaló como uno de los factores relevantes en apoyo al fundamento del dominio en los varios mercados para vitaminas, que Roché era el más grande fabricante mundial de vitaminas y medicamentos; pero el TJCE rechazó este fundamento de la decisión. Sentencia *Hoffmann-La Roche/Comisión*, § 47

<sup>648</sup> §20 de la Guía de la Comisión citada.

Actualmente esta postura está cambiando ya que bajo determinadas condiciones, las restricciones a nivel vertical distorsionan gravemente la competencia. Baden Fuller<sup>649</sup> y Harbord y Hoehn<sup>650</sup> coinciden en señalar que la integración vertical casi siempre acompaña al monopolio, no porque eleve barreras a la entrada, sino porque da al monopolista mayor poder para obtener los precios más favorables para sus clientes. No es un método por el que el poder de monopolio es creado, sino un método por el que pueden obtenerse beneficios monopólicos, la integración vertical, aunque acompaña al monopolio no es un indicador del mismo. Muchas empresas operando en industrias competitivas están verticalmente integradas debido a que estas acciones llevan a un mayor control sobre la calidad de insumos y productos, y porque obtienen otros ahorros de coste.

En *United Brands/Comisión*<sup>651</sup> el TJCE describió la amplia red en que las actividades de UBC estaban integradas<sup>652</sup>. La integración vertical permitió a *United Brands* el control de calidad sobre su producto y probablemente era eficiente. El caso nunca explicó claramente cómo esto creó una barrera a la entrada. La cuestión que la Comisión y el TJCE debieron haber dirigido no era qué ventajas ganó *United Brands* de la integración, sino si estaba dispuesta a hacer más difícil la entrada al mercado, en cualquier nivel; estuvieron probablemente en lo correcto en identificar un efecto anticompetitivo y el intento de restricción vertical. Pero muchas cuestiones fueron planteadas inadecuadamente, en particular aquellas relacionadas con la entrada, y entonces es difícil saber si *United Brands* tuvo suficiente poder de mercado para emplear exitosamente esta estrategia.<sup>653</sup>

También se consideró este factor de dominio en *British Plasterboard*,<sup>654</sup> *Tetra Pak II*,<sup>655</sup> *AAMS*<sup>656</sup>, *P&I Clubs*,<sup>657</sup> *Michelin II*,<sup>658</sup> y en *Hilti*<sup>659</sup>.

---

<sup>649</sup> C.W. Baden Fuller. "Article 86: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position" en *European Law Review*, 1991 pp. 308-312.

<sup>650</sup> David Harbord y Tom Hoehn. Ob. Cit. p. 425.

<sup>651</sup> Sentencia TJCE *United Brands/Comisión* ya citada, § 69-81 y 85-90.

<sup>652</sup> UBC era titular de las plantaciones de plátano y de los buques de transporte y comercializaba sus plátanos por sí mismo.

<sup>653</sup> David Harbord y Tom Hoehn. Ob. Cit. p. 425.

<sup>654</sup> La empresa producía a gran escala en complejos industriales integrados extrayendo la materia prima, luego fabricando los yesos y después las planchas Decisión de la Comisión CE 5-12-1988. *British Plasterboard Plc.* DOCE L052/42. § 116, confirmado por la Sentencia TPI de 1-4-1993. *British Plasterboard Plc. /Comisión.* Caso. T-65/89. RJ 1993p. II-0389 y Sentencia TJCE 6-4-1995. *BPB Industries Plc y British Gypsum Ltd.* Asunto C-310/93P. RJ 1995 P. I-0865.

<sup>655</sup> Ser el único productor-distribuidor integrado de Tetra Pak en máquinas de envasado y en los envases de cartón Decisión Tetra Pak II, ya citada, confirmadas por el TPI y el TJCE ya citados.

<sup>656</sup> La dificultad para crear una red propia independiente de distribución de venta al por mayor, lo suficientemente extensa y ramificada en Italia, como la que tenía la Administración de Tabacos de Italia, fue considerada como un factor del dominio, y coste hundido insuperable para las empresas extranjeras, ello además de otros factores, obligaba a estas empresas a contratar con la AAMS, para la venta de sus

(iii) La reputación y experiencia

Schmalensee<sup>660</sup> planteó que las marcas pioneras, disfrutaban de la ventaja del primer movedor. Las nuevas marcas enfrentan una mayor competencia que la marca pionera cuando entró al mercado con ninguna competencia directa, y la marca pionera disfruta de una ventaja estratégica. Los gastos en publicidad hacen la entrada más difícil en palabras de la Comisión: “El establecimiento de una nueva marca requiere una inversión considerable en publicidad y promoción con el objeto de persuadir a los consumidores fieles a una marca a cambiar de su marca usual. Estos gastos constituyen un coste hundido y agrega riesgo a la entrada.”<sup>661</sup> Sin embargo, este enunciado es cierto sólo en circunstancias particulares, dependiendo de las características del mercado bajo consideración.<sup>662</sup>

La Comisión en su Documento<sup>663</sup> incluye como barreras a la entrada la posición establecida de las empresas competidoras en el mercado, debido precisamente a la reputación o la experiencia de la empresa, pero se refiere más a una característica de la industria. Señala que sería difícil entrar a una industria donde la experiencia o la reputación es necesaria para competir efectivamente, las dos serían difíciles de obtener para un entrante. Factores como la fidelidad del cliente a una marca particular, lo estrecho de las relaciones entre proveedores y clientes, la importancia de la promoción o la publicidad, u otras ventajas de reputación serán tomadas en cuenta. La publicidad y otras inversiones en reputación son frecuentemente costes hundidos que no pueden ser recuperados en el caso de la salida, y que entonces hacen la entrada más riesgosa.

---

cigarrillos. Decisión de la Comisión CE de la CE de 17-6-1998. *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato*. (98/538/CE)DOCE L252/47 12.9.98, confirmado por la Sentencia TPI de 22-11-2001 *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) c/ Comisión de las CE* As. T-139/98. RJ 2001.

<sup>657</sup> La Comisión consideró entre los factores del dominio, el hecho que estaba presente en todo el mundo a través de una amplia red de corresponsales. Decisión de la Comisión de 12-4-1999, *P&I Clubs, IGA*. DOCE L125, 19-05-1999 p. 12-31. § 126.

<sup>658</sup> La red de distribución integrada Euromaster de la que era titular *Michelin*, así como en el caso de los “clubes” dispositivos de asociación reforzada con algunos comerciantes especializados, creados por los fabricantes Decisión de la Comisión de 20-6-2001 COMP/E-2/36.041/PO, *Michelin* DOCE L143/1 de 31-5-2002. § 194.

<sup>659</sup> Decisión de la Comisión CE de 22-12-1987. *Eurofix-Bauco contra Hilti*. DOCE L65/19 11.03.1988. § 69; Sentencia del TPI de 12-12-1991. *Hilti c/ Comisión*. As. T-30/89. RJ 1991 p. II-1439. Sentencia TJCE de 2-3-1994. *Hilti c/ Comisión*. As. C-53/92P. RJ 1994 p. I-0667. También en *Napier Brown/British Sugar* ya citada, § 56.

<sup>660</sup> Schmalensee, R. “Product Differentiation Advantages of Pioneering Brands”, *American Economic Review*. 1.987. Vol. 72, p. 349-365.

<sup>661</sup> Decisión de la Comisión *Kimberly-Clark/Scout Paper* de 16-01-1996, Caso IV/M623, § 211.

<sup>662</sup> Lea Paterson “The Power of the Puppy -Does Advertising Deter Entry?” *E.C.L.R.* Vol.6, 1.997 pp. 337-343. en 343.

<sup>663</sup> §40 del Documento de la Comisión.

Así, en los casos que para una buena parte de la demanda del mercado no existan sustitutos adecuados para el producto del proveedor dominante, debido a que se trata de un producto “must stock” preferido por muchos consumidores finales, o los clientes no pueden acudir a los competidores porque éstos tienen coacciones de capacidad, de modo que una buena parte de la demanda es asumida por la posición dominante.

En la jurisprudencia comunitaria tenemos innumerables casos donde la marca del producto es de demanda espontánea, donde los clientes consideran a la marca como un producto “must stock” o que se debe almacenar, así los casos *British Plasterboard*<sup>664</sup>, *Michelin I*<sup>665</sup>, *Michelin II*<sup>666</sup>, *Van Den Bergh Foods*<sup>667</sup>, etc.

#### (iv) Los Costes de cambio para los clientes

Las barreras a la entrada no sólo resultan de los costes que los entrantes tienen que soportar, también de costes que pueden crear los nuevos entrantes para los clientes. Así, habrá una barrera a la entrada si un cliente tiene que asumir un coste alto para cambiarse a un competidor.

Muchos productos y servicios están diferenciados para un cliente que ya ha comprado debido a los costes de cambio *ex post*, incluso cuando los bienes o servicios de empresas rivales fueran sustitutos perfectos previos a la primera compra. Ejemplos incluyen: software de ordenadores, cuentas bancarias, y aerolíneas con programas de vuelos frecuentes. Los clientes están así encerrados en mayor o menor medida, y entonces están menos disponibles a los entrantes en comparación con los clientes no comprometidos<sup>668</sup>. Mientras mayor sea la cuota de mercado (o la base instalada) que la

---

<sup>664</sup> Ap. 117 de la Dec. *British Plasterboard* cit. Los clientes se encontraban en posición de dependencia hacia BG para numerosos suministros de planchas de yeso debido a la amplia gama de productos de este material que suministra BG, pero no sus competidores; a las especificaciones de los arquitectos, que exigen productos BG mencionándolos por su nombre, y a la ventaja que supone para los clientes de BG realizar todas las adquisiciones de dicho material de un solo distribuidor

<sup>665</sup> Ap. 55 de la Sentencia TJCE *Michelin* citada. La ventaja del Grupo Michelin sobre sus competidores en el rango de productos, en algunos tipos de neumáticos, el Grupo Michelin es el único proveedor en el mercado que los ofrece en su rango.

<sup>666</sup> Ap. 204 de la Dec. *Michelin II* citada. Era muy improbable que un minorista pueda ignorar a Michelin sin poner en peligro su credibilidad y su negocio. Habida cuenta de las cuotas de mercado de la marca y del índice de demanda espontánea (del 50% al 70% en Francia, según las peticiones de información dirigidas a los comerciantes especializados por la Comisión), es innegable que un minorista no podría razonablemente evitar trabajar con Michelin.

<sup>667</sup> §156 de la Sentencia TPI *Van den Bergh Foods* citada.

<sup>668</sup> La decisión del cambio de sus preferencias hacia otros productos, por los consumidores depende de varios factores. Estos factores son la ratio de sustitución (la ratio de sustitución indica si los productos son reemplazados fácilmente por productos similares o no.) de los productos, el nivel de precio de los

empresa dominante obtiene antes de la entrada, más pequeña es la cuota residual dejada para los entrantes. Argumentos similares también se aplican claramente a los estándares de compatibilidad y externalidades de red.

Si consideramos que un monopolio no puede incrementar sus beneficios requiriendo a los clientes firmar acuerdos de no contratar con los competidores potenciales. Sin embargo, si hay 100 clientes y la escala mínima eficiente requiere servir a 15, el monopolio sólo necesita aislar a 86 clientes para impedir la entrada. Si cada cliente cree que los otros firmarán, cada uno también cree que ningún vendedor rival entrará. Entonces, un cliente individual pierde nada al firmar el acuerdo exclusionario y así firmará. De este modo la exclusión manifiesta será rentable.<sup>669</sup>

Si bien el derecho de competencia prohíbe los acuerdos exclusionarios, aquellos contratos que dicen “usted acuerda no comprar de nadie más que de mí”. Sin embargo, no se ha dado una explicación convincente de cómo estos contratos son dañinos y rentables. Un monopolista, o una empresa dominante pueden estar dispuestos a explotar la desorganización de los clientes y así excluir a rivales potenciales. Pueden permitir a un monopolista convencer a sus clientes que la mayoría de los demás clientes han firmado un acuerdo exclusionario, y así puede excluir a sus rivales de un modo que no le produce costes<sup>670</sup>. En economía, esto también se conoce como “contratos como una barrera a la entrada”.

La Comisión en su Documento<sup>671</sup> enumera esta barrera como otras barreras estratégicas a la expansión o a la entrada.

---

productos competitivos, el acceso a éstos, la transparencia del mercado y la utilización de los productos por los consumidores, por otro lado, la disponibilidad y posibilidad de los competidores en satisfacer la demanda. El consumidor no está considerando las cuotas de mercado como un factor decisivo en su decisión para cambiar a otros productos, ni la cuota de mercado de un competidor es una indicación de su disponibilidad en efectuar el suministro. El dominio está indicado por el cambio de las cuotas de mercado en el caso que la empresa dominante disminuya su suministro. Esto implica la necesidad de establecer la movilidad de la demanda. Doris Hildebrand. *The Role of Economic Analysis in EC Competition Rules*. Kluwer Law International. Londres. 2<sup>nd</sup>. Ed. 2002. pág. 310.

<sup>669</sup> Eric B. Rasmusen., J.Mark Ramseyer y John S.Wiley Jr. “Naked Exclusion”. *The American Economic Review*. Tomo 81. pág. 1137.

<sup>670</sup> Rasmusen Ramseyer y Wiley, ob. Cit. Pág. 1144.

<sup>671</sup> La Comisión proporciona unos ejemplos: el caso donde el personal ha sido entrenado para utilizar el producto de la supuesta empresa dominante o donde debido a los efectos de red, el valor de los productos de los rivales son más bajos debido a que no tiene una gran base instalada de clientes. Por ejemplo el valor de una pieza de software no sólo dependería de las calidades intrínsecas del producto pero también en cómo cuánta gente lo utiliza y así con los cuales los nuevos compradores pueden intercambiar archivos. Finalmente, las empresas competidoras quizás a través del uso de contratos a largo plazo con los clientes hacen difícil para los rivales en un punto particular de tiempo encontrar un número suficiente de clientes dispuestos a cambiar de proveedor que la expansión o entrada sería rentable. §40 del Documento de la Comisión.

La Comisión admitió que los costes de cambio pueden constituir una barrera a la entrada en los casos *Tetra Pak I*.<sup>672</sup>, en *Tetra Pak II*,<sup>673</sup> *United Brands*<sup>674</sup>, en *Michelin I*,<sup>675</sup> en *Michelin II*<sup>676</sup> y en *British Plasterboard*<sup>677</sup>.

c).- Otros factores de la posición de dominio.

c.1) El poder de compra compensador.

Se trata de un factor del dominio que en su Documento la Comisión<sup>678</sup> lo denomina como la posición en el mercado de los compradores, mientras que la Guía de la Comisión sobre los Abusos de Exclusión se refiere a él como poder de compra compensador. Una empresa con una cuota de mercado considerable no estaría dispuesta a actuar en una medida apreciable independientemente de los clientes que tengan un considerable poder negociador. Este poder de compra compensador resultaría del tamaño del cliente o de su significado comercial para la empresa dominante, y su habilidad en cambiar rápidamente a proveedores competidores, para promover la entrada nueva o para integrarse verticalmente, y amenazar que lo hará de forma creíble. Si es de una magnitud suficiente, podría disuadir o desanimar un intento de la implicada

---

<sup>672</sup>La Comisión examinó si los clientes de Tetra Pak podían cambiar fácilmente a sus competidores. Consideró que el cambio de un sistema de envasado implicaba una decisión importante de inversión, porque no sólo debían emplear y comprar una maquinaria de envasado específico, sino también tenían que adaptarse el equipo de tratamiento de la leche y su almacenamiento. Decisión de la Comisión de 26-7-1988. *Tetra Pak/Elopak*. DOCE L272/27 4.10.1988. § 37.

<sup>673</sup>Las condiciones contractuales que estableció Tetra Pak, en particular las cláusulas penales, tenían el efecto de vincular a los clientes a Tetra Pak durante períodos largos, algunas veces más largos que la vida económica de las máquinas, haciendo la entrada más difícil. Un nuevo entrante tendría que invertir para atraer a los clientes de Tetra Pak, quienes se enfrentan a grandes costes financieros en cambiar de proveedor. Los entrantes necesitan compensar a estos consumidores con precios antieconómicamente bajos. Las penalidades excedían el valor total de las máquinas, sugiriendo que excedían las pérdidas económicas reales en que incurría un cliente si cambiaba a las máquinas de un competidor. Decisión de la Comisión CE de 24-7-1991. *Tetra Pak II*. DOCE L72/1 de 18.3.92

<sup>674</sup>Olesen alegó que había invertido en la adquisición de naves maduradoras para cumplir las condiciones exigidas por *United Brands*, y por tanto, el cambio de proveedor le ocasionaba pérdidas. Sentencia *United Brands/Comisión*.

<sup>675</sup>El TJCE subrayó que la compra de neumáticos constituye una inversión importante para una empresa de transporte, que necesita un tiempo considerable para asegurarse, en la práctica de la rentabilidad de un tipo o de una marca de neumáticos, lo que suponía que *Michelin* tuviera una “posición poco vulnerable a la competencia” Sentencia TJCE *Michelin/Comisión*, ya citada, § 56.

<sup>676</sup>En *Michelin II*, la Comisión ha señalado que los costes de cambio para los clientes, convierte a la empresa dominante en un socio obligatorio, ya que el cliente se coloca en una situación de dependencia, ello se debe, a que la necesidad para un comerciante de disponer en su gama de un producto que es objeto de una gran demanda, crea inevitablemente un vínculo de dependencia

<sup>677</sup>La Comisión señaló la ventaja que suponía para los clientes de British Gypsum realizar todas las adquisiciones de material con un solo distribuidor, para evitar los costes de transacción involucrados en la adquisición de la mejor oferta de cada producto separadamente. El cambio a otro proveedor, hubiera significado la adquisición de su material a mayores costes. Decisión *British Plasterboard* y otros, ya citada.

<sup>678</sup>§41 – 42 del Documento de la Comisión.



en incrementar sus precios de forma rentable. Sin embargo, no será considerado una coacción efectiva si sólo asegura que un segmento particular o limitado de clientes está protegido del poder de mercado de la empresa dominante.<sup>679</sup>

Tal como lo señala la Comisión en su Documento, es necesario que los compradores fuertes no sólo se protejan ellos mismos, sino proteger efectivamente el mercado.<sup>680</sup>

Si bien se analiza el poder de compra de los detallistas en el mercado hacia abajo, en su relación con los consumidores, también se debe hacer este análisis en el mercado de arriba en la relación entre proveedores y detallistas y su poder de compra. Si bien las autoridades de competencia reconocen que la estructura de competencia puede ser dañada en el mercado hacia arriba, no han establecido una metodología apropiada para su control, para identificar el poder de compra real de un detallista o minorista, el mercado de arriba tendría que ser conceptualizado más como un mercado de servicio que como un mercado de producto. Ello implicaría aplicar el mismo tipo de segmentación para el mercado hacia arriba que el aplicado al mercado hacia abajo, con el objeto de tomar en cuenta los servicios proporcionados por los detallistas.<sup>681</sup>

Las ventajas para el proceso competitivo que sería proporcionado por el poder negociador han sido reconocidas por el TJCE en *Gottrup-Klim*<sup>682</sup>.

Por el contrario, fue descartada esta defensa, planteada por *Irish Sugar* para alegar que carecía de posición de dominio en el mercado del azúcar industrial en Irlanda, para determinar la capacidad de negociación de los minoristas con respecto a los fabricantes hay que tener en cuenta la fuerza que supone la fidelidad del consumidor a una marca.<sup>683</sup>

---

<sup>679</sup> §18 de la Guía de la Comisión.

<sup>680</sup> Por otro lado, cuando uno o más compradores fuertes están dispuestos a obtener condiciones más favorables de la supuesta empresa dominante que sus competidores más débiles, sería apropiado definir mercados relevantes separados para respectivamente compradores débiles y fuertes. § 43 de la Comunicación sobre el Mercado Relevante.

<sup>681</sup> Louis Vogel. "Competition Law and Buying Power: the case for a new approach in europe" 1998 *E.C.L.R.* pp. 4. pág. 10.

<sup>682</sup> En el contexto de una alegación a la posición de los compradores de una cooperativa, el TJCE señaló: "en un mercado donde los precios del producto varían de acuerdo al volumen de los pedidos, las actividades de las asociaciones cooperativas de compra, pueden constituir dependiendo del tamaño de sus miembros, un contrapeso significativo al poder contractual de los grandes productores y hacer una vía para una competencia efectiva" Sentencia TJCE 15-12-1994. *Goettrup-Klim E.A. Grovwareforeninger contra Dansk Landbrugs Govvareselskab AmbA (DLG)* Cuestión Prejudicial As. C-250/92. RJ 1994 p. I-5641. § 32.

<sup>683</sup> La Comisión contestó invocando su pronunciamiento en *Nestlé/Perrier*, [Decisión de la Comisión 92/553/CEE de 22 de julio de 1992, relativa a un procedimiento de aplicación del Reglamento CEE n° 4064/89 del Consejo (Asunto N° IV/M190 – Nestlé/Perrier) ODCE N° L 356 de 05-12-1992 P. 1-31.] la concentración de los compradores debe compararse con la existente en la vertiente de la oferta. En el caso del mercado irlandés del azúcar industrial, en el que Irish Sugar controló más del 90% de la oferta a lo largo del período considerado, es evidente que, a pesar de la existencia de dos grandes clientes, la demanda está compuesta por una serie de compradores con fuerzas muy dispares y a los que no se puede englobar con objeto de llegar a la conclusión de que pueden presionar a un proveedor que controla más

c.2) Barreras generadas por la propia conducta de la empresa dominante.

La Comisión en su Guía de la Comisión sobre los Abusos de Exclusión plantea que se deben considerar las barreras generadas por la propia conducta de la empresa dominante, por ejemplo si ha efectuado inversiones significativas que los entrantes o los competidores tendrían que igualar<sup>684</sup>, o si ha concluido con sus clientes contratos a largo plazo que tienen efectos de aniquilación apreciables.<sup>685</sup>

También se refiere a este aspecto, la Guía de la Comisión sobre los Abusos de Exclusión cuando señala que al aplicar el artículo 82, incluirá la consideración de la posible selectividad de la conducta en cuestión. La empresa dominante puede aplicar la conducta sólo a clientes seleccionados o a proveedores de insumos que serían de importancia particular para la entrada o expansión de los competidores, fomentando así la probabilidad de la aniquilación competitiva<sup>686</sup>. Por ejemplo, serán aquellas que más probablemente responderán a las ofertas de proveedores alternativos, representarían un medio particular de distribuir el producto que sería adecuado para un nuevo entrante, ellos estarían situados en un área geográfica bien adecuada a la entrada nueva o probablemente influirían el comportamiento de otros clientes. En el caso de los proveedores de insumos, aquellos con los que la empresa dominante ha concluido acuerdos de suministro exclusivo serán aquellos más probables de responder a los requerimientos de los clientes que son competidores de la empresa dominante en un mercado hacia abajo o producen un grado del producto —o lo producen en una localidad— particularmente adecuada para un entrante nuevo. También será considerada cualquier estrategia en la disposición de los clientes o de los proveedores de insumos que podría ayudar a contrarrestar la conducta de la empresa dominante.

El Informe del Departamento de Justicia norteamericano<sup>687</sup>, señala que en muchos casos, los tribunales han sugerido que la evidencia de efectos anticompetitivos puede

---

del 90% del mercado. La cuota de ventas de los dos clientes más importantes no contrarresta la posición dominante de Irish Sugar.

También analizó el poder de negociación de los clientes en el mercado del azúcar al detalle, señaló que el hecho de que las grandes cadenas de supermercados y otras cadenas minoristas hayan incrementado su cuota de mercado en los últimos años en detrimento de los grupos mayoristas no excluye la existencia de una posición dominante de Irish Sugar. § 106 y ss. de Decisión de la Comisión CE de 14-5-1997. *Irish Sugar Plc.* DOCE L258/1 de 22-9-1997

<sup>684</sup> Caso *United Brands v Commission* §91

<sup>685</sup> §17 de la Guía de la Comisión citada.

<sup>686</sup> Sentencia *Irish Sugar v. Comisión* §88

<sup>687</sup> Página 30 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano citado.

constituir evidencia directa de los efectos anticompetitivos para acreditar la posición de dominio. Si la conducta de una empresa dominante se ha demostrado que causa daño competitivo, se podría basar simplemente en esta evidencia y evitar íntegramente el requerimiento de la definición del mercado. Sin embargo, hay cuestiones a tomar en cuenta tratándose de este enfoque. Una cuestión importante es que la evidencia de los efectos, aunque es de gran valor, generalmente es imperfecta, y algunas veces sometida a diversas interpretaciones. Por esta razón, requerir también un ejercicio tradicional de definición mercado –quizás incorporando, la evidencia disponible de los efectos alegados- probablemente agruegue valor a través del reforzamiento de las inferencias y así potencialmente evita los errores costosos.

El Departamento coincidió con los panelistas que plantearon que la valoración de los efectos anticompetitivos reales o potenciales puede ser útil en un caso de la sección 2. En algunas circunstancias, la imposibilidad en establecer ningún efecto anticompetitivo serviría como un filtro útil, permitiendo a los tribunales o a los oficiales que aplican antitrust en concluir rápidamente que es imposible la infracción a la sección 2. En otros casos, habría evidencia importante sugiriendo el daño y la existencia de un mercado relevante que ha sido así monopolizado.

La doctrina considera que bajo el derecho de competencia comunitario, los criterios de comportamiento se toman en consideración para confirmar las conclusiones que se desprenden del análisis estructural y para completar a éstas cuando los criterios estructurales no permiten una solución segura.<sup>688</sup> Hay un reconocimiento en incremento que hay tipos de comportamiento que pueden disuadir la entrada y sería equivocado descontar esta conducta de la consideración de si una empresa es dominante.<sup>689</sup>

En la jurisprudencia, la Comisión consideró en *United Brands* que la discriminación de precio geográfica y los impedimentos a la exportación eran evidencia de su dominio y el TJCE señaló que su fuerza económica le había “permitido adoptar una estrategia flexible dirigida contra nuevos competidores”<sup>690</sup>. En los casos *Boosey & Hawkes*<sup>691</sup> y

---

<sup>688</sup> René JOLIET. "Monopolization and abuse of dominant position. A comparative study of the american and european approaches to the control of economic power" Faculté de Droit, Liège. Martinus Nijhoff, La Haye. 1970. pp.226 y ss. Véase también John Temple Lang. "Some aspects of abuse of dominant positions in european community antitrust law." En *Fordham International Law Forum*. Volumen 3. 1979-80, Number 1. pp. 1-51. 9: "En otras palabras, el comportamiento puede ser evidencia del dominio."

<sup>689</sup> Richard Whish. *Competition Law 5<sup>th</sup>* Ed. Butterworths. 2003. Londres U.K. p. 187.

<sup>690</sup> Sentencia *United Brands/Comisión*, § 121-122. También en STPI *Irish Sugar/Comisión* §118.

<sup>691</sup> Decisión de la Comisión CE de 29-7-1987. *BBI/Boosey & Hawkes*. DOCE L286/36. 9-10-1987. § 18.

*British Midland*<sup>692</sup>, la Comisión ha considerado como factores del dominio la habilidad de controlar los precios o restringir el acceso de otros competidores, así como la habilidad de mantener los precios mayores que en otros estados miembros en los casos *ICI y Solvay*.<sup>693</sup> También se han considerado los criterios de comportamiento en *AKZO*<sup>694</sup>, en *Michelin*<sup>695</sup>, en *Trans Atlantic Conference Agreement*,<sup>696</sup> y en *Napier Brown/British Sugar*<sup>697</sup>.

c.3) Las coacciones impuestas por la amenaza de entrada de competidores potenciales.

La dinámica del mercado se relaciona a la competencia potencial. Por ejemplo, si una empresa eleva sus precios en una cantidad pequeña significativa y no transitoria, los competidores actuales o potenciales considerarán la entrada al mercado debido al crecimiento en el atractivo del mercado. Los competidores actuales y potenciales sólo

---

<sup>692</sup> Decisión de la Comisión CE de 26-2-1992. *British Midland c. Aer Lingus*. DOCE L096 de 10-4-1992 p. 34. § 21.

<sup>693</sup> Decisión de la Comisión CE de 13-12-2000. *Ceniza de Sosa---ICI*. Nº 33.133-D. DOCE L 10 pág.33-50 de 15-1-2003 § 128(iii) y Decisión de la Comisión CE de 13-12-2000 *Ceniza de Sosa---Solvay* Nº 33.133-C. DOCE L 10 pag. 10-32 de 15-1-2003 § 138(ix).

<sup>694</sup> Consideró la habilidad de AKZO para debilitar o eliminar competidores problemáticos como indicador del dominio Decisión de la Comisión CE de 14-12-1985. *Akzo Chemmie BV, Amersfoort, Pays-Bas*. DOCE L374/1. Sentencia TJCE de 3-7-1991. *Akzo Chemmie BV y Akzo Chemmie UK Ltd c/ Comisión*. Caso C-62/86.RJ 1991 pág. 3359-3374.

<sup>695</sup> Se consideró que la conducta de la empresa era una evidencia considerable que existió una posición dominante. Decisión *Michelin* citada.

<sup>696</sup> La Comisión también consideró la capacidad de TACA de comportarse como firma dominante, señaló que el modelo de concentración del mercado hacía posible que el TACA ejerza un grado desproporcionado de influencia sobre las políticas de precios de sus competidores quienes probablemente se sumarán a las subidas de precios. Es probable que el liderazgo de TACA en materia de precios se vea reforzado por el hecho de que es uno de los acuerdos entre compañías de línea más restrictivos del mundo, y ha adquirido una reputación en el mercado de líder en materia de precios. Esta situación se ve reforzada por el hecho de que los baremos y estructuras de precios de este mercado sean complicados y se hayan desarrollado a lo largo de un amplio período de tiempo. Las compañías independientes, establecen sus baremos en referencia a los baremos del TACA y son por lo tanto, seguidoras en precios. Esa situación permite que el TACA y sus miembros actúen con independencia respecto de sus competidores. También estaba caracterizado por la capacidad de los miembros del TACA de imponer aumentos anuales de precios regulares, aunque modestos durante 1994 a 1996, en contraste con las otras dos rutas principales del mundo. Demuestra que los miembros del TACA han sido capaces de mantener o incrementar los precios. Esto se ha conseguido gracias a la eliminación de la competencia efectiva. No hay ningún indicio que permita afirmar que los servicios en cuestión no han sido rentables desde la implementación del TACA: en cualquier caso, resulta claro que la falta de rentabilidad no es un factor determinante a la hora de establecer una posición dominante. Incluso uno de sus competidores, Evergreen al momento de redactar la decisión, no abandonó como seguidor de precios Decisión de la Comisión CE de 16-9-1998. *Trans-atlantic Conference Agreement c. Comisión*. DOCE L95 de 09-04-1999. P.0001I. Celex 399DO243- Nº IV/35134. §§ 541-544. Véase además, Decisión de la Comisión CE de 19-12-1990. *Ceniza de Sosa---ICI*. Nº 91/300/CEE DOCE L152/40 de 15-6-1991, § 45; § 48 Decisión de la Comisión CE de 14-12-1972, *Istituto Chemioterápico Italiano SpA y Commercial Solvents Corporation*. DOCE L299/51 31.12.72. Confirmado por la Sentencia del TJCE de 6-3-1974. *Istituto Chemioterápico Italiano SpA y Commercial Solvents Corporation c/ Comisión de la CE*.

<sup>697</sup> La capacidad de fijar los precios en el mercado o price leader, siendo seguida por su competidor Tate & Lyle, confrontada con una cuota de mercado de 58% de British Sugar y del 37% de su principal competidor, la Comisión subraya que British Sugar, gracias a su estructura de costes más ventajosa, se beneficiaba de una posición de piloto (price leader) en el mercado afectado, a pesar de la cuota de mercado relativamente importante de su competidor. Decisión de la Comisión CE de 18-7-1988. *Napier Brown c/ British Sugar*. DOCE L284/41. 19-10-88. § 51-53.

pueden ser tomados en cuenta al valorar la dinámica del mercado, que significa un análisis prospectivo del mercado.

La Comisión en su Guía de la Comisión sobre los Abusos de Exclusión se refiere a este factor al considerar el dominio<sup>698</sup>

Desde el punto de vista económico, la expresión más poderosa de una coacción competitiva constituida por la entrada potencial, expuesta en la teoría de los mercados contestables, al que nos hemos referido al definir una barrera a la entrada.

El uso legal del término contestable se aplica a aquellos mercados en que la competencia potencial ejerce una coacción competitiva efectiva en el comportamiento de las empresas competidoras<sup>699</sup>. Esto es, si la entrada es relativamente fácil y no requiere grandes costes hundidos. Cuanto sea más difícil entrar, menor será el peso que deba ser colocado en la entrada potencial como un factor de coacción.<sup>700</sup> La consideración de la competencia potencial haría imposible que la empresa ejerza su posición de dominio. Es necesario considerar la probabilidad de que una empresa que no opera en el mercado de productos de referencia tome, a medio plazo, la decisión de entrar en el mercado como consecuencia de un pequeño pero significativo aumento duradero de los precios. Las empresas que estén en condiciones de cambiar o ampliar su línea de producción o sus servicios para acceder al mercado, deben ser consideradas como participantes potenciales en el mercado, incluso si en ese momento no producen el producto en cuestión o no prestan el servicio de que se trate.

Como factor del dominio, la ausencia de competencia potencial fue considerada en la jurisprudencia en los casos *Continental Can*,<sup>701</sup> *Hoffmann-La Roche*<sup>702</sup>, y *United Brands*<sup>703</sup>

---

<sup>698</sup> §12 de la Guía de la Comisión citada.

<sup>699</sup> Simon Bishop y Mike Walker. *Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. 2000 Londres. 2ª Edición, pág.42.

<sup>700</sup> Ibidem

<sup>701</sup> Donde anuló la Decisión por la omisión en explicar los hechos y fundamentos sobre los que consideró la competencia potencial: flexibilidad del producto, y posibilidad que grandes clientes empiecen a fabricar envases de metal y tapas para la venta. Algunos de estos clientes ya hacían algunos de sus propios envases de metal y tapas, y uno también disponía de parte de su producción Sentencia del TJCE de 21-2-1973. *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. / Comisión* As. 6/72. RJ 1973 pp. 0215 – 0253.

<sup>702</sup> Para acceder al mercado, se requería una considerable cantidad de inversión, la capacidad de las fábricas de producción era determinada de acuerdo al crecimiento anticipado durante un período largo, de modo que el acceso al mercado por nuevos productores no era fácil, considerándose el hecho que la existencia de capacidad de fabricación no utilizada creaba competencia potencial entre los fabricantes establecidos. Sin embargo Roché estaba en este respecto en una posición privilegiada, debido a que como ella misma admitió, su capacidad de fabricación, durante el período cubierto por la decisión impugnada, era suficiente para cubrir la demanda mundial sin que este exceso de capacidad de fabricación le colocara en una situación económica o financiera difícil. Sentencia *Hoffmann-La Roché/Comisión* ya citada, § 48.

### 3.4. La posición dominante colectiva:

La posición dominante puede ser ostentada por dos o más entidades económicas jurídica y económicamente independientes entre sí.<sup>704</sup> Se trata de determinar en qué circunstancias muchas empresas pueden ser consideradas que ostentan juntas una posición dominante<sup>705</sup>.

Inicialmente se creyó que el término “una o más empresas” se refería sólo a entidades que formaban parte de la misma entidad económica. Se consideró que el propósito del término era asegurar que la conducta de todas las sociedades dentro del grupo corporativo era tomada en cuenta cuando se analizaba si se había producido una infracción al artículo 82, así, por ejemplo, en *Continental Can*.<sup>706</sup>

Sin embargo, la jurisprudencia se refiere a una o más empresas como unidades económicas independientes. Por otro lado el TJCE, ha exigido en general que esté acreditado un cierto grado de concertación explícita entre los miembros del oligopolio para constatar una infracción a los artículos 81 y 82 del Tratado<sup>707</sup>. Así, en las

---

<sup>703</sup> La imposibilidad de que la competencia potencial pudiera acceder al mercado a corto plazo, fue apreciada en *United Brands*, la Comisión consideró que debido a las ventajas que poseía esta empresa (su cuota de mercado comparada con la de sus competidores, la diversidad de sus fuentes de oferta, la naturaleza homogénea de su producto, la organización de su producción y transporte, su sistema de marketing y campañas de publicidad, la naturaleza diversificada de sus operaciones y su integración vertical), estaba en una posición de obstruir en un grado sustancial la competencia efectiva de sus competidores existentes, y que los competidores potenciales que quisieran establecerse en el mercado del plátano, debían superar las barreras a la entrada y para ello necesitaban muchos años antes de poder hacerse con todas las ventajas que ostentaba *United Brands*, y especialmente después de fallar muchas veces en obtenerlas. Decisión *United Brands*, confirmado por la Sentencia *United Brands/Comisión* § 69-126.

<sup>704</sup> Sentencia TJCE 16-3-2000. As. Acumulados C-395 y 396/96 P. *Compagnie Maritime Belge Transports SA y otros c/. Comisión CE*. RJ 2000 I-1365

<sup>705</sup> Sentencia TJCE 27-4-1994. *Ayuntamiento de Almelo y otros c/. NV Energiebedrijf Ijsselmij*. Cuestión Prejudicial C-393/92. RJ 1994 p. I-1477. § 43. Sentencia TJCE de 5-10-1995. *Centro Servizi Spedipuerto Srl/Spedizioni Marittima del Golfo Srl*. Cuestión Prejudicial C-96/94. RJ 1995 p. I-2883, § 33. Sentencia TJCE DIP As. Acum. C-140/94, C-141/94, C-142/94 RJ1995 I-3257, § 62As. C-70/95, *Sodemare*, Rec. 1997, I-3395, § 46 y ass. Acum. C-68/84 y C-30/95, *Francia y otros c. Comisión*, RJ 1998, I-1375, § 221.

<sup>706</sup> La compañía americana ostentaba un 85.8 por ciento de las acciones de la compañía alemana SLW, integraron una subsidiaria belga a través de la cual adquirieron una compañía holandesa que era un competidor de SLW; la Comisión señaló que *Continental Can* tenía, a través de SLW, una posición dominante en una parte sustancial del mercado común y que se había cometido un abuso cuando utilizó su subsidiaria belga para adquirir la compañía holandesa. Decisión de la Comisión CE de 17-12-1975. *United Brands Company* DOCE L95/1. P. 238. Sentencia TJCE 26-6-1978. *United Brands Continental BV/Comisión*. Caso 27/76. RJ 1978 pág. 349. Véase también Decisión de la Comisión CE de 14-12-1972, *Istituto Chemioterápico Italiano SpA y Commercial Solvents Corporation*. DOCE L299/51 31.12.72. Sentencia del TJCE de 6-3-1974. *Istituto Chemioterápico Italiano SpA y Commercial Solvents Corporation c/. Comisión de la CE*. Casos juntos 6 y 7/73. RJ 1994 p. 223. Y Sentencia de 13-2-1979. *Hoffman-La Roche & Co. A.G. c/. Comisión de la CE*. Caso 85/76. RJ 1979 p. 459.

<sup>707</sup> Respecto a la diferencia entre el dominio colectivo y una práctica concertada, véase : Trevor Soames. “An Analysys of the principles of concerted practice and collective dominance: A Distinction without a difference?” en *ECLR* n1 1 1996 p. 24 y ss.

Sentencias *ICI c. Comisión*<sup>708</sup>, y *Suiker Unie c. Comisión*<sup>709</sup>, en las que el TJCE se enfrentaba con situaciones donde no se podía demostrar los acuerdos pactados entre las partes, en las que no cabía, por tanto, imputar prácticas concertadas en sentido estricto, consideró que la mera coordinación inconsciente de estrategias comerciales entre los miembros del oligopolio está fuera del ámbito del artículo 81 del Tratado, aunque aceptó aplicar dicho precepto a comportamientos conscientemente paralelos siempre que existan indicios suficientes de que dicho comportamiento es el resultado de una entente entre los miembros del oligopolio, esto es, que existan vínculos comerciales y se trate de una entidad de conducta uniforme única a los ojos de los clientes –antes deben acreditarse los hechos, existir una relación causal entre la conducta y los hechos y no se pueda concebir otra interpretación racional de los supuestos comportamientos-<sup>710</sup>.

La jurisprudencia ha ido modelando el concepto de posición dominante colectiva, cuando ha analizado las conductas de las empresas en aplicación del artículo 82 del TCE, y también cuando ha analizado la concentración entre empresas.<sup>711</sup>

El concepto de posición dominante colectiva fue formulado en la jurisprudencia por primera vez en *Flat Glass*, donde el TPI estableció que “En principio, no se puede evitar que dos o más entidades económicas, estén en un mercado específico, unidas por algunos vínculos que, por virtud de este hecho, ostentan juntas una posición dominante respecto a las demás empresas en el mismo mercado.”<sup>712</sup> La declaración fue complementada por el TJCE en *Almelo*: “Para que exista esta posición dominante, la empresa debe estar vinculada de tal forma que ambas adopten la misma conducta en el mercado.”<sup>713</sup> De estas definiciones jurisprudenciales, pueden inferirse los elementos requeridos para determinar la existencia de una posición dominante colectiva:

Primero, las entidades ocupando la posición dominante colectiva deben ser entidades jurídica y económicamente independientes. Una posición dominante colectiva no es un concepto que se aplica a empresas que pertenecen al mismo grupo, que una unidad económica única, sino que se aplica a empresas independientes una de la otra. Segundo,

---

<sup>708</sup> Sentencia del TJCE de 6-3-1974. *Istituto Chemioterápico Italiano SpA y Commercial Solvents Corporation c/. Comisión de la CE*. Casos juntos 6 y 7/73. RJ 1994 p. 223.

<sup>709</sup> Sentencia de 16-12-1975. *Société Anonyme Générale Sucrière y otros*. Asuntos acumulados 40-48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73 RJ 1977 p. 445.

<sup>710</sup> Julio Pascual y Vicente. “El Abuso de Posición Dominante”. *RDM* 2003. Pp. 1291-1364. En 1328.

<sup>711</sup> No obstante, es importante considerar que en el caso del artículo 82 se practica un análisis ex post y en el caso de concentraciones el análisis es ex ante, en el último, lo que se trata de evitar es la creación de una posición dominante.

<sup>712</sup> Sentencia del TPI de 10-3-1992. *Società Italiana Vetro SpA y otros c. Comisión CE* Asuntos acumulados T-68/89, T-77/89 y T-78/89. RJ 1992 II 1403, § 358.

<sup>713</sup> Sentencia TJCE 27-4-1994. *Ayuntamiento de Almelo y otros c/. NV Energiebedrijf Ijsselmij*. Cuestión Prejudicial C-393/92. RJ 1994 p. I-1477. §s 42-43. Véase también la Sentencia TJCE 4-5-88. *Corine Bodson /Pompes Funébres*. Cuestión Prejudicial As. 30/87. RJ 1988 p. 2479. Y Sentencia TJCE *DIP*, ya citada.

deben estar unidas por vínculos económicos. Tercero, por virtud de estos vínculos económicos, las empresas deben ostentar juntas una posición económica.

La Comisión en su Documento<sup>714</sup> resume los tres elementos mencionados, y señala que para que el dominio colectivo exista, bajo el artículo 82, dos o más empresas, desde un punto de vista económico, deben presentarse ellas mismas o actuar juntas en un mercado particular, como una entidad colectiva. No se requiere que las empresas implicadas adopten conducta idéntica en el mercado en cuestión. Lo que preocupa es que estén dispuestas a adoptar una política común en el mercado y actúen en una medida considerable independientemente de sus competidores, clientes y consumidores. Sin embargo, la Comisión en su Guía de la Comisión sobre los Abusos de Exclusión para la aplicación del artículo 82, omite referirse a las conductas efectuadas por empresas en posición dominante colectiva.<sup>715</sup>

Actualmente la cuestión reside en que el segundo y tercer elementos, han sido objeto de modificación por la jurisprudencia: la preocupación está en establecer la forma y el grado en que debe estar coordinada la política de dos o más empresas para que sean consideradas en dominio conjunto.<sup>716</sup>

Las características necesarias para definir a un grupo de empresas como posición dominante son las mismas que se aplican a una posición dominante.

### *3.4.1. Los vínculos económicos.*

La Comisión en su Documento<sup>717</sup> señala que es necesario examinar los factores que dan origen a una conexión entre las empresas implicadas. Estos factores pueden resultar de la naturaleza y términos de un acuerdo entre las empresas en cuestión o de la forma en que es implementado, en el entendido que el acuerdo conduce a las empresas en cuestión a presentarse o actuar juntas como una entidad colectiva. Esto por ejemplo sería el caso si las empresas han concluido un acuerdo de cooperación que conduzca a coordinar su conducta en el mercado. También sería el caso si los intereses de propiedad, y otros vínculos en derecho pueden conducir a las empresas implicadas a coordinar.

---

<sup>714</sup> §44 del Documento de la Comisión

<sup>715</sup> Véase el §4 de la Guía de la Comisión para la aplicación del art. 82 citada.

<sup>716</sup> Bellamy & Child, ob.cit. pág. 713-716. Jaume Pellisé, ob.cit. págs. 128-147, Faull y Nikpay, ob.cit. págs. 128-142. Valentine Korah. Ob. cit. págs. 98-101. Dimitris Tzouganatos. "The Control of Collective Dominance under the EC Competition Law". En *Antitrust Between EC Law and National Law*. UAE. Bruselas 2003. págs. 45-66

<sup>717</sup> §45 - 46 del Documento de la Comisión.



Sin embargo, no son indispensables la existencia de un acuerdo o de otros vínculos en derecho, para un fundamento de posición de dominio colectivo. Este fundamento puede estar basado en otros factores de conexión y depende de una valoración económica y en particular de una valoración de la estructura del mercado en cuestión. Resulta que la estructura del mercado y la forma en que las empresas interactúan en el mercado da origen a un fundamento de dominio colectivo

Las posiciones dominantes colectivas pueden existir cuando las empresas en cuestión no están vinculadas por relaciones contractuales, en el caso que exista un vínculo estructural que les conduce a comportarse como una empresa única. La titularidad cruzada de las acciones o los directorios comunes pueden constituir este tipo de vínculos.<sup>718</sup> Un ejemplo especial es el caso *Irish Sugar*<sup>719</sup>, donde quedó acreditada la habilidad de adoptar una misma conducta en el mercado, por dos empresas no vinculadas por relaciones contractuales.<sup>720</sup>

Sin embargo, los ejemplos más obvios de posiciones dominantes colectivas son aquellos donde el vínculo entre las empresas es de naturaleza contractual. Flat Glass, es un ejemplo de empresa con vínculos económicos consistentes en ostentar conjuntamente licencias que les dan un liderazgo tecnológico sobre los restantes competidores en el mercado<sup>721</sup>. También el TJCE ha sugerido juntas ostentan posición dominante los clubes de fútbol implicados en la liga profesional de fútbol<sup>722</sup>, o dos empresas aéreas

---

<sup>718</sup> Sentencia TJCE *Compagnie Maritime Belge des Transports c. Comisión* ya citada. Véase también Faull y Nikpay, ob.cit. pág 140.

<sup>719</sup> Sentencia TPI 7-10-1999. *Irish Sugar Plc c/. Comisión* As. T-228/97. RJ 1999 II 2969 § 46-49.

<sup>720</sup> La Comisión consideró un tipo de dominio colectivo vertical, y donde no estableció un control legal o de facto de SDL. Señaló que la combinación del Holding de Irish Sugar, la estructura del modo de asumir las decisiones de las dos empresas y el proceso de comunicación establecido para facilitarlos, le permitió vínculos económicos directos entre ellas, lo que creó un paralelismo claro de interés, que contribuyó al dominio colectivo. A juicio del TPI, la subsidiaria, SDL distribuidora de azúcar en Irlanda, e Irish Sugar único procesador de remolacha azucarera en Irlanda e Irlanda del Norte, que era dueña del 51 por ciento de sus acciones, eran conjuntamente dominantes en el mercado del azúcar al detalle –hubo la evidencia que adoptaron una política única en el mercado, aunque en ese momento, Irish Sugar no ordenaba sobre las decisiones diarias de SDL. También sostuvo que Irish Sugar era empresa dominante única, de modo que las fundamentaciones sobre dominio conjunto no fueron necesarias respecto a la cuestión planteada sobre si había una ausencia de control común.

Irish Sugar y SDL operaban en un mercado relacionado de forma vertical y se dijo que eran conjuntamente dominantes- un concepto nuevo que no fue impugnado por Irish Sugar. La relación vertical no incrementa las cuotas de mercado directamente pero hace más fácil discriminar. Valentine Korah *An introductory guide to EC Competition, Law and practice*. Ed. Hart Publishing. Oxford 2.007, pág. 100. Richard Whish “Recent Developments in Community Competition Law. 1998/99”. *E.L.Rev.* June 2.000. 239.

<sup>721</sup> Sentencia del TPI. *Società Italiana Vetro SpA y otros c. Comisión CE* ya citada.

<sup>722</sup> Sentencia del TJCE de 15-12-1995. *Union Royale Belge des Sociétés de Football Association y otros c/ Jean-Marc Bosman y otros*. As. 415/93.

que comparten una ruta aérea y que constituyen un mercado separado<sup>723</sup>, también en *Puerto de Rodby*<sup>724</sup>, y en *P&I Clubs*<sup>725</sup>.

La Comisión en su Comunicación sobre los acuerdos de acceso al sector de las telecomunicaciones<sup>726</sup>, consideró la cuestión de los vínculos a través de estos acuerdos como que no era más que una causa posible para una falta de competencia efectiva entre las empresas conjuntamente dominantes y establece: “La Comisión considera que ni la teoría económica ni el derecho comunitario implican que tales vínculos sean jurídicamente necesarios para que exista una posición dominante conjunta. Existe un vínculo económico significativo, si se da el tipo de interdependencia que a menudo surge en situaciones oligopolísticas. No parece que exista ninguna razón en derecho o teoría económica que requiera la existencia de cualquier otro vínculo económico entre tales empresas.”

Hay algunos casos donde el vínculo contractual entre las empresas que ostentan una posición dominante colectiva consiste en un acuerdo o práctica concertada que cae bajo el artículo 81.1 del Tratado. El ejemplo más claro de esta situación se encuentra en las decisiones de la Comisión sobre las conferencias marítimas<sup>727</sup>. Lo que no ha evitado que la Comisión considere que los miembros de estas conferencias, por virtud de los acuerdos concluidos entre ellas, ostentan juntas una posición dominante colectiva en las rutas marítimas en cuestión.

### 3.4.2. La posición de dominio, tratándose de mercados oligopolísticos.

El punto esencial es que haya un número reducido de empresas de modo que cada empresa reconozca que su mejor elección de acción depende de las elecciones asumidas

---

<sup>723</sup> Sentencia TJCE Ahmed Saeed ya citada.

<sup>724</sup> La Comisión también ha aplicado este concepto a dos empresas que gestionan conjuntamente un puerto y operan juntos los servicios de ferry en el puerto de Rodby. Decisión de la Comisión CE de 21-12-93. *Rödby-Puttgarden*. DOCE L055/52. 26-2-94

<sup>725</sup> Las empresas de seguros que participan en una mutua de reaseguros. Decisión de la Comisión de 12-4-1999, *P&I Clubs, IGA*. DOCE L125, 19-05-1999 p. 12-31.

<sup>726</sup> Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones -- Marco, mercados afectados y principios (97/C 76/06) DOCE C76/9 de 11.3.97. § 69.

<sup>727</sup> Existen acuerdos entre los armadores para compartir una ruta particular y acordar sobre los fletes uniformes y condiciones de transporte para esta ruta. Estos acuerdos están prohibidos por el artículo 81.1 pero se beneficiaban de la regulación de exención en bloque. Decisión de la Comisión CE 1-4-1992. *Asociación De Armadores Daneses y el gobierno de Dinamarca*. DOCE L134/1. 18-5-92. Sentencia TJCE *Compagnie Maritime Belge des Transports c. Comisión*, ya citada. Decisión de 30-10-1996, *Ferry Operators (P&O y otros)* DOCE N° L 26 de 29-1-1997, p. 23. Sentencia TJCE *Compagnie Maritime Belge des Transports c. Comisión* ya citada. Decisión de la Comisión CE de 16-9-1998. *Trans-atlantic Conference Agreement c. Comisión*. DOCE L95 de 09-04-1999. P.0001I. Celex 399DO243- N° IV/35134. Véase el Reglamento del Consejo 4056/86, ya derogado.

por sus rivales. Sus decisiones dependen entonces, de las presunciones que hagan sobre las decisiones de los rivales y reacciones a sus propias decisiones.

El problema principal para la teoría del oligopolio es que puede formularse un número virtualmente infinito de estas presunciones. Cada presunción implica un resultado de mercado diferente, que va del comportamiento totalmente competitivo a uno totalmente colusivo.

Se ha dicho que el problema del oligopolio, es indeterminado, porque en el oligopolio “todo puede suceder”<sup>728</sup>. No hay una relación determinada entre la estructura del mercado y el resultado del mercado (p.ej. precios y costes), como la que existe en los libros de texto en los modelos de la competencia perfecta y el monopolio.

Ahora bien, debe discutirse también si el artículo 82 puede ser aplicado a situaciones oligopolísticas simples. En estos casos un número limitado de empresas ostentan poder de mercado significativo en un mercado dado. Dependiendo de las características de la industria en cuestión, la interdependencia entre los miembros del oligopolio podría conducir a empeorar la situación para los consumidores, en términos de precios excesivos o restricciones a la producción, que resultarían de la competencia<sup>729</sup>. Desde un punto de vista económico, no parece haber alguna razón para considerar estas situaciones diferentes de aquellas que resultan de la existencia de una empresa dominante única.<sup>730</sup>

La Comisión en su Documento<sup>731</sup> señala que las empresas en los mercados oligopolísticos algunas veces pueden estar dispuestas a elevar los precios sustancialmente por encima del nivel competitivo sin tener recurso a ningún acuerdo explícito o práctica concertada. La coordinación es más probable de originarse en mercados donde es relativamente simple alcanzar un entendimiento común en términos de coordinación. Si el ambiente económico es más simple y más estable, más fácil será para las empresas alcanzar un entendimiento común.

---

<sup>728</sup> F.M. Scherer y David Ross. *Industrial Market Structure and Economic Performance*. Third Edition. New York. 1990, pág. 199.

<sup>729</sup> Gunnar Niels. “Collective Dominance: More Than Just Oligopolistic Interdependence”. En *E.C.L.R.* (2001) p. 168-172. En 169.

<sup>730</sup> No hay un enfoque definitivo establecido en la literatura económica sobre los oligopolios, las autoridades de competencia en la comunidad europea y en otras legislaciones no han sido prolíficas en publicar líneas generales sobre este punto. El resultado es que no hay un paradigma generalmente concordado para identificar a los oligopolios dominantes y separarlos de situaciones de oferta oligopolística resultante de un mercado competitivo. Sin embargo, menor es la disputa respecto a los factores que deben ser examinados para establecer si una concentración será cuestionable sobre los fundamentos del dominio oligopolístico o colectivo. Juan Briones. “Oligopolistic Dominance: Is there a Common Approach in Different Jurisdictions? A Review of Decisions Adopted by the Commission under the Merger Regulation” *ECLR* nº 6 1995. Pp. 334 y ss. en 334.

<sup>731</sup> §47 del Documento de la Comisión.

La Comisión enumera varias circunstancias en las que las empresas coordinarían su comportamiento.

Así, estarían dispuestas a coordinar su comportamiento en el mercado observando y reaccionando al comportamiento de las demás. En otras palabras, estarían dispuestas en adoptar una estrategia común que les permita presentarse ellas mismas o actuar juntas como una entidad colectiva.

La coordinación tomaría varias formas. En algunos mercados, la coordinación más probable implicaría coordinación directamente en los precios con el objeto de mantenerlos por encima del nivel competitivo. En otros mercados, la coordinación animaría a limitar la producción o la cantidad de nueva capacidad llevada al mercado. Las empresas también se coordinarían mediante la división del mercado, por ejemplo por áreas geográficas u otras características de cliente, o mediante la distribución de contratos en mercados de licitación.

#### a) Los vínculos Estructurales

Con anterioridad a la decisión del TJCE en el asunto *Compagnie Maritime Belge*<sup>732</sup> y a la del TPI en el asunto *Gencor*<sup>733</sup>, podría haberse argumentado que la afirmación de una posición dominante colectiva se basaba en la existencia de vínculos económicos o de otros factores que pudieran dar lugar a una conexión entre las empresas afectadas.

La cuestión de si el concepto de posición dominante colectiva también puede aplicarse a un mercado oligopolístico –o sea, a un mercado compuesto por unos pocos vendedores– en el supuesto de que no exista vínculo alguno entre las empresas presentes en ese mercado, se planteó por primera vez en el asunto *Gencor*. El caso se refería a la legalidad de una decisión adoptada por la Comisión conforme al Reglamento de Concentraciones por la que se prohibía la transacción notificada debido a que hubiera dado lugar a la creación de un mercado duopolístico que habría desembocado en una situación de posición dominante oligopolística<sup>734</sup>. Las partes alegaron ante el TPI que la Comisión no había podido demostrar la existencia de “vínculos” entre los miembros del duopolio en el sentido de la jurisprudencia reciente.

El TPI desestimó el recurso señalando, entre otras cosas, que no había ningún precedente legal que sugiriera que el concepto de “relaciones económicas” se limitaba a la noción de relaciones estructurales entre las empresas afectadas: Según el TPI “no

---

<sup>732</sup> Sentencia TJCE *Compagnie Maritime Belge des Transports y otros c. Comisión*. Ya citada.

<sup>733</sup> Sentencia TPI de 25-3-1999. *Gencor Ltd. c/Comisión y otros*. As. T-102/96. RJ 1999.

<sup>734</sup> Decisión de la Comisión As. IV/M.619, *Gencor Lonhro* DOCE L 11 de 1997, P. 30

existe ninguna razón en el plano jurídico o económico, para excluir del concepto vínculo económico la relación de interdependencia que existe entre los miembros de un oligopolio estrecho dentro del cual, en un mercado con las características apropiadas, en especial en términos de concentración del mercado, de transparencia y homogeneidad del producto, pueden prever sus comportamientos recíprocos y se ven, por lo tanto, en gran medida impulsados a coordinar su comportamiento en el mercado, para, en particular, maximizar sus beneficios comunes, restringiendo la producción con el fin de aumentar los precios. En efecto, en tal contexto, cada operador sabe que una actuación altamente competitiva por su parte, dirigida a incrementar su cuota de mercado (por ejemplo, una reducción de precios), provocaría una actuación idéntica por parte de los demás, de manera que no obtendría ningún beneficio de su iniciativa. Todos los operadores tendrían por lo tanto que soportar el descenso del nivel de los precios”<sup>735</sup>.

Como subrayó el Tribunal, las condiciones de mercado pueden ser tales que “cada operador puede tomar conciencia de los intereses comunes y, en particular, hacer subir los precios sin tener que celebrar un acuerdo o recurrir a una práctica concertada.”<sup>736</sup>

El pronunciamiento del TPI en el asunto *Gencor* fue confirmado posteriormente por el TJCE en el caso *Compagnie Maritime Belge des Transports*<sup>737</sup>, donde el TJCE aplicó el mismo test al artículo 82, proporcionó una orientación adicional respecto de cómo debe interpretarse el concepto de posición dominante colectiva y cuáles son las condiciones que han de cumplirse para que pueda hablarse de esta posición. Según el Tribunal, para demostrar que dos o más empresas ocupan una posición dominante conjunta es necesario examinar si las empresas afectadas constituyen conjuntamente una entidad colectiva respecto de sus competidores, sus terceros contratantes y los consumidores en un mercado determinado. Este será el caso cuando: i) No haya competencia alguna entre las empresas en cuestión y ii) Dichas empresas adopten una conducta uniforme o una misma línea de acción en el mercado de referencia.<sup>738</sup>

---

<sup>735</sup> § 276 de la Sentencia TPI ya citada.

<sup>736</sup> *Idem*, § 277.

<sup>737</sup> Sentencia TJCE *Compagnie Maritime Belge des Transports* ya citada.

<sup>738</sup> Véase en especial, *Francia y otros/Comisión* RJ 1998 I- 1375 (Caso *Kali und Saltz*) § 221. El Tribunal definió una posición dominante colectiva bajo el Reglamento de Concentraciones como sigue: “Una situación en que la competencia efectiva en el mercado relevante es impedida de forma significativa por las empresas implicadas en la concentración y una o más empresas que juntas, en particular debido a los factores de correlación que dan origen a una conexión entre ellas, están dispuestas a adoptar una política común en el mercado y actúan en una medida considerable independientemente de sus competidores, sus clientes y también de los consumidores” Véase también Johan Ysewyn and Cristina Caffarra. *Two’s Company, There’s a Crowd: The Future of Collective Dominance After the Kali & Salz Judgment* E.C.L.R. 1998 pp. 468 y James S. Venit. *Two steps forward and no steps Back: Economic Analysis and Oligopolistic Dominance after Kali&Salz*. En *Common Market Law Review*. 35. Pp.1101-1134. 1998.

Sólo en el caso de que así sea se deberá examinar si dicha entidad colectiva ocupa efectivamente una posición dominante.<sup>739</sup>

En especial, es necesario determinar si existen vínculos económicos entre las empresas afectadas que les permitan actuar con independencia de sus competidores, clientes y consumidores. El Tribunal reconoció que la aplicación de un acuerdo, una decisión o una práctica concertada (exenta o no) indudablemente puede tener como consecuencia que las empresas afectadas acaben estando vinculadas en cuanto a su comportamiento en un mercado determinado de forma que sean percibidas como una entidad colectiva por sus competidores, sus terceros contratantes y los consumidores.

Con todo, el mero hecho de que dos o más empresas estén vinculadas por un acuerdo, una decisión de asociación de empresas o una práctica concertada en el sentido del artículo 81 del Tratado, no constituye por sí mismo, una base necesaria para llegar a tal conclusión.

La existencia de una posición dominante colectiva puede, por tanto, derivarse de la naturaleza y del contenido de un acuerdo, de su forma de aplicación y, en consecuencia, de los vínculos o factores de correlación entre empresas que resultan de ellos. No obstante, la existencia de un acuerdo o de otras relaciones jurídicas no es indispensable para afirmar que existe una posición dominante colectiva, afirmación que podría resultar de otros factores de correlación y dependería de una apreciación económica y, en especial, de una apreciación de la estructura del mercado de que se trate.

De las sentencias *Gencor* y *Compagnie Maritime Belge* se deduce que si bien la existencia de los vínculos estructurales es un indicio fiable para respaldar la afirmación de una posición dominante colectiva, tal conclusión también puede obtenerse en relación con un mercado oligopolístico o altamente concentrado cuya mera estructura de lugar a unos efectos coordinados en el mercado de referencia.<sup>740</sup>

b) Puede acreditarse con los vínculos estructurales o con otros elementos:

En *Gencor/Lohnro*, la Comisión<sup>741</sup> se basó en otros muchos elementos para demostrar el dominio. Estos elementos eran los siguientes:

a) En el lado de la demanda:

- Crecimiento moderado o estancado en la demanda<sup>742</sup>

---

<sup>739</sup> Idem § 39

<sup>740</sup> El término “efectos coordinados” se utiliza aquí como equivalente de “conducta paralela anticompetitiva”, que también se emplea en las decisiones de la Comisión en las que se aplica el concepto de posición dominante (oligopolística) colectiva.

<sup>741</sup> Decision *Gencor* ya citada, § 141.

- Demanda-precio inelástica o baja elasticidad de la demanda.
  - Falta de poder de negociación compensatorio o de los compradores <sup>743</sup>.
- b) En el lado de la oferta:
- Concentración alta del mercado: presencia de pocos operadores en el mercado.
  - Similitud de las estructuras de coste de las empresas que ostentan posición dominante colectiva.
  - Considerable transparencia del mercado,
  - Homogeneidad del producto
  - Falta de innovación técnica, madurez tecnológica,
  - Barreras a la entrada altas, (incluidos costes hundidos altos y proveedores con vínculos financieros y contactos multi-mercado)

En otras decisiones, la Comisión ha formulado además las siguientes:

- En algunos casos la Comisión ha formulado también el exceso de capacidad que permite a la empresa perjudicar a las otras si reduce los precios o disminuye el suministro. <sup>744</sup>
- Cuotas de mercado similares <sup>745</sup>
- Falta de competencia potencial <sup>746</sup>
- Mecanismos de represalia
- Ausencia o insuficiencia de competencia de precios. <sup>747</sup>

Esta lista no exhaustiva y los criterios no son acumulativos. El objetivo de la lista es más bien ilustrar el tipo de pruebas que pueden utilizarse para respaldar la constatación de la existencia de una posición dominante (oligopolística) colectiva.

Es necesaria una evidencia que la competencia entre las empresas implicadas sea muy limitada, y que hayan adoptado una política común en el mercado. La cuestión de si se necesita un mayor factor de conexión entre las empresas que se origina de las características de un mercado oligopolístico estrecho no está todavía claro.

El TPI se pronunció al respecto, en el caso *Airtours* <sup>748</sup> donde estableció tres condiciones necesarias para que pueda crearse una situación de posición dominante colectiva:

“ 62. En primer lugar, hace falta que todos los miembros del oligopolio dominante puedan conocer el comportamiento de los demás miembros para comprobar si están

---

<sup>742</sup> Véase también el Asunto IV/M1225 – *Enso/Stora* DOCE L254 de 29-9-1999, p. 9. § 67.

<sup>743</sup> Véase también el asunto IV/M 1313 – *Danish Crown/Vestjyske Slagterier*, DOCE L 20 de 25-1-2000, p. 1, § 171-174.

<sup>744</sup> Valentine Korah, ob.cit. pág. 99.

<sup>745</sup> Véase también *Francia y otros c. Comisión* ya citada, § 226.

<sup>746</sup> Véase también la Decisión *Danish Crown/Vestjyske Slagterier* § 174.

<sup>747</sup> *Ibidem* § 176.

<sup>748</sup> Sentencia TPICE de 6-6-2002. *Airtours Plc c. Comunidad CEE*. As. T-342/99. RJ 2002.

adoptando o no la misma línea de acción. Como admite expresamente la Comisión, no basta con que cada uno de los miembros del oligopolio dominante sea consciente de que todos pueden beneficiarse de un comportamiento interdependiente en el mercado, sino que deben tener un modo de saber si los demás operadores adoptan la misma estrategia y si la mantienen. Por tanto, la transparencia del mercado debe ser suficiente para permitir a todos los miembros del oligopolio dominante conocer de manera suficiente, precisa e inmediata la evolución del comportamiento de cada uno de los demás miembros en el mercado”.

Es decir, la política común tácitamente acordada de bajar la producción y elevar los precios.

“ En segundo lugar, es necesario que la situación de coordinación tácita pueda mantenerse en el tiempo, es decir, que debe existir un incentivo a no apartarse de la línea de conducta común en el mercado. Como señala la Comisión, únicamente si todos los miembros del oligopolio dominante mantienen un comportamiento paralelo pueden beneficiarse de él. Este requisito incluye que existan represalias en el supuesto de que una conducta se desvíe de la línea de acción común. A este respecto, las partes están de acuerdo en que, para que una situación de posición dominante colectiva sea viable, tienen que existir suficientes factores de disuasión para incitar de forma duradera a los operadores a no apartarse de la línea de conducta común, lo que significa que hace falta que cada uno de los miembros del oligopolio dominante sepa que una actuación altamente competitiva por su parte dirigida a aumentar su cuota de mercado provocaría una actuación idéntica por parte de los demás, de manera que no obtendría ningún beneficio de su iniciativa (véase, en este sentido, la sentencia Gencor/Comisión, antes citada, § 276).”

No es necesario demostrar un mecanismo de represalia específico implicando un grado determinado de severidad, sin embargo debe establecerse que existe un nivel suficiente de disuasión.<sup>749</sup> Así ocurrirá cuando los beneficios a largo plazo de un comportamiento anticompetitivo superen con creces toda ganancia a corto plazo resultante de la adopción de una conducta competitiva. Por lo tanto, en mercados estrictamente oligopolísticos, la llamada condición de represalia expresa la conciencia que tiene una

---

<sup>749</sup> Alan Overd. “After the Airtours Appeal”. En *ECLR* 2002, p. 375-377. Véase también G. Porter Elliot. *The Gencor Judgment: collective dominance, remedies and extraterritoriality under the Merger Regulation*. E.L.Rev. Dec. 1.999. y Catalina Martínez. “El caso Airtours: ¿Una Nueva Definición de Dominio Colectivo?”. *Anuario de la Competencia* 1999. Dirección Lluís Cases. Marcial Pons.



empresa de las consecuencias negativas que pueden derivarse a largo plazo de su desviación de un resultado coordinado.<sup>750</sup>

“En tercer lugar, para demostrar de modo suficiente con arreglo a Derecho la existencia de una posición dominante colectiva, la Comisión debe asimismo acreditar que la reacción previsible de los competidores actuales y potenciales y de los consumidores no cuestionarán los resultados esperados de la línea de acción común.”

Es decir que no debilitarán los beneficios esperados de la “política común” (que en este caso implicó una valoración de las barreras a la entrada)

El objetivo de la Comisión era demostrar la creación más que el reforzamiento de una posición dominante colectiva.

La Comisión en su Documento de discusión de la aplicación del artículo 82 a los abusos de exclusión,<sup>751</sup> reproduce las tres condiciones mencionadas por el TPI. Mientras que la Guía de la Comisión para el análisis de los abusos de exclusión, no trata sobre la posición de dominio colectiva.

La habilidad de alcanzar y sostener esta coordinación depende de un número de factores, la presencia de los cuales debe ser examinada cuidadosamente en cada caso:

Primero, cada empresa debe estar dispuesta a dirigir, sea o no a las otras empresas que se están adhiriendo a la política común. No es suficiente que cada empresa sea consciente que esta conducta de mercado independiente es rentable a todas, debido a que cada empresa estará tentada a incrementar su cuota de mercado mediante su desvío de la estrategia común. Entonces habría suficiente transparencia en el mercado para que todas las empresas implicadas sean conscientes de la conducta del mercado de las demás, de modo suficientemente preciso y rápido.<sup>752</sup>

Segundo, la implementación de la política común debe ser sostenible en el tiempo, lo que presupone la existencia de mecanismos disuasorios suficientes, que son lo suficiente severos para convencer a todas las empresas implicadas que es su mayor interés adherirse a la política común.

Finalmente, debe estar establecido que las coacciones competitivas no pone en peligro la implementación de la estrategia común. Como en el caso del dominio único, debe analizarse cuál es la posición de mercado y la fuerza de los rivales que no forman parte de la entidad colectiva, cuál es la posición del mercado y fuerza de los compradores y

---

<sup>750</sup> En otras palabras mientras que en un “cartel” típico el respeto de una conducta acordada puede imponerse mediante un mecanismo de represalia, en una situación de dominio oligopolístico, la represalia puede consistir por ejemplo, en restablecer el equilibrio del mercado previo al aumento de precios.

<sup>751</sup> §47-50 del Documento de la Comisión.

<sup>752</sup> Sentencia TPI *Airtours* cit. § 62; Sentencia TPI de 26-01-2005 As. T-193/02. *Laurent Piau c/ Comisión CE y FIFA*.§111

cuál es el potencial para la nueva entrada que es indicado por la altura de las barreras a la entrada.

c) La necesidad del mecanismo de represalia.

La sentencia *Airtours* es consistente en basarse en la necesidad del mecanismo de represalia en la valoración del dominio colectivo. La decisión adoptó lo que el Tribunal describió como un enfoque “algo ambiguo”, en la medida que estableció que la Comisión no consideró “un mecanismo de represalia estricto” como una condición necesaria, observando que si “hay incentivos fuertes para reducir la acción competitiva, la coacción sería innecesaria” pero también estableció que consideraba que había ámbito para la represalia en el mercado británico de los viajes combinados al extranjero hacia destinos cercanos.<sup>753</sup>

Pero el Tribunal suprime toda duda, confirmando el consenso de la teoría económica que un mecanismo creíble de represalia es una parte esencial de una política sostenible de coordinación tácita con el objeto de contrarrestar el incentivo que tienen las empresas individuales para defraudar.<sup>754</sup>

El Tribunal analizó sistemáticamente cada uno de los disuasivos identificados en la decisión y concluyó que ninguno representó un mecanismo de penalización creíble.

Dos observaciones del Tribunal son particularmente pertinentes para la valoración del grado de credibilidad de la penalización en casos futuros: Primero, el Tribunal consideró que la Comisión erró al concluir que la simple posibilidad de revertir a una situación de exceso de oferta (como la que ocurrió en el mercado británico de los viajes combinados al extranjero hacia destinos cercanos en 1995 cuando la demanda fue mal juzgada) tendría efecto disuasivo. Segundo, el Tribunal consideró que aunque la Comisión no necesariamente tuvo que demostrar un mecanismo de penalización específico implicando un grado de severidad, sin embargo, debe establecer que existen disuasivos suficientes.

Tomados juntos estos puntos proporcionan una guía en el estándar de prueba requerido en los casos futuros. La Comisión para sostener que va a crearse una posición dominante colectiva, no es bastante con que el número de empresas en el sector se reduzca, sino que será necesario acreditar que estas empresas en reducido número van a desarrollar comportamientos paralelos, lo cual exigirá demostrar que todas ellas

---

<sup>753</sup> Ver §§ 150 y 151 de la asunto n. IV/M.1524 - *Airtours/First Choice*, publicada con el número 2000/276/CE DOCE 2000, L 93, p. 1.

<sup>754</sup> Alan Overd, ob.cit. pág. 375.

conocen el comportamiento de las demás, de modo que les estimule a adoptar una misma línea de actuación, y que además todas estarán permanentemente disuadidas para no romper esa forma paralela de comportarse; finalmente tendrá que demostrar que el resto de competidores –actuales o potenciales-, clientes y consumidores no se opondrán a esa forma de actuación.<sup>755</sup>

---

<sup>755</sup> Véase Julio Pascual y Vicente. “El Abuso de Posición Dominante”. *RDM* 2003. Pp. 1291-1364. En 1332.

## CAPÍTULO III: EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO

Esquema:

7. Introducción
8. El artículo 82 TCE y la Sección 2 de la Ley Sherman
9. Definición de abuso
10. Elementos de la definición
  - 10.1. La influencia en la estructura del mercado
  - 10.2. Naturaleza y forma de la conducta, su incidencia en el mercado
11. Modalidades del comportamiento abusivo
12. El efecto de la conducta abusiva en el comercio entre los Estados Miembros.

### 1. Introducción.-

El artículo 82 TCE no prohíbe la existencia de la empresas con posición de dominio en el mercado<sup>756</sup>, al contrario, se puede interpretar del artículo 2 del Tratado CE, que se trata del reconocimiento del significado del crecimiento de la empresa en un mercado más amplio –las concentraciones de poder de mercado son necesarias para conseguir la innovación tecnológica que conduce al incremento de la productividad y a un mayor bienestar económico-.<sup>757</sup>

La cuestión es que con la existencia de una posición dominante y su capacidad de determinar los precios y otras condiciones en el mercado (sin considerar a los demás operadores del mercado), se ha perdido la efectividad de la competencia como mecanismo regulador del mercado, sin embargo, esto no necesariamente significa que siempre resulte una explotación abusiva, ya que la libertad de competir de cualquier empresa, incluye a las empresas en posición de dominio. Este es uno de los intereses

---

<sup>756</sup> En su sentencia de 15 de julio de 1994 en el asunto *Matra Hachette*, el TPI afirma: “la adquisición o el refuerzo de una posición dominante individual o colectiva, no está prohibido como al por los artículos 81 y 82 del Tratado” (§ 153). Véase en igual sentido la Sentencia TJCE 15-12-1994. *Goettrup-Klim E.A. Grovwareforeninger contra Dansk Landbrugs Govvareselskab AmbA (DLG)* Cuestión Prejudicial As. C-250/92. RJ 1994 p. I-5641. § 49, citado por M.Waelbroeck y A. Frignani. *Derecho de la Competencia* Tomos I y II. Edit. Bosch. Barcelona. 1998. Versión española por Ignacio Sáenz Cortabarría Fernández y Marta Morales Isasi. Pág. 297.

<sup>757</sup> I Samkalden y I.E. Druker “Legal Problems Relating to Article 86 of the Rome Treaty”. *C.M.L.R.* Vol. 5, 1965-6, p.158-183. En 159.

protegidos por el TCE, sin embargo esta libertad debe estar balanceada con el interés de otras empresas que no deben ser dañadas.

Así, se considera legal la venta de sus productos por la empresa dominante a un cliente, cuando esta transacción le permite mantener o reforzar su posición de dominio, así lo señaló el TPI en *Alrosa/Comisión*<sup>758</sup>: “Puesto que el objeto del artículo 82 TCE no es prohibir las posiciones dominantes, sino únicamente el abuso de las mismas, la Comisión no puede exigir que una empresa dominante se abstenga de efectuar adquisiciones que le permitan conservar o reforzar su posición en el mercado, si ésta no recurre, con tal motivo, a métodos incompatibles con las normas sobre la competencia”. El balance en la libertad de competir debe efectuarse sobre la consideración de lo que es necesario para que no se distorsione la competencia.<sup>759</sup> La empresa dominante no necesita actuar sólo a través de su poder para determinar los precios u otros términos de comercio, sino que, debido precisamente a su posición de dominio, le está permitido un cierto grado de movilidad con respecto a su política de mercado: una libertad de seguir una determinada estrategia de mercado.<sup>760</sup> Pero la utilización de esta libertad, no implica que infrinja los objetivos fijados por el Tratado<sup>761</sup>, sólo cuando su comportamiento en el mercado se encuentra por debajo del nivel de permisibilidad de estos objetivos, las bases legales para la intervención estarán cumplidas.

El propósito de la norma implica entonces asegurar que el ejercicio del poder de mercado no impida las posibilidades de los competidores de la empresa en posición de dominio en tener éxito en el mercado sobre las bases de un comportamiento comercial superior. La protección del proceso competitivo y las eficiencias que se presumen que

---

<sup>758</sup> Decisión de la Comisión 2006/520/CE de 22 de febrero de 2006, Caso COMP/B-2/38.381 – *De Beers* DOCE L 205, 2006, pág. 24. Sentencia TPI de 11-07-2007. *Alrosa Company Limited c/ Comunidad CEE*. AS. T-170/06. §146

<sup>759</sup> P. Vogelenzang. “Abuse of a Dominant Position in article 86; the problem of causality and some applications”. 13 *CML REV.* 1976 PP. 61-78. En 64.

<sup>760</sup> Berthold Goldman, Antoine Lyon-Caen, Louis Vogel. *Droit Commercial Européen*. 5ª Ed. Ed. Précis Dalloz. 1994 París. Capítulo II. Reglas Relativas al Abuso de Posición dominante. Véase también Jaime Pellisé Capell. *La “Explotación Abusiva” de una Posición Dominante (Arts. 82 TCE y 6 LEDC)*. Editorial Civitas. Madrid 2002, quien señala que la posición dominante puede explotar el mercado en su beneficio, y que sólo la explotación abusiva está prohibida. Véase también Deringer, ob.cit. pág. 488.

<sup>761</sup> Así por ejemplo, la normativa comunitaria de competencia, limita el tipo de programas de descuentos que puede aplicar una empresa dominante. Estos esquemas de descuentos, que son legítimos y una parte normal de la actividad comercial cuando los practican empresas no dominantes, sin embargo, pueden resultar abusivos si los lleva a cabo una empresa dominante, dependiendo de las condiciones en que se realiza el acuerdo, así, no puede establecer que el cliente acepte obtener la totalidad o la mayor parte de sus necesidades de un producto de dicho proveedor dominante. Véase Sentencia TJCE de 13-2-1979. *Hoffman-La Roche & Co. A.G. c/ Comisión de la CE*. Caso 85/76. RJ 1979 p. 459 § 90; Sentencia TJCE de 9-11-1983. *Caso NV Nederlandsche Baden Industrie Michelin v. Comisión de la CE*. Causa 322/81. RJ 1983 p. 3461 y ss. § 72; Decisión de la Comisión CE de 14-7-1999. *Virgin/British Airways*. DOCE L030 de 04-02-2000 p. 1-24. § 97.

están asociadas con este sistema de competencia no distorsionada no son un objetivo en si mismos sino que son perseguidos en última instancia para el beneficio del consumidor.

## 2. El artículo 82 TCE y la Sección 2 de la Ley Sherman<sup>762</sup>

Si bien bajo el artículo 82 TCE, su objetivo principal es proteger el proceso competitivo<sup>763</sup>, el significado de la protección del consumidor en el contexto del derecho de competencia comunitario<sup>764</sup> no se puede igualar con la protección del bienestar del consumidor en el sentido del derecho antitrust norteamericano (es decir el “bienestar total de la nación”<sup>765</sup>), cuyas normas tienen este único objetivo, entendido como el fomento de la eficiencia en la distribución sin mencionar el fomento de la eficiencia en la producción, cuando ambas eficiencias constituyen el bienestar total, en términos económicos. En la historia legislativa de la Ley Sherman así como en las decisiones del Tribunal Supremo y Tribunales de Circuito, cuando aplican esta Ley, y se refieren al bienestar del consumidor, no se basan en una noción estrecha del bienestar del consumidor, entendido como el bienestar del usuario final, sino que se refieren al bienestar agregado.<sup>766</sup>

---

<sup>762</sup> La sección 2 de la Ley Sherman ilegaliza la monopolización, la intención de monopolizar y las conspiraciones para monopolizar. Tratándose de una ley federal, la Ley se aplica al comercio entre los estados y con naciones extranjeras. Por las violaciones, hay sanciones criminales, incluyendo las penas de multa y prisión. Las demandas pueden interponerse por la autoridad pública, por el Abogado General, o por las partes privadas, que podrían demandar en aplicación de la Ley la indemnización por el triple de los daños ocasionados por los infractores. Section 2 of the Sherman Act. 15 U.S.C.A. § 2.

<sup>763</sup> Debiendo considerarse que la política de competencia está también estrictamente conectada con la creación del mercado único.

<sup>764</sup> Phillip Lowe, Director-General, DG Competition, Artículo entregado en the Fordham Antitrust Conference (Oct. 23, 2003) disponible en [http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2003\\_040\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2003_040_en.pdf).

<sup>765</sup> Robert Bork. *The Antitrust Paradox: a Policy at War with itself* 1.978 New York: Basic Books. Pág. 90-91.

<sup>766</sup> Gregory J. Werden al comentar el caso *Weyerhaeuser*, un caso de compra predatoria, donde la implicada tenía un monopsonio que excluía a sus competidores. (*Weyerhaeuser Co. V. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 127 S. Ct. 1069 (2007)), observa que aunque los tribunales a menudo han declarado que el propósito de la Ley Sherman era la protección del bienestar del consumidor, esto de ninguna manera sugiere que sólo son protegidos los usuarios finales. La mayoría de los tribunales, no han establecido ninguna indicación de qué entienden cuando se refieren al bienestar del consumidor, pero algunos han indicado que se refieren al bienestar agregado, y el Tribunal Supremo ha sostenido consistentemente que la Ley Sherman protege a todas las víctimas de las infracciones. Gregory J. Werden. “Monopsony and the Sherman Act: Consumer Welfare in a New Light”, en *Antitrust Law Journal*. Vol. 74, 2007. págs. 707-736.

Por lo que se refiere concretamente al significado de la norma, se advierten dos diferencias estructurales entre el artículo 82 del TCE y su equivalente, la Sección 2 de la Ley Sherman.<sup>767</sup>

(i.-) Primero, el artículo 82 TCE se aplica sólo a empresas dominantes. Esto significa que no prohíbe a una empresa que es inicialmente no dominante utilizar prácticas anticompetitivas para convertirse en dominante, ni le prohíbe intentar convertirse en dominante. Por su parte, la Sección 2 de la Ley Sherman la empresa implicada puede ostentar: por un lado, la posesión de un poder de monopolio en el mercado relevante y segundo, la adquisición voluntaria del poder de monopolio a través de medios anticompetitivos o el mantenimiento de este poder, que se distingue del crecimiento o el desarrollo como una consecuencia de un producto superior, habilidad comercial o accidente histórico, y también se aplica a la simple intención de monopolizar.<sup>768</sup>

Esta diferencia es criticada por Elhauge<sup>769</sup> que señala: “El derecho antitrust americano no requiere simplemente “poder de monopolio” en abstracto, sino una conexión causal entre la conducta de exclusión cuestionada y la adquisición o mantenimiento de este poder.<sup>770</sup> Esta conexión causal está implícita en el lenguaje de la Sección 2 que convierte en ilegal “monopolizar”, “la intención de monopolizar” o “conspirar ... para monopolizar”. El término “monopolizar” se demuestra crucial porque esta prohibición de la ofensa es la creación o el mantenimiento ilícito de un poder de monopolio que de

---

<sup>767</sup> Véase Philip Lowe. “How different is EU Anti-trust? A route map for advisors” ABA 2003 Fall Meeting. Brussels 16 October 2003. En [www.eu.int](http://www.eu.int), pág 4 del documento. Véase también: Jaume Pellisé Capell. *La “Explotación Abusiva” de una Posición Dominante (Arts. 82 TCE y 6 LEDC)*. Editorial Civitas. Madrid 2002.

Jesús Alfaro Águila-Real. “Delimitación de la Noción de Abuso de Una Posición de Dominio” en *“El Abuso de la Posición de Dominio”*. Directores: Santiago Martínez-Lage y Amadeo Petitbó Juan. Fundación Rafael del Pino, Madrid. 2006.

<sup>768</sup> Los tribunales generalmente examinan tres elementos en los casos de intención de monopolizar: a) la intención específica; b) la naturaleza de la conducta, la conducta que no constituye el mantenimiento o adquisición voluntaria del poder de monopolio, no puede constituir conducta predatoria o anticompetitiva requerida para establecer la ofensa de la intención de monopolizar; y c) una probabilidad peligrosa de éxito que, si es permitida la conducta que constituye la intención de monopolizar, sin cuestionarla, el resultado será el poder de monopolio. Bajo los casos de la intención de monopolizar, la jurisprudencia ha articulado un requerimiento de la intención específica más alto que se dice que va “más allá de la simple intención de efectuar el acto, e implica un deseo de conseguir el poder de monopolio. La conducta anticompetitiva similar a la requerida para establecer un caso de monopolización, también es requerida para establecer la intención de monopolizar. Ver Brian A. Facey y Dany H. Assaf. “Monopolization and Abuse of Dominance in Canada, The United States, and the European Union: A Survey” en *Antitrust Law Journal* 2002, Vol. 70., pág. 513 y ss, 543. Véase también Herbert Hovenkamp. “The Legal Periphery of Dominant Firm Conduct” The University of Iowa Legal Studies Research Paper N° 7-21, Sept. 2007. Disponible en [Http://ssrn.com/abstract=1014426](http://ssrn.com/abstract=1014426).

<sup>769</sup> Einer Elhauge. “Defining Better Monopolization Standards”. *Stanford Law Review*. Nov. 2003, Vol. 56, N° 2, pp. 253-344. Pág. 57.

<sup>770</sup> *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451, 481 (1992); *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585, 596 n.19 (1985); *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 570- 571(1966)

otro modo no existiría, al menos no en el mismo grado. Así el lenguaje establecido plantea la prueba de alguna conexión causal entre la conducta ilícita y la medida del poder de monopolio o una amenaza peligrosa de esta conexión causal.

A menudo, por supuesto, no se podrá establecer con certeza en qué grado se habría desarrollado el mercado como consecuencia de la conducta cuestionada, especialmente cuando un monopolista está probando alguna tecnología o implantando una empresa nueva. Los tribunales resuelven este problema sosteniendo que, debido a que el infractor asume la carga de la prueba sobre cualquier incertidumbre causada por su mala conducta, el demandante debe demostrar únicamente que la conducta de exclusión fue razonablemente capaz de hacer una contribución causal significativa para la adquisición o el mantenimiento del poder de monopolio<sup>771</sup>. Pero en las bases subyacentes para la vinculación permanece la probabilidad razonable de algún vínculo causal entre la conducta de exclusión y la medida del poder de monopolio del demandado.”

Por otro lado, el derecho de competencia comunitario, convierte en ilegal el acto del abuso de posición dominante y se centra en establecer si cualquier poder de mercado dominante que ya existe fue utilizado impropiamente. De este modo, a primera vista, la norma no incluye la conducta que crea impropiamente (o incluso menos, que intenta crear) el poder de mercado dominante, sin embargo, sí prohíbe a una empresa que adquirió (correcta o incorrectamente) este poder de mercado y lo utiliza para fijar precios u otras conductas que pueden ser considerados ilegales.

Vemos así, que el derecho antitrust norteamericano, se enfoca sólo en la conducta ilícita que implica alguna conexión causal al poder de monopolio, dejando completamente sin regular los precios fijados u otras conductas efectuadas por una empresa que adquirió o mantuvo correctamente este poder.

Elhauge plantea que aunque esta diferencia en la doctrina habría resultado simplemente de la casualidad del verbo escogido para redactar las respectivas normas, el enfoque norteamericano refleja una política sólida considerable. La conducta ilícita que produce o mantiene el poder de mercado dominante, conduce, por ejemplo, a precios más altos que son a la vez evitables y socialmente indeseables. Por ello, es importante condenar esta conducta, y el fallo del derecho de competencia comunitario está en dejar un vacío considerable en la regulación del comportamiento anticompetitivo. En contraste cuando una empresa asume una conducta correcta para crear algo suficientemente más significativo que las opciones de mercado existentes para disfrutar de poder de mercado dominante, entonces cualquier precio más alto que obtenga constituye la adecuada

---

<sup>771</sup> Microsoft v. U.S., 253 F.3d 34, 79 (D.C. Cir. 2001)



recompensa social por esta creación, y la denegación de esta recompensa por el derecho de competencia comunitario parece igualmente poco sólida.

Acertada o no, esta conexión causal es un aspecto clave de la actual doctrina antitrust norteamericana, y ayuda al entendimiento adecuado del elemento del poder de monopolio. Aunque, el Tribunal Supremo define “poder de monopolio” como el poder de controlar los precios o excluir la competencia, esta conexión causal no quiere decir un poder para controlar simplemente sus propios precios o excluir a cualquier competidor, más bien significa, poder para controlar los precios en el ámbito del mercado o para excluir el tipo de competencia en el ámbito del mercado que parece razonablemente capaz de coaccionar su poder.

Elhauge critica entonces, que bajo el derecho de competencia comunitario también se deberían controlar los medios por los que la empresa adquiere su poder. Sin embargo, la crítica del autor no se sustenta en casos concretos de ilícitos como el precio excesivo, por los que se pueda constatar que una conducta anticompetitiva efectuada por una empresa sin posición de dominio quede sin sancionar, y que ocasione un perjuicio a la estructura de competencia comunitaria.

En este sentido, Hovenkamp observa que el enfoque americano parece fundamentalmente más “estructural”, mientras el enfoque comunitario es más “regulador”. La política norteamericana es ajena a someter a las empresas a lo que considera un control excesivo, confiando que el mercado discipline la mayoría de sus malos comportamientos. Para este fin, el enfoque norteamericano está históricamente enfocado en mantener las estructuras de mercado donde es improbable que ocurra la conducta unilateral anticompetitiva. En contraste, el enfoque europeo parece menos implicado en la creación de las posiciones dominantes y más enfocado en la regulación de su comportamiento una vez que el dominio ha sido alcanzado.

(ii.-) En segundo lugar, la lista de comportamientos abusivos prohibidos por el artículo 82 TCE implica que el concepto de abuso incluye los denominados abusos explotativos, por ejemplo, la conducta que perjudica directamente a los consumidores, clientes o proveedores. Los ejemplos clásicos son el precio monopólico por encima del nivel competitivo y las limitaciones en producción. Están contemplados en las letras (a) y (b) del artículo 82 TCE cuyo texto menciona “precios ... desleales” y “limitación de la producción ... en detrimento de los consumidores”; y también prohíbe el abuso

anticompetitivo, aquel que perjudica a los consumidores indirectamente a través de su impacto en la estructura de competencia en el mercado.

En el derecho antitrust estadounidense, el Tribunal Supremo ha dejado claro que sólo la explotación por sí misma no infringe la Sección 2<sup>772</sup>. Su enfoque es en los actos anticompetitivos relacionados a la conducta de exclusión que mantiene o crea el poder de mercado y que daña el proceso competitivo, opuesto a un simple perjuicio a un competidor, o la fijación de precios más altos o la explotación de los consumidores.

Sin embargo, advertimos una gran similitud en cuanto que bajo ambos sistemas, es necesaria la determinación del poder de mercado o de la posición de dominio de la empresa investigada. Esta determinación requiere que los mercados relevantes sean definidos y analizados, y que también sean analizados su estructura, las barreras a la entrada, y el significado de las cuotas de mercado.<sup>773</sup>

Para concluir diremos con Hovenkamp<sup>774</sup>, que en la práctica, las diferencias no son considerables, aunque deben ser minimizadas. Además, cuando se observa en el amplio rango de las leyes de competencia y no sólo a las normas que controlan la conducta unilateral por las empresas dominantes, entonces las diferencias parecen resultar más de la casualidad de quienes diseñaron las normas que de diferencias significativas, referentes al ámbito de la conducta ilegal de una empresa dominante.

En Estados Unidos y en Europa, se han efectuado intentos de armonizar las reglas que controlan el comportamiento de las empresas en posición de dominio, estos esfuerzos han concluido en Estados Unidos, en la publicación del Informe “Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act” emitido por el Departamento de Justicia norteamericano en septiembre de 2008<sup>775</sup>, y en Europa, con la Comunicación de la Comisión denominada “Guía sobre las Prioridades de Aplicación de la Comisión al Interpretar el Artículo 82 TCE a la Conducta de Exclusión Abusiva por las Empresas Dominantes”<sup>776</sup>.

---

<sup>772</sup> *Trinko*, 540 U.S. at 407.

<sup>773</sup> Brian A. Facey y Dany H. Assaf. “Monopolization and Abuse of Dominance in Canada, The United States, and the European Union: A Survey” en *Antitrust Law Journal* 2002, Vol. 70., pág. 513 y ss. En 529.

<sup>774</sup> Herbert Hovenkamp. “The Legal Periphery of Dominant Firm Conduct” The University of Iowa Legal Studies Research Paper N° 7-21, Sept. 2007. Disponible en [Http://ssrn.com/abstract=1014426](http://ssrn.com/abstract=1014426).

<sup>775</sup> U.S. Department of Justice, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act (2008). Disponible en [www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm](http://www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm)

<sup>776</sup> Comunicación de la Comisión de 3 de diciembre de 2008, disponible en Internet, [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int), aún no publicada, y que venimos comentando a lo largo de este trabajo.

### 3. Definición del abuso

Desde sus inicios la Comisión y el TJCE han proporcionado una definición de abuso, donde el factor constitutivo del abuso, está en función del perjuicio real o potencial en el mercado.

La Comisión formuló su primer concepto en su Memorándum sobre la concentración de las empresas en el Mercado Común<sup>777</sup>, que incluía, como afectados por el abuso, además de a los proveedores y consumidores, a los competidores<sup>778</sup>. Señala: “Existe explotación abusiva cuando el comportamiento de la empresa constituye objetivamente un comportamiento contrario a los objetivos fijados por el Tratado. Las prácticas abusivas de una empresa dominante pueden manifestarse frente a los competidores actuales o potenciales, y frente a los proveedores y consumidores. Como no existe una definición general de abuso, su existencia debe ser apreciada en cada caso en función de los objetivos de la norma en la que figure esta noción”.

El concepto abarca los comportamientos a través de los cuales las empresas dominantes explotan su posición de dominio en la totalidad o en parte del mercado común, perjudicando a proveedores, o a los clientes de forma inmediata, así como aquellos comportamientos que de forma indirecta, afectan la estructura del mercado perjudicando a los competidores.

La Comisión aplicó este planteamiento al caso *Continental Can*<sup>779</sup>, donde estableció que el comportamiento abusivo no resultaba de la adquisición de otra empresa por Continental Can, sino que residía en los efectos que ocasionaba este comportamiento en el mercado: la eliminación de la competencia efectiva y de la competencia potencial en

---

<sup>777</sup> Memorándum de la Comisión sobre la concentración de empresas en el Mercado Común, de 1 de diciembre de 1965 (nº 25 p. 25-26)

<sup>778</sup> Blanca Vilá. *Abuso de Posición de Dominio*. Ministerio de las Administraciones Públicas. 1978.

<sup>779</sup> La primera decisión de la Comisión fue la del caso Gema I: Decisión de la Comisión CE 20.06.71. *Gema*. DOCE L134. 2-6-1971. En el caso Continental Can, la empresa *Continental Can Company*, sociedad de derecho americano, era el primer productor mundial de embalajes metálicos, era igualmente un productor importante de materiales de embalajes en papel y en plástico. Fabricaba además las máquinas que servían para la fabricación y utilización de diferentes tipos de embalajes. *Continental Can* se aseguró en 1969 el control de la empresa alemana Schmalback-Lubeca-Werken AG (SLW), el más grande productor de embalajes metálicos ligeros de Europa continental, donde ostenta el 85,5% del capital. Después del fracaso de las negociaciones con empresas inglesas, francesas y neerlandesas, en vista de la creación de una sociedad holding europea de embalajes, *Continental Can Company* constituyó en 1970 en los Estados Unidos una sociedad denominada “Europemballage Corporation” donde ostentaba la totalidad de las acciones y en la que había transferido sus participaciones en las diferentes sociedades europeas, especialmente de la sociedad alemana SLW (85,5%) y de la sociedad neerlandesa TDV (10,4%). El 16 de marzo de 1970, Europemballage hizo una oferta pública de compra de las acciones y obligaciones convertibles de la sociedad TDV, gracias a la que se había asegurado el control mayoritario de esta sociedad donde ostentaba el 91,07% del capital. Es esta operación que la Comisión condenó en su decisión de 9 de diciembre de 1971.

el mercado relevante, en una parte sustancial del mercado común<sup>780</sup>. El TJCE confirmó esta interpretación.<sup>781</sup>

Vemos entonces que el artículo 82 TCE debe ser entendido a la luz de los objetivos generales del Tratado, deben considerarse las consecuencias del comportamiento en la competencia en el mercado común. Una empresa dominante que, al incrementar su dominio, altera sustancialmente la situación de la oferta en el mercado común, reduciendo así el ámbito de elección del consumidor, puede afectar a los objetivos del Tratado y sería considerado contrario al artículo 82 TCE.<sup>782</sup> El análisis económico entonces, debe encuadrarse en la consecución de la eficiencia, pero dentro del contexto de otros objetivos. Estos objetivos incluyen la eliminación de las restricciones estructurales a la competencia causadas principalmente por las barreras que inhiben el mercado común, el otro objetivo es, por supuesto, la integración del mercado único.

Así el TJCE ha consagrado que la norma del artículo 82 TCE está dirigida a controlar los comportamientos que afectan directamente a los consumidores: la explotación por la

---

<sup>780</sup> Decisión de la Comisión de 9-12-1971 *Continental Can Company*. DOCE L 7/25 de 8-1-72. “22. Considerando que la compra de una participación mayoritaria en una empresa competidora por una empresa o un grupo de empresas que ostenta una posición dominante, puede, en algunas circunstancias, constituir una explotación abusiva de esta posición.

23. Considerando que constituye un comportamiento incompatible con el artículo 86 del Tratado [actual 82 TCE], el hecho por una empresa en posición dominante de reforzar esta posición a través de la concentración con otra empresa con la consecuencia que la competencia efectiva o competencia potencial que subsista, a pesar de la existencia de la posición dominante inicial, es prácticamente eliminada para los productos en causa, en una parte sustancial del mercado común.”

<sup>781</sup> Sentencia del TJCE de 21-2-1973. *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. / Comisión* As. 6/72. RJ 1973 pp. 0215 – 0253. “25. Considerando que al prever el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el Mercado Común, en artículo 3, letra f), (actual 3 g) exige, con mayor razón que la competencia no sea eliminada;

Que esta exigencia es tan esencial que, sin ella, numerosas disposiciones del Tratado no tendrían objeto;

Que responde, por otra parte, a los imperativos del artículo 2 del Tratado, que atribuye por misión a la Comunidad “promover un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad”;

Que así, las restricciones de la competencia que el Tratado admite en ciertas condiciones, por razones extraídas de la necesidad de conciliar los diversos objetivos a perseguir, encuentran en las exigencias de los artículos 2 y 3 un límite más allá del cual la disminución del juego de la competencia podría atentar contra las finalidades del Mercado Común;”

Ap. 27. “Considerando que la condición impuesta en el artículo 86 (actual 82 TCE), según la cual, para ser prohibida, la explotación abusiva de una posición dominante debe haber sido ejercida de manera abusiva, debe ser apreciada a la luz de estas consideraciones; ...

Que por otra parte, tal y como se desprende de las letras c) y d) del apartado 2, esta disposición no contempla solamente las prácticas susceptibles de causar un perjuicio inmediato a los consumidores, sino igualmente las que les causan perjuicio al atentar contra una estructura de competencia efectiva, tal como se menciona en el artículo 3 letra f) (actual letra g), del Tratado;

Que en consecuencia, es susceptible de constituir un abuso el hecho de que una empresa en posición de dominio refuerce esta posición hasta el punto de que el grado de dominio así alcanzado obstaculice sustancialmente la competencia, es decir, no dejara subsistir sino empresas dependientes, en su comportamiento de la empresa dominante;...”

<sup>782</sup> Rein Wessling “The Commission White Paper on Modernisation of E.C. Antitrust Law: Unspoken Consequences and Incomplete Treatment of Alternative Options”. *E.C.L.R.* 1999. Pp.420. en 28.

posición de dominio como la imposición de precios excesivos, o comportamientos que afectan indirectamente a los mismos: aquellos que afectan las capacidades competitivas de los rivales, clientes, proveedores, etc, y que al final dañan el bienestar del consumidor.<sup>783</sup>

En las sentencias posteriores de los tribunales comunitarios, la noción de abuso se ha venido aplicando dependiendo del comportamiento juzgado, así, el TJCE en el caso *United Brands*<sup>784</sup>, al establecer si eran excesivos los precios aplicados a los plátanos, un comportamiento abusivo que afectaba directamente a los consumidores, señaló que era aconsejable “establecer si la empresa dominante ha hecho uso de las oportunidades que se originan de su posición dominante de tal forma que obtenga beneficios comerciales que podría no haber obtenido en una competencia normal y suficientemente efectiva.” Entonces, se trata de determinar si es excesiva la diferencia entre los costes y el precio fijado, y si es así, establecer si este precio tiene efectos de explotación directa en los consumidores.

Otro ejemplo, pero esta vez un abuso que afectaba a los competidores y a la libertad de los clientes de la empresa en posición dominante de elegir entre diferentes fuentes de suministro, es el caso *Hoffmann-La Roché*<sup>785</sup>, el TJCE señaló que : “el concepto de abuso es un concepto objetivo, relacionado al comportamiento de una empresa en posición dominante que es tal como para influir en la estructura de un mercado donde, como resultado de la presencia de la empresa en cuestión, el grado de competencia está debilitado y que, a través del recurso a métodos diferentes de aquellos que condicionan la competencia normal en los productos o servicios sobre las bases de las transacciones de los operadores comerciales, tiene el efecto de impedir el mantenimiento del grado de competencia existente en el mercado o el crecimiento de esta competencia.”

El denominador común de las dos sentencias anteriormente mencionadas, es el recurso por la empresa en posición de dominio, a métodos diferentes de la competencia normal, ocasionando el perjuicio actual o potencial al comercio entre los estados miembros.

---

<sup>783</sup> Sentencia TJCE *Continental Can/Comisión*, ya citada; Sentencia del TJCE de 6-3-1974. *Istituto Chemioterápico Italiano SpA y Commercial Solvents Corporation c/. Comisión de la CE*. Casos juntos 6 y 7/73. RJ 1994 p. 223.

<sup>784</sup> Sentencia TJCE 26-6-1978. *United Brands Continental BV/Comisión*. Caso 27/76. RJ 1978 pág. 349, § 249.

<sup>785</sup> Sentencia de 13-2-1979. *Hoffman-La Roche & Co. A.G. c/. Comisión de la CE*. Caso 85/76. RJ 1979 p. 459. §91

Esta noción también es reiterada por el TJCE en el caso *Akzo*<sup>786</sup>: “El derecho de competencia comunitario no condena la posición de dominio como tal, pero sanciona su explotación abusiva, es decir, el hecho que una o más empresas se comporten en el mercado de forma que obtengan ventajas anormales que no obtendrían si hubiera una competencia eficaz”.

Así, el TJCE establece que el artículo 82 del Tratado prohíbe en el caso dado, que una empresa que ocupa una posición dominante elimine a un competidor y refuerce de ese modo su posición, recurriendo a medios distintos de los que rigen una competencia basada en los méritos.

La definición de abuso consagrada por el Tribunal de Justicia tiene vigencia al nivel de todas las instancias comunitarias, tanto la Comisión y los Tribunales, aplican consistentemente la noción de abuso en la modalidad que afecta a la competencia, establecida en el caso *Hoffmann-La Roché*.

La Comisión en su Guía para los abusos de exclusión hace referencia a los elementos de la anterior definición, si bien se omite la cita de la jurisprudencia del TJCE mencionada.

<sup>787</sup>

La noción de abuso de explotación es la proporcionada por el TJCE en *United Brands*<sup>788</sup>, señala: “Es aconsejable entonces, establecer si la empresa dominante ha hecho uso de las oportunidades que se originan de su posición dominante en tal forma que obtenga beneficios comerciales que no podría haber obtenido en una competencia normal y suficientemente efectiva.”

---

<sup>786</sup> Sentencia TJCE de 3-7-1991. *Akzo Chemie BV y Akzo Chemie UK Ltd c/ Comisión*. Caso C-62/86.RJ 1991 pág. 3359-3374. § 70. Sentencia TPI de 1-4-1993. *British Plasterboard Plc. /Comisión*. Caso. T-65/89, § 94. RJ 1993p. II-0389 Confirmado por Sentencia TJCE 6-4-1995. *BPB Industries Plc y British Gypsum Ltd*. Asunto C-310/93P. RJ 1995 P. I-0865.

<sup>787</sup> §19 de la Guía de la Comisión para la conducta de exclusión anticompetitiva. (la versión de internet está en inglés) “The aim of the Commission's enforcement activity in relation to exclusionary conduct is to ensure that dominant undertakings do not impair effective competition by foreclosing their rivals in an anticompetitive way and thus having an adverse impact on consumer welfare, whether in the form of higher price levels than would have otherwise prevailed or in some other form such as limiting quality or reducing consumer choice. In this document the term "anticompetitive foreclosure" is used to describe a situation where effective access of actual or potential competitors to supplies or markets is hampered or eliminated as a result of the conduct of the dominant undertaking whereby the dominant undertaking is likely to be in a position to profitably increase prices to the detriment of consumers. The identification of likely consumer harm can rely on qualitative and, where possible and appropriate, quantitative evidence. The Commission will moreover address such anticompetitive foreclosure both at the intermediate level and/or at the level of final consumers.” véase también §57 del Documento de la Comisión.

<sup>788</sup> Sentencia TJCE 26-6-1978. *United Brands Continental BV/Comisión*. Caso 27/76. RJ 1978 pág. 349. Ap. 249-250.

Tratándose de este tipo de abusos, la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva<sup>789</sup> señala que la conducta que es directamente explotativa de los consumidores, por ejemplo, la fijación de precios excesivamente altos o determinado comportamiento que afecte los esfuerzos en conseguir un mercado interno integrado, puede infringir el artículo 82 TCE. La Comisión decidirá intervenir en relación a esta conducta, en particular cuando la protección de los consumidores y el buen funcionamiento del mercado interno no puedan ser asegurados adecuadamente de otro modo.

Las instancias comunitarias se han centrado más en los abusos con efectos anticompetitivos o de “exclusión”, quizás porque son muy reducidos los casos donde resultando también efectos de explotación, no resulte afectada también la competencia de algún modo.<sup>790</sup>

En lo que se refiere al abanico de comportamientos que puede abarcar el abuso, para la doctrina, la postura adoptada por el TJCE en el caso *Continental Can*, fue definitoria, ya que si bien un sector, señalaba que el abuso sólo implicaba el ejercicio del poder de mercado monopolístico vis-a-vis los consumidores, clientes y proveedores<sup>791</sup>, y que no abarcaba a los comportamientos de exclusión dirigidos contra los competidores reales o potenciales; desde la invocada sentencia, el abuso pasa a incluir aquellos comportamientos que afecten al proceso competitivo, a los consumidores, y a los demás operadores del mercado. (competidores, proveedores, y clientes).<sup>792</sup>

---

<sup>789</sup> §7 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

<sup>790</sup> En consonancia con el pronunciamiento del TJCE, Prieto Kessler define el abuso de explotación: “Entendemos por abuso explotativo el comportamiento de una empresa en posición dominante que genera un efecto directo en perjuicio del consumidor o el usuario final, sin alterar la estructura del mercado en causa, o afectar la actividad económica desarrollada por otros operadores en mercados vinculados con el suyo propio.” Eduardo Prieto Kessler. “Principales problemas de la regulación del abuso de posición de dominio”. *GJ* 205. Ene-feb.2000. pág. 25.

<sup>791</sup> René Joliet. *Monopolization and Abuse of a Dominant Position. A Comparative Study of the American and European Approaches to the control of Economic Power* Faculté de Droit, Liège. La Haye 1970. Esta era la postura de Joliet, la cual se cuestionó que a largo plazo, la interpretación estrecha del Profesor Joliet estaba destinada al fracaso debido justamente al propósito propuesto por él: la protección de los consumidores. Si los comportamientos de exclusión no son cuestionados bajo el Tratado CE, en el largo plazo los consumidores se encontrarán con cada vez más reducidas alternativas para escoger. Véase también Blanca Vilá. *Abuso de Posición de Dominio*. Ministerio de las Administraciones Públicas. 1978. P. Vogelenzang. “Abuse of a Dominant Position in article 86; the problem of causality and some applications”. 13 *CML REV.* 1976 PP. 61-78. En 63.

<sup>792</sup> Mestmäcker consideró los artículos 3 (g), 81 y 82 TCE como parte de un sistema y entonces, rechazó interpretar el artículo 82 TCE de un modo aislado. El objetivo general de la competencia no distorsionada es uno de los pilares del Tratado CE, consideró obligatorio que el artículo 82 TCE deba ser considerado como uno de los instrumentos para promover este objetivo. La forma concreta de proteger la competencia es la protección de los competidores, concluyó que el artículo 82 TCE está hecho para servir a ese objetivo, y luego la protección de los consumidores que directamente fluye del texto del artículo 82 TCE, ambos, la protección de los consumidores, y la estructura competitiva en si misma (proveedores, clientes y competidores). Mestmäcker, “Die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nach

Este criterio fue ratificado por los expertos reunidos por la Comisión para tratar el tema de la concentración en el mercado común, donde tuvieron la ocasión de señalar que<sup>793</sup>: “Hay explotación abusiva de una posición dominante cuando quien detenta esta posición utiliza las posibilidades que se derivan de su posición para obtener las ventajas que no obtendría en caso de una competencia practicable y suficientemente eficaz.”<sup>794</sup>

El profesor Alfaro Águila-Real<sup>795</sup>, haciendo una referencia histórica a los orígenes del artículo 82 TCE, señala que están incluidos en el modelo los dos comportamientos que son condenados como abuso en la norma, señala: “Las cláusulas generales intermedias de abuso se fundan en un doble criterio formulado –en el derecho alemán- por Peter Ulmer en los años setenta y que afirma que una empresa abusa de su posición de dominio cuando su comportamiento: i) tiene como efecto reducir aún más la escasa competencia existente en el mercado que domina, o ii) impide que se genere una competencia efectiva (conductas obstaculizadoras o excluyentes de la competencia), o iii) perjudica desproporcionadamente a las empresas o a los consumidores que dependen de la dominante (conductas explotadoras de la posición de dominio), y iv) tal conducta del dominante no está basada en la competencia por eficiencia... La “paternidad intelectual” del test del abuso corresponde a los ordoliberales alemanes. Se trataba de controlar la conducta de las empresas dominantes y los teóricos adaptaron el concepto de competencia por eficiencia de las propias prestaciones (*Leistungswettbewerb*) traído del Derecho de la competencia desleal. Las empresas dominantes podían competir por eficiencia, pero no por interferencia en la actividad de los rivales. Para determinar cuándo había existido interferencia indebida, Ulmer propuso que se examinase, en primer lugar, si la conducta afectaba significativamente

---

Artikel 86 des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft”, citado por P. Vogelenzang. “Abuse of a Dominant Position in article 86; the problem of causality and some applications”. 13 *CML REV.* 1976 PP. 61-78. En 63. Desde que se fraguó el artículo 82 TCE, sus redactores, como Deringer y Samkalden y Druker, coinciden con este planteamiento. Véase Arved Deringer. “Les Regles de la Concurrence au Sein de la CEE” en *Revue du Marché Commun* 1963, N° 25 pp. 488-496. Pág. 489.

<sup>793</sup> Les problèmes de la concentration dans le marché commun, Communauté économique européenne, Études, Série Concurrence, n° 3, Bruxelles 1966, p. 22, n° 4. Citado por L. Focsaneanu. “La notion d’abus dans le Système de l’article 86 du Traité instituant la Communauté Economique Européenne”. en Van Damme. “*Le réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire*” Bruges de Tempel. Tempehoff. 1977. Págs. 324-380 en 359. Véase también Blanca Vilá. *Abuso de Posición de Dominio*. Ministerio de las Administraciones Públicas. 1978.

<sup>794</sup> Waelbroeck y Frignani, ob.cit. pág. 362-3, sostienen que la obtención de ventajas imposibles de alcanzar en un régimen de competencia, ha sido un criterio superado, porque en su opinión el TJCE considera que no es necesario que exista una relación causal entre la posición dominante y su abuso, criterio que no compartimos, ya que como veremos, sí existe en todos los casos de abuso, una conexión entre la posición dominante y la explotación abusiva.

<sup>795</sup> Jesús Alfaro Águila-Real. “Delimitación de la Noción de Abuso de Una Posición de Dominio” en “*El Abuso de la Posición de Dominio*”. Directores: Santiago Martínez-Lage y Amadeo Petitbó Juan. Fundación Rafael del Pino, Madrid. 2007. Pág. 197 y ss.



las oportunidades competitivas de los rivales y, negativamente, si la conducta no podía calificarse como competencia por eficiencia de las propias prestaciones. En otras palabras, la cualificación de una conducta como basada en la eficiencia de las propias prestaciones proporcionaba un refugio seguro a las empresas dominantes siendo irrelevantes los efectos que tal conducta pudiera tener sobre los competidores. Tiene interés señalar que los ordoliberalistas, con su pretensión de obligar a las empresas dominantes a comportarse como si estuvieran sometidas a competencia, estaban poniendo el acento en los casos de abuso por explotación. De lo expuesto se deducen dos grandes grupos de conductas abusivas: las que prolongan o aumentan el poder del que disfruta la empresa dominante porque ponen trabas a la competencia residual o potencial –conductas excluyentes- y las abusivas en sentido estricto porque implican explotar la situación de dependencia en la que se encuentran clientes o proveedores –conductas explotadoras-. Del examen de la jurisprudencia se deduce que la mayor parte de los casos han sido casos de abuso de posición dominante por conductas excluyentes siendo pocos los casos de conductas meramente explotadoras.

La incorporación de las dos modalidades de abuso, también es respaldada por la doctrina, resumida como sigue: “Habrá entonces abuso cuando la empresa o las empresas en posición de dominio, se benefician de esta situación para procurarse una ventaja que el juego normal de la competencia no les permitirá obtener, en detrimento de proveedores, competidores, clientes o consumidores”<sup>796</sup>.

---

<sup>796</sup> Berthold Goldman, *Droit Commercial Européen Précis Dalloz*, 2e édition, Paris Dalloz 1971, n° 319 También L. Focsaneanu. “La notion d’abus dans le Système de l’article 86 du Traité instituant la Communauté Economique Européenne”. en Van Damme. “*Le réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire*” Bruges de Tempel. Tempehoff. 1977. Págs. 324-380 en 359. Véase también Faull y Nikpay, ob. Cit. Etienne Cerexhe. “L’interpretation de l’article 86 du Traite de Rome et les premieres decisions de la Commission”. En *Cah. Dr. Eur.* 1972. Pp. 272-298 . en 291. L. Focsaneanu. “La notion d’abus dans le Système de l’article 86 du Traité instituant la Communauté Economique Européenne”. en Van Damme. “*Le réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire*” Bruges de Tempel. Tempehoff. 1977. En 358. P. Vogelenzang. “Abuse of a Dominant Position in article 86; the problem of causality and some applications”. 13 *CML REV.* 1976 PP. 61-78, en 63-4. M. Siragusa. “Application of article 86: tying arrangements, refusals to deal, discrimination and other cases of abuse”. en Van Damme. “*Le réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire.*” Bruges de Tempel. Tempehoff. 1977. Pág. 399 y ss. en 400. Jesús Alfaro Águila-Real. “Delimitación de la Noción de Abuso de Una Posición de Dominio” en “*El Abuso de la Posición de Dominio*”. Directores: Santiago Martínez-Lage y Amadeo Petitbó Juan. Fundación Rafael del Pino, Madrid. 2007. Entre otros.

Sin embargo Waelbroeck<sup>797</sup> y Eilmansberger<sup>798</sup> cuestionan la aplicación del artículo 82 TCE a los comportamientos de explotación, y plantean que debería limitarse a las prácticas anticompetitivas. Señalan que hay una tensión clara entre estos dos fines, cuando una empresa dominante recurre a comportamientos de explotación, tiene el efecto de animar a los competidores a superar las posibles barreras a la entrada al mercado y establecerse ellos mismos como competidores de la empresa en posición de dominio. El fallo de la jurisprudencia en distinguir claramente entre estos dos aspectos del artículo 82 TCE explica el carácter un tanto confuso de muchos pronunciamientos de los tribunales. Plantean que se debe limitar el artículo 82 TCE a prohibir comportamientos que son abusos anticompetitivos, y dejar los abusos explotativos a una norma distinta (que podría estar incluida en el artículo 86) que controle los monopolios (en la medida que esto estaría justificado por consideraciones de interés público en algunos sectores).

Pero está claro que el artículo 82 TCE implica también el control de los abusos de posición dominante por explotación, que constituyen una categoría absolutamente necesaria del Derecho comunitario europeo para asegurar el cumplimiento de lo previsto en el art. 86, esto es, si se pretende garantizar que los Estados miembros y las empresas cuya posición de dominio deriva de su especial relación con el Estado, no distorsionen cuando impiden el funcionamiento competitivo de los mercados nacionales y, a menudo, del mercado comunitario, como lo señala Alfaro Águila-Real: El Derecho de la competencia, y en concreto, la prohibición de los abusos explotadores, cumple una función supletoria y/o complementaria de la regulación. Cuando ésta es inexistente (y permite el ejercicio del poder de mercado) o defectuosa (y crea poder de mercado donde no lo había o no tenía que haberlo), el Derecho de la competencia reduce los costes del monopolio y no debería criticarse su intervención. En ambos casos cumple la función que se le atribuye genéricamente: controlar y limitar el ejercicio del poder de mercado. Lo que parece evidente es que el legislador nacional no puede hacer prevalecer una regulación contraria al Derecho comunitario de la competencia. Si las conductas explotadoras de una posición dominante no estuvieran incriminadas en el artículo 82 TCE, la aplicación del artículo 86 en relación con aquél no permitiría el control de la

---

<sup>797</sup> Michael Waelbroeck. “The Objectives of Competition Policy” en *European Competition Law Annual*. 1998. págs. 585-593. pág. 591.

<sup>798</sup> Thomas Eilmansberger. “How Distinguish Good from Bad Competition under Article 82 TCE EC: in search of Clearer and More Coherent Standards for Anti-competitive Abuses.” En *C.M.L.R.* Vol. 42, 2005. págs. 129-177 en 133.

actividad regulatoria y anticompetitiva de los Estados ni la conducta anticompetitiva de las empresas amparadas o impunes a los Estados nacionales.<sup>799</sup>

La norma del artículo 82 TCE ha sido diseñada para controlar el abuso de la posición de dominio que afecta directamente a los consumidores, como lo hacen los abusos explotativos y aquellos que, mediante los abusos de exclusión afectan la estructura de competencia efectiva en el mercado, perjudicando de este modo el bienestar del consumidor; el objetivo final de la norma es la protección del bienestar del consumidor.

#### **4. Elementos de la definición:**

##### ***4.1. La influencia en la estructura del mercado***

La empresa en posición de dominio, por su propia presencia influye en la estructura del mercado, lo que no es en si mismo ilegal, por lo que está autorizada a competir sobre los méritos. Sin embargo, la empresa implicada tiene una responsabilidad especial de no permitir que su conducta dañe la competencia genuina y no distorsionada en el mercado común, la cual será considerada a la luz de las circunstancias específicas de cada caso.

Mientras mayor sea la envergadura de la posición dominante, mayor será también la probabilidad que la conducta que protege o fomenta esta posición conduzca a una aniquilación anticompetitiva en el mercado. De igual forma mientras mayor sea el porcentaje de las ventas totales de la empresa en el mercado relevante afectado por la conducta, su duración será más larga, y mayor será la regularidad con que haya sido aplicada, resultando mayor el efecto probable de aniquilación.

Vemos entonces que cuando la conducta ha tomado lugar durante un período de tiempo suficiente, el comportamiento de mercado de la empresa dominante y sus competidores puede proporcionar evidencia directa de la aniquilación anticompetitiva; por los motivos atribuibles a la supuesta conducta abusiva, la cuota de mercado de la empresa dominante puede haberse elevado o puede haberse ralentizado un declive de la cuota de mercado, por estas mismas razones, los competidores reales pueden haber sido marginados o pueden haber salido, o los competidores potenciales han intentado entrar al mercado y han fallado.

El mercado relevante puede estar caracterizado por economías de escala y/o economías de ámbito y efectos de red, que hacen menos probable que los competidores

---

<sup>799</sup> Jesús Alfaro Águila-Real. “Delimitación de la Noción de Abuso de Una Posición de Dominio” en “*El Abuso de la Posición de Dominio*”. Directores: Santiago Martínez-Lage y Amadeo Petitbó Juan. Fundación Rafael del Pino, Madrid. 2006, pág. 213.

permanezcan o accedan al mercado. Puede resultar que la empresa dominante se apropie de un mercado caracterizado por efectos de red, y que asuma comportamientos para consolidar esta posición. Del mismo modo, cuando el mercado está caracterizado por barreras a la entrada en el mercado hacia arriba o hacia abajo, será costoso para los rivales superar la posible aniquilación a través de integración vertical.

Cabe preguntarse si es necesario que la posición de dominio necesariamente deba estar vinculada con el abuso, es decir, si el poder económico asociado con la posición dominante constituye el instrumento para cometer el abuso, no es así, ya que su consideración excluiría la mayoría sino todos los abusos anticompetitivos.

Sin embargo, el poder económico conectado con el dominio y el comportamiento abusivo, pueden estar vinculados en una variedad de formas diferentes. Tanto la Comisión y los Tribunales europeos han concluido que se requiere algún tipo de nexo entre el dominio y el abuso.

Así, el vínculo entre la posición dominante y el comportamiento abusivo, resultaría de la propia noción de posición de dominio, establecida por el TJCE en los casos, *United Brands*<sup>800</sup> y en *Hoffmann-La Roché*<sup>801</sup> que son las más utilizadas por la jurisprudencia y la doctrina.

Lo que sugiere el requerimiento de una conexión causal ya sea en la forma de una causalidad instrumental o, si el abuso se refiere a la manipulación de la estructura del mercado, un vínculo entre este efecto y la posición dominante de la empresa que se vincula en el acto relevante.

Entonces, en primer lugar, respecto de aquellos comportamientos que perjudican a la competencia, es indudable que la trascendencia de la modificación de la estructura del mercado y de la disminución de la competencia actual o potencial resulta precisamente del hecho que es efectuada por una empresa en posición dominante.

Hay, pues, una relación de causalidad entre la existencia de esa posición y la gravedad del cambio en la estructura del mercado. Si la posición dominante no existiera es muy probable que el acto en cuestión no tuviera en absoluto la misma trascendencia.

En segundo lugar, respecto de comportamientos que perjudican a proveedores, clientes o consumidores y que no afectan la estructura del mercado, donde la explotación abusiva infringe los objetivos fijados por el Tratado, resulta lógico que se considere

---

<sup>800</sup> Sentencia TJCE *United Brands/Comisión*, ya citada, § 65.

<sup>801</sup> Sentencia TJCE *Hoffmann-La Roché/Comisión* ya citada, § 38-39, 70.

prohibida la actuación de la empresa en posición dominante, ya que la existencia misma de esa posición da una trascendencia a esa actuación que de otra forma no tendría.<sup>802</sup>

El Abogado General Ruiz-Jarabo señaló en el caso *Tetra Pak II*, que el artículo 82 TCE no contiene ninguna indicación sobre la relación entre la posición dominante y su explotación abusiva, por lo que, en principio, deja abiertas todas las opciones posibles en cuanto a la localización o no del abuso en el mercado relevante.<sup>803</sup> Al respecto el TJCE estableció rotundamente que la “aplicación del artículo 82 TCE presupone un vínculo entre la posición dominante y la invocada conducta abusiva”<sup>804</sup>

Esto es repetido casi literalmente por la Comisión en sus comentarios introductorios al control de abuso en la Comunicación considerando los acuerdos de acceso en el sector de telecomunicaciones<sup>805</sup>.

En *Irish Sugar*<sup>806</sup> el TPI, señaló que aunque en el contexto casi específico de posibles abusos de una posición dominante colectiva, el abuso “tiene que ser capaz de ser identificado como una de las manifestaciones de esta posición dominante conjunta”.

Además, existen razones teleológicas considerables que apoyan el requerimiento de causalidad: el objetivo central del artículo 82 TCE es la salvaguarda del proceso competitivo de las distorsiones que se originan o que están asociadas con el poder de mercado, lo que sugiere rotundamente que el dominio del mercado debe ser un elemento constitutivo o al menos formativo del concepto del abuso.

En la doctrina, Deringer<sup>807</sup>, entre otros autores<sup>808</sup> observaron la necesidad de la relación causal: el término “explotación” manifiesta el hecho que entre la posición dominante

---

<sup>802</sup> Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano. “Normas sobre competencia” en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo* Dirigido por Eduardo García De Enterría y otro. Tomo II. Pp.410 y ss. en 427. Véase también Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*. Editorial Colex. Madrid 2003. En 1075. Luis Fernández de la Gándara y Alfonso-Luis Calvo Caravaca. *Derecho Mercantil Internacional*. Ed. Tecnos 1.995. Pp. 397-423. En 413. John Temple Lang. “Some aspects of abuse of dominant positions in european community antitrust law.” En *Fordham International Law Forum*. Volumen 3. 1979-80, Number 1. pp. 1-51. En 9. Ignacio Font Galán *La libre competencia en la CEE*. Zaragoza 1.986. 272-274. Valentine Korah. “Interpretation and Application of article 86 of the Treaty of Rome: Abuse of a Dominant Position within the Common Market”. En *Notre Dame Law Review*. 1978 vol. 53 pp. 768 y ss. en 775. Julio Pascual y Vicente. “El Abuso de Posición Dominante”. *RDM* 2003. Pp. 1291-1364. En 1335.

<sup>803</sup> § 38 de la Opinión del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer de 27-6-1996 en el caso *Tetra Pak International SA./Comisión* As. C-333/94P. RJ 1996 p. I-5951.

<sup>804</sup> §§31 y 32 de la STJCE *Tetra Pak II* citada.

<sup>805</sup> Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones -- Marco, mercados afectados y principios (98/C 265/02) DOCE de 22-08-98. párrafo 81.

<sup>806</sup> Sentencia TPI 7-10-1999. *Irish Sugar Plc c/. Comisión* CE As. T-228/97. RJ 1999-II-2969. § 66.

<sup>807</sup> Arved Deringer. “Les Regles de la Concurrence au Sein de la CEE” en *Revue du Marché Commun* 1963, N° 25 pp. 488-496. En 488. Etienne Cerexhe. “L’interpretation de l’article 86 du Traite de Rome et les premieres decisions de la Commission”. En *Cah. Dr. Eur.* 1972. Pp. 272 y ss. en 291. I Samkalden y

sobre el mercado y el comportamiento de la empresa cuestionada debe existir una relación, y que el comportamiento incriminado no debe poder ser considerado por la empresa más que sobre la base de su posición dominante sobre el mercado.

Es probable por tanto que los efectos perjudiciales o la distorsión a la competencia no se produzcan en el mismo mercado donde la posición dominante ejerce su dominio.

- *Tipos de conexiones entre la posición de dominio y el comportamiento abusivo.*

Vogelenzang<sup>809</sup> efectúa un examen exhaustivo de la naturaleza del vínculo de causalidad entre la posición dominante y el abuso.<sup>810</sup> Para ello concibe el abuso, como el comportamiento del mercado que daña el proceso competitivo, o daña indebidamente a los consumidores, u otros participantes del mercado, que por un lado no podría ser perpetrado sin la posición dominante, o no dañaría en la misma medida, si no fuera perpetrado desde una posición dominante”.<sup>811</sup> Deriva entonces dos modalidades de comportamiento abusivo, dependiendo del perjudicado:

a) Primero, aquellos casos en que el acto en si mismo sólo puede ser desarrollado por una empresa en posición dominante, por ejemplo, los precios excesivos; donde existe una conexión del dominio con el acto: la relación causal;

b) Y segundo, aquellos casos donde el comportamiento puede ser desarrollado por una empresa, donde el efecto no ocurriría si no ostentara una posición de dominio,

---

I.E. Druker “Legal Problems Relating to Article 86 of the Rome Treaty”. *C.M.L.R.* Vol. 5, 1965-6, p.158-183. En 164.

<sup>808</sup> Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano. “Normas sobre competencia” en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo* Dirigido por Eduardo García De Enterría y otro. Tomo II. Pp.410 y ss. en 427. Véase también Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*. Editorial Colex. Madrid 2003. En 1075. Luis Fernández de la Gándara y Alfonso-Luis Calvo Caravaca. *Derecho Mercantil Internacional*. Ed. Tecnos 1.995. Pp. 397-423. En 413. John Temple Lang. “Some aspects of abuse of dominant positions in european community antitrust law.” En *Fordham International Law Forum*. Volumen 3. 1979-80, Number 1. pp. 1-51. En 9. Ignacio Font Galán *La libre competencia en la CEE*. Zaragoza 1.986. 272-274. Valentine Korah. “Interpretation and Application of article 86 of the Treaty of Rome: Abuse of a Dominant Position within the Common Market”. En *Notre Dame Law Review*. 1978 vol. 53 pp. 768 y ss. en 775. Julio Pascual y Vicente. “El Abuso de Posición Dominante”. *RDM* 2003. Pp. 1291-1364. En 1335.

<sup>809</sup> P. Vogelenzang. “Abuse of a Dominant Position in article 86; the problem of causality and some applications”. *13 CML REV.* 1976 PP. 61-78. En 66. Véase también Jaume Pellisé Capell. *Mercado Relevante, Posición de Dominio y Otras Cuestiones que Plantean los artículos 82 TCE y 6 LEDC*. Aranzadi 2003

<sup>810</sup> Otros autores señalan la indiferencia al vínculo de causalidad entre la posición dominante y el abuso en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Por ejemplo, M.Waelbroeck y A. Frignani. *Derecho de la Competencia* Tomos I y II. Edit. Bosch. Barcelona. 1998. Versión española por Ignacio Sáenz Cortabarría Fernández y Marta Morales Isasi. En 371, aunque Waelbroeck sólo se refiere a la relación causal, conexión dominio-acto, y no habla de la relación dominio-efecto que tratamos a continuación. pág. 363. Véase también Ivo Van Bael y Jean François Bellis *Competition Law of the EEC* 2ª Ed. 1990. Pág. 261.

<sup>811</sup> P. Vogelenzang. *Ibidem* En 72.

produciendo además un perjuicio a la competencia, por ejemplo, el rechazo a la venta o el tying.

Dentro de la segunda categoría distingue dos conexiones:

b.1) Aquellos casos donde la posición dominante era la condición sine qua non del efecto dañino, ningún efecto dañino habría ocurrido, si no habría una posición dominante; aquí existe una conexión del dominio con el efecto: *conditio sine qua non*.

b.2) Y por otro lado, aquellos casos donde el efecto dañino habría ocurrido de cualquier modo, incluso cuando la empresa culpable no fuera dominante, pero donde el efecto dañino fue reforzado por la circunstancia que era en efecto dominante: conexión dominio-efecto: el efecto que empeora.

El efecto que empeora, resulta del refuerzo de la presencia de una posición dominante, este efecto dañino ya estaba incluso sin el dominio.

El significado de esta última categoría, es una indicación del hecho que siempre se debe ser consciente de que algunos abusos aparentemente no tendrán conexión con la posición de dominio.

Esta última situación es concebible por ejemplo, en casos de infracción a través de patentes, boycott, o espionaje industrial. Cuando la empresa en posición de dominio se comporta de este modo, el efecto en sus competidores y en el mercado puede ser más sustancial que lo sería en el caso de empresas más pequeñas.

Korah<sup>812</sup> y Eilmansberger<sup>813</sup> señalan que bajo este tipo de conexión, pueden resultar excluidos muchos ejemplos de competencia desleal, dependiendo del perjuicio ocasionado.<sup>814</sup>

La diferencia entre las dos conexiones b.1 y b.2, de la segunda categoría, no es particularmente relevante, si se quiere combatir el daño que origina la posición dominante, realmente no hay mucha diferencia respecto a si se origina el impacto dañino o si sólo es reforzado por la circunstancia de que es efectuado por la posición dominante, en ambos casos, la dimensión del daño que ocurre es el resultado de la presencia de una posición dominante.

---

<sup>812</sup> Valentine Korah. "Interpretation and Application of article 86 of the Treaty of Rome: Abuse of a Dominant Position within the Common Market". En *Notre Dame Law Review*. 1978 vol. 53 pp. 768 y ss. en 798.

<sup>813</sup> Eilmansberger, ob. Cit. Pág. 145.

<sup>814</sup> Como por ejemplo, dentro de las técnicas de comercialización y venta desleales, tenemos la publicidad engañosa, claramente no distorsionan la competencia y obviamente no están relacionados al resultado. Esta distorsión de competencia no depende de que la empresa tenga una posición de dominio en el mercado, no constituye abuso de posición dominante y ha sido correctamente no perseguida bajo el artículo 82 CE.

c) Por último, distingue los casos de abuso que no tienen ninguna conexión, ya sea en su comportamiento o en sus efectos, con la posición dominante.

Así resultan cuatro formas de conexión. Desde la primera a la última de esta lista hay un cierto orden de consenso que disminuye considerando su suficiencia como un vínculo bajo el artículo 82 del Tratado CE. Hay acuerdo respecto a que la “relación causal” proporciona un vínculo suficiente entre el abuso y la posición dominante; que la “conditio sine qua non” es suficiente para que algunos duden; esta duda crecerá en el “efecto que empeora”, e incluso muy pocos defenderán la proposición que no hay necesidad de que exista un vínculo<sup>815</sup>.

En los ejemplos del artículo 82 TCE. Todas las categorías contienen uno o más de estos ejemplos y por necesidad constituyen un vínculo aceptable bajo el artículo 82 TCE. El primero y el cuarto de los ejemplos, son de la conexión dominio-acto o “relación causal”, y el segundo y tercero, pertenecen a la conexión dominio-efecto.

Tratándose de comportamientos abusivos de una empresa en posición de dominio, que afectan a la estructura competitiva, el primer caso fue *Continental Can*<sup>816</sup> como ya se ha comentado. Aunque Vogelenzang interpretó la sentencia del TJCE del caso, en el sentido de que no requería ninguna conexión, sin embargo, Bercovitz<sup>817</sup> y Korah<sup>818</sup> señalan que la sentencia es consistente con la doctrina jurisprudencial, en cuanto a la existencia de la relación de causalidad entre la posición dominante y la explotación abusiva, conexión dominio-efecto, debido a la trascendencia de la modificación de la estructura de mercado y de la disminución de la competencia real o potencial, resulta precisamente que es realizada por una empresa con posición dominante.

---

<sup>815</sup> Así, respecto a esta última conexión, el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, al comentar sobre el hecho que la posición de dominio y el abuso, se encuentren en mercados diferentes, señala : “no es admisible una desvinculación absoluta entre la posición dominante y el abuso hasta tal punto que se puedan producir en mercados totalmente diferentes y separados. En efecto, esta solución provocaría que una empresa con posición dominante en un mercado no pudiera competir en igualdad de condiciones con las demás empresas en otros mercados, porque las prácticas comerciales para penetrar en estos otros mercados constituirían en la mayor parte de los casos un abuso de su posición dominante. Además, la posición dominante en un mercado no coloca necesariamente a la empresa que la posee en mejores condiciones para actuar en mercados distintos de las que pueden disponer otras empresas.... la solución contraria no contribuiría al mantenimiento de una competencia no falseada en el seno del mercado interior, objetivo establecido en la letra 3 (g) del Tratado CE, que debe inspirar la interpretación del artículo 86 (actual 82)”. Véase § 42 de la Opinión del A.G. Ruiz-Jarabo Colomer en *Tetra Pak II*, as. C-333/94 P.

<sup>816</sup> Decisión de la Comisión de 9-12-1971 *Continental Can Company*. DOCE L 7/25 de 8-1-72. Sentencia del TJCE de 21-2-1973. *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. / Comisión* As. 6/72. RJ 1973 pp. 0215 – 0253.

<sup>817</sup> A. Bercovitz, ob.cit. pág. 427.

<sup>818</sup> Valentine Korah. Ob.cit. En 775 y 798.



Hay pues, relación de causalidad entre la existencia de esa posición y la gravedad del cambio en la estructura del mercado, incluso cuando se trate en la forma atenuada donde la conducta es dañina sólo debido a la posición de dominio del actor. Si ésta no existiera es muy probable que el acto en cuestión no tuviera en absoluto la misma trascendencia.

Como señala Bercovitz, se trata de un acto donde el efecto, la eliminación de la competencia actual o potencial no ocurriría si la empresa no fuese dominante: conexión dominio-efecto.

Esto coincide con el otro ejemplo proporcionado por Vogelenzang, de un caso donde el comportamiento abusivo afecta a la estructura competitiva: el caso ICI-CSC<sup>819</sup>, de rechazo a la venta; el daño se efectuó como consecuencia que la víctima no podía comprar sus suministros de otras fuentes, y entonces la segunda categoría se aplica, conexión dominio-efecto, efecto sine qua non.

Vemos entonces que la doctrina comunitaria ha sido uniforme respecto a la exigencia del requisito de la relación de causalidad<sup>820</sup>.

Existen fuertes razones teleológicas para apoyar un requerimiento de causalidad, que encuentra su principal justificación en que el objetivo central del artículo 82 TCE es la salvaguarda del proceso competitivo de la distorsión que se origine, o que esté asociada con el poder de mercado. Esto sugiere considerablemente que el dominio del mercado debe ser un elemento constitutivo o al menos formativo del concepto del abuso.

---

<sup>819</sup> Decisión de la Comisión CE de 14-12-1972, *Istituto Chemioterápico Italiano SpA y Commercial Solvents Corporation*. DOCE L299/51 31.12.72. Sentencia del TJCE de 6-3-1974. *Istituto Chemioterápico Italiano SpA y Commercial Solvents Corporation c/. Comisión de la CE*. Casos juntos 6 y 7/73. RJ 1994 p. 223.

<sup>820</sup> Pellisé con base en Ignacio Font Galán *La libre competencia en la CEE*. Zaragoza 1.986. 279-281 y en Berthold Goldman y Lyon Caen. *Derecho Comercial Europeo*. Madrid 1984, crítica que el TJCE en *Continental Can* negó toda relación de causalidad como elemento constitutivo del abuso, y que la postura del Tribunal, no ha sido uniforme en la jurisprudencia, el autor, inicialmente, hace una diferenciación de la relación de causalidad según se trate de los abusos explotativos o de abusos anticompetitivos, y observa que no hay uniformidad en la doctrina respecto a los abusos anticompetitivos, e invoca como ejemplo la sentencia del caso *United Brands*, donde el Tribunal comentó sobre la exigencia de la causalidad en un caso de precios excesivos, que en su clasificación sería abuso explotativo. Jaume Pellisé Capell. *Mercado Relevante, Posición de Dominio y Otras Cuestiones que Plantean los artículos 82 TCE y 6 LEDC*. Aranzadi 2003. Capítulo V. B.Goldman, Lyon-Caen, en la versión española anterior de 1984, señala que en la sentencia *United Brands*, § 249, el Tribunal regresó al aspecto de la causalidad, y que esto fue de corta duración, ya que en la sentencia del caso *Hoffmann-La Roché*, el Tribunal rechazó solemnemente la relación de causalidad y regresando a la doctrina propuesta en el caso *Continental Can*, de la inexistencia de nexo causal, sin embargo, en la versión posterior Berthold Goldman, Antoine Lyon-Caen, Louis Vogel. *Droit Commercial Européen*. 5 Ed. Ed. Précis Dalloz. 1994 París., en 424, señala que “al parecer la relación de causalidad es parte de la definición del abuso, e incluso el requisito se cumple incluso en *Continental Can*, como consecuencia de los efectos que produce en el mercado, alterando la estructura competitiva: el test por los efectos”, entonces, Goldman, comparte también la exigencia del requisito de la relación de causalidad en el abuso, establecido por la jurisprudencia comunitaria.

El argumento que el abuso y el dominio de alguna forma deben estar conectados encuentra apoyo adicional en la definición de dominio utilizada por el Tribunal en *Hoffmann- La Roché*, “la posición dominante ... se relaciona a una posición de fuerza económica disfrutada por una empresa que le permite impedir que la competencia efectiva sea mantenida en el mercado relevante, permitiéndole el poder de comportarse en una medida apreciable independientemente de sus competidores, sus clientes y por último de los consumidores”<sup>821</sup>

Lo que sugiere que sería requerida una conexión causal, ya sea en la forma de una causalidad instrumental o, si el abuso es sobre la manipulación de la estructura del mercado, un vínculo entre este efecto y la posición dominante de la empresa que se vincula en el acto relevante.

En contra de lo señalado por Eilmansberger<sup>822</sup>, quien señala que existe un acuerdo casi unánime en la comunidad antitrust que el requerimiento de causalidad no existe, hemos visto que la jurisprudencia y la doctrina apuntan en el mismo sentido, de que es indispensable el requerimiento de causalidad entre la posición de dominio y la conducta abusiva. Cuestión que el propio autor también propone que es requerida una conexión causal, ya sea en la forma de una causalidad instrumental o, si el abuso se refiere a la manipulación de la estructura del mercado, un vínculo entre este efecto y la posición de dominio de la empresa que se vincula en el acto relevante.

#### **4.2. Naturaleza y forma de la conducta, su incidencia en el mercado.**

*4.2.1. No es necesario que se exteriorice el abuso basta que pueda producir un efecto concreto en el mercado. –*

El TPI y el TJCE han confirmado la condena de *Compagnie Maritime Belge des Transports*, una empresa en posición de dominio titular de un derecho exclusivo concedido en un país que no era miembro de la Comunidad Europea, que insistía en que se respete dicha exclusividad<sup>823</sup>. En esta medida, también puede ser abusivo, el envío

---

<sup>821</sup> Sentencia TJCE Hoffmann-La Roché, citada, § 138.

<sup>822</sup> Thomas Eilmansberger. “How Distinguish Good from Bad Competition under Article 82 EC: in search of Clearer and More Coherent Standards for Anti-competitive Abuses.” En *C.M.L.R.* Vol. 42, 2005. págs. 129-177 en 141.

<sup>823</sup> Sentencia TPI 8-10-1996. *CEWAL, UKWAL, MEWAK Y AIWAST c/. Comisión*. As. T24 , 25 , 26, 28/93. RJ 1996 – II-1201, confirmado por Sentencia TJCE 16-3-2000. As. Acumulados C-395 y 396/96 P. *Compagnie Maritime Belge Transports SA y otros c/. Comisión CE*. RJ 2000 I-1365.

de cartas conminatorias o el ejercicio de acciones judiciales,<sup>824</sup> y también han sido condenadas las amenazas de acciones de exclusión<sup>825</sup>. Aunque estas medidas con las que una posición dominante amenaza con asumir, no sean puestas en práctica inmediatamente después de formuladas, ello no impide considerar que existe abuso<sup>826</sup>. En efecto, si el abuso reside en la limitación de la libertad de competencia de otras empresas, la mera amenaza de desventajas económicas puede permitir por sí mismo que exista una infracción del artículo 82 TCE<sup>827</sup>.

Entre los casos de la jurisprudencia comunitaria, encontramos también supuestos de abusos por omisión, que afectan a los otros agentes económicos, así en el caso *British Telecommunications*<sup>828</sup>, donde la Comisión, consideró que el mantenimiento de sistemas obsoletos, a través de medidas tomadas por una empresa en posición dominante es un abuso bajo el artículo 82.2.b) del Tratado en la medida que limita el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores, el abuso consistía en que el operador británico ordenó que no se recurriera al uso de nueva tecnología en perjuicio de los operadores de retransmisión y sus clientes que eran privados así de hacer un uso más eficiente de los sistemas de telecomunicación existentes.

Estamos de acuerdo con la doctrina en cuanto señala que en derecho de competencia comunitario, la prueba de algún comportamiento que busca explotar el dominio o limitar la competencia, parece necesario para el abuso; la “intencionalidad o el propósito” de excluir competidores por sí mismos y sin ningún acto que promueva esta intencionalidad, no son suficientes, aunque no será necesario el éxito real de la explotación o exclusión<sup>829</sup>.

---

<sup>824</sup> Decisión de la Comisión CE de 29-7-1987. *BBI/Boosey & Hawkes*. DOCE L286/36. 9-10-1987. Sentencia TPI de 17-7-1998, *ITT Promedia NV/Comisión AS*. T-111/96. RJ 1998.

<sup>825</sup> Decisión de la Comisión CE de 21-12-1993. *Sea Containers Ltd./Stena Sealink*. DOCE L015/8. 18-1-1994. Decisión de la Comisión CE de 14-12-1985. *Akzo Chemmie Bv, Amersfoort, Pays-Bas*. DOCE L374/1.

<sup>826</sup> Waelbroeck y Frignani, ob. cit. pág 360, También Pellisé, ob.cit. págs. 141-143.

<sup>827</sup> Existe infracción cuando el competidor o interlocutor comercial amenazado deba esperar, habida cuenta de su propia experiencia o de la experiencia de terceros, que la empresa que ocupa una posición dominante en el mercado plasme en actos sus palabras. Al tener por sí solo carácter abusivo por la limitación de la libre voluntad de otra empresa, poco importa que dicha empresa resista o ceda a la presión ejercida sobre ella. Tampoco tiene relevancia la cuestión de si la empresa que ocupa una posición dominante pone en práctica las medidas que ha amenazado con tomar o renuncia a ello. Opinión del A.G. Lenz de 19-4-1989 al Caso C-62/86 *Akzo Chemmie BV y Akzo Chemmie UK Ltd./Comisión* ya citada.

<sup>828</sup> Decisión de la Comisión CE de 10-12-82. *British Telecommunications*. DOCE L360/36. 21-12-1982. § 34. Sentencia de 20-03-1985. *United Kingdom Post Office and British Telecommunications c/. Comisión (o también Italia c/. Comisión)*

<sup>829</sup> John Temple Lang. “Some aspects of abuse of dominant positions in european community antitrust law.” En *Fordham International Law Forum*. Volumen 3. 1979-80, Number 1. pp. 1-51. En 36. Doroty Livingston y Jonathan Scott. *Competition Law and Practice*. Law and Tax. 1.994

#### 4.2.2. El perjuicio al consumidor

El propósito del artículo 82 TCE es proteger el proceso competitivo<sup>830</sup> asegurando que el ejercicio del poder de mercado no dañe las posibilidades de los competidores de tener éxito o prevalecer en el mercado sobre las bases de comportamiento comercial superior.<sup>831</sup>

Sin embargo, este objetivo y las eficiencias que se presumen asociadas con este sistema de competencia no distorsionada, no son un objetivo en si mismos sino que son perseguidos en última instancia para el beneficio del consumidor<sup>832</sup>.

La Comisión efectúa la identificación del daño probable al consumidor sobre las bases de evidencia cualitativa, y donde sea posible y apropiado, sobre evidencia cuantitativa. Además, establece la aniquilación anticompetitiva tanto en el nivel del consumidor intermedio o en el nivel del consumidor final.<sup>833</sup> Es indiscutible que la protección del consumidor en el derecho de competencia comunitario no es para ser igualada con el bienestar del consumidor en el sentido del derecho antitrust norteamericano<sup>834</sup>, sino que

---

<sup>830</sup> Luc Gyselen. “Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice?”. En *European Competition Law Annual*. Hart Publishing. 2003/2004. § 10

<sup>831</sup> ibidem en 133.

<sup>832</sup> Ibidem Luc Gyselen. “Rebates...” § 17. Eleanor Fox. “Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity, and Fairness”. *Notre Dame Law Review*. Nº 61. Año 1986 pp.981-1020.pág. 1004. Mario Monti. “Proactive Competition Policy and the role of the Consumer.” European Competition day. Dublin, 29 de abril de 2004. Disponible en <http://europa.eu.int>. Alison Jones y Brenda Sufrim. EC Competition Law. Text, Cases and Materials. Oxford 2001 pág. 15; D.G. Goyder. E.C. Competition Law 2nd. Edition. Oxford European Community Law Series. 2003. U.K. pág. 9.

<sup>833</sup> §19 de la Guía de la Comisión sobre la Conducta Abusiva de Exclusión. Y nota al pie 15.

<sup>834</sup> Para Bork el derecho antitrust está relacionado con los efectos del comportamiento comercial en los consumidores. Un entendimiento de la relación de este comportamiento para el bienestar del consumidor puede obtenerse sólo a través de la teoría económica básica. Los modelos económicos son esenciales para todo análisis antitrust. ... El bienestar del consumidor es mayor cuando los recursos económicos de la sociedad son distribuidos de modo que los consumidores estén dispuestos a satisfacer sus necesidades tan plenamente como lo permitan las restricciones tecnológicas. El bienestar del consumidor en este sentido, simplemente no es otro término que para el bienestar de la nación. El derecho antitrust ha construido de este modo una preferencia para la prosperidad material, pero tiene nada que decir sobre las formas en que la prosperidad material es distribuida o utilizada. Estas son cuestiones de otras leyes. El bienestar del consumidor, como término utilizado en el derecho antitrust, no tiene un componente suntuario o ético, sino que permite a los consumidores definir mediante su expresión de necesidades en el lugar del mercado qué cosas considera como bienestar. Los procedimientos antitrust constituyen un proceso ... para incrementar el bienestar colectivo ...que sea producido y vendido en condiciones más favorables a los consumidores. ...este proceso puede ser visto bajo dos aspectos (a) la asignación o distribución de las fuerzas productivas disponibles y los materiales entre las varias líneas de la industria y (b) la coordinación efectiva de los varios medios de producción en cada industria en unas agrupaciones que producirán el mejor resultado. Estos dos factores convenientemente serán denominados eficiencia en la distribución y eficiencia productiva. ...estos dos tipos de eficiencia delinean la eficiencia global que determina el nivel de bienestar de nuestra sociedad o el bienestar del consumidor. El objetivo global de antitrust puede resumirse como el esfuerzo en desarrollar la eficiencia en la distribución sin dañar la eficiencia productiva de tal forma que produzca ni ganancia ni pérdida neta en el bienestar del consumidor.... Robert Bork. *The Antitrust Paradox: a Policy at War with itself* 1.978 New York: Basic Books. Págs. 90-91.

está implicado con el consumidor en el sentido literal. La Comisión considera así que el concepto de “consumidores” abarca a todos los usuarios directos o indirectos de los productos afectados por la conducta, incluyendo productores intermedios que utilizan los productos como un insumo, así como distribuidores y consumidores finales tanto del producto inmediato o final y de los productos proporcionados por productores intermedios. Cuando se trata de los usuarios intermedios que son los competidores reales o potenciales de la empresa dominante, la valoración se enfoca en los efectos de la conducta sobre los usuarios hacia más abajo.

La Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva observa que el objetivo de la Comisión en relación a la conducta de exclusión es asegurar que las empresas dominantes no dañen la competencia efectiva al aniquilar a sus rivales en una forma anticompetitiva y teniendo así un impacto adverso en el bienestar del consumidor.<sup>835</sup> Esta declaración, es más un intento de armonizar criterios con el derecho antitrust norteamericano, sin embargo no va más allá, ya que debe tenerse en cuenta que entre los objetivos del derecho de competencia comunitario figura además el objetivo de la integración en el mercado, que implica por ejemplo que las empresas tienen la responsabilidad especial de no permitir que su conducta dañe la competencia genuina y no distorsionada en el mercado común, que precisamente es particularmente importante en el contexto del objetivo más amplio de conseguir un mercado interno integrado<sup>836</sup>, lo que obligará que en determinados casos, se considere que bajo ciertas circunstancias, un competidor menos eficiente también puede ejercer una coacción competitiva efectiva, lo que debe ser tomado en cuenta cuando por ejemplo, una conducta basada en el precio conduzca a la aniquilación anticompetitiva.<sup>837</sup> Bajo estas premisas, no se puede decir que se esté fomentando el bienestar del consumidor, ya que por el contrario, podría implicar que durante cierto tiempo, el consumidor tenga que soportar productos a precios más altos que lo que permitiría la competencia si no se protegiese a este competidor menos eficiente.

La jurisprudencia ha confirmado repetidamente que el artículo 82 TCE se aplica no sólo a comportamientos que dañan directamente a los consumidores, sino también a conducta que va en su detrimento a través del impacto en la estructura de competencia como la establecida en el artículo 3(1)(g) EC.

---

<sup>835</sup> §19 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

<sup>836</sup> *Ibidem* § 1

<sup>837</sup> §23 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

Esto indica claramente que el daño (potencial) al consumidor es un elemento constitutivo en las prácticas que dañan directamente a los consumidores. La misma noción de explotación presupone el daño real o potencial ocasionado al consumidor. En comparación con el daño indirecto que podría resultar de la eliminación real o potencial del mercado de empresas rivales de la empresa en posición de dominio por medios anormales.

El TPI ha señalado al respecto en *Virgin/British Airways*<sup>838</sup>, que el derecho de la competencia se dirige a proteger la estructura del mercado contra las distorsiones artificiales y protege así lo mejor posible los intereses de los consumidores a medio y largo plazo. Y en *Van Den Bergh Foods*<sup>839</sup>, el concepto de abuso se justifica por el objetivo de no ocasionar un perjuicio a los consumidores.

En los abusos que afectan a la estructura competitiva, la protección del consumidor o la prevención del daño al consumidor es claramente el criterio importante –sino decisivo– para el control del abuso. Sin embargo, no es un componente necesario de este tipo de abuso. La protección del proceso competitivo está motivada por la idea que los consumidores son servidos mejor si las empresas son obligadas a competir, y están al mismo tiempo protegidas en sus esfuerzos de competir sobre los méritos. La razón para prohibir las distorsiones al proceso competitivo mediante el uso del poder de mercado como tal, es decir, requiriendo la prueba del daño real al consumidor es como señala Fox<sup>840</sup>, el motivo por el que los sistemas de competencia han sido instituidos en más de 100 países: es la afirmación que la competencia es la mejor forma de conseguir bienes de calidad a los mejores precios, y la mejor forma de estimular que las empresas se comporten de forma responsable.

Aunque es verdad que bajo el apartado b) del artículo 82 TCE se menciona de forma explícita al consumidor, y que esta norma es utilizada como la base legal para condenar la conducta que impide o reduce la producción de los competidores, la referencia al daño al consumidor es para ser explicada por la naturaleza particular de este abuso en su significado central, que es la reducción de la propia producción de la empresa dominante. En este contexto, el requerimiento del daño al consumidor es una calificación sensible y así necesaria, que impide que la prohibición sea aplicada a todas

---

<sup>838</sup> Sentencia TPI *Virgin/British Airways/Comisión*, § 264, confirmada por el TJCE Caso C-95/04 P

<sup>839</sup> §157 Sentencia TPI de 23-10-2003, as. 65/98. *Van Den Bergh Foods Limited c/ Comisión CE y otros*. RJ 2003.

<sup>840</sup> Eleanor Fox. “Abuse of Dominant and Monopolisation: How to Protect Competition without Protecting Competitors”. En *European Competition Law Annual 2003*. pág. 4.

las limitaciones de la propia producción de la empresa en posición de dominio. No puede asumirse que deba ser un prerrequisito general para los abusos anticompetitivos, la mención del daño al consumidor en este ejemplo particular de un abuso de poder de mercado, quiera significar alterar el concepto básico del control de abuso en el sentido que la prueba del daño al consumidor inmediato, agregado a la prueba de la conducta relevante, sea de distorsión de la competencia.

#### *4.2.3. El perjuicio injustificado a los demás participantes en el mercado*

Considerando los ejemplos de comportamiento abusivo contemplados en el artículo 82 TCE, párrafo 2, parecen indicar que la noción de abuso supone que algunos agentes económicos sufren un perjuicio injustificado<sup>841</sup>

La política de competencia comunitaria debe asegurar que en todas las etapas de desarrollo del mercado interno exista la cantidad adecuada de competencia para que los requerimientos del Tratado estén cumplidos y sus objetivos conseguidos. Este deseo de mantener una estructura competitiva, ordena una vigilancia constante de las instancias comunitarias sobre los abusos por las empresas en posición dominante.

Entonces, de la norma resulta que el abuso es un daño que ocasiona la empresa en posición de dominio, y que el derecho de competencia debe proteger. No es necesario que el daño sea real y efectivo, basta con que la conducta sea objetivamente adecuada para causarlo.<sup>842</sup> Sólo cuando no puede justificarse una operación más eficiente del mecanismo del mercado, esta limitación justificable de la libertad de otros operadores se convierte indebida y es un abuso.

Al contrario, un comportamiento de mercado nunca será abusivo cuando sea realmente necesario para el funcionamiento adecuado del mercado, y así constituya un elemento indispensable de la competencia funcional, sólo cuando esta necesidad no se puede invocar, se convierte indebido el daño a los otros participantes del mercado.<sup>843</sup>

Entonces, el daño a la competencia derivado del comportamiento anticompetitivo, puede proporcionar a la empresa, la oportunidad de explotar esta posición, a costa de los consumidores. Por esta razón, a los abusos con efectos anticompetitivos, le seguirán los abusos con efectos explotativos. Una empresa excluirá a los competidores mediante

---

<sup>841</sup> Considerando los términos “no equitativos”, “perjuicio”, “desventaja”, y “suplementarias”, que figuran en la lista de ejemplos del artículo 82 TCE. Etienne Cerexhe. “L’interpretation de l’article 86 du Traite de Rome et les premieres decisions de la Commission”. En *Cah. Dr. Eur.* 1972. Pp. 272 y ss.

<sup>842</sup> Jaume Pellisé Capell. *La “Explotación Abusiva” de una Posición Dominante (Arts. 82 TCE y 6 LEDC)*. Editorial Civitas. Madrid 2002. Pág. 160.

<sup>843</sup> P. Vogelenzang. *Ibidem*, pag. 66.

precio predatorio (un abuso con efectos anticompetitivos que proporciona beneficios a corto plazo a los consumidores), sólo para elevar sus precios a niveles supracompetitivos subsecuentemente, y así, incurriendo en abuso con efectos explotativos.

El abuso que produce efectos en la competencia, es probable que no tenga un efecto directamente dañino a los clientes de la empresa dominante, y así, resultará en beneficios para ellos, al menos a corto plazo; sin embargo, en su mayoría, resultarán en su perjuicio a largo plazo.<sup>844</sup>

La Comisión señala que este perjuicio injustificado derivado de la conducta puede afectar a las condiciones de entrada y expansión de los competidores en general, o a un competidor específico que desempeña un rol competitivo significativo<sup>845</sup>, pudiendo resultar además que estos competidores no disponen de contraestrategias reales, efectivas y oportunas. En otros casos, pueden resultar afectados determinados clientes seleccionados o proveedores de insumos seleccionados, que sean de importancia particular para la entrada o expansión de los competidores, fomentando así la probabilidad de aniquilación anticompetitiva. Por ejemplo, pueden ser aquellos clientes que respondan con más probabilidad a las ofertas de proveedores alternativos, que representan un medio particular de distribuir el producto, que podría favorecer la entrada de un nuevo competidor, aquellos clientes que pueden estar situados en un área geográfica adecuadamente dispuesta a la nueva entrada, o pueden influir el comportamiento de otros clientes. En el caso de proveedores de insumos, aquellos con los que la empresa dominante ha concluido contratos de suministro exclusivo, pueden ser aquellos más dispuestos a responder a los requerimientos de clientes que en un mercado hacia abajo, son competidores de la empresa dominante, o pueden producir un grado o nivel del producto –o producen en una determinada localidad- particularmente disponible a la entrada nueva. También será considerada cualquier estrategia a

---

<sup>844</sup> Jonathan Faull y Ali Nikpay. *The EC Law of Competition*. Oxford University Press. 1999. Por ejemplo, la fijación de rebajas de fidelidad anuales a sus clientes por la empresa en posición de dominio, implicará su perjuicio a medio o en el largo plazo, cuando accede un competidor que pueda ofrecer rebajas mejores, y éstos no puedan acceder a estas ofertas, debido a que perderían las ventajas económicas que les proporciona la dominante supeditadas a su fidelidad durante todo el año.

<sup>845</sup> Así, un rival específico, con una cuota de mercado pequeña, comparada a los demás competidores, puede jugar un rol competitivo significativo, por ejemplo, puede ser el competidor más cercano a la empresa dominante, o ser un competidor particularmente innovador, o tener la reputación de recortar sistemáticamente los precios.



disposición de los clientes o proveedores de insumos que puedan contribuir a efectuar un contrapeso a la conducta de la empresa dominante.<sup>846</sup>

Aparte de los actos que distorsionan la competencia, la lista contemplada en el artículo 82(2) incluye ejemplos de conducta prohibida, en los casos que un acto de una posición dominante que no teniendo un efecto actual o potencial en la competencia de la intensidad requerida constituiría un abuso bajo el artículo 82 TCE si está incluido en uno de los ejemplos de la lista de la norma. Se deberá investigar la forma y naturaleza de la conducta en cuestión. Sin embargo, no es fácil la aplicación a los casos reales de los supuestos de abuso enumerados en el 82 TCE.

Bajo el apartado a), tiene que demostrarse el carácter “desleal” de los precios o de otras condiciones de comercio; el carácter desleal podría implicar tanto precios y condiciones excesivas y discriminatorias.

Bajo el ítem b), el efecto determinante de la conducta abusiva es el “perjuicio a los consumidores” causado por una limitación de la producción, los mercados o el desarrollo técnico.

Bajo el apartado c), las condiciones discriminatorias aplicadas a los clientes debe colocarles en una “desventaja competitiva”; aquí, se requiere al menos el efecto potencial en la competencia, pero probablemente de un grado más limitado que el requerido bajo el criterio general.

Finalmente, bajo el ejemplo d) todo los acuerdos de tying (o vinculación) son abusivos si “por su naturaleza o de acuerdo al uso comercial” las obligaciones suplementarias no tienen conexión con el objeto de los contratos; la caracterización de la conducta abusiva aquí parece depender más del criterio objetivo, que hará de los acuerdos de tying virtualmente una violación per se del artículo 82 TCE si además se cumplen los demás criterios.

Entonces, desde el punto de vista del derecho de competencia, los casos de abuso contenidos en la lista del artículo 82 TCE, pueden ser considerados abuso, sea o no que tengan un efecto real o potencial en la competencia en el mercado comunitario. Excepto, por supuesto, en el caso donde tal efecto en la competencia es requerido en un contexto específico por el lenguaje utilizado en uno de los casos enumerados.

Siragusa<sup>847</sup> y otros autores,<sup>848</sup> señalan que los casos que no afectan la estructura del mercado, están limitados a la lista de ejemplos del artículo 82 TCE. Sin embargo,

---

<sup>846</sup> §20 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

<sup>847</sup> M. Siragusa, ob. cit. pág. 401.

vemos que la jurisprudencia comunitaria, en consistencia con el texto del artículo 82 TCE, que establece el abuso de una posición de dominio, “será incompatible con el Mercado Común, en la medida que pueda afectar al comercio entre los Estados Miembros”; ha incluido entre estos comportamientos, aquellos que perjudicando directamente los intereses de los consumidores, atentan contra los principios fundamentales del derecho comunitario, establecidos en el Tratado CE<sup>849</sup> como el objetivo de la integración del mercado y el principio de no discriminación establecido en el artículo 12 (antiguo artículo 7), reflejado en abusos que implican cualquier tipo de discriminación contra nacionales o residentes de otros Estados Miembros<sup>850</sup>.

## 5. Modalidades de comportamiento abusivo

Podemos extraer las modalidades de comportamiento abusivo de la jurisprudencia, donde en el caso *Irish Sugar*<sup>851</sup>, el TPI señala: “Según reiterada jurisprudencia, el concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en situación de posición dominante que puede influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trata, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada y que produce el efecto de obstaculizar, recurriendo a medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios basada en las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del grado de competencia que aún existe en el mercado o el desarrollo de dicha competencia (sentencias *Hoffmann-La Roché/Comisión*<sup>852</sup>, y *Akzo/Comisión*<sup>853</sup>). De lo anterior se deduce que el artículo 86 del Tratado (actual 82 TCE) prohíbe que una empresa que ocupa una posición dominante elimine a un competidor y refuerce así su posición, recurriendo a medios distintos a los que resultan

---

<sup>848</sup> Véase también Valentine Korah. “Interpretation and Application of article 86 of the Treaty of Rome: Abuse of a Dominant Position within the Common Market”. En *Notre Dame Law Review*. 1978 vol. 53 pp. 768 y ss. En 796. Véase también la opinión del Abogado General Reischl ante el TJCE en el caso *Hoffmann-La Roché/Comisión* de 19-9-1978: hay entonces, una afirmación de que el fundamento del dominio va acompañado con un debilitamiento de la estructura del mercado; el TJCE interpretará entonces el abuso incluyendo a la conducta de una empresa dominante que limita la competencia restante. Y Waelbroeck y Frignani, ob. cit. pag. 361.

<sup>849</sup> Decisión de la Comisión CE de 20-7-1999. *Copa del Mundo de Fútbol 1998*. DOCE L5/55 de 8-1-2000. § 100. Decisión de la Comisión de 25-7-2001 *Deutsche Post AG*. 2001/892/CE. DOCE L 331/40 de 15-12-2001. § 133.

<sup>850</sup> Decisión de la Comisión CE 20.06.71. *Gema*. DOCE L134. 2-6-1971. Decisión de la Comisión CE de 29-10-1981. *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH*. DOCE L370/49. 28-12-1981. Sentencia TJCE 2-3-1983. *GVL c/. Comisión*. Caso 7/82. RJ 1983 p. 0483 – 0510. Decisión *Copa del Mundo de Fútbol 1998* ya citada, § 100. Decisión *Deutsche Post AG*, ya citada, § 100

<sup>851</sup> Sentencia TPI 7-10-1999. *Irish Sugar Plc c/. Comisión* As. T-228/97. RJ 1999 § 111.

<sup>852</sup> Sentencia *Hoffmann-La Roché/Comisión*. Ya citada § 91.

<sup>853</sup> Sentencia TJCE *Akzo/Comisión*, ya citada § 69.

de una competencia basada en los méritos. En esta perspectiva, no toda competencia basada en los precios puede considerarse legítima (sentencia *Akzo/Comisión*<sup>854</sup>) –abuso con efectos anticompetitivos-. La prohibición que establece el artículo 86 (actual 82) del Tratado se justifica también por el objetivo de no causar perjuicios a los consumidores (en este sentido, véanse las sentencias del TJCE *Europemballage y Continental Can/Comisión*<sup>855</sup>, y *Suiker Unie y otros/Comisión*<sup>856</sup>) – abuso con efectos de explotación-.

La Comisión, por su parte, recientemente, al analizar el carácter abusivo de las prácticas atribuidas a *Michelin II*<sup>857</sup> señala al respecto, que puede tratarse de conductas que tienen por objeto o que pueden tener como efecto eliminar competidores (abuso anticompetitivo); o de comportamientos que una empresa no podría adoptar sin comprometer su propio interés en un mercado competitivo o si no dispusiera de un poder de dominio en el mercado (abuso explotación).

También en la Comunicación de la Comisión de las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado<sup>858</sup>, distingue dos tipos de abuso: que denomina ‘exclusión abusiva’ y ‘explotación abusiva’. En el caso de abuso de posición dominante conviene distinguir entre los abusos que plantean barreras a la entrada o eliminan competidores (exclusión abusiva) y aquellos mediante los cuales la empresa dominante se aprovecha de su poder económico, como por ejemplo, practicando precios excesivos o discriminatorios (explotación abusiva).<sup>859</sup>

La Comisión en su Guía para la aplicación del artículo 82, está dedicada a la conducta de exclusión de las empresas dominantes, para la salvaguarda del proceso competitivo en el mercado interno y asegurar que las empresas que ostentan una posición dominante no excluyan a sus rivales por medios diferentes que la competencia sobre los méritos de los productos o servicios que suministran.<sup>860</sup> En cuanto a los abusos explotativos la Guía señala: “la conducta que es directamente explotativa de los consumidores, por ejemplo, la fijación de precios excesivamente altos o algún comportamiento que influya en los esfuerzos en conseguir un mercado interno integrado, también puede infringir el

---

<sup>854</sup> Ibidem, § 70.

<sup>855</sup> Sentencia del TJCE de 21-2-1973. *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. / Comisión* As. 6/72. Reports of Cases 1973 pages 0215 – 0253. § 26.

<sup>856</sup> Sentencia de 16-12-1975. *Société Anonyme Générale Sucrière y otros*. Asuntos acumulados 40-48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73 RJ 1977 p. 445, ¶ 526 y 527.

<sup>857</sup> Decisión de la Comisión de 20 de junio de 2001. *Michelin*. N°36.041 (2002/405/CE). DOCE L143/1 de 31.5.2002. § 210, Confirmado por Sentencia TPI de 30-09-2003. *Caso Manufacture française des pneumatiques Michelin c/ Comisión CE*. As. T-2003/01.

<sup>858</sup> Comunicación de la Comisión de las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado. (2004/C 101/07) DOCE 27-4-2004. C101/81.

<sup>859</sup> § 73 de la Comunicación citada.

<sup>860</sup> § 6 de la Guía de la Comisión para la aplicación del artículo 82 TCE citado.

artículo 82. La Comisión decidirá intervenir en relación a esta conducta, en particular si la protección de los consumidores y el buen funcionamiento del mercado interno, no puede ser asegurado adecuadamente de otro modo.<sup>861</sup>

Existen por tanto, dos grandes grupos de conductas abusivas, en función de los efectos que produce en los diferentes operadores en mercado:

Primero, los comportamientos que de forma indebida, eliminan o amenazan eliminar a la competencia, o dañan su posición competitiva, en cualquier nivel del mercado. Al comportamiento de una empresa en posición de dominio que tendría el efecto de impedir el desarrollo de la competencia, se le denomina abuso anticompetitivo, abuso monopolización<sup>862</sup>, abuso de exclusión<sup>863</sup>, abuso estructural<sup>864</sup>, exclusión abusiva<sup>865</sup>, o conductas excluyentes<sup>866</sup>. (al que denominamos “abuso anticompetitivo”).

Segundo, aquellos comportamientos de una empresa en posición de dominio, en los que aunque no hay efecto actual ni potencial en la competencia, sólo pueden ser desarrollados por quien ostenta una posición de dominio, produciendo un perjuicio directo a los consumidores, a este comportamiento se le conoce como abuso explotación<sup>867</sup>, abuso desleal, abuso de comportamiento<sup>868</sup>, abuso explotativo,<sup>869</sup> explotación abusiva<sup>870</sup>, conductas explotadoras<sup>871</sup> (al que denominamos “abuso de explotación”).

La mayoría de la doctrina coincide en distinguir estas dos modalidades de abuso<sup>872</sup>. Aunque hay algunos autores que distinguen otras modalidades.<sup>873</sup>

---

<sup>861</sup> Ibidem §7. Y §3 del Documento de la Comisión.

<sup>862</sup> Waelbroeck y Frignani, ob.cit. pág. 361.

<sup>863</sup> Véase XXVI Informe sobre la Política de Competencia, 1996, § 59, la Comisión le denomina “prácticas de exclusión”. Y Faull y Nikpay, ob.cit. pág. 146. Bellamy y Child, ob.cit. pág. 721. Así también lo denomina la Comisión en su Documento.

<sup>864</sup> B. Goldman-Lyon-Caen, ob.cit. pág. 425.

<sup>865</sup> Véase § 73 de la Comunicación de la Comisión de las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado. (2004/C 101/07) DOCE 27-4-2004. C101/81.

<sup>866</sup> Jesús Alfaro Águila-Real, “Delimitación...” ob.cit. pág. 199

<sup>867</sup> Waelbroeck y Frignani, ob.cit. pág. 361.

<sup>868</sup> B. Goldman-Lyon-Caen, ob. cit. pág. 425.

<sup>869</sup> Faull y Nikpay, ob.cit. pág. 146, Bellamy y Child ob. cit. pág. 721.

<sup>870</sup> Véase § 73 de la Comunicación de la Comisión de las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado. (2004/C 101/07) DOCE 27-4-2004. C101/81.

<sup>871</sup> Jesús Alfaro Águila-Real, “Delimitación...” ob.cit. pág. 199

<sup>872</sup> Véase por ejemplo: Korah “*An Introductory Guide...*” ob cit.; Bellamy & Child. *Competition Law* 5<sup>th</sup> Ed. Londres 2001. Sweet and Maxwell. Pág. 532, Faull y Nikpay, ob.cit; Waelbroeck y Frignani, ob.cit. B. Goldman y Lyon-Caen, ob.cit. pág. 422-4. Luc Gyselen. “Abuse of Monopoly Power Within the Meaning of Article 86 of the EEC Treaty: Recent Developments” 1989 *Corporate Law Institute 1992 and EEC/US Competition and Trade Law Fordham University School of Law*. Barry Hawk Editor.. Hay otros autores que hacen clasificaciones diferentes, aunque la conclusión es que fundamentalmente son estas dos modalidades de abuso, véase por ejemplo: Jaume Pellisé Capell. *La “Explotación Abusiva” de una*

En un mismo comportamiento, no es de extrañar pueda tener a la vez efectos anticompetitivos y consecuencias de explotación.<sup>874</sup> Así, no existe una demarcación rígida entre estas dos categorías: una empresa dominante que fija precios discriminatorios estará explotando su posición al obtener un beneficio máximo a costa de los clientes y dañando la competencia al hacer más difícil a otras empresas el acceso al mercado. El rechazo en el suministro tendrá fines explotativos, por ejemplo, cuando lleva a cabo con el objeto que el cliente pague un precio más alto, y efectos anticompetitivos cuando es intentado para excluir a un competidor suministrador del mercado.

Es importante establecer que del análisis de la jurisprudencia, resulta una tercera categoría de casos bajo el artículo 82 que están relacionados con los abusos que van en perjuicio directo del mercado único. Por ejemplo, el precio excesivo, que es un abuso explotativo, y sería una maniobra para impedir las importaciones paralelas y para limitar la competencia entre marcas, como en el caso *British Leyland/Comisión*<sup>875</sup>.

#### - *Diferencias entre el abuso anticompetitivo y el abuso de explotación*

##### a) *La finalidad de la conducta*

---

*Posición Dominante (Arts. 82 TCE y 6 LEDC)*. Editorial Civitas, págs. 210 y ss. Madrid 2002. John Temple Lang. "Some aspects of abuse of dominant positions in european community antitrust law." En *Fordham International Law Forum*. Volumen 3. 1979-80, Number 1. pp. 1-51. Y Sanoussi Bilal y Marcelo Olarreaga. "Regionism, Competition Policy and Abuse of Dominant Position". *Journal Of World Trade*. Junio 1998. Vol. 32. Richard Whish. *Competition Law* 5<sup>th</sup> Ed. Butterworths. 2003. Londres U.K. pág. 194. Jesús Alfaro Águila-Real, "Delimitación..." ob.cit. pág. 199

<sup>873</sup> Eilsmanberger considera dentro de los abusos anticompetitivos dos categorías: a) Aquellos comportamientos comerciales que son abusivos en sí mismos debido a sus efectos. b) los comportamientos comerciales que bajo otros estándares serían considerados generalmente como competencia normal y no cuestionable, y por ello son empleados también por empresas no dominantes, pero que se convierten abusivos por sus efectos perjudiciales a la competencia, a estos comportamientos les denomina "abuso estructural" Thomas Eilmansberger. "How Distinguish Good from Bad Competition under Article 82 EC: in search of Clearer and More Coherent Standards for Anti-competitive Abuses." En *C.M.L.R.* Vol. 42, 2005. págs. 129-177. La misma clasificación efectúa Ritter y Brown, añadiendo que se trata de una forma radical de abuso de exclusión, donde la empresa dominante adquiere o se fusiona con un competidor y así reduce el grado de competencia en el mercado, reforzando su posición de dominio. Lennard Ritter y David Braun. *E.C. Competition Law*. Bruselas 1999. p. 353.

Temple Lang, agrega una tercera categoría, los abusos represalia o 'reprisal', cuando el comportamiento de una empresa en posición de dominio es efectuado para dañar o interferir seriamente con el negocio de otra empresa. John Temple Lang. "Monopolisation and the Definition of 'Abuse' of a Dominant Position under article 86 EEC Treaty". *C.M.L.R.* 1979 pp.345 y ss en 364.

<sup>874</sup> FAULL; Jonathan, y NIKPAY, Ali. *The EC Law of Competition*. Oxford University Press. 1999, Bellamy y Child, ob. cit. pág. 721; J. Pellisé, "Explotación abusiva..." ob. cit., entre otros.

<sup>875</sup> Decisión de la Comisión CE de 2.7.1984. *British Leyland*. DOCE L207/11 02.08.1984 Sentencia de 11-11-1986. *British Leyland Limited Company c/. Comisión de la C.E.* Causa 226/84. RJ 1986 p. 3263.

En el abuso con efectos anticompetitivos, con el objeto de mantener o incrementar su posición de dominio, la empresa puede utilizar una serie de comportamientos para modificar las reglas del mercado a su favor, por ejemplo, utilizará comportamiento aniquilador, impidiendo la entrada al mercado de nuevos competidores, o puede afectar la posición competitiva de los demás competidores en el mercado, por ejemplo, acordando con sus clientes, contratos o pactos de suministro exclusivo a cambio de la concesión de algunas ventajas o condiciones beneficiosas en precios, o servicios, de este modo, la posición dominante absorbe a una gran cantidad de clientes en el mercado, dejando reducidas posibilidades de acceder a estos clientes por los demás competidores. Adoptará prácticas predatorias para obligar la salida, o el retraso en la expansión en el mercado, de sus competidores, por ejemplo, aplicando precio predatorio. Si la empresa quiere disciplinar a sus clientes o proveedores, utilizará su poder de mercado para discriminar entre sus proveedores o compradores, negándoles el suministro, dañando su negocio, o prohibiendo la reventa, ocasionándoles de este modo, una desventaja competitiva. Los consumidores se verán afectados de forma mediata, cuando por ejemplo, la empresa dominante fije a su arbitrio sus precios a sus clientes, que finalmente afectarán a los consumidores.

Por el contrario, en el abuso de explotación, una empresa no podría adoptar este comportamiento sin comprometer su propio interés si se encontrara en un mercado competitivo, su posición de dominio le confiere un poder para alterar las condiciones del mercado a su favor, así, la empresa explota las ventajas que le proporciona su posición en el mercado, aplicando precios o condiciones de comercio desleales en sus productos o servicios, afectando de este modo a los consumidores o usuarios finales de forma directa.

#### *b) Las relaciones entre los operadores económicos*

El abuso anticompetitivo, produce efectos perjudiciales al nivel de sus competidores, en las relaciones horizontales, es decir, en el mismo mercado donde la empresa dominante está presente (denominado también abuso de primera línea), por ejemplo, una empresa que tiene la administración de un puerto marítimo y que tiene posición dominante en el mercado del transporte marítimo de transbordadores. La empresa en posición dominante abusa de su posición si rechaza a contratar en el mercado de arriba (la administración del puerto marítimo), con empresas con las que compite en el mercado

de abajo (mercado del transporte marítimo de transbordadores), con el objeto de reforzar su posición en este segundo mercado.

El abuso anticompetitivo también puede producir efectos en la competencia a nivel vertical, en cualquier otro mercado hacia arriba –proveedores- o hacia abajo – distribuidores, clientes- (denominado también abuso de segunda línea). Por ejemplo, un rechazo a contratar con clientes que operan en un mercado donde la empresa dominante no está presente, y procede a fijar condiciones discriminatorias entre ellos, debilitando potencialmente de este modo la competencia en este mercado. El rechazo sin embargo, puede estar dirigido también a los clientes (por ejemplo, distribuidores, almacenistas) que favorecen a los competidores de la empresa dominante. En este caso, el rechazo, también daña indirectamente la competencia donde la empresa dominante está presente. Si se trata de un comprador dominante, el abuso podría afectar la competencia entre sus competidores, los demás compradores, (abuso de primera línea) o la competencia en cualquier otro mercado, por ejemplo, la competencia entre los proveedores de ésta. (abuso de segunda línea)

Mientras que en el abuso de explotación la relación sólo es a nivel vertical hacia abajo o hacia arriba, dependiendo del caso, en el primero se trata de aquellos clientes o usuarios finales que dependen de la empresa dominante para su suministro o adquisición de los bienes o servicios relevantes. Si se trata de una empresa dominante en la compra, la relación es vertical hacia arriba entre ésta y sus proveedores.

### *c) Los efectos en la estructura de competencia.*

En el abuso anticompetitivo, el comportamiento tiene efectos actuales o potenciales en la estructura de competencia, para establecer en qué grado la afecta está en función del comportamiento analizado, que va desde el efecto que ocasiona la retirada de un competidor, la afectación de su posición competitiva mediante una amenaza real o potencial a su negocio, le impide la entrada o expansión mediante la creación estratégica de barreras a la entrada, el rechazo a contratar con determinados clientes, ocasionándoles en su mercado una desventaja competitiva, al no poder competir en las mismas condiciones que las demás, entre otros comportamientos destinados en general a afectar de algún modo la posición competitiva de los competidores en el mercado, con el objeto de que la empresa en posición de dominio mantenga o incremente su posición en el mercado.

Por el contrario, en el abuso de explotación, no es necesario un efecto en la competencia, para efectuar el comportamiento, hace uso de las ventajas que le proporciona su poder económico para imponer precios de compra o venta desleales u otras condiciones desleales de comercio, o cuando debido a la ineficiencia o inercia no satisface al consumidor con productos de calidad o no efectúa las innovaciones necesarias en su producto o servicio, o deja una gran cantidad de demanda insatisfecha, estos comportamientos resultan en un daño directo a los consumidores o usuarios finales.

## **6. El efecto de la conducta abusiva en el comercio entre los Estados Miembros**

Para que el comportamiento abusivo sea juzgado bajo el artículo 82 TCE, debe afectar al comercio entre los Estados Miembros. El criterio del comercio inter estatal es de importancia central en el derecho de competencia comunitario, ya que define ‘la frontera entre las áreas que cubren respectivamente el derecho de competencia comunitario y el derecho de cada Estado Miembro’<sup>876</sup>.

La función delimitadora de competencias da a la cláusula comunitaria un fuerte calado político, puesto que si se adopta una interpretación amplia o restrictiva, depende que se extienda o reduzca la esfera del Derecho europeo de la competencia y, con ella, las competencias de las autoridades comunitarias.

Tradicionalmente, las autoridades comunitarias han adoptado una generosa interpretación extensiva, que ha dilatado al máximo el posible campo de aplicación del Derecho de la competencia comunitario, prueba de ello es que en el pasado las alegaciones de las empresas implicadas de que el comportamiento enjuiciado no afectaba al comercio intracomunitario, raramente ha tenido éxito.<sup>877</sup> La condición ha sido construida a la luz de la necesidad de establecer y mantener un mercado único.<sup>878</sup>

La doctrina inicial no aceptó inequívocamente que la condición representaba un criterio jurisdiccional independiente. Se sugirió que formaba parte de la valoración sustantiva de la conducta al analizar los artículos 81 y 82 TCE, sin “un efecto” de carácter dañino en el flujo del comercio.<sup>879</sup>

---

<sup>876</sup> Sentencia TJCE *Consten and Grundig c. Comisión* C-56-58/64 , RJ 1966 299 en pág. 341. Sentencia TJCE *Hugin Kassaregister AB c/ Comisión CE*. As. C-22/78. RJ 1979 p. 1869-1899.

<sup>877</sup> Richard Whish. *Competition Law* 3 Ed. Butterworths. 2003. Londres U.K. pág. 213.

<sup>878</sup> Valentine Korah. *An introductory guide to EC Competition, Law and practice*. Ed. Hart Publishing. Oxford 2.007. pág. 51.

<sup>879</sup> Véase Berthold Goldman, Antoine Lyon-Caen, Louis Vogel. *Droit Commercial Européen*. 5 Ed. Ed. Précis Dalloz. 1994 Paris. §s 791-796.



En el ámbito del artículo 82 TCE, se considera que un abuso de una posición dominante afecta al comercio entre los Estados miembros cuando es capaz de influir, de un modo que puede ser directo o indirecto, real o potencial, en el flujo del comercio en los bienes o servicios entre los Estados miembros<sup>880</sup>.

La Comisión, ha sistematizado los principios desarrollados por los tribunales comunitarios en relación con la interpretación del concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 TCE en la Comunicación de la Comisión sobre las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del TCE<sup>881</sup>. El artículo 3 del Reglamento 1/2003 del Consejo<sup>882</sup> establece la relación entre los artículos 81 y 82 del TCE y las normas nacionales sobre competencia.

Según el § 1 del artículo 3 del Reglamento 1/2003 del Consejo,<sup>883</sup> obliga a las autoridades de competencia y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros a aplicar también los artículos 81 y 82 TCE cuando aplican el Derecho nacional de competencia a los acuerdos y prácticas abusivas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros. Por otra parte, esta norma, no obliga a las autoridades de competencia y a los órganos jurisdiccionales nacionales a aplicar el Derecho nacional de competencia cuando aplican los artículos 81 y 82 TCE a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas y a las prácticas abusivas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros. En estos casos podrán aplicar únicamente la normativa comunitaria de competencia.<sup>884</sup>

El criterio del efecto sobre el comercio es un criterio autónomo del Derecho comunitario que debe evaluarse por separado en cada caso. Es un criterio jurisdiccional que define el ámbito de la aplicación del Derecho comunitario de competencia<sup>885</sup>. No es

---

<sup>880</sup> Sentencia TJCE *Consten and Grundig c. Comisión* C-56-58/64, RJ 1966 299 en pág. 341. Sentencia TJCE de 11-7-1985, *Remia c. Comisión* As. C-42/1984. RJ 2545. § 22.

<sup>881</sup> Comunicación de la Comisión de las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado. (2004/C 101/07) DOCE 27-4-2004. C101/81.

<sup>882</sup> Reglamento CE N° 1/2003 del Consejo de 16-12-2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. DOCE L 1/1 de 4.1.2003.

<sup>883</sup> § 1 del Artículo 3 del Reglamento anteriormente citado: “*Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas en el sentido del § 1 del artículo 81 del Tratado que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros a tenor de esa disposición, aplicarán también a dichos acuerdos, decisiones o prácticas el artículo 81 del Tratado. Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a una práctica abusiva prohibida por el artículo 82 del Tratado, aplicarán también a la misma el artículo 82 del Tratado*”

<sup>884</sup> Véase § 9 de las Directrices relativas al concepto del efecto mencionadas.

<sup>885</sup> Véase § 11 de las Directrices relativas al concepto del efecto y Sentencia TJCE *Consten and Grundig c. Comisión* C-56-58/64, RJ 1966 299 en pág. 341. Sentencia C6/73 y 7/73, *Commercial Solvents/Comisión*. Rec. 1974 p. 223.

aplicable a los acuerdos y prácticas que no puedan afectar de forma apreciable al comercio entre los Estados miembros.

El criterio del efecto sobre el comercio limita el alcance de la aplicación de los artículos 81 y 82 TCE a aquellos acuerdos y prácticas que puedan producir un nivel mínimo de efectos transfronterizos en la Comunidad. En palabras del TJCE, el acuerdo o la práctica deben afectar al comercio entre los Estados miembros de manera “significativa”.<sup>886</sup>

En el caso del artículo 82 TCE, es el comportamiento abusivo el que debe afectar al comercio entre Estados miembros. Sin embargo esto no implica que cada elemento de la conducta deba evaluarse de forma aislada. La conducta que forme parte de una estrategia global aplicada por la empresa dominante debe evaluarse en función de su repercusión general. Cuando una empresa dominante adopte diversos comportamientos con un mismo objetivo, por ejemplo los abusos destinados a eliminar o excluir competidores, basta con que por lo menos uno de ellos pueda afectar al comercio entre los Estados miembros para que sea aplicable el artículo 82 TCE a todos los comportamientos que formen parte de la estrategia global.<sup>887</sup>

De la redacción de los artículos 81 y 82 TCE y de la jurisprudencia de los tribunales comunitarios se desprende que, al aplicar el criterio del efecto sobre el comercio, deben tenerse en cuenta tres elementos:

- a) el concepto de “comercio entre los Estados miembros”,
- b) la noción de “pueda afectar”, y
- c) El concepto de “apreciabilidad”

En cuanto al desarrollo de los tres elementos, nos remitimos a las Directrices relativas al concepto del efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 TCE ya citadas, además, del íntegro desarrollo e idóneo comentario que hace al respecto el Profesor Alonso Soto<sup>888</sup>.

- ***Aplicación a los tipos comunes de prácticas abusivas.***

---

<sup>886</sup> Sentencia TJCE *Béguelin* As. 22/71. Rec 1971, p. 949 § 16. y § 13 de la Comunicación de las Directrices relativas al concepto del efecto mencionada.

<sup>887</sup> Véase a este respecto el as. 85/76, *Hoffmann-La Roché/Comisión*. Rec. 1979 pág. 461, § 126. citado en el § 17 de la Comunicación de las Directrices relativas al concepto del efecto mencionada.

<sup>888</sup> Ricardo Alonso Soto. “Las Relaciones entre los Derechos Comunitario Europeo y Español de la Competencia”. En *Tratado de Derecho de la Competencia*. José María Beneyto Pérez y Gerónimo Maillo González-Orus. Tesys Industria Gráfica. Barcelona. 2005. Capítulo 2, págs. 59-107

La Comisión tendrá en cuenta los elementos cualitativos relacionados con la naturaleza del acuerdo o práctica y de los productos afectados. La Comunicación para dar una orientación suplementaria en cuanto a la aplicación del concepto de efecto sobre el comercio, proporciona varios tipos comunes de acuerdos y prácticas, veremos aquí las prácticas abusivas, distinguiendo aquellas que abarcan varios Estados miembros y las que se limitan a un único Estado miembro o a una parte de un Estado miembro. Estas dos categorías principales se dividen a su vez en otras subcategorías en función de la naturaleza del acuerdo o de la práctica. También se examinan las prácticas que atañen a terceros países.

*a) Abusos que abarcan o se aplican en varios Estados miembros*<sup>889</sup>

En casi todos los casos las prácticas abusivas que abarcan o se aplican en varios Estados miembros pueden, por su propia naturaleza, afectar al comercio entre los Estados miembros. Por consiguiente, cuando el volumen de negocios pertinente supera el umbral superior a los 40 millones de euros, no será necesario en la mayor parte de los casos realizar un análisis pormenorizado de la posibilidad de que el comercio entre los Estados miembros se vea afectado. Sin embargo, conviene explicar los factores que se suelen usar para acreditar la aplicabilidad del Derecho comunitario.

En caso de abuso de posición dominante conviene distinguir entre los abusos que plantean barreras a la entrada o eliminan competidores (exclusión abusiva) y aquellos mediante los cuales la empresa dominante se aprovecha de su poder económico, por ejemplo practicando precios excesivos o discriminatorios (explotación abusiva). Ambos tipos de abuso pueden llevarse a cabo ya sea mediante acuerdos, que también entra en el ámbito de aplicación del § 1 del artículo 81 o mediante una conducta unilateral, que, en lo que respecta al derecho comunitario, sólo está sujeta al artículo 82 TCE.

En explotaciones abusivas tales como los descuentos discriminatorios, la repercusión se produce sobre los socios comerciales del mercado posterior, que resultan beneficiados o perjudicados, lo cual altera su situación competitiva y afecta a las corrientes del comercio entre los Estados miembros.

Cuando una empresa dominante incurre en una conducta excluyente en más de un Estado miembro es posible que tal abuso afecte, por su propia naturaleza, al comercio entre los Estados miembros. Semejante conducta tiene un impacto negativo en la

---

<sup>889</sup> Véase §§ 73-76 de la Comunicación de las Directrices sobre el efecto citada.

competencia en una zona que trasciende el territorio de un solo Estado miembro, que puede desviar las corrientes comerciales del curso que habrían seguido de no haber existido el abuso. Por ejemplo, las corrientes comerciales pueden verse afectadas cuando la empresa dominante concede descuentos de fidelidad. Es probable que los clientes incluidos en el régimen de descuentos excluyentes compren menos a los competidores de la empresa dominante de lo que hubieran comprado de no existir el descuento. La conducta excluyente que pretende directamente eliminar un competidor, como los precios predatorios, también puede afectar al comercio entre Estados miembros debido a su repercusión sobre la estructura de competencia en la Comunidad. Cuando una empresa dominante incurre en una conducta destinada a eliminar a un competidor que opera en más de un Estado miembro, se puede afectar al comercio de varias maneras. Primero, existe un riesgo de que el competidor afectado deje de ser una fuente de suministro dentro de la Comunidad. Aun cuando no consiguiera eliminar al competidor en cuestión, es probable que su futura conducta competitiva se viera afectada, lo que también puede repercutir sobre el comercio entre los Estados miembros. En segundo lugar, el abuso puede producir un impacto en otros competidores. A través de su comportamiento abusivo la empresa dominante puede hacer ver a sus competidores que impondrá su disciplina frente a las tentativas de dedicarse a una auténtica competencia. En tercer lugar el propio hecho de la eliminación de un competidor puede bastar para poder afectar al comercio entre Estados miembros. Esto puede ocurrir incluso cuando la empresa que corre el peligro de ser eliminada se dedica principalmente a exportar a terceros países.<sup>890</sup> A partir del momento en que existe el peligro de que la estructura de la competencia efectiva en la Comunidad se vea más afectada, es de aplicación el Derecho comunitario.

Cuando una empresa dominante incurre en explotaciones o exclusiones abusivas en más de un Estado miembro, la posibilidad de que el abuso afecte al comercio entre Estados miembros también será en principio apreciable, por su propia naturaleza. Dada la posición de mercado de la empresa dominante en cuestión y el hecho de que el abuso se aplica en varios Estados miembros, la dimensión del abuso y su probable repercusión sobre las corrientes comerciales suele ser tal que puede afectar de forma apreciable al comercio entre Estados miembros. En casos de explotación abusiva tales como la discriminación de precios, el abuso altera la posición competitiva de los socios comerciales en varios Estados miembros. En los casos de exclusión abusiva, como los abusos destinados a eliminar a un competidor, se ve afectada la actividad económica de

---

<sup>890</sup> Véase §§ 32 y 33 de la sentencia *Commercial Solvents* citada.

los competidores en varios Estados miembros. La mera existencia de una posición dominante en varios Estados miembros ya implica un debilitamiento de la competencia en una parte sustancial del mercado común.<sup>891</sup> Cuando una empresa en posición dominante debilita la competencia aún más al incurrir en una conducta abusiva -por ejemplo, eliminando a un competidor-, la posibilidad de que el abuso afecta el comercio entre Estados miembros es, en principio, apreciable.

Tratándose de los abusos de explotación, donde la práctica afecta directamente a los consumidores, sin hacerlo a la competencia potencial o existente, la Comisión ha declarado, que no es necesario que el comportamiento afecte a la estructura de la competencia en un mercado determinado, en perjuicio de los competidores de la empresa dominante, aunque la aplicación del artículo 82 TCE requiere a menudo una evaluación del efecto de la conducta de una empresa sobre la estructura de competencia en un mercado determinado, no se debe excluir la aplicación de dicho artículo cuando no exista semejante efecto. El artículo 82 TCE protege los intereses de los consumidores, protección que debe lograrse prohibiendo la conducta de las empresas dominantes que ponga en peligro la competencia libre y su falseamiento o que sea directamente perjudicial para los consumidores. Así pues, tal como ha sido expresamente admitido por el TJCE<sup>892</sup>, el artículo 82 TCE puede aplicarse, cuando sea pertinente, a las situaciones en las que la conducta de una empresa en posición dominante perjudica directamente los intereses de los consumidores aunque no produzca efecto alguno sobre la estructura de la competencia.<sup>893</sup> Es decir, aunque no excluya ni amenace la posición competitiva de competidores actuales o potenciales.

*b) Abusos que sólo abarcan un Estado miembro o una parte del mismo.*<sup>894</sup>

---

<sup>891</sup> Con arreglo a la jurisprudencia reiterada, una posición dominante es una situación de fortaleza económica de que disfruta una empresa y que le permite impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de actuar en buena medida con independencia de sus competidores, de sus clientes y, en última instancia de los consumidores. Véase por ejemplo, el § 38 de la Sentencia *Hoffmann-La Roché* citada.

<sup>892</sup> Sentencia de 21-2-1973, *Continental Can, As. 6/72, Rec. 1973, p. 215*, § 26: [según esta jurisprudencia, el artículo 82 TCE...] “no sólo se dirige a las prácticas que puedan perjudicar directamente a los consumidores, sino también a aquellas que sean perjudiciales para los mismos debido a su impacto sobre la eficacia de la estructura de competencia...”.

<sup>893</sup> § 99 y 100 de la Decisión de la Comisión CE de 20-7-1999. *Copa del Mundo de Fútbol 1998*. DOCE L5/55 de 8-1-2000. La Comisión estableció que la venta de entradas en los mercados de productos afectados, el CFO impuso unas condiciones para la venta al público en general que produjeron el efecto de impedir el acceso a dichos mercados a la inmensa mayoría de los residentes fuera de Francia. Así pues, el requisito de facilitar una dirección en Francia impuesto para las ventas del paquete Pass France 98 y para las ventas individuales de entradas a los aficionados al fútbol, en 1996 y 1997 afectó considerablemente al comercio entre los Estados miembros. § 116 de la Decisión.

<sup>894</sup> §§ 93 a 99 de la Comunicación de las Directrices sobre el efecto.

Cuando los acuerdos o las prácticas abusivas abarcan el territorio de un único Estado miembro, puede ser necesario proceder a una investigación más detallada de la capacidad de los acuerdos o de las prácticas abusivas para afectar al comercio entre Estados miembros. Se recuerda que para que se produzca un efecto sobre el comercio entre los Estados miembros no es necesario que se reduzca el comercio. Basta con que se pueda causar un cambio apreciable en las corrientes comerciales entre los Estados miembros. Sin embargo, en muchos casos en los que sólo se ve afectado un Estado miembro, la naturaleza de la presunta infracción y, en especial su tendencia a cerrar el mercado nacional constituye una buena indicación de la capacidad del acuerdo o de la práctica para afectar al comercio entre Estados miembros. La Comunicación proporciona algunos ejemplos al respecto.

El comercio entre Estados miembros puede en principio verse afectado cuando una empresa que ocupe una posición dominante que abarca la totalidad de un Estado miembro incurra en exclusiones abusivas. Por lo general, esta conducta abusiva hará más difícil que los competidores de otros Estados miembros penetren en el mercado, en cuyo caso las corrientes comerciales pueden verse afectadas. Por ejemplo, en el asunto *Michelin*<sup>895</sup>, el TJCE sostuvo que un sistema de descuentos de fidelidad excluía a los competidores de otros Estados miembros y, por lo tanto, afectaba al comercio en el sentido del artículo 82 TCE. En el asunto *Rennei*<sup>896</sup> el Tribunal sostuvo asimismo que un abuso en forma de obligación de compra exclusiva impuesta a los clientes excluía los productos de otros Estados miembros.

Las exclusiones abusivas que afectan a la estructura de la competencia en un Estado miembro, por ejemplo eliminando o amenazando con eliminar a un competidor, también pueden afectar al comercio entre los Estados miembros. Cuando la empresa que puede ser eliminada sólo opera en un solo Estado miembro, el abuso no afectará en principio al comercio entre Estados miembros. Sin embargo, el comercio entre Estados miembros puede verse afectado cuando la empresa amenazada exporta o importa de otros Estados miembros<sup>897</sup> y cuando también opera en otros Estados miembros.<sup>898</sup> El impacto disuasivo del abuso sobre otros competidores puede producir un efecto en el comercio. Si, merced a una conducta repetida, la empresa dominante adquiere una reputación de aplicar prácticas excluyentes con respecto a los competidores que pretenden competir directamente, es probable que los competidores de otros Estados miembros compitan de

---

<sup>895</sup> Sentencia TJCE de 9-11-1983. *Caso NV Nederlandsche Baden Industrie Michelin v. Comisión de la CE*. Causa 322/81. RJ 1983 p. 3461 y ss.

<sup>896</sup> Sentencia TJCE 61/80, *Coöperative Stremsel – en Kleurselfabriek*, REc. 1981, p. 851, § 15.

<sup>897</sup> Véase Sentencia TPI Irish Sugar/Comisión, citada, § 169.

<sup>898</sup> Véase § 70 de la Sentencia TPI RTE (Magill) citada.

forma menos agresiva, en cuyo caso el comercio puede verse afectado, aun cuando la víctima en cuestión no proceda de otro Estado miembro.

En los casos de explotación abusiva, como la discriminación de precios y los precios excesivos, la situación puede ser más compleja. La discriminación de precios entre clientes nacionales no afectará en principio al comercio entre Estados miembros. Puede hacerlo, sin embargo, cuando los compradores exportan y resultan perjudicados por los precios discriminatorios o si se utiliza esta práctica para impedir las importaciones. Las prácticas consistentes en ofrecer unos precios inferiores a los clientes que tienen mayores probabilidades de importar productos de otros Estados miembros pueden hacer más difícil que los competidores de otros Estados miembros se introduzcan en el mercado. En estos casos se puede afectar al comercio entre Estados miembros.

Mientras una empresa ocupe una posición dominante que abarca el conjunto de un Estado miembro, no suele ser importante que el abuso concreto de la empresa dominante sólo abarque una parte de su territorio o sólo afecte a ciertos compradores en el territorio nacional. Una empresa dominante puede impedir de forma significativa el comercio mediante la aplicación de una conducta abusiva a los ámbitos o a los clientes que tengan mayores probabilidades de constituir el objetivo de los competidores de otros Estados miembros. Por ejemplo, puede darse el caso de que un canal particular de distribución constituya un medio particularmente importante de acceder a amplias categorías de consumidores. El hecho de obstaculizar el acceso a tal canal puede repercutir de modo sustancial sobre el comercio entre Estados miembros. Al evaluar la apreciabilidad también debe tenerse en cuenta que es probable que la mera presencia de la empresa dominante que abarca la totalidad de un Estado miembro baste para dificultar la penetración del mercado. Así pues, se debería considerar que cualquier abuso que haga más difícil la penetración en el mercado nacional afecta sensiblemente al comercio. La combinación de la posición de mercado de la empresa dominante y de la naturaleza contraria a la competencia de su conducta implica que tales abusos tienen normalmente, por su propia naturaleza un efecto apreciable sobre el comercio. Sin embargo, si el abuso tiene un carácter puramente local o sólo concierne a una parte insignificante de las ventas de la empresa dominante en el Estado miembro en cuestión, el comercio no puede verse afectado de forma apreciable.

*c) Abuso de posición dominante que sólo abarca una parte de un Estado miembro.*

Cuando una posición dominante sólo abarca una parte de un Estado miembro, cabe tener en cuenta, como en el caso de los acuerdos, la condición del artículo 82 TCE que exige que la posición dominante abarque una parte sustancial del mercado común. Si la posición dominante cubre una parte de un Estado miembro que constituye una parte sustancial del mercado común y el abuso hace más difícil que los competidores de otros Estados miembros accedan al mercado en el que la empresa es dominante, se debe considerar que el comercio entre Estados miembros suele poder verse afectado de forma apreciable.

Al aplicar este criterio debe tenerse en cuenta especialmente la dimensión del mercado en cuestión en términos de volumen. Una región e incluso un puerto o un aeropuerto situado en un Estado miembro pueden, dependiendo de su importancia, constituir una parte sustancial del mercado común. En estos casos debe tenerse en cuenta si la infraestructura en cuestión se utiliza para prestar servicios transfronterizos y, en caso afirmativo, hasta qué punto. Cuando ciertas infraestructuras tales como aeropuertos y puertos son importantes desde el punto de vista de la prestación de servicios transfronterizos, es posible que el comercio entre Estados miembros se vea afectado.

Al igual que en el caso de las posiciones dominantes que abarcan la totalidad de un Estado miembro, si el abuso tiene un carácter puramente local o sólo concierne a una parte insignificante de las ventas de la empresa dominante, es posible que el comercio no se vea afectado de forma apreciable.

Tratándose de comportamientos abusivos en la forma del abuso de explotación, y que abarcan un Estado miembro, o parte de éste. Vemos en la doctrina<sup>899</sup> que existen dos criterios jurisdiccionales para la aplicación de los artículos 81 y 82 TCE del efecto en el comercio entre los Estados Miembros y el impacto en la Comunidad necesario para justificar la jurisdicción.

El primero es la estructura competitiva: considerar si hay algún cambio en la estructura de competencia<sup>900</sup>. Aunque este test puede utilizarse en los casos del artículo 82 TCE, también puede aplicarse bajo el artículo 81(1).

---

<sup>899</sup> Faull; Jonathan, y Nikpay, Ali. *The EC Law of Competition*. Oxford University Press. 1999, párrafos 2100 y ss. Jonathan Faull. "Effect on Trade Between Member States and Community: Member State Jurisdiction". § 22. 1989 *Fordham Corporate Law Institute*. 1992 and EEC/US Comparative and Trade Law. Fordham University School of Law. Barry Hawk editor.

<sup>900</sup> Sentencia del TJCE de 6-3-1974. *Istituto Chemioterápico Italiano SpA y Commercial Solvents Corporation c/. Comisión de la CE*. Casos juntos 6 y 7/73. RJ 1994 p. 223. § 33 "cuando una empresa en posición dominante dentro del mercado común abusa de su posición en tal forma que un competidor en el mercado común es probable de ser no se cuestiona si la conducta se relaciona a las exportaciones de esta última o a su comercio dentro del mercado común, una vez que se ha establecido que esta eliminación tendrá repercusiones en la estructura competitiva en el mercado común" y Sentencia TJCE 26-6-1978. *United Brands Continental BV/Comisión*. Caso 27/76. RJ 1978 pág. 349. § 201. "si el que ocupa una



El segundo es el criterio del flujo del comercio. Es el criterio del efecto en el comercio entre los Estados miembros, que las Directrices han asumido, así, las directrices establecen que al aplicar el criterio del efecto, consideran tres elementos: -) el concepto de “comercio entre los Estados miembros”, -) la noción de “pueda afectar”, que requiere definir la naturaleza del impacto necesario sobre el comercio entre los Estados miembros. Que implica que debe ser posible de prever con un grado suficiente de probabilidad, con arreglo a un grupo de factores objetivos de derecho o de hecho, que el acuerdo o práctica pueda tener una influencia directa o indirecta, real o potencial, en las corrientes comerciales entre Estados miembros, y -) el concepto de “apreciabilidad”, que puede valorarse considerando la posición y la importancia que las correspondientes empresas tengan en el mercado de los productos de que se trate.

Entonces, el flujo del comercio debe estar causado o ser previsiblemente probable de desarrollarse de modo diferente de lo que habría sido el caso en ausencia del acuerdo o conducta implicada. Este efecto en el comercio no tiene que ser ‘dañina’ o ‘negativa’<sup>901</sup>. Incluso no es necesario establecer que el comercio entre los Estados Miembros esté realmente afectado: es suficiente demostrar simplemente que la práctica restrictiva es capaz de tener este efecto. Este criterio está fácilmente cumplido en casos de bienes y servicios comercializados entre los Estados Miembros o mediante acuerdos entre empresas situadas o que operan en más de un Estado Miembro. Sin embargo, si un acuerdo cubre la totalidad de un Estado Miembro necesariamente afectó el comercio, porque debido a su naturaleza, separó los mercados nacionales uno del otro, afectando de este modo el objetivo de la integración del mercado comunitario<sup>902</sup>. El enfoque clásico para este criterio fue la sentencia del TJCE en *Vereeninging Cementhandelaren c. Comisión*, donde el Tribunal señaló que un acuerdo que se extiende sobre la totalidad del territorio de un estado miembro debido a su naturaleza tiene el efecto de reforzar la compartimentalización de los mercados sobre unas bases nacionales, de este modo impide la interpenetración que el tratado ha diseñado y protege la producción nacional.<sup>903</sup>

Este último criterio, el del flujo del comercio resulta aplicable cuando consideramos el efecto en el comercio entre los Estados Miembros tratándose de los abusos de

---

posición dominante, establecida en el mercado común se propone eliminar a un competidor que también está establecido en el mercado común, no preocupa si este comportamiento se relaciona al comercio entre los estados miembros una vez que se ha demostrado que esta eliminación tendrá repercusiones en los flujos de competencia en el mercado común”.

<sup>901</sup> Casos Juntos C-56 y 58/64 *Consten and Grundig c/ Comisión CE* RJ1966 Pág. 299 – 341

<sup>902</sup> Sentencia TJCE *Comisión c. Italia* As. 35/96 RJ 1998 I-3851, § 48.

<sup>903</sup> Sentencia TJCE *Vereeninging van Cementhandelaren c. Comisión*. As. 8/72 RJ 1972 977 § 29.

explotación, limitado a un solo Estado miembro, o a parte del mismo, donde la evidencia o el análisis prospectivo basado en el dato económico, es el dato necesario para establecer el requisito de la afectación. El TJCE señaló en el caso *Bagnasco*<sup>904</sup> que si la cuestión era saber si los acuerdos nacionales en el sector de los servicios financieros cubrían la totalidad de un Estado miembro, debían considerarse de afectar el comercio. El Tribunal señaló que las condiciones bancarias uniformes establecidas por la Asociación de la Banca Italiana en relación a los contratos para la apertura de facilidades crediticias de cuenta corriente no eran vinculables en afectar el comercio entre los Estados Miembros. Al llegar a esta conclusión el Tribunal tuvo que considerar los fundamentos de la Comisión respecto a que los servicios bancarios en cuestión implicaron actividades económicas que tienen un impacto muy limitado en el comercio entre los estados y que hubo participación limitada de las subsidiarias o sucursales de bancos no italianos. El Tribunal no siguió la opinión de su Abogado General quien propuso que las condiciones en cuestión, aplicadas por la casi totalidad de los bancos operando en Italia, redujeron la competencia entre los bancos y debían ser considerados contrarios al artículo 81. El efecto de la sentencia *Bagnasco* parecería ser que el simple hecho que un acuerdo cubre un Estado Miembro particular ya no es suficiente en sí mismo para establecer que el comercio ha sido afectado.

Aunque el enfoque principal no ha cambiado en los años (influencia directa o indirecta, real o potencial, en la estructura de competencia y en el flujo de comercio entre los Estados miembros), el análisis necesario para establecer este efecto ha sido clarificado y gradualmente endurecido. Hoy, la Comisión, las autoridades nacionales y los tribunales aplican el artículo 81(1) sobre las bases de la evidencia o el análisis prospectivo basado en el dato económico que la conducta en cuestión es genuinamente capaz de afectar el flujo del comercio apreciablemente.

*d) Abusos referentes a importaciones y exportaciones con empresas radicadas en terceros países, y abusos que atañen a empresas radicadas en terceros países.*<sup>905</sup>

Los artículos 81 y 82 TCE se aplican a los acuerdos y prácticas que pueden afectar al comercio entre Estados miembros incluso aunque una o varias partes estén situadas fuera de la Comunidad. Los artículos 81 y 82 TCE se aplican independientemente del lugar donde las empresas estén establecidas o donde se haya concluido el acuerdo

---

<sup>904</sup> Sentencia del TJCE de 21-1-99. *Carlo Bagnasco y otros c/ Banca Popolare di Novara, Soc. Cooperativa Srl (BPN)* Cuestiones Prejudiciales acumuladas C-215/96 y C-216/96, RJ 1999 p.

<sup>905</sup> §s 100-109 de la Comunicación de las directrices sobre el efecto citada.

siempre que acuerdo o práctica se aplique en la Comunidad o produzca sus efectos en la misma. Los artículos 81 y 82 TCE también pueden aplicarse a los acuerdos y prácticas que abarcan terceros países, a condición de que puedan afectar al comercio entre Estados miembros. El principio general establecido en la Comunicación según el cual el acuerdo o la práctica deben ser capaces de producir una influencia apreciable, directa o indirecta, real o potencial, sobre las corrientes comerciales entre Estados miembros, también se aplica cuando los acuerdos y abusos atañen a empresas radicadas en terceros países o a importaciones y exportaciones con terceros países.

Para establecer la aplicabilidad del Derecho comunitario basta con que el acuerdo o práctica, que atañe a terceros países o a empresas situadas en terceros países, pueda afectar a la actividad económica transfronteriza dentro de la Comunidad. La importación en un Estado miembro puede bastar para producir este tipo de efecto. Las importaciones pueden afectar a las condiciones de la competencia en el Estado miembro importador, lo cual a su vez puede tener un impacto en las exportaciones e importaciones de productos competidores hacia y desde otros Estados miembros. Es decir, las importaciones procedentes de terceros países que sean fruto del acuerdo o práctica pueden causar una desviación del tráfico comercial entre Estados miembros, afectando así a las corrientes comerciales.

Al aplicar el criterio del efecto sobre el comercio a los citados acuerdos y prácticas conviene examinar, entre otras cosas, el objeto del acuerdo o de la práctica según se desprenda de su contenido o de la intención subyacente de las empresas implicadas.

Cuando el objeto del acuerdo o práctica sea restringir la competencia dentro de la Comunidad, el requisito de producir efectos sobre el comercio entre Estados miembros es más fácil de probar que cuando el objeto estriba fundamentalmente en regular la competencia fuera de la Comunidad. Efectivamente, en el primer caso, el acuerdo o la práctica producen un impacto directo sobre la competencia dentro de la Comunidad y sobre el comercio entre los Estados miembros. Tales acuerdos y prácticas, que pueden referirse tanto a importaciones como a exportaciones, suelen, por su propia naturaleza, poder afectar al comercio entre Estados miembros.

En el caso de los acuerdos y prácticas cuyo objeto no estriba en restringir la competencia dentro de la Comunidad, normalmente es necesario proceder a un análisis más detallado para comprobar si efectivamente pueden afectar a la actividad económica transfronteriza dentro de la Comunidad y, por ende, a las corrientes comerciales entre los Estados miembros.

A este respecto es pertinente examinar los efectos que el acuerdo o práctica producen en los clientes y otros operadores dentro de la Comunidad que dependen de los productos de las empresas participantes en el acuerdo o práctica. En el asunto *Compagnie Maritime Belge*<sup>906</sup>, relativo a unos acuerdos entre navieras que operaban entre puertos comunitarios y puertos de África Occidental, se afirmó que los acuerdos podían afectar indirectamente al comercio entre Estados miembros porque alteraban las zonas de influencia de los puertos comunitarios cubiertos por los acuerdos y porque afectaban a las actividades de otras empresas dentro de esas zonas. Más concretamente, los acuerdos afectaban a las actividades de empresas que dependían de las partes para los servicios de transporte ya fuera como medio para el transporte de mercancías compradas o vendidas en terceros países, o como elemento importante de los servicios que ofrecían los propios puertos.

La puesta en práctica de la política de defensa de competencia comunitaria por parte de las instituciones comunitarias, ha suscitado efectivamente dificultades en el extranjero. La Comisión ha tropezado con la resistencia de los Estados no comunitarios a colaborar en la transmisión de las notificaciones de los procedimientos sobre competencia, la dificultad de la obtención de pruebas en el extranjero y la imposibilidad de ejecutar las sanciones impuestas fuera de territorio comunitario<sup>907</sup>. La mejor vía para solucionar estos problemas no sería otra que la conclusión de convenios internacionales de colaboración entre las autoridades encargadas de defender la libre competencia. Un importante paso ha sido el Acuerdo entre el gobierno de los Estados Unidos de América y la Comisión de las Comunidades Europeas relativo a la aplicación de su Derecho de la competencia de 23 de septiembre de 1991.<sup>908</sup> Y el Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de los Estados Unidos de América sobre observancia de los principios de cortesía positiva en la aplicación de sus normas de competencia<sup>909</sup>.

---

<sup>906</sup> Sentencia TJCE 16-3-2000. As. Acumulados C-395 y 396/96 P. *Compagnie Maritime Belge Transports SA y otros c/. Comisión CE*. RJ 2000 I-1365.

<sup>907</sup> Calvo Caravaca y Carrascosa, *ob.cit.* pág. 428.

<sup>908</sup> *Revue des affaires européennes* n° 4, 1991, pp. 69-73.

<sup>909</sup> DOCE L 173 de 18-6-1998.

## CAPITULO IV: EL ABUSO ANTICOMPETITIVO

Esquema:

7. Introducción.
8. El abuso anticompetitivo y la sección 2 de la Ley Sherman
9. Concepto de abuso anticompetitivo
10. Elementos de la definición de abuso anticompetitivo
  - 10.1. La capacidad de la conducta de excluir o aniquilar
  - 10.2. La conducta abusiva: la demostración que la posición de dominio recurrió a medios diferentes de la competencia sobre los méritos.
11. Tipos de abuso anticompetitivo
  - 11.1. Abusos en precio y no precio
  - 11.2. Los ejemplos contenidos en la lista del artículo 82 TCE.
  - 11.3. Los abusos anticompetitivos de compartimentación del mercado y discriminación de precios indirecta
12. La justificación objetiva al abuso
  - 12.1. La defensa de necesidad objetiva.
  - 12.2. La defensa de eficiencia

### 1. Introducción.

El artículo 82 TCE se aplica a los comportamientos de las empresas en posición de dominio que las instancias comunitarias, consideran que son anticompetitivos porque impiden la entrada, ocasionan la salida, el retraso en la expansión, o impiden la salida de las empresas competidoras actuales o potenciales en el mercado.

La Comisión ha centralizado la modernización de las normas de competencia en cuanto se refiere al artículo 82 TCE en esta categoría de abusos anticompetitivos, lo que se ha llevado a cabo a través de la consulta pública de su Documento<sup>910</sup> y finalmente a través

---

<sup>910</sup> DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Bruselas, Diciembre de 2005, disponible en internet [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)

de la publicación de la Guía de la Comisión para la aplicación del artículo 82 TCE a los abusos de exclusión<sup>911</sup>.

En particular muchos de los comportamientos abusivos, han implicado actuaciones anticompetitivas dirigidas específicamente a empresas nuevas que acceden al mercado, supuestos en los que la Comisión ha señalado que estará dispuesta a investigar estas prácticas y es probable que este comportamiento sea sancionado severamente imponiendo fuertes multas. La Comisión va a ser particularmente vigilante en asegurar que las empresas dominantes, en mercados recientemente liberalizados no actúen de forma abusiva de tal manera que puedan eliminar los beneficios de la liberalización.<sup>912</sup>

Los casos de abusos anticompetitivo han causado más controversia que los abusos de explotación: la empresa en posición de dominio alegará que simplemente estaba compitiendo –que es su obligación- cuando el demandante plantee que no ha efectuado competencia ‘sobre los méritos’ y sea culpable de comportamiento abusivo. Hay una línea muy confusa –algunas veces invisible- entre estas dos posiciones.<sup>913</sup> Por otro lado, la estadística de casos considerados por las instancias comunitarias de abusos anticompetitivos, multiplica los casos de abusos de explotación.

## **2. El abuso anticompetitivo y la sección 2 de la Ley Sherman**

La Sección 2 de la Ley Sherman convierte en ilegal adquirir o mantener el poder de monopolio a través de medios impropios. La monopolización requiere (1) de la posesión del poder de monopolio en el mercado relevante y (2) de la adquisición o mantenimiento voluntario de este poder, que se distingue del poder que se adquiere a través del crecimiento o el desarrollo como una consecuencia de un producto superior, habilidad comercial, o accidente histórico.<sup>914</sup>

Respecto al primer elemento, se trata de poder de mercado sustancial es decir duradero, que implica la habilidad de elevar los precios de forma rentable por encima de lo que se produciría en un mercado competitivo.

Respecto al segundo elemento, está claro que la posesión del poder de monopolio no será ilegal a menos que esté acompañado por un elemento de conducta

---

<sup>911</sup> Communication from the Commission “Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings. Bruselas, 3 de diciembre de 2008. COM(2008). La versión sólo está en inglés. disponible en internet [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)

<sup>912</sup> XXVIII Informe sobre la política de Competencia (1998), punto 71.

<sup>913</sup> Richard Whish. Competition Law 5<sup>th</sup> Ed. Butterworths. 2003. Londres U.K. pág. 196-7. Faull; Jonathan, y Nikpay, Ali. The EC Law of Competition. Oxford University Press. 1999, § 3.19.

<sup>914</sup> Pág. 5 del Informe del Departamento de Justicia norteamericano citado.

anticompetitiva.<sup>915</sup> Esta conducta a menudo se describe como “exclusionaria”, o “predatoria”.

El texto de la norma no ofrece ninguna guía para identificar la conducta prohibida. Las empresas con poder de monopolio conseguido por medios ilegales pueden imponer a los consumidores precios más altos, reducir la producción o proporcionar bienes o servicios de inferior calidad. Además, en algunas circunstancias la existencia de un monopolio puede bloquear la innovación.<sup>916</sup>

Para determinar cuál es el espectro de competencia que debe ser protegido, la jurisprudencia estableció en el caso *Aspen Skiing Co. V. Aspen Highlands Skiing Corp.*<sup>917</sup>, que una empresa operando en tres de las cuatro áreas de esquí en montaña, en Aspen, Colorado, infringió la sección 2 al rechazar continuar cooperando con un competidor pequeño al ofrecer un bono de esquí combinado para las cuatro áreas. El Tribunal Supremo consideró el impacto de la conducta cuestionada en los consumidores y si ésta dañó la competencia en una forma innecesariamente restrictiva.

En *Brooke Group Ltd. C.v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*<sup>918</sup>, el Tribunal se refirió a los elementos de un caso de precio predatorio, observando que incluso cuando los hechos “indican que el precio por debajo del coste podría producir su efecto intentando excluir, todavía habría una cuestión adicional si dañara la competencia en el mercado relevante. En particular, el requerimiento de la recuperación en el caso *Brooke Group*, fue un fruto lógico del interés del Tribunal en proteger la competencia, no los competidores. Ausente la posibilidad de la recuperación a través de precio supracompetitivo, no puede haber daño a la competencia.

De nuevo en su sentencia *NYNEX*<sup>919</sup> de 1998 el Tribunal reafirmó que el requerimiento de la Ley Sherman consiste en el daño al proceso competitivo, explicó que un demandante alegando infracción de la Ley Sherman debe demostrar el daño, no sólo hacia un único competidor, sino al proceso competitivo, es decir, a la competencia en sí misma.

---

<sup>915</sup> *Trinko*, 540 U.S. en 407.

<sup>916</sup> Pág. 10 del Informe del Dpto. de Justicia norteamericano citado.

<sup>917</sup> 472 U.S. 585, 606, 610 (1985)

<sup>918</sup> 509 U.S. 209, 225 (1993)

<sup>919</sup> 525 U.S. 128, 139 (1998)

El Juez Easterbrook<sup>920</sup> observa que definir los contornos de la conducta que infringe la sección 2 es difícil, ya que la conducta competitiva agresiva efectuada por una empresa con poder de mercado es beneficiosa para los consumidores. Los Tribunales deben valorar cuándo la conducta agresiva de exclusión es dañina a los consumidores, y condenarla. El gran problema reside en lo siguiente: la conducta competitiva y la de exclusión se parecen.

El Informe del Departamento de Justicia norteamericano<sup>921</sup> señala que cuando un competidor consigue o mantiene el poder de monopolio a través de una conducta que sirve sólo al propósito de excluir la competencia, esta conducta es claramente impropia. También hay ejemplos de conducta que es claramente legítima, como cuando una empresa introduce un producto nuevo que simplemente es mejor que los ofrecidos por sus competidores. Los casos difíciles se originan cuando la conducta fomenta la eficiencia económica, o refleja el tipo de cambio dinámico y de agitación que es el distintivo de la competencia, pero al mismo tiempo excluye a los competidores a través de medios diferentes de atraer a los consumidores. En estas situaciones, distinguir entre competencia vigorosa por parte de una empresa con poder de mercado sustancial, y las formas ilegítimas de conducta constituye uno de los mayores desafíos para legisladores, tribunales y abogados.

El Informe concluye que es importante distinguir correctamente entre la competencia agresiva y las acciones que excluyen rivales y el daño al proceso competitivo. De este modo, el Informe señala que debe haber preocupación con la sobre disuasión y la sub disuasión, que se traduce en lo señalado por Posner en cuanto que todo profesional implicado en antitrust está de acuerdo en que el diseño de las normas antitrust debe tomar en cuenta los costes y beneficios de la valoración individual de los comportamientos cuestionados<sup>922</sup>, es decir, el empleo de la teoría de la decisión<sup>923</sup>, que articula un proceso para tomar decisiones cuando la información es costosa e imperfecta. La Teoría de la decisión enseña que los estándares legales óptimos deben minimizar los costes de los errores inevitables y los de aplicación, considerando tanto la probabilidad y la magnitud del daño en cada caso.

---

<sup>920</sup> Frank H. Easterbrook, "When is it Worthwhile to Use Courts to Search for Exclusionary Conduct?", en *Columbus Law Review*, 2003, 345.

<sup>921</sup> Pág. 13 del Informe del Departamento de Justicia norteamericano cit.

<sup>922</sup> Richard A. Posner. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. 2da. Edición. The University of Chicago Press 2001.

<sup>923</sup> C. Frederick Beckner III y Steven C. Salop, "Decision Theory and Antitrust Rules" en *Antitrust Law Journal*, Vol. 41, 1.999.



La teoría de la decisión identifica dos tipos de costes de error. Primero, hay errores de tipo I o “falso positivos”, que significa la condena equivocada de la conducta que beneficia la competencia y a los consumidores. El coste de los falso positivos incluye no sólo los costes asociados con las partes ante el tribunal (o comisión), sino también la pérdida de la conducta procompetitiva por otros actores que, debido a una decisión demasiado global o una decisión vaga, son disuadidos de asumir esta conducta por temor de ser demandados, es decir, causa que otras empresas establezcan su comportamiento de forma ineficiente<sup>924</sup>

Segundo, hay los errores del tipo II o “falso negativos”, que significa la exoneración errónea de la conducta que daña la competencia y a los consumidores. Como con los errores falso positivos, el coste de los falso negativos incluye no sólo el fallo en condenar una concreta conducta anticompetitiva del demandado sino también la pérdida en competencia y el daño a los consumidores por la conducta anticompetitiva de otras empresas que no es disuadida.

Cuando se diseñan los textos legales, es importante considerar también los costes de aplicación –los gastos en investigar el caso y los gastos del litigio (incluidas las demandas potenciales)–. Porque los recursos de las agencias son limitados, es importante ejercitar una discreción en la aplicación para promover mejor el bienestar del consumidor. Los costes de aplicación incluyen los recursos judiciales o de las comisiones y agencias dedicados a la aplicación del antitrust, los gastos de las partes en el litigio (incluyendo el tiempo gastado por los directivos y empleados en el litigio, opuesto a producir los productos o servicios), las tasas legales, las costas y otros gastos ocasionados por las empresas al cumplir la ley.

Una manifestación de la teoría de la decisión en la jurisprudencia antitrust es el uso de reglas de ilegalidad per se desarrolladas por los tribunales. Como ha explicado el Tribunal Supremo, estas reglas reducen los costes administrativos de determinar si las categorías determinadas de conducta dañan la competencia y el bienestar del consumidor. Las prohibiciones per se están justificadas cuando la experiencia con la conducta establece que siempre o casi siempre es suficientemente pernicioso, que debe ser condenada sin indagar en sus efectos reales en cada caso.<sup>925</sup> Las reglas de ilegalidad per se no están diseñadas para conseguir la perfección; al contrario, los tribunales

---

<sup>924</sup> Dennis W. Calton. “Does Antitrust Need to Be Modernized?” en *Journal of Economic Perspectives*. Verano 2007, pág. 155 y ss. En 159-60

<sup>925</sup> En *NYNEX Corp. V. Discon, Inc.* 525 U.S. 128, 133 (1998) “Algunos tipos de acuerdos demostrarán ser tan dañinos a la competencia y raramente acreditarán que están justificados, de modo que las leyes antitrust no requieren demostrar que un acuerdo de este tipo es, en realidad, anticompetitivo en las circunstancias particulares.”

admiten explícitamente el hecho potencial que podría penalizar de vez en cuando conducta que en realidad no daña al bienestar del consumidor, sin embargo, la regla está garantizada en la medida que los falso positivos son suficientemente raros y los beneficios procompetitivos de la conducta disuadida por las normas son suficientemente pequeños.

El Informe observa que si uno u otro tipo de error es relativamente raro (y es improbable que el error resulte en daño considerable), el enfoque más importante sería un test de línea clara, fácil de administrar, que reduzca la incertidumbre y minimice los costes administrativos. En el ámbito antitrust, estas reglas pueden tomar la forma de puertos seguros, cuando la conducta es considerablemente probable de implicar beneficios al bienestar del consumidor y cuando es improbable la amenaza de daño anticompetitivo. El mejor ejemplo conocido, es la regla de la Sección 2 aplicable al precio predatorio. Basado en *Matsushita*<sup>926</sup>, el Tribunal en *Brooke Group*<sup>927</sup> estableció un test objetivo en dos etapas para evaluar las demandas de precio predatorio.<sup>928</sup>

El catálogo de comportamientos prohibidos de carácter anticompetitivo, bajo ambas normas, es una clasificación abierta que se efectúa en cada caso, donde es necesario determinar si la conducta en cuestión es capaz de hacer una contribución significativa a la creación, mantenimiento o expansión del poder de monopolio.

Respecto a los tipos de comportamiento que son considerados como anticompetitivos, existen diferencias de enfoque entre ambos sistemas. Así, por ejemplo, en el juzgamiento de los descuentos en paquete o bundling, las rebajas o descuentos de fidelidad, la vinculación o tying, el rechazo a contratar, la contratación exclusiva y el precio predatorio. Tratándose de las rebajas de fidelidad, bajo el derecho antitrust norteamericano, se consideran las reducciones de precio como pro competitivas, en el entendido que los precios bajos no sean predatorios o estén por debajo del coste.

Bajo el Derecho de competencia comunitario, las rebajas de fidelidad se conviertan en un abuso cuando, la empresa en posición de dominio recurre a métodos diferentes de aquellos que condicionan la competencia normal y que tienen como efecto impedir el

---

<sup>926</sup> 475 U.S. 574 (1986)

<sup>927</sup> 509 U.S. 209, 222, 224 (1993)

<sup>928</sup> El Tribunal sostuvo que para que prospere una demanda de precio predatorio, el demandante debe demostrar que el demandado fijó sus precios por debajo de una medida apropiada de sus costes y que “tuvo una posibilidad razonable, o una peligrosa probabilidad, de recuperar su inversión en precios por debajo del coste”. En *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber.*, 127 S.Ct. 1069 (2007) el Tribunal extendió estos principios a los casos de compra predatoria.

mantenimiento del grado de competencia todavía existente en el mercado o el crecimiento de esta competencia. Por ejemplo, las rebajas condicionales que son concedidas sobre la totalidad de las compras de los clientes en determinado período de referencia una vez que se ha excedido un determinado umbral, fijado por encima del nivel en el que el comprador adquiere la mayoría de sus requerimientos, pueden tener un efecto de aniquilación considerable.

En cuanto al precio predatorio, bajo el derecho antitrust norteamericano, se trata de casos raros, y no hay intervención, cuando no haya prueba que las ventas se han efectuado por debajo de una medida de coste económicamente determinada, y la evidencia de una probable recuperación. En el derecho de competencia comunitario, no es necesario que se demuestre la posibilidad de la recuperación, ésta se presume, y además se consideran otros parámetros que se analizarán más adelante.

También difieren en cuanto a la doctrina de las facilidades esenciales<sup>929</sup> y el contexto de la extensión de la posición de dominio a un segundo mercado.<sup>930</sup> Así, no constituye infracción el uso por una empresa dominante de su dominio para afectar otros mercados, lo que denominan el “monopoly leveraging”; en contraste, la concepción del “abuso del dominio” admite una noción de hacer uso del dominio cuando la conducta en el mercado secundario es considerada suficientemente abusiva.<sup>931</sup>

Bajo el derecho antitrust estadounidense, se sigue el modelo microeconómico, que aconseja que no haya ninguna intervención antitrust a menos que la transacción pueda disminuir el bienestar agregado del consumidor, o el bienestar total. De acuerdo a esta

---

<sup>929</sup> Bajo el derecho antitrust norteamericano, la doctrina de las facilidades esenciales está basada en el concepto que “un control de un monopolista de una facilidad esencial o bottleneck puede extender el poder de monopolio de una etapa de producción a otra, y de un mercado a otro. Existen cuatro elementos para establecer que se debe aplicar esta doctrina: 1) el control de una facilidad esencial que implica el poder de eliminar la competencia en el mercado de abajo; 2) la incapacidad práctica o razonable del competidor de duplicar la facilidad esencial; 3) la denegación del uso de la facilidad a un competidor bajo términos razonables; 4) la factibilidad de proporcionar el acceso a esta facilidad. Además, el dueño de la facilidad esencial debe ser un competidor del solicitante, para que la doctrina se aplique. La información también puede ser una facilidad esencial. Véase Brian A. Facey y Dany H. Assaf. “Monopolization and Abuse of Dominance in Canada, The United States, and the European Union: A Survey” en *Antitrust Law Journal* 2002, Vol. 70., pág. 513 y ss, 559.

<sup>930</sup> Constituye una infracción a la Sección 2 de la Ley Sherman, la explotación del poder de mercado en un mercado para ganar una ventaja competitiva en otro mercado, incluso cuando la empresa no quiera monopolizar el segundo mercado. A diferencia en el derecho de competencia comunitario, constituye abuso cuando una empresa dominante en un mercado, efectúa prácticas anticompetitivas en un segundo mercado, incluso cuando la empresa no consiga un monopolio o una posición de dominio en el segundo mercado, como en el caso *Tetra Pak II*. Ver Brian A. Facey y Dany H. Assaf. “Monopolization and Abuse of Dominance in Canada, The United States, and the European Union: A Survey” en *Antitrust Law Journal* 2002, Vol. 70., pág. 513 y ss, 564.

<sup>931</sup> Herbert Hovenkamp. “The Legal Periphery of Dominant Firm Conduct” *The University of Iowa Legal Studies Research Paper* N° 7-21, Sept. 2007. Disponible en [Http://ssrn.com/abstract=1014426](http://ssrn.com/abstract=1014426). Pág.

metodología, no hay violación “exclusionaria”; la violación es explotación. Bajo el Derecho de competencia comunitario, se sigue un criterio más amplio: se observa la estructura del mercado y su dinámica, y se pregunta si la práctica interfiere o degrada el mecanismo del mercado. Se presume que la libertad del comercio (y la competencia y la innovación) sin la obstrucción artificial del mercado deben ser para el interés público, especialmente, el interés económico público. Las barreras deben estar justificadas. Por esta métrica, las prácticas de exclusión injustificadas son anticompetitivas y deben ser prohibidas.<sup>932</sup>

En el derecho antitrust estadounidense, en el contexto de las restricciones de exclusión, se ha establecido una válvula de escape *de facto* no reconocida, que aunque no está directamente relacionada al estándar de la limitación de la producción, permite la protección contra la exclusión injustificada, pero que no necesariamente se trata de una exclusión que limita la producción. Mientras que en el derecho de competencia comunitario, no ha sido necesaria esta válvula de escape oculta, ya que el sistema del derecho de competencia comunitario tiene entre sus objetivos la preservación de la estructura competitiva y el mercado abierto, así como en prohibir la conducta que tenga resultados de explotación.<sup>933</sup>

En el esquema del análisis, en el derecho antitrust americano<sup>934</sup> y en el derecho de competencia comunitario<sup>935</sup>, incluyen una distribución eficiente de la carga de la prueba, y demostración de los efectos dañinos, en los procesos.

No hay diferencias en cuanto a la distribución de la carga de la prueba, bajo el derecho antitrust, el demandante tiene la carga inicial en demostrar que la conducta cuestionada daña el proceso competitivo es decir, un efecto potencialmente anticompetitivo, y entonces, que daña a los consumidores. Segundo, si el demandante demuestra correctamente el efecto anticompetitivo, entonces el monopolista debe ofrecer y demostrar una justificación procompetitiva por su conducta. Tercero, si la justificación

---

<sup>932</sup> Eleanor M. Fox. “What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect”. en *Antitrust Law Journal* 2002, Vol. 70 pág. 372 y ss. en 373. El principio bajo el que los tribunales comunitarios condenan los comportamientos de exclusión por las empresas dominantes, a menos que estén justificados, es frecuentemente expresado como un principio dinámico: el derecho de los actores del mercado a disfrutar del acceso al mercado sobre los méritos. Es un principio de libertad de las empresas no dominantes a comercializar sin obstáculos artificiales construidos por las empresas dominantes, e implica una afirmación que preservando esta libertad es importante para la legitimidad del proceso de competencia y es probable de repercutir en beneficio de todos los operadores del mercado, competidores y consumidores. Véase también Eleanor Fox. “Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity, and Fairness”. *Notre Dame Law Review*. N° 61. Año 1986 pp.981-1020.

<sup>933</sup> Idem, Fox, “What is...” ob. cit. pág. 375.

<sup>934</sup> Pág. 35 y ss. Del Informe del Departamento de Justicia norteamericano citado.

<sup>935</sup> Véase artículo 2 del Reglamento 1/2003 sobre la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, y el §77 del Documento de la Comisión

procompetitiva es irrefutable, entonces el demandante debe demostrar, bajo el estándar aplicable, que el daño anticompetitivo de la conducta supera el beneficio procompetitivo.<sup>936</sup> Mientras que en el derecho de competencia comunitario, el artículo 2 del Reglamento 1/2003<sup>937</sup>, establece que en todos los procedimientos nacionales y comunitarios de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, la carga de la prueba de una infracción recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue. La conducta de exclusión puede escapar a la prohibición del artículo 82 TCE en el caso que la empresa dominante pueda proporcionar una justificación objetiva a su comportamiento o pueda demostrar que su conducta produce eficiencias que compensan el efecto negativo sobre la competencia. La carga de la prueba recaerá sobre la empresa dominante, quien debe invocar una defensa contra la supuesta conducta abusiva, para demostrar bajo el estándar legal de prueba requerido que las condiciones para aplicar esta defensa están satisfechas. Verificado esto, recae sobre la Comisión efectuar un último balance sobre los efectos anticompetitivos y las justificaciones demostradas, y concluir si resulta o no conducta anticompetitiva.

### **3. Concepto de abuso anticompetitivo:**

El artículo 82 TCE prohíbe los actos por las empresas en posición de dominio que tienen el efecto de impedir el mantenimiento del grado de competencia todavía existente en el mercado o el crecimiento de esta competencia.

En *Continental Can*<sup>938</sup>, un caso sobre cambios en la estructura del mercado, que ocasionaban un efecto perjudicial en la competencia, el TJCE señaló que puede ocurrir el abuso cuando una empresa en posición dominante refuerce esta posición en tal forma que el grado de dominio alcanzado disminuye sustancialmente la competencia, de tal modo que sólo permanezcan en el mercado empresas cuyo comportamiento depende de la empresa dominante.

Posteriormente, en *ICI-CSC*<sup>939</sup>, el TJCE señaló que estaban incluidos como abusos aquellos comportamientos que tienen por objeto o efecto excluir competidores del mercado y afectar de este modo la estructura de competencia, aunque no consistan en la utilización o ejercicio de su posición de dominio, por la empresa implicada. De este

---

<sup>936</sup> Págs. viii y 36 del Informe del Dpto de Justicia norteamericano citado.

<sup>937</sup> Véase también el antecedente 5 del Reglamento 1/2003.

<sup>938</sup> Sentencia del TJCE de 21-2-1973. *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. / Comisión* As. 6/72. RJ 1973 pp. 0215 – 0253.

<sup>939</sup> Sentencia del TJCE de 6-3-1974. *Istituto Chemioterápico Italiano SpA y Commercial Solvents Corporation c/. Comisión de la CE.* Casos juntos 6 y 7/73. RJ 1994 p. 223.

modo el TJCE estableció, que los comportamientos pueden ser abusivos por los efectos de distorsionar la competencia existente o su crecimiento.

Finalmente, la definición que ha sido unánimemente seguida por la Comisión y los Tribunales comunitarios es la proporcionada por el TJCE en el caso *Hoffmann-La Roche*<sup>940</sup>:

“...El concepto de abuso es un concepto objetivo relacionado al comportamiento de una empresa en posición dominante que es tal como para influir en la estructura de un mercado donde, como resultado de la presencia de la empresa en cuestión, el grado de competencia está debilitado y que a través del recurso a métodos diferentes de aquellos que condicionan la competencia normal en productos o servicios sobre las bases de las transacciones de los operadores comerciales, tiene el efecto de impedir el mantenimiento del grado de competencia aún existente en el mercado o el crecimiento de esta competencia.”<sup>941</sup>

La Guía de la Comisión opta por dar una definición diferente, aunque se basa en los mismos elementos, señala<sup>942</sup>: el objetivo de la actividad de aplicación por la Comisión en relación a la conducta de exclusión es asegurar que las empresas dominantes no dañen la competencia efectiva al aniquilar a sus rivales en una forma anticompetitiva y teniendo así un impacto adverso en el bienestar del consumidor, ya sea en la forma de niveles de precios más altos o precios que de otro modo habrían prevalecido o en alguna otra forma como la limitación de la calidad o reduciendo la elección de productos o servicios por el consumidor. En la Guía, el término “aniquilación anticompetitiva” es utilizado para describir una situación donde es impedido o eliminado el acceso efectivo por los competidores reales o potenciales a los suministros o los mercados como un resultado de la conducta de la empresa dominante donde ésta puede encontrarse en una

---

<sup>940</sup> Sentencia TJCE de 13-2-1979. *Hoffman-La Roche & Co. A.G. c/. Comisión de la CE*. Caso 85/76. RJ 1979 p. 459. § 91.

<sup>941</sup> A modo de ejemplo, véase: Decisión *Akzo Chemie BV*, ¶. 74; Sentencia *Akzo Chemie BV/Comisión*, ¶. 69. Sentencia TPI *British Plasterboard Plc/Comisión*, Caso T-65/89, RJ 1993 p. II-0389; Decisión de la Comisión CE de 26-2-1992. *British Midland c. Aer Lingus*. DOCE L096 de 10-4-1992 p. 34. ¶. 24; Decisión de la Comisión CE 10-11-1992. *Gillete Company y otros*. DOCE L116/21. 12-5-93. ¶. 23; Decisión de la Comisión CE de 14-5-1997. *Irish Sugar Plc*. DOCE L258/1 de 22-9-1997, ¶. 149; Sentencia TPI 7-10-1999. *Irish Sugar Plc c/. Comisión* AS. T-228/97. RJ 1999. ¶. 111; Sentencia TPI de 17-7-1998, *ITT Promedia NV/Comisión* AS. T-111/96. RJ 1998, ¶. 138; Sentencia TJCE *Michelin/Comisión*, ¶. 70.; Decisión de la Comisión CE de 18-7-1988. *Napier Brown c/ British Sugar*. DOCE L284/41. 19-10-88. ¶. 66; Decisión de la Comisión CE de 11-3-1998 *Van Den Bergh Foods Limited (98/531/CE) L246/1* 4.9.1998. ¶. 265; Decisión de la Comisión CE de la CE de 17-6-1998. *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato*. (98/538/CE)DOCE L252/47 12.9.98, ¶. 33; Decisión de la Comisión CE de 21-12-1993. *Sea Containers Ltd.*. DOCE L015/8. 18-1-1994. ¶. 67. Véase también §57 del Documento de la Comisión.

<sup>942</sup> §19 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva para la conducta de exclusión abusiva

posición de incrementar los precios de forma rentable<sup>943</sup> en detrimento de los consumidores. La Comisión además considerará esta aniquilación anticompetitiva tanto al nivel intermedio y/o al nivel de los consumidores finales.<sup>944</sup>

Vemos que no hay diferencia respecto a la definición de la jurisprudencia, sin embargo es interesante esta definición en cuanto concreta de qué modo la empresa en posición de dominio produce un impacto adverso en el bienestar del consumidor.

De la definición podemos destacar tres cuestiones:

- Primero, el interés central es la aniquilación anticompetitiva: una situación donde el acceso efectivo a los suministros o a los mercados, por los competidores reales o potenciales es impedido o eliminado como resultado de la conducta de la empresa dominante<sup>945</sup>.
- Segundo, el abuso se produce cuando la implicada recurre o existe la posibilidad de que recurra a métodos diferentes de aquellos que condicionan la competencia normal en productos o servicios sobre la base de las transacciones de los operadores comerciales<sup>946</sup>,
- Tercero, la conducta puede dañar a los consumidores en una forma directa o indirecta. En función del tiempo en que la conducta haya estado produciéndose, se dará más peso a los efectos reales. Se presume que el daño a compradores intermedios es para generar daño al consumidor final. Además, se toma en cuenta no sólo es el daño a corto plazo, sino también a medio y largo plazo que se origina de la aniquilación.<sup>947</sup>

---

<sup>943</sup> La Guía en su §11, plantea que la expresión “incremento de precios” incluye el poder de mantener los precios por encima del nivel competitivo y es utilizado como una abreviatura para las varias formas en que los parámetros de competencia –como los precios, la producción, la innovación, la variedad o calidad de los bienes o servicios- puede estar influida por el beneficio de la empresa dominante y en detrimento de los consumidores. A estos efectos los criterios de rentabilidad contable sería un aproximado deficiente para analizar el ejercicio del poder de mercado.

<sup>944</sup> La Guía en su nota al pie 15 establece que el concepto de “consumidores” abarca a todos los usuarios directos o indirectos de los productos afectados por la conducta, incluyendo los productores intermedios que utilizan los productos como un insumo, así como los distribuidores y consumidores finales tanto del producto inmediato y de los productos suministrados por los productores intermedios. Si los usuarios intermedios son competidores reales o potenciales de la empresa dominante, la valoración se enfoca en los efectos de la conducta en los usuarios que están más hacia abajo.

<sup>945</sup> §19 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva y § 56 del Documento de la Comisión.

<sup>946</sup> Definición de abuso en *Hoffmann-La Roché* citada.

<sup>947</sup> §19 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva, y Nota al Pie 15. Véase también § 55 del Documento de la Comisión.

La doctrina de forma unánime invoca como definición de abuso con efectos anticompetitivos la del caso *Hoffmann-La Roché*<sup>948</sup>. Infringe la prohibición cualquier conducta que restringe la competencia entre las empresas existentes, o eleva barreras a la entrada, en el entendido que son sustanciales sus efectos en el mercado.<sup>949</sup>

#### **4. Elementos de la definición de abuso anticompetitivo**

##### **4.1. La capacidad de la conducta de excluir o aniquilar en perjuicio del consumidor**

Para configurar el abuso la jurisprudencia, considera como uno de los elementos de la conducta, las ventajas competitivas que le reporta a la empresa su situación competitiva. Las instancias comunitarias fundamentan así que la conducta de la empresa en posición de dominio implica que los rivales no puedan igualar estas condiciones, aquí reside la aniquilación, como consecuencia de su capacidad para influir en la estructura del mercado precisamente por las características propias de su situación competitiva como por ejemplo debido: a una cuota que multiplica la de sus competidores,<sup>950</sup> o debido a que tiene una gama de productos más amplia y más popular en el mercado relevante<sup>951</sup>, o que su marca goza de una gran notoriedad<sup>952</sup> estas son algunas características que

---

<sup>948</sup> Véase también Faull y Nikpay, ob.cit, pág. 149. John Temple Lang. “Some aspects of abuse of dominant positions in european community antitrust law.” En *Fordham International Law Forum*. Volumen 3. 1979-80, Number 1. pp. 1-51. Pág. 17, según este autor el abuso anticompetitivo es el comportamiento que limita significativamente la competencia intrabrand e interbrand o altera el mercado de tal forma que la competencia es probable de estar reducida significativamente o refuerza el poder económico de la empresa. Y Eduardo Prieto Kessler. “Principales problemas de la regulación del abuso de posición de dominio”. *GJ* 205. Ene-feb.2000, pág. 25. Define a los abusos anticompetitivos como aquellos en los que la empresa dominante trata de limitar la competencia en el mercado con el objeto de mantener y / o aumentar su poder de mercado. Normalmente, dicho tipo de conductas no tiene por qué constituir un fin en sí mismo sino un medio para garantizar la futura explotación de sus clientes o proveedores.

<sup>949</sup> Korah, “Interpretation ...” ob.cit. pág. 772.

<sup>950</sup> §75 Sentencia del TPI de 17-12-2003, As. T-219/99 *British Airways Plc. c/. Comisión CE y Virgin Atlantic Airways Ltd.*. RJ 2004. Sentencia TJCE *Hoffmann-La Roché* §63, Sentencia TJCE *Michelin I*, §52 entre otras.

<sup>951</sup> §156 Sentencia TPI de 23-10-2003, as. 65/98. *Van Den Bergh Foods Limited c/ Comisión CE y otros*. RJ 2003. Sentencia TJCE *Michelin I* citada, §44, Sentencia TPI *Tetra Pak II* citada. §431 de la Decisión *Microsoft*, citada, confirmada por el TPI.

<sup>952</sup> Ap. 117 de la Decisión *British Plasterboard* cit. Los clientes se encontraban en posición de dependencia hacia BG para numerosos suministros de planchas de yeso debido a la amplia gama de productos de este material que suministra BG, pero no sus competidores; a las especificaciones de los arquitectos, que exigen productos BG mencionándolos por su nombre, y a la ventaja que supone para los clientes de BG realizar todas las adquisiciones de dicho material de un solo distribuidor; Ap. 55 de la Sentencia TJCE *Michelin* cit. La ventaja del Grupo *Michelin* sobre sus competidores en el rango de productos, en algunos tipos de neumáticos, el Grupo *Michelin* es el único proveedor en el mercado que los ofrece en su rango; ap. 204 de la Dec. *Michelin II*. Era muy improbable que un minorista pueda ignorar a *Michelin* sin poner en peligro su credibilidad y su negocio. Habida cuenta de las cuotas de mercado de la marca y del índice de demanda espontánea (del 50% al 70% en Francia, según las peticiones de información dirigidas a los comerciantes especializados por la Comisión), es innegable que



convierten a la empresa en posición de dominio en un socio comercial obligatorio respecto de sus clientes, quienes dependen de ésta en algunas cuestiones importantes como por ejemplo, en el suministro de una proporción importante de sus requerimientos o servicios, o los clientes pueden encontrarse en la imposibilidad de recurrir a otros métodos de fabricación<sup>953</sup>, la dificultad de encontrar a otra empresa suministradora similar a la dominante<sup>954</sup>, la trascendencia del volumen de negocios realizado por los clientes con la empresa dominante<sup>955</sup>, o el carácter esencial de esta cuota para la supervivencia de la empresa dependiente, la larga duración de las relaciones contractuales, la dependencia<sup>956</sup> de los operadores tratándose de un monopolio titular de una infraestructura esencial.<sup>957</sup>

---

un minorista no podría razonablemente evitar trabajar con *Michelin*; §156 de la Sentencia TPI *Van Den Bergh Foods* citada. La marca de helados de HB gozaba de una gran notoriedad.

<sup>953</sup> Véase la Decisión de la Comisión CE de 29-7-1987. *BBI/Boosey & Hawkes*. DOCE L286/36. 9-10-1987. donde la Comisión consideró entre otros factores de la posición de dominio, la fuerte tendencia por parte de los compradores a adquirir productos de B&H; el precio ventajoso de sus instrumentos; la influencia de la empresa sobre la posibilidad de acceso al mercado de posibles competidores, debido a la dependencia de los minoristas de la capacidad y experiencia técnicas de B&H; o su estrecha identificación con el “movimiento” de las bandas de metal” § 18.

<sup>954</sup> Véase la Decisión de la Comisión CE 5-12-1988. *British Plasterboard Plc*. DOCE L052/42. § 117, donde la Comisión observó la dependencia de BG a la que se encuentran sometidos comerciantes y usuarios para numerosos suministros de planchas de yeso debido a la amplia gama de productos de este material que suministra la empresa pero no sus competidores; a las especificaciones de los arquitectos, que exigen productos BG mencionándolos por su nombre, y a la ventaja que supone para los clientes de BG realizar todas las adquisiciones de dicho material con un solo distribuidor.

<sup>955</sup> Véase la Decisión de la Comisión CE 2-12-1988. *Racal Decca Marine Navigation*. DOCE L043/27. 15-2-1989, § 93, donde la Comisión consideró que Racal Decca, como único suministrador de señales DNS, podía actuar independientemente de sus clientes, es decir de los usuarios de estas señales, en términos de inversión, producción y precio, puesto que disponía de medios para obtener un precio al menos mediante la codificación de las señales sobre la que los clientes, es decir, los usuarios, no tenían influencia.

<sup>956</sup> Decisión de la Comisión CE 29-3-1994. *Deutsche Bundesbahn y otros*. DOCE L104/34 29-4-1994. Sentencia TPI 21-10-1997 *Deutsche Bahn AG/Comisión*. As. T-229/94. RJ 1998. El TPI observó la dependencia económica de los operadores de vías de tren al monopolio establecido en el suministro de los servicios de las vías de tren dentro de Alemania.

<sup>957</sup> Resulta entonces que la situación de dependencia para los clientes, resulta de las circunstancias propias de la empresa en posición de dominio, sin embargo, es preciso tener en cuenta que la jurisprudencia considera que si bien gracias a la posición dominante de la empresa, ésta se constituye como el contratante obligatorio de otra, ello no excluye la posibilidad de que pueda estar sometida a la presión de la competencia ejercida por otras empresas y que esta presión beneficie indirectamente a la empresa dependiente. Waelbroeck y Frignani, ob.cit. pág. 321-2, Valentine Korah. *An introductory guide to EC Competition, Law and practice*. Ed. Sweet and Maxwell. Oxford 2007 págs. 91-93. censura el criterio de la dependencia económica. También Diane R. Price. “Abuse of a Dominant Position-the Tale of Nails, Milk Cartons and TV Guides” *ECLR* n° 2 1990 pp.80-90 y ss. en 83. Francisco Hernández Rodríguez. “Derecho de autor y Abuso de la Posición Dominante en la Unión Europea. Comentario al Caso Magill TV Guide”. En *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*. Tomo XVI 1994-95. Marcial Pons. Madrid.. 1996 332-344, en 336. Opiniones a favor de la dependencia económica: Michel Glais y Philippe Laurent *Traité d'Économie et de Droit de la concurrence*. Presses Universitaires de France. París 1.983.pág. 286-289; Peter Hoet. “Domination du Marché ou Théorie du Partenaire Obligatoire” en *Revue du Marché Común* N° 325, mars. 1989, pág. 156 Michel Glais. “Les concepts du ‘relevant market’ et de ‘Dépendance Économique’ au regard de l’article 86 du traité de Rome” en *Revue du Marché Commun*, n° 306, abril 1.987 pág. 203.

La Guía para la aplicación del artículo 82 TCE<sup>958</sup>, concluyendo lo ya planteado en el Documento de la Comisión, plantea que la conducta en cuestión debe tener la capacidad, por su naturaleza de aniquilar competidores reales o potenciales del mercado, y que tenga así un impacto adverso en el bienestar del consumidor, considerando como factores generalmente relevantes en esta valoración:

-La posición de la empresa dominante. En general, si la posición de dominio es considerable, será mayor la probabilidad que la conducta que proteja esta posición conduzca a la aniquilación anticompetitiva;

-Las condiciones de entrada y expansión en el mercado relevante. Esto incluye las condiciones de entrada y expansión, como son la evidencia de economías de escala y/o ámbito y los efectos de red. Las economías de escala significa que los competidores tienen menos probabilidad de acceder o permanecer en el mercado si la empresa dominante aniquila una parte significativa del mercado relevante. Se produce el mismo efecto cuando la conducta permite a la empresa dominante abarcar a su favor un mercado caracterizado por los efectos de red o para fortalecer su posición en este mercado. Al igual que cuando las barreras a la entrada en el mercado hacia arriba o hacia abajo son significativas, lo que significa que será costoso para los rivales superar la posible aniquilación a través de la integración vertical.

-La posición de los competidores de la empresa dominante. Esto incluye la importancia de los competidores para el mantenimiento de la competencia efectiva. Un rival específico puede jugar un rol competitivo significativo, incluso con una cuota de mercado pequeña comparada a otros competidores. Por ejemplo, puede ser el competidor más cercano para la empresa dominante, ser un competidor particularmente innovador o tener la reputación de recortar sistemáticamente los precios. La Comisión en su valoración considerará también en los casos apropiados, y sobre la base de información disponible, si los competidores disponen y pueden efectuar contraestrategias oportunas y efectivas;

-La posición de los clientes o de los proveedores de insumos. Incluye la consideración que la conducta puede ser selectiva. La empresa dominante puede aplicar el comportamiento a clientes seleccionados o proveedores de insumos que pueden resultar de importancia particular para la entrada o expansión de competidores, fomentando así la probabilidad de aniquilación anticompetitiva. Por ejemplo, pueden ser aquellos que respondan con más probabilidad a las ofertas de proveedores alternativos, pueden

---

<sup>958</sup> §20 y 21. de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva para la aplicación del artículo 82 TCE. Véase también los § 58 y 59 del Documento de la Comisión.

representar un medio particular de distribuir el producto que sería apropiado para un nuevo entrante, estar situados en un área geográfica favorable a la entrada nueva, o pueden influir en el comportamiento de otros clientes. En el caso de proveedores de insumos, aquellos con los que la empresa dominante ha concluido contratos de suministro exclusivo, pueden ser aquellos que respondan con más probabilidad a los pedidos por los clientes que son competidores de la empresa dominante en un mercado hacia abajo, o producen un grado del producto –o producen en una zona– particularmente favorable para un nuevo entrante. Cualquier estrategia a disposición de los clientes o de los proveedores de insumos que pueda ayudar a contrarrestar la conducta de la empresa dominante;

-La amplitud de la supuesta conducta abusiva: el efecto de aniquilación será mayor, en función del nivel elevado de ventas totales en el mercado afectado por la conducta, de la duración más larga y mayor la regularidad con la que se ha venido aplicando;

-La posible evidencia de aniquilación real. Si la conducta se ha efectuado durante un período de tiempo suficiente, el comportamiento en el mercado de la empresa dominante y de sus competidores puede proporcionar evidencia directa sobre la aniquilación anticompetitiva; por las razones atribuibles a la supuesta conducta abusiva, la cuota de mercado de la empresa dominante se habría elevado, o se habría ralentizado un declive en la cuota de mercado; por razones similares, los competidores reales habrían sido marginalizados o habrían salido, o los competidores potenciales habrían intentado entrar y han fallado;

-La evidencia directa de cualquier estrategia de exclusión. Esto incluye los documentos internos que contengan evidencia directa de una estrategia para excluir competidores, como un plan detallado para vincularse en determinada conducta con el objeto de excluir a un rival, para impedir la entrada o frustrar la emergencia de un mercado, o la evidencia de amenazas concretas de acción de exclusión. Esta evidencia directa sería de ayuda para interpretar la conducta de la empresa dominante.

Al investigar un caso, la Comisión desarrollará el análisis de los factores generales mencionados, junto con factores más específicos que describe la Guía para cada tipo de conducta de exclusión, y cualquier otro factor que considere apropiado. Esta valoración usualmente se hará comparando la situación actual o la probable situación futura en el mercado relevante (con la conducta de la empresa dominante en ejecución) con una hipótesis apropiada sobre el resultado probable si la conducta no hubiera sucedido, como por ejemplo la simple ausencia de la conducta en cuestión o con otra alternativa en el escenario real, teniendo en cuenta los comportamientos comerciales establecidos.

Los elementos del análisis respecto al efecto de aniquilación que distorsiona el mercado, planteado por la Guía, en cuanto se refiere al primer, segundo, tercero y cuarto, ya fueron considerados al definir la posición de dominio, por lo que son reiterativos; en este sentido es más simple el planteamiento de la Comisión en su Documento<sup>959</sup>

Por otro lado, observa la Guía que pueden resultar circunstancias donde no sería necesario que la Comisión lleve a cabo una valoración detallada para concluir que la conducta cuestionada puede resultar en daño al consumidor. Se podrá inferir su efecto anticompetitivo cuando parezca que la conducta sólo puede elevar obstáculos a la competencia y que no crea ninguna eficiencia. Este podría ser el caso, por ejemplo, donde la empresa dominante prohíbe a sus clientes probar los productos de los competidores, o proporciona incentivos financieros a sus clientes a condición de que no prueben estos productos, o paga a un distribuidor o a un cliente para retrasar la introducción del producto de un competidor.<sup>960</sup>

En este sentido la Guía de la Comisión coincide con el Informe del Departamento de Justicia Norteamericano, al señalar que los efectos anticompetitivos reales o potenciales pueden ser útiles en un caso de monopolización. En algunos casos la imposibilidad de encontrar algún efecto anticompetitivo serviría como un filtro útil, que permitiría a los tribunales concluir que no es posible un caso de infracción de la norma, mientras en otros casos, habría evidencia considerable de los efectos que sugieren un perjuicio y la existencia de un mercado que de este modo ha sido monopolizado.<sup>961</sup>

#### *4.1.1. El grado de dominio:*

La jurisprudencia y la Comisión en su Guía coinciden en establecer que la empresa implicada tiene una responsabilidad especial de no permitir que su conducta dañe la competencia genuina y no distorsionada en el mercado común. El ámbito de esta responsabilidad especial debe ser considerado en función de las circunstancias

---

<sup>959</sup> §59 del Documento de la Comisión: 59. “Para establecer este efecto de aniquilación que distorsiona el mercado ... considerar la naturaleza o la forma de la conducta, sino también su incidencia, es decir, la medida en que la empresa dominante está aplicándola en el mercado, incluyendo la cobertura en el mercado de la conducta o la aniquilación selectiva de clientes respecto a los nuevos entrantes o competidores residuales....”

<sup>960</sup> Véase también al respecto el §60 del Documento de la Comisión. El Documento ponía como ejemplo la Decisión *AstraZeneca* de 15.06.2005, además señalaba que la empresa dominante tenía la posibilidad de rechazar esta presunción, proporcionando evidencia convincente que la conducta no tiene y no tendrá el invocado probable efecto de exclusión, o que la conducta está objetivamente justificada.

<sup>961</sup> Pág. 30 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano.

específicas de cada caso<sup>962</sup>. La jurisprudencia también ha establecido que esta responsabilidad especial, está en función del nivel del dominio alcanzado<sup>963</sup> así, el efecto anticompetitivo, se ve reforzado si existe una gran diferencia entre la cuota de mercado de la empresa en posición dominante y la de sus competidores<sup>964</sup>, dependiendo de las circunstancias del caso concreto. Así por ejemplo, una empresa que tiene un único competidor cuya cuota de mercado es ínfima con respecto a la dominante, que mantiene esta posición durante largo tiempo, y que aprovechando las ventajas que le da su posición, asume comportamientos abusivos, producirá una distorsión de la competencia inmediata y efectiva, pudiendo ocasionar incluso la retirada del competidor del mercado, este fue el caso *Compagnie Maritime Belge des Transports*<sup>965</sup>. Estos casos han llevado a la Guía a establecer que una empresa con una cuota de mercado elevada, que mantiene esta cuota durante un largo tiempo, constituyen una importante indicación preliminar de la existencia de una posición dominante y bajo determinadas circunstancias, de posibles efectos serios de la conducta abusiva que justifica una intervención por la Comisión bajo el artículo 82 TCE.<sup>966</sup> Sin embargo, sólo cuando se constata que la implicada ha efectuado una conducta abusiva, se plantea que la empresa en posición de dominio tiene una responsabilidad especial.

Este principio, fue construido por el TJCE, en *Hoffmann-La Roche*<sup>967</sup>, un caso de infracción del artículo 82 TCE por la aplicación de esquemas de rebajas de fidelidad, concedidas a sus grandes clientes, lo que le permitía impedir la entrada o expansión de

---

<sup>962</sup> § 1 y 9 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva. Caso *Case Nederlandsche Banden Industrie Michelin (Michelin I) c. Commission* § paragraph 57; Caso T-83/91 *Tetra Pak c. Commission (Tetra Pak II)* § 114; Caso T-111/96 *ITT Promedia c. Commission* §139; Caso T-228/97 *Irish Sugar c. Commission* §112; and Case T-203/01 *Michelin v Commission (Michelin II)* §97.

<sup>963</sup> En su opinión en los Casos C-395/96 P & C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge and others v. Commission* ('Cewal') [2000] ECR I-1365 el Abogado General Fennelly se refirió a un concepto de "superdominio", y subrayó la obligación especial particularmente onerosa que afecta a una empresa que disfruta de una posición de dominio considerable, cercano al monopolio. §137.

<sup>964</sup> § 82 de la Sentencia *Michelin/Comisión* ya citada, § 152 de la Decisión *Irish Sugar* ya citada.

<sup>965</sup> Sentencia TJCE 16-3-2000. As. Acumulados C-395 y 396/96 P. *Compagnie Maritime Belge Transports SA y otros c/. Comisión CE*. RJ 2000 I-1365 §119, STJCE *Irish Sugar c. Comisión* §186

<sup>966</sup> §15 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva citada.

<sup>967</sup> § 123 de la Sentencia TJCE *Hoffman-La Roché/Comisión*. el TJCE señaló: "ya que el curso de conducta bajo consideración es aquel de una empresa ocupando una posición dominante en el mercado donde por esta razón, la estructura de competencia ya ha sido debilitada, dentro del campo de aplicación del artículo 82 TCE cualquier debilitamiento adicional de la estructura de competencia constituye un abuso de posición dominante". Debiéndose tener en cuenta que el grado del efecto de exclusión era pequeño. *Hoffmann-La Roché* concedió rebajas a sólo 22 de sus mayores clientes y para algunas vitaminas, que representaba menos del 2 por ciento del mercado que fue excluido –lo que probablemente era insuficiente para que pudiera infringir el artículo 81(1) del Tratado, y por tanto podría haber quedado exonerado bajo el artículo 81(3), sin embargo, el TJCE estableció lo ya señalado que por la simple existencia de la posición de dominio, la competencia ya ha sido debilitada, y cualquier debilitamiento adicional de la estructura de competencia, constituye un abuso, por lo que incluso una pequeña reducción de la competencia puede dañar el artículo 82 TCE.

los rivales. El TJCE estableció que la empresa tenía la responsabilidad especial de no excluir competidores mediante una competencia que no sea sobre los méritos.<sup>968</sup>

En *Michelin*<sup>969</sup>, el TJCE desarrolló el significado de la responsabilidad particular de una empresa en posición de dominio y consideró que, como consecuencia de su comportamiento, la competencia efectiva está afectada, donde sólo permanece una competencia residual, la misma que las normas de competencia deben proteger en el caso que la posición dominante recurra a aniquilar por medios anormales. Lo que implica que a los efectos del comportamiento abusivo juzgado, la existencia de una posición dominante impone a la empresa que la ostenta “una responsabilidad particular”.

Este principio se aplica incluso en los casos como *Tetra Pak II*,<sup>970</sup> donde se consideró que existía abuso en un mercado no dominado por *Tetra Pak* en el que se restringía la competencia.

Esta obligación general de la empresa en posición de dominio, además está basada en el objetivo general expresado en la letra g) del artículo 3 del Tratado. Por consiguiente, está comprendido en el ámbito del artículo 82 TCE todo comportamiento de una empresa en situación de posición dominante que por medios anormales pueda obstaculizar el mantenimiento o el desarrollo del grado de competencia aún existente en un mercado, en el cual, debido precisamente a la presencia de esta empresa, la competencia está ya debilitada.<sup>971</sup>

Una afectación a la competencia, aunque sea mínima, implica, el recurso a medios anormales<sup>972</sup>, en el sentido, que la empresa, consciente de su poder de mercado, y de que carece de competencia efectiva, no puede utilizar comportamientos que también sean empleados por las restantes empresas que operan en el mercado, cuando estos comportamientos conduzcan a distorsionar el proceso competitivo, produciendo efectos perjudiciales a los competidores o a los demás operadores del mercado.

---

<sup>968</sup> Véase también el caso *Continental Can*, donde al considerar el grado del efecto del comportamiento sobre la competencia no distorsionada, el Tribunal construyó el artículo 82 TCE prohibiendo la conducta que reduce sustancialmente la competencia, por una empresa en posición de dominio.

<sup>969</sup> STJCE *Michelin/Comisión*. §58. El TJCE hizo esta apreciación, tratándose de la aplicación de los descuentos por objetivos, donde era muy difícil para sus competidores compensar los beneficios o pérdidas resultantes para los clientes de conseguir o fallar en conseguir los objetivos de *Michelin*, como el caso sería.

<sup>970</sup> STJCE *Tetra Pak II* citada.

<sup>971</sup> Véase, el § 114 de la Sentencia TPI *Tetra Pak II* ya citada, y el § 38 de la Sentencia TJCE *Hoffmann-La Roché* ya citada. § 38 El artículo 86 [actual art. 82 TCE] es una aplicación del objetivo general de las actividades de la Comunidad establecidas por el artículo 3(f) del Tratado, esto es, la institución de un sistema asegurando que la competencia en el Mercado interno no sea distorsionada.

<sup>972</sup> Sentencia TJCE de 3-7-1991. *Akzo Chemmie BV y Akzo Chemmie UK Ltd c/ Comisión*. Caso C-62/86.RJ 1991 pág. 3359-3374. § 57.

La doctrina observa que numerosos comportamientos como los descuentos de fidelidad, no tienen nada de anormal, sin embargo, serán abusivos si son aplicados por una empresa dominante de tal forma que producen el efecto de distorsionar la estructura de competencia en el mercado, lo que les permite reforzar o consolidar su posición.<sup>973</sup>

La responsabilidad especial radica en imponer a la implicada que a través de su conducta no recurra a métodos anormales para excluir o aniquilar rivales, lo que implica que si se produce la exclusión de rivales recurriendo a métodos normales, no existe abuso.

Esta responsabilidad implica que no puede alegar como justificación, que la conducta también ha sido adoptada por empresas competidoras no dominantes<sup>974</sup>.

La Guía de la Comisión considera el grado de dominio como un factor relevante al definir el poder de mercado y al considerar la incidencia de la conducta en el mercado<sup>975</sup>

La responsabilidad particular, implica que el ámbito de acción de las empresas en posición de dominio está limitado por un grupo especial de reglas que no se aplican a las empresas no dominantes.<sup>976</sup>

La doctrina<sup>977</sup> considera que el origen de esta obligación para las empresas en posición de dominio, bajo el derecho de competencia comunitario<sup>978</sup>: "...reside en el hecho que, en el momento que por los seis estados miembros iniciales<sup>979</sup> que constituyeron las Comunidades Europeas, el estatismo impregnó la economía de los estados. Las empresas dirigidas por el estado controlaban la mayoría de los mercados nacionales.

---

<sup>973</sup> Wallbroeck y Frignani ob.cit. pag. 362. FAULL; Jonathan, y NIKPAY, Ali. *The EC Law of Competition*. Oxford University Press. 1999 pág. 147. Bellamy & Child. *Competition Law* 5<sup>th</sup> Ed. Londres 2001. Sweet and Maxwell. Pág. 718. Valentine Korah. *An introductory guide to EC Competition, Law and practice*. Ed. Hart Publishing. Oxford 2.007. pág. 110.

<sup>974</sup> Argumento alegado en la sentencia TJCE *Hoffmann-La Roché* ya citada, ya que *Hoffmann-La Roché* y sus competidoras, aplicaban descuentos de fidelidad. Y también en el caso *Virgin/British Airways*.

<sup>975</sup> §15 y 20 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva, véase también el §59 del Documento de la Comisión.

<sup>976</sup> Ivo Van Bael y Jean François Bellis *Competition Law of the EEC* 2<sup>a</sup> Ed. 1990, pág. 261.

<sup>977</sup> Eleanor M. Fox. "What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect". En *Antitrust Law Journal* 2002, Vol. 70 pág. 372 y ss.

<sup>978</sup> Coinciden con Fox Sinclair, Lowe y Eilmansberger, oObservan que la existencia de una empresa con poder de mercado significativo, implica algún detrimento al proceso normal de competencia y está claramente en alguna forma fuera del modelo económico de la competencia perfecta- y la premisa que sigue de esto es que en principio nada adicional puede hacerse para impedir la competencia. Ello está reflejado en el principio bien establecido que las empresas dominantes tienen una "responsabilidad especial" de no dañar la competencia. Duncan Sinclair. "Abuse of Dominance at a Crossroads-Potential Effect, Object and Appreciability Under Article 82 EC". En E.C.L.R. 2004, págs. 491-501. Philip Lowe. "DG Competition's review of the policy on abuse of dominance" en *Fordham Corporate Law Institute*. 30<sup>th</sup>. Annual Conference on International Antitrust Law and Policy. En www.eu.int.speeches and articles. Thomas Eilmansberger. "How Distinguish Good from Bad Competition under Article 82 EC: in search of Clearer and More Coherent Standards for Anti-competitive Abuses." En *C.M.L.R.* Vol. 42, 2005. págs. 129-177. en 133.

<sup>979</sup> Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo

Sin embargo, la obligación nunca estuvo limitada a las empresas controladas por el estado, y está bien incrustado como principio general en la ley”. Así lo estableció el Tribunal en el caso *Michelin*<sup>980</sup> “...responsabilidad especial de no permitir que su conducta dañe la competencia no distorsionada ...”. Además, está claro que el texto del artículo 82 TCE fue establecido para controlar la conducta de las empresas dominantes, y para evitar que utilicen su poder deslealmente, y no simplemente para impedirles de expandir o proteger su poder. La responsabilidad especial es un principio de libertad de las empresas no dominantes a comercializar sin obstáculos artificiales contruidos por las empresas dominantes, e implica el enunciado que preservar esta libertad es importante para la legitimidad del proceso de competencia y puede repercutir en beneficio de todos los operadores del mercado, competidores y consumidores.

Algunos autores cuestionan que la responsabilidad especial varíe dependiendo de la empresa analizada, Whish<sup>981</sup> señaló que la responsabilidad especial aumenta en la medida que sea más probable el fundamento del abuso, donde la empresa bajo investigación no es simplemente dominante, sino que “disfruta de una posición de dominio cercana al monopolio”, y si esta es la dirección en que el derecho se mueve, parecería que hay un concepto que llamaríamos de ‘super dominio’ donde son mucho mayores los riesgos de que el comportamiento se considere abusivo. Estamos de acuerdo con el autor en criticar que la jurisprudencia haga del dominio un factor sospechoso de atribuir culpabilidad sin la existencia de un comportamiento abusivo, o en todo caso, estas interpretaciones implican inseguridad jurídica.

Todos los autores mencionados coinciden en señalar que la responsabilidad especial de las empresas en posición de dominio es un principio que condiciona la forma cómo se va a juzgar el comportamiento abusivo, o en otras palabras, recae sobre la empresa la obligación de acreditar que su comportamiento no constituye un abuso. Una empresa que ostenta poder de mercado considerable, tiene más responsabilidad. Debido al privilegio de la facultad de imponer beneficios monopólicos, no es demasiado pedir que las empresas dominantes se atengan a un código más alto de responsabilidad.<sup>982</sup>

---

<sup>980</sup> § 57 de la Sentencia TJCE *Michelin*/Comisión citada.

<sup>981</sup> Richard Whish *Recent Developments in Community Competition Law*. 1998/99. □ E.L.Rev. June 2.000. pág. 240.

<sup>982</sup> Andrew I. Gavil, ob. Cit. Pág. 81.



#### 4.1.2. Se trata de un concepto objetivo

Precisamente debido a la capacidad de la conducta de aniquilar en el mercado, el abuso se convierte en un concepto objetivo donde no es necesario indagar la intencionalidad de la empresa implicada.

La Comisión lo dijo en su Memorándum sobre la concentración de empresas de 1965 “hay explotación abusiva cuando el comportamiento de la empresa en posición de dominio, constituye objetivamente un comportamiento culpable respecto a los objetivos fijados por el Tratado”.

Desde su primera Decisión en el caso *GEMA*<sup>983</sup>, la Comisión señaló que el abuso (en este caso, la discriminación) es un elemento objetivo de la infracción al artículo 82 TCE, que no implica la culpabilidad.<sup>984</sup>

En *Continental Can*<sup>985</sup>, el TJCE elaboró por primera vez su propuesta considerando “a la vez, el espíritu, la economía y los términos del artículo 82 TCE, teniendo en cuenta el sistema del Tratado y sus objetivos, declarando que el hecho de que una empresa en posición dominante refuerce ésta hasta el punto de que la libertad de comportamiento del consumidor en el mercado se encuentre gravemente comprometida constituye un abuso, incluso “fuera de toda falta”, “sean cuales fueren los medios o procedimientos utilizados a este efecto”.

Esto implica que el examen de los actos u operaciones de una empresa en posición de dominio se efectúa en función de su situación en el mercado, y no de los fines particulares que la empresa persigue. Estos, como mucho, podrán tener una incidencia sobre las sanciones que se le impongan.

Desde el momento en que se produce el efecto, hay abuso y se comprueba el efecto nocivo directo o indirecto para los consumidores, hay abuso, poco importan los medios o procedimientos empleados, y que éstos hayan sido posibles por el simple poder ostentado por la empresa<sup>986</sup>.

---

<sup>983</sup> Decisión de la Comisión CE 20.06.71. *Gema*. DOCE L134. 2-6-1971. La Comisión declaró: “...la discriminación es un elemento constitutivo de infracción, objetivo que no implica culpabilidad; el propósito deliberado o la negligencia intervienen solamente en la aplicación del artículo 15 párrafo 2 del Reglamento 17, pero no en la del art. 3º”

<sup>984</sup> Blanca Vilá. *Abuso de Posición de Dominio*. Ministerio de las Administraciones Públicas. 1978. Pág. 255.

<sup>985</sup> Sentencia TJCE *Continental Can/Comisión* ya citada, § 27 y 29, véase también Sentencia TJCE *ICI-CSC/Comisión*, ya citada, § 22 y 25, pf.5.

<sup>986</sup> Sentencia TJCE *Continental Can* ya citada, § 26.

Y en *Hoffmann-La Roche*<sup>987</sup>, el TJCE confirmó explícitamente, “que el concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo, no requiriendo ninguna dimensión subjetiva respecto a la intención de la empresa dominante”. Este pronunciamiento, ha sido asumido de forma uniforme en la jurisprudencia posterior, por el TJCE, el TPI y la Comisión.<sup>988</sup> Lo que también ha sido considerado por la doctrina.<sup>989</sup>

Además, la doctrina anterior a esta jurisprudencia, ya había considerado que para establecer el abuso, no es necesaria la prueba de una intencionalidad ni el estudio de las fases subjetivas o la demostración de una infracción a la moral. Como se trata de la apreciación de relaciones puramente objetivas y de la empresa dominante en el mercado, los motivos subjetivos de la empresa no tienen en principio ninguna importancia.<sup>990</sup>

La conducta que es dañina a la estructura del mercado, constituye un comportamiento abusivo, sea que la empresa que la efectuó haya querido que fuese perjudicial o no. Que

---

<sup>987</sup> Sentencia de TJCE *Hoffman-La Roche & Co. A.G. c/. Comisión de la CE* ya citada, § 91.

<sup>988</sup> Véase por ejemplo: Sentencias del TJCE de la CE: Sentencia TJCE 16-3-2000. As. Acumulados C-395 y 396/96 P. *Compagnie Maritime Belge Transports SA y otros c/. Comisión CE*. RJ 2000 I-1365. § 67. Sentencias del TPI: Sentencia TPI de 1-4-1993. *British Plasterboard Plc. /Comisión*. Caso. T-65/89. RJ 1993p. II-038, § 95, confirmada por Sentencia TJCE 6-4-1995. *BPB Industries Plc y British Gypsum Ltd*. Asunto C-310/93P. RJ 1995 P. I-0865. Sentencia TPI 7-10-1999. *Irish Sugar Plc c/. Comisión* As. T-228/97. RJ 1999-II-2969. § 111. Sentencia TPI de 17-7-1998, *ITT Promedia NV/Comisión* AS. T-111/96. RJ 1998. § 138. Sentencia del TPI de 12-12-2000 *Aéroports de Paris c/ Comisión de la CE y Alpha Flight Services* As. T-128/98. § 170 Y las siguientes Decisiones de la Comisión: Decisión de la Comisión 83/462/CEE de 29-07-1983, relativa a un procedimiento bajo el artículo 82 del TCEE, ordenando medidas provisionales a *AKZO Chemie*, DOCE 252/13, de 13-09-1983. § 41. Decisión de la Comisión CE de 26-2-1992. *British Midland c. Aer Lingus*. DOCE L096 de 10-4-1992 p. 34. § 24. Decisión de la Comisión CE 10-11-1992. *Warner-Lambert/Gillete Company y otros*. DOCE L116/21. 12-5-93, § 23. Decisión de la Comisión CE de 11-3-1998 *Van Den Bergh Foods Limited (98/531/CE)* L246/1 4.9.1998. § 265. Decisión de la Comisión CE de la CE de 17-6-1998. *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato*. (98/538/CE)DOCE L252/47 12.9.98, § 33, confirmado por Sentencia TPI de 22-11-2001 *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) c/ Comisión de las CE* As. T-139/98. RJ 2001, entre otras.

<sup>989</sup> M.Waelbroeck y A. Frignani. *Derecho de la Competencia* Tomos I y II. Edit. Bosch. Barcelona. 1998. Versión española por Ignacio Sáenz Cortabarría Fernández y Marta Morales Isasi. Pág. 358. FAULL; Jonathan, y NIKPAY, Ali. *The EC Law of Competition*. Oxford University Press. 1999 pag. 146. Sin embargo, Pellisé, considera que hay un grado mínimo de negligencia o intencionalidad en el monopolista “De algún modo, en esta concepción se presume con fuerza una cierta negligencia mínima, pues se entiende que un monopolista, por su especial posición en el mercado, conoce, o al menos se espera que debe conocer, la especial trascendencia de sus actos. De ahí que no quepa eludir la aplicación del artículo 82 TCE arguyendo inconsciencia de la conducta abusiva Jaime Pellisé Capell. *La “Explotación Abusiva” de una Posición Dominante (Arts. 82 TCE y 6 LEDC)*. Editorial Civitas. Madrid 2002 pág. 147-9.

<sup>990</sup> Así en lo que concierne al concepto “abuso” debe entenderse como un empleo moralmente indiferente y objetivamente incorrecto. A. Deringer, ob.cit. pág. 489, L. Focsaneanu. “La notion d’abus dans le Système de l’article 86 du Traité instituant la Communauté Economique Européenne”. en Van Damme. “*Le réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire*” Bruges de Tempel. Tempelhoff. 1977. Págs. 324-380, en 360 y 362, J.V. Louis, D. Vignes, y M. Waelbroeck *Le Droit de la communauté Economique Europeenne* Vol. 4. Concurrence. J. Mégret. Université Libre de Bruxelles. Regles applicables aux entreprises. 1972, p.67, N° 13, René Joliet. *Monopolization and Abuse of a Dominant Position. A Comparative Study of the American and European Approaches to the control of Economic Power* Faculté de Droit, Liège. La Haye 1970, Jean Pierre Dubois. *La Position dominante et son abus* Libraires Techniques . 1968. París, entre otros.

se configuren como abusos aquellos comportamientos –por ejemplo, el precio predatorio por encima del coste promedio, y el recorte de precio selectivo- donde la evidencia de la intencionalidad es una parte de la configuración como una infracción no contradice esta idea: la intencionalidad no es un componente del concepto de abuso.<sup>991</sup> Ya que la prueba única no es la intencionalidad, sino el recurso a los medios anormales por la empresa dominante.

La cuestión de la intencionalidad, que básicamente implica la conciencia por la empresa de la ilegalidad de su conducta, debe distinguirse de la cuestión de si la ilegalidad de un comportamiento determinado debe obtenerse de su intención inherente. Es considerablemente cuestionable si, al considerar la definición del abuso como un concepto objetivo, el Tribunal intentó así descartar el significado de la intención. Debe tenerse en cuenta que ya en *United Brands*, una sentencia anterior a *Hoffmann-La Roché*, el TJCE subrayó la relevancia de la finalidad del comportamiento cuestionado.<sup>992</sup>

En lo que representa claramente la discusión más detallada del significado del efecto y la intención bajo el artículo 82 TCE, el TPI en *Michelin Francia* concluyó que la intención en efecto es relevante. Sin embargo esta sentencia también razona que, en la medida que la conducta de una empresa dominante que persigue el objetivo de limitar la competencia, usualmente también producirá este efecto, “el objeto anticompetitivo y el efecto anticompetitivo son una y la misma cosa”<sup>993</sup>.

Esta conclusión es en principio, convincente. Es correcto que el efecto y la intención usualmente estarán conectados estrechamente,<sup>994</sup> pero precisamente al subrayar esta conexión el Tribunal deja sin explicar cuáles es la relevancia respectiva del efecto y de la intencionalidad en el contexto del control del abuso, y cómo debe establecerse la

---

<sup>991</sup> Richard Whish. *Competition Law* 5<sup>th</sup> Ed. Butterworths. 2003. Londres U.K. pág. 194.

<sup>992</sup> Sentencia TJCE 26-6-1978. *United Brands Continental BV/Comisión*. Caso 27/76. RJ 1978 pág. 349. § 189. (refiriéndose al “propósito” de la conducta); igual en Sentencia TPI de 1-4-1993. *British Plasterboard Plc. /Comisión*. Caso. T-65/89. RJ 1993p. II-0389, § 69; Sentencia TPI 8-10-1996. *CEWAL, UKWAL, MEWAK Y AIWAST c/. Comisión*. As. T24 , 25 , 26, 28/93. RJ 1996 – II-1201. § 107. Sentencia TPI 7-10-1999. *Irish Sugar Plc c/. Comisión CE* As. T-228/97. RJ 1999-II-2969. § 112 y Sentencia del TPI de 17-12-2003, As. T-219/99 *British Airways Plc. c/. Comisión CE y Virgin Atlantic Airways Ltd.*. RJ 2004.

<sup>993</sup> Sentencia TPI de 30-09-2003. *Caso Manufacture française des pneumatiques Michelin c/ Comisión CE*. As. T-2003/01. § 241. “De ello se desprende que, en el marco de la aplicación del artículo 82 CE, la demostración del objeto y del efecto contrario a la competencia se confunden (...). En efecto, si se demuestra que el objeto perseguido por el comportamiento de la empresa en situación de posición dominante consiste en restringir la competencia, dicho comportamiento podrá también producir dicho efecto.”

<sup>994</sup> Eleanor Fox. “Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity, and Fairness”. *Notre Dame Law Review*. N° 61. Año 1986 pp.981-1020. en 1001.

intención anticompetitiva –es decir, si este es un requerimiento necesario-. Como señala Eilmansberger, un comportamiento puede ser abusivo en base a razones totalmente objetivas, e independientemente de toda idea de culpabilidad.<sup>995</sup>

La exigencia del propósito deliberado o de la negligencia sólo intervendrá para la aplicación eventual de la multa a las empresas infractoras.<sup>996</sup> Al comportamiento negligente o inconsciente le será impuesta una multa menos severa que a la conducta intencional. La Comisión al fijar las multas considera la negligencia como circunstancia atenuante, en aplicación del artículo 23 párrafo 3 del Reglamento 1/2003<sup>997</sup>.

#### ***4.2. La conducta abusiva: La demostración que la posición de dominio recurrió a medios diferentes de la competencia sobre los méritos.***

Hay algunas conductas que son de exclusión porque reflejan mayor eficiencia, éstas deben ser promovidas, incluso en el caso de que la empresa defienda su posición en el mercado. Así, en *Irish Sugar Plc/Comisión*<sup>998</sup> el TPI señaló que, si una empresa dominante asume una acción para proteger su posición comercial, ‘para que sea legal su conducta, debe estar basada en criterios de eficiencia económica, y ser consistente con los intereses de los consumidores’.

Por el contrario, en *Michelin/Comisión*, el TJCE señaló: ‘El artículo 82 TCE abarca comportamientos que pueden afectar la estructura del mercado donde, como consecuencia directa de la empresa en cuestión, la competencia ya se ha debilitado y que, a través del recurso a métodos diferentes de aquellos que gobiernan la competencia normal en productos o servicios basados en el rendimiento de las empresas, tiene el efecto de impedir el mantenimiento o el desarrollo del nivel de competencia todavía existente en el mercado.’<sup>999</sup> Se trata de una declaración importante: la conducta abusiva es una conducta que no está basada en la competencia efectiva o competencia sobre los méritos; por lo que una empresa en posición dominante que ‘vence’ a un competidor

---

<sup>995</sup> Thomas Eilmansberger. “How Distinguish Good from Bad Competition under Article 82 EC: in search of Clearer and More Coherent Standards for Anti-competitive Abuses.” En *C.M.L.R.* Vol. 42, 2005. págs. 129-177. pág. 147. En este sentido también Decisión de la Comisión de 20-3-2001 *Deutsche Post AG*. 2001/354/CE. DOCE L 125/27 de 5-5-2001.

<sup>996</sup> L. Focsaneanu, ob.cit. pág. 362.

<sup>997</sup> Reglamento CE N° 1/2003 del Consejo de 16-12-2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. DOCE L 1/1 de 4.1.2003.

<sup>998</sup> Sentencia TPI 7-10-1999. *Irish Sugar Plc c/. Comisión CE* As. T-228/97. RJ 1999-II-2969. § 189.

<sup>999</sup> Este párrafo en la sentencia *Michelin* es estrechamente igual a la segunda parte del párrafo 91 de la sentencia del TJCE en *Hoffmann-La Roché*, “la competencia normal en productos o servicios sobre las bases de las transacciones de los operadores comerciales”; la versión de *Michelin* ‘rendimiento de los comerciantes’ es más sugerente de tomar la eficiencia en cuenta más que en *Hoffmann-La Roché*.

debido a su eficiencia económica superior no debe ser condenada bajo el artículo 82 TCE, ya que su conducta está basada en su rendimiento. Una empresa que gana negocios ‘en base a sus méritos’, sea dominante o no, no debe ser sancionada.

Hay un segundo punto que se origina del extracto de la sentencia en *Michelin*: dice que los comportamientos son abusivos si ‘tienen el efecto’ de impedir el mantenimiento o el desarrollo del nivel de competencia existente en el mercado. Esto significa presumiblemente que, si un determinado comportamiento no puede producir este efecto, no debe ser considerado abusivo. Esto no quiere decir que el efecto anticompetitivo debe haberse percibido, ya que el artículo 82 TCE incluso puede aplicarse a comportamientos que implican un riesgo serio de efectos anticompetitivos en el futuro<sup>1000</sup>, aunque la Comisión, sobre las bases de una evidencia convincente, deberá demostrar que el riesgo es real.<sup>1001</sup> Sin embargo, en ausencia de un efecto real o potencial en el mercado, la conducta no debe ser caracterizada como abusiva bajo el artículo 82 TCE TCE.

Esto plantea la cuestión de determinadas conductas pueden ser considerados, per se<sup>1002</sup>, como que tienen un efecto abusivo sin que sea necesario demostrar empíricamente que la conducta es abusiva; es decir, una analogía equivalente a la del artículo 81(1), conforme al que algunos acuerdos son considerados ilegales cuando tienen por objeto la restricción de la competencia, de modo que sea innecesario demostrar un efecto restrictivo.

Sin embargo, la gran dificultad que se origina con el artículo 82 TCE es que puede ser muy difícil distinguir aquellos comportamientos que constituyen competencia ‘sobre los méritos’ de aquellos que constituyen abuso.

La jurisprudencia no proporciona mucha guía al respecto, sin embargo, en *Irish Sugar Plc/Comisión*, el TPI estableció que ‘si una empresa en posición dominante implementa realmente un comportamiento dirigido a retirar a un competidor, el hecho de que el

---

<sup>1000</sup> Así por ejemplo, el caso Sentencia del TJCE de 6-3-1974. *Istituto Chemioterápico Italiano SpA y Commercial Solvents Corporation c/. Comisión de la CE*. Casos juntos 6 y 7/73. RJ 1994 p. 223. § 25.

<sup>1001</sup> Esto sería consistente con el requerimiento del TPI en los casos Sentencia del TJCE de 15-9-1998. *European Night Services Ltd (ENS), y otros/Comisión CE*. As. Acum.T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94. RJ 1.998, si la Comisión considera que un acuerdo restringe de forma potencial opuesto a la competencia real bajo el artículo 81(1), debe evidenciar de forma convincente en este efecto.

<sup>1002</sup> Sentencia TPI *Irish Sugar/Comisión* ya citada.

resultado esperado no sea conseguido no es suficiente para impedir que constituya un abuso de posición dominante<sup>1003</sup>.

Este pronunciamiento ha tenido eco en la Guía de la Comisión, y en el Documento<sup>1004</sup>, que plantea la presunción de abuso cuando además de la consideración de los factores específicos que enumera la Comisión en la Guía, la valoración se hace comparando la situación real o la probable situación en el futuro en el mercado relevante, con la conducta de la empresa en posición dominante, con lo que sería si la conducta no tomara lugar, o con otro escenario real alternativo, considerando los comportamientos comerciales establecidos.

Habrán circunstancias donde no será necesario para que la Comisión implemente una valoración detallada para concluir que la conducta en cuestión puede generar un perjuicio al consumidor. Podrá inferirse su efecto anticompetitivo si resulta que la conducta sólo puede originar obstáculos a la competencia, y que no crea ninguna eficiencia.

A las empresas dominantes debe serles permitido competir;<sup>1005</sup> sin embargo, algunas respuestas competitivas, por ejemplo el recorte de precio selectivo y las rebajas ilegales, pueden ser consideradas una desviación de la competencia sobre los méritos y ser consideradas abusivas.

Hay una línea confusa, pero tiene que delinarse. En ausencia de una síntesis intelectualmente convincente de todos los casos en los que la conducta ha sido establecida como abusiva, la solución del segundo mejor<sup>1006</sup> es intentar definir aquellas categorías de abuso que se han condenado por la jurisprudencia, lo que proporciona algunas ideas para la aplicación del artículo 82 TCE<sup>1007</sup>, así como los test planteados por la doctrina.

---

<sup>1003</sup> Sentencia TJCE de 3-7-1991. *Akzo Chemmie BV y Akzo Chemmie UK Ltd c/ Comisión*. Caso C-62/86.RJ 1991 pág. 3359-3374. Donde se sugiere una regla per se sobre el precio predatorio por debajo del coste variable promedio.

<sup>1004</sup> §20 y 21 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva citada, y §60 del Documento de la Comisión.

<sup>1005</sup> Sentencia TPI *Irish Sugar/Comisión* ya citada, §§ 112 y 189.

<sup>1006</sup> La Teoría del Segundo Mejor se refiere a lo que sucede cuando una o más de las condiciones óptimas en un modelo económico, no están satisfechas. Los economistas Richard Lipsey y Kelvin Lancaster demostraron que en un modelo económico si una condición óptima no está satisfecha, es posible que la mejor solución siguiente implique el cambio de otras variables lejos de aquellas que usualmente son asumidas de ser las óptimas.

Esto significa que en una economía con algún fallo de mercado inevitable en un sector, puede haber en efecto un descenso en la eficiencia debido a un movimiento hacia una mayor perfección en el mercado en otro sector. En teoría, al menos, sería mejor dejar que las dos imperfecciones de mercado se cancelen una a la otra más que hacer un esfuerzo en arreglar las dos. Esto, en efecto, haría el mundo peor que la situación anterior. R.G. Lipsey & Kelvin Lancaster, "The General Theory of Second Best", *The Review of Economic Studies*, Vol. 24, No. 1. (1956 - 1957), pp. 11-32.

<sup>1007</sup> Richard Whish. *Competition Law* 5<sup>th</sup> Ed. Butterworths. 2003. Londres U.K. págs. 199-200.

A continuación vamos a desarrollar diferentes criterios que ha planteado la doctrina para establecer cuál debe ser el efecto necesario en la competencia para establecer que se ha producido un comportamiento abusivo, concluiremos que a semejanza del derecho antitrust norteamericano, no existe consenso bajo el que se pueda establecer en qué consiste el efecto que distorsiona la competencia que sea aplicable a cualquier comportamiento abusivo, sino que se debe analizar el comportamiento dependiendo de la infracción alegada y de las circunstancias del caso dado. Sin embargo, la doctrina intenta establecer algunos principios o criterios que pueden abreviar algunas fases en el trabajo de establecer la ilegalidad de la conducta en cada caso y su justificación objetiva.

#### *4.2.1. Los test propuestos para determinar si la conducta cuestionada es anticompetitiva.*

En el derecho antitrust norteamericano y en el derecho de competencia comunitario, se han propuesto por la doctrina, varios test de base para valorar si una conducta infringe el artículo 2 de la Ley Sherman, y el artículo 82 TCE.

Al establecer el estándar apropiado se deben tomar en cuenta los costes generados, incluidos los costes de error y los costes administrativos, asociados con los costes de los tribunales y de quienes aplican la norma.<sup>1008</sup>

##### *a) Los tests de sacrificio de beneficios y del sentido-no-económico*

Los tests del sacrificio de beneficios y del sentido-no-económico, se suelen tratar juntos. El test del sacrificio es conceptualmente similar a la regla establecida en *Brooke Group*, que gobierna el precio predatorio y que requiere la prueba del precio por debajo del coste de incremento y la probabilidad de recuperación de aquellas pérdidas a través de un precio supracompetitivo después de que el rival ha sido disciplinado o retirado.<sup>1009</sup>

En realidad es un esfuerzo de quienes lo proponen para utilizar el paradigma del precio predatorio y generar un estándar universal para definir toda conducta de exclusión.

La cuestión central que se plantea es saber si la conducta requiere a la empresa dominante sacrificar sus beneficios que podrían ser obtenidos en circunstancias competitivas como parte de una estrategia para excluir rivales, incrementar su poder de

---

<sup>1008</sup> Pág. 34 del Informe del Dpto. De Justicia norteamericano citado.

<sup>1009</sup> *Brooke Group*, 509 U.S. en 222-24.

monopolio y subsecuentemente recuperar las pérdidas de beneficios a través de precio monopólico.<sup>1010</sup> El test considera el sacrificio como una condición necesaria pero insuficiente para la conducta de exclusión.<sup>1011</sup>

Hovenkamp considera que el principal problema del test del sacrificio es que muchas estrategias de exclusión no tienen un período distinto de “sacrificio” y de recuperación, sino que son inmediatamente rentables<sup>1012</sup>. Por ejemplo, Microsoft incurrió en sacrificio de beneficios cuando impuso varias de sus restricciones a los fabricantes de ordenadores, suministradores de servicios de internet y otros usuarios de Windows. Pero estos comportamientos permitieron a Microsoft excluir al explorador Netscape con estrategias no eficientes. Así, a menudo es el poder de mercado del monopolista el que permite excluir a los competidores sin muchos costes.

Otro problema con el test del sacrificio es que algunos comportamientos, reconocidos uniformemente como estrategias de exclusión extremadamente efectivas, como el fraude en la oficina de patentes y la interposición generalizada de demandas falsas, prácticamente no tienen costes y no implican sacrificio de beneficios.

En respuesta a estos defectos obvios, se propone la variante del “test del sentido no económico”.<sup>1013</sup> En lugar del sacrificio inmediato de beneficios, esta versión requiere la prueba que la conducta no tiene sentido económico para la empresa dominante en ausencia de barreras a la competencia generadas por la conducta. A semejanza del test del sacrificio, el test del “sentido no económico” es una condición necesaria pero insuficiente para la conducta de exclusión anticompetitiva.

Bajo este planteamiento, incluso cuando un comportamiento excluye rivales y no implica ningún sacrificio temporal, debido a que las ganancias anticompetitivas de la conducta son inmediatamente disponibles, puede fallar el test si no ha sido un acto económicamente racional para la empresa dominante, pero sí debido a los efectos anticompetitivos de la conducta. Y también fallaría el test cuando las estrategias de exclusión menos costosas que no implican ningún sacrificio, como destruir las

---

<sup>1010</sup> Janusz A. Ordover y Robert D. Willig. “An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation”. *Yale Law Journal*. Vol. 91. 1981. Págs. 8-53

<sup>1011</sup> Por ejemplo, debe haber prueba adicional que la conducta es “razonablemente capaz de hacer una contribución significativa para crear o mantener poder de monopolio. P. Areeda y H. Hovenkamp, *Antitrust Law*. Vol. 3 ap. 651. Segunda Edición, 2002.

<sup>1012</sup> H. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise*, 152 (2005)

<sup>1013</sup> A. Melamed, “Exclusionary conduct Under the Antitrust Laws: Balancing, Sacrifice, and Refusals to Deal. En *Berkeley Technology Law Journal*. Vol. 20, pág. 1247 (2005)



facilidades de producción de un rival, no ofrecen ninguna posibilidad de una recompensa positiva aparte de la tendencia de la conducta a eliminar la competencia.<sup>1014</sup>

El test del sacrificio ha sido cuestionado como estándar para juzgar el comportamiento en los precios por Aaron S. Edlin<sup>1015</sup>, que señala que debe prohibirse a un monopolista, responder a la competencia con recortes sustanciales en precios, hasta que el entrante se haya establecido en el mercado, y su economía sea viable. Se presume por tanto que el sacrificio, en este caso sería anticompetitivo.

También Orderover y Willig<sup>1016</sup>, quienes fueron instrumentales en desarrollar y abogar por el sacrificio como un test de predación, hoy sólo lo apoyan como una presunción, y se opusieron a su aplicación al caso *Trinko*<sup>1017</sup> por considerar que no siempre debe ser visto como una condición necesaria para la aplicación de la Sección 2 de la Ley Sherman.<sup>1018</sup>

Kattrenmaker y Salop<sup>1019</sup> observan que la habilidad de excluir sin ningún sacrificio de beneficios y la posibilidad de recuperar simultáneamente los beneficios sacrificados, a través del ejercicio del poder de mercado, puede incrementar significativamente el atractivo de algunas estrategias de exclusión de no precio. Así, la retirada del test de sacrificio en su informe en *Trinko*, y el apoyo de un test de desproporcionalidad, habría estado motivado en parte, por el convencimiento de que el test no era adecuado, al

---

<sup>1014</sup> Marina Lao. “Defining Exclusionary Conduct Under Section 2: The Case for Non-Universal Standards” en Fordham Corporate Law Institute. 2006. Editor: Barry Hawk.

<sup>1015</sup> Aaron S. Edlin. “Stopping Above-Cost Predatory Pricing”. En *The Yale Law Journal*. Volumen 111, 2001, pág. 941 – 991.

<sup>1016</sup> Janusz A. Orderover y Robert D. Willig. “An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation”. *Yale Law Journal*. Vol. 91. 1981. Págs. 8-53

<sup>1017</sup> *Verizon Communications Inc c. Law Offices of Curtis V. Trinko LLP*, 124 S. Ct. 872 (2004) 540 US 398 (2004). La cuestión central en el caso fue si la empresa de telecomunicaciones demandada Verizon había violado la Sección 2 de la Ley Sherman al rechazar en proporcionar el acceso a las facilidades de telefonía vocal a sus rivales, infringiendo los requerimientos legales pro competitivos, *Trinko*, Verizon Communications Inc. era el operador exclusivo para el estado de Nueva York hasta la Ley de Telecomunicaciones de 1996, que requirió introducir la competencia en el mercado de las telecomunicaciones locales, obligando así a Verizon y al otro competidor Incumbent Local Exchange Carrier (ILEC) a compartir parte de sus redes locales con nuevos entrantes Competing Local Exchange Carriers (CLEC), incluyendo el suministro del acceso a los elementos individuales de la red sobre unas “bases no vinculadas”. El Tribunal Supremo limitó significativamente las circunstancias en que el derecho antitrust obliga a una empresa a auxiliar a sus competidores proporcionándoles el acceso a su infraestructura, el Tribunal parece limitar el ámbito para la intervención antitrust cuando un régimen regulado de un sector específico ya está presente como es generalmente el caso en las industrias de red. El tribunal se enfocó en el caso particular de rechazo unilateral a contratar, observando que un monopolista no podía ser condenado por el desarrollo de una “infraestructura” valiosa esencial para funcionar en su mercado. Además, los tribunales deben ser reacios a ordenar que las empresas compartan esta infraestructura, porque disminuiría el incentivo a desarrollarse en primer lugar, e incrementa el riesgo de colusión.

<sup>1018</sup> Sostienen que el principal defecto de un test de sacrificio es que presupone que “la predación” nunca es de vinculación bajo las leyes antitrust si no implica costes. Incluso los ejemplos abundan en los casos y comentarios de conducta que es irracionalmente exclusionaria, que implicó poco o ningún sacrificio de beneficio, o algún sacrificio en el contexto donde la recuperación podía ser conseguida simultáneamente.

<sup>1019</sup> Thomas G. Krattenmaker and Steven C. Salop. *Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals’ Costs to Achieve Power over Price*. En *The Yale Law Journal* Vol. 96, N° 2 Dec. 1986.

punto de socavar precedentes importantes e incluso en casos pendientes. De modo que aunque la evidencia del sacrificio apoya así un fundamento de conducta de exclusión, no debe ser considerado como una condición necesaria para todos los casos de exclusión anticompetitiva. Es una buena regla de inclusión, pero no necesariamente una buena regla de exclusión.

Lao observa que la fuerza del test del sacrificio/sentido no económico reside en su eliminación virtual de los falso positivos, al condenar sólo la conducta que se demuestra no tener ningún sentido económico para la empresa dominante sino solamente la exclusión de los rivales y el incremento resultante en su poder de mercado (asumiendo que las demás condiciones están cumplidas). Sin embargo, el test está cercano a los falso negativos, ya que descuida los efectos de la conducta en los rivales excluidos y en los consumidores, y aprobaría una conducta que no produce ninguna eficiencia neta para la empresa dominante, incluso cuando la conducta es dañina para los rivales y los consumidores<sup>1020</sup>. Debido a que no se produce el balance de las eficiencias respecto a los daños competitivos, el test permitiría una conducta con efectos competitivos adversos en la medida que la conducta no es económicamente irracional para el demandado.

Al enfocarse exclusivamente en la racionalidad económica de la conducta para la empresa dominante, el test pasa por alto el riesgo del incremento del poder de mercado de la empresa dominante en el largo plazo y el daño resultante al consumidor.

Sin embargo, el test del sacrificio además del precio predatorio, podría ser también útil en los casos de rechazo unilateral a contratar en la medida que, si se condenan todos los rechazos a contratar, se debe tener un mecanismo para identificar los rechazos que deben ser condenados.<sup>1021</sup>

---

<sup>1020</sup> Marina Lao, ob. Cit. Pág. 442.

<sup>1021</sup> Como hemos visto al inicio, al argumentar que el invocado rechazo a contratar en el caso *Trinko* no satisfacía ningún estándar de ilegalidad bajo la Ley Sherman, el gobierno se basó consistentemente en una teoría del sacrificio. El “sacrificio” de ingresos a corto plazo es una condición necesaria, pero difícilmente suficiente para condenar un rechazo unilateral a contratar bajo la sección 2. La decisión *Trinko* reconoció esto al rechazar la condena a Verizon por el rechazo a permitir un beneficio mayor en las ventas al detalle con el objeto de hacer beneficios más bajos en las ventas minoristas para los rivales. Mientras esta condición del “sacrificio” era necesaria para condenar, no era suficiente debido a los problemas administrativos considerables que produce cualquier ley de rechazo unilateral a contratar. El Tribunal Supremo también declinó condenar el rechazo de una empresa a desarrollar nuevos activos para el beneficio de los rivales, presumiblemente incluso cuando se podía demostrar que este desarrollo habría sido rentable, sino que consideró que los activos rechazados deben ser partes de la capacidad existente, como el espacio no utilizado en un gasoducto o la línea de transmisión eléctrica. Además el Tribunal sostuvo que las leyes antitrust no deben ser utilizadas para obligar a una empresa en la venta al detalle de algo que ha rechazado utilizar esta vía en el pasado, sino que simplemente la utilizaba internamente.

Para la mayoría de comportamientos estratégicos que excluyen rivales, especialmente aquellos que no son genuinamente unilaterales, el test del sacrificio/sentido no económico sería mucho menos factible porque no existen las mismas condiciones que garantizan una regla estrecha. La más común para estos comportamientos cuasi unilaterales incluiría el tying, la contratación exclusiva, las rebajas en paquete y los descuentos de fidelidad, que a menudo, conducen a precios más altos debido a su efecto en elevar los costes de los rivales, lo que permite a la empresa dominante ejercitar el poder de monopolio. Entonces, un buen estándar de definición para estos comportamientos de exclusión, debe tomar en cuenta el riesgo y coste de los falso negativos. En esta medida el test del sacrificio/sentido no económico es inapropiado.

El Informe del Departamento de Justicia norteamericano, cree que el test del sacrificio de beneficios no debe ser el test para considerar la ilegalidad bajo la Sección 2 de la Ley Sherman.<sup>1022</sup> Algunos panelistas asistentes a las discusiones previas, han criticado el test por enfocarse sólo indirectamente hacia los consumidores y prefieren que la Sección 2 sea interpretada como enfocada directamente en el bienestar del consumidor. También han planteado que el test resulta en falso negativos, permitiendo conductas que dañan a los consumidores y condenando las inversiones procompetitivas y la innovación de producto. (Casi todas las inversiones sustanciales para construir una nueva empresa para el desarrollo de un nuevo producto- implica un sacrificio a corto plazo de las ganancias actuales en la esperanza del incremento de ganancias futuras, resultantes de ganar negocio de los competidores). Además, aunque estos test están basados en parte en su facilidad de aplicación, las críticas plantean que son difíciles de implementar en la práctica, ya que no hay una forma sencilla de separar los beneficios económicos para un demandado, del impacto exclusionario en los rivales.

El Departamento de Justicia concluye que el test del sentido-no-económico no debe ser el test exclusivo bajo la Sección 2 porque hay dificultades en generalizarlo a todas las circunstancias.

Sin embargo, el test sería útil para identificar alguna conducta de exclusión, y puede servir como una herramienta para establecer la necesidad de las empresas de considerar cuidadosamente por qué persiguen un curso particular de conducta. Si la conducta no tiene sentido económico en el momento en que es emprendida, excepto por su efecto de exclusión sobre en la competencia, sería difícil de defender que no resulta anticompetitiva.

---

<sup>1022</sup> Págs. 39 y ss. Del Informe del Departamento de Justicia norteamericano citado.

En conclusión, el test del sacrificio, parece útil en un número de casos, especialmente en la predación- pero no proporciona un fundamento general para distinguir la competencia sobre los méritos de la conducta que es exclusionaria o que distorsiona la competencia.

*b) El Test de la conducta que “excluye a un competidor igualmente eficiente”.*

Es un test propuesto por Posner<sup>1023</sup> y que ha tenido aceptación en el derecho de competencia comunitario. La Comisión en su Guía para los abusos de exclusión, y en su Documento, lo ha incorporado para los abusos anticompetitivos en precios<sup>1024</sup>, incluso la doctrina ha propuesto que se debería aplicar este test al artículo 82 TCE en cuanto se refiere al efecto del abuso en la competencia.<sup>1025</sup>

Posner plantea que la conducta exclusionaria o anticompetitiva es una conducta que es capaz de excluir a un rival igualmente eficiente. “El demandado puede rechazar la alegación demostrando que aunque es un monopolista y el comportamiento cuestionado es exclusionario, el comportamiento es en balance, eficiente”.<sup>1026</sup> El test está basado en el principio de “que una empresa no debe ser penalizada por tener costes más bajos que sus rivales y fijar sus precios como corresponde.”<sup>1027</sup> El planteamiento de Posner, ha tenido alguna influencia en la jurisprudencia norteamericana, particularmente en los casos de precio predatorio y descuentos en paquete<sup>1028</sup>, dando como resultado que un

---

<sup>1023</sup> Richard A. Posner. *Antitrust Law*. The University of Chicago Press 2001 págs. 194-5.

<sup>1024</sup> Véase § 22 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva: Con el objeto de impedir la aniquilación anticompetitiva, la Comisión normalmente intervendrá sólo si la conducta implicada ya se ha efectuado o es capaz de impedir la competencia de competidores que son considerados que son tan eficientes como la empresa dominante. Véase también el §63 del Documento de la Comisión.

<sup>1025</sup> Véase Sinclair, ob. Cit., y Vickers, ob. Cit. Y también Moritz Lorenz, Maiké Lübbig y Alexia Russell. « Price Discrimination, a Tender Story » en *E.C.L.R.* 2005 pág. 355 y ss.

<sup>1026</sup> Richard A. Posner, ob. Cit. Pág. 194-5.

<sup>1027</sup> Herbert Hovenkamp. “Exclusion and the Sherman Act” en *University of Chicago Law Review*, Vol. 72, 2005, pág. 147 y ss. en 154.

<sup>1028</sup> Por ejemplo, al condenar los descuentos por objetivos en paquete cuestionados en *LePage’s Inc v. 3M* (abreviación de Minnesota Minnig and Manufacturing Co) 324 F3d 141(3d Cir 2003) (en banc). Cert. Denied, 124 S Ct 2932(2004), LePage’s demandó a 3M por la monopolización del mercado para el producto cinta adhesiva transparente por su política de conceder descuentos y rebajas a clientes detallistas sobre las bases de objetivos de ventas y sobre el rango de productos 3M que éstos almacenaban –las denominadas rebajas en paquete o “bundled”-. (El Tribunal Supremo declinó asumir el caso. El Gobierno norteamericano estableció que no era un vehículo atractivo para clarificar el test sobre las rebajas en paquete, y que sería preferible permitir que lo haga la jurisprudencia y un mayor desarrollo del análisis económico.). El Tribunal del Tercer Circuito observó que “incluso un rival igualmente eficiente encontrará imposible compensar por los descuentos perdidos en productos que no produce. Un descuento en paquete diseñado específicamente para un paquete de productos múltiples, puede excluir a un rival igualmente eficiente que fabrica sólo uno o algunos de los productos que componen el grupo de productos en cuestión. Por ejemplo, 3M fabrica tres productos, mientras LePage’s sólo fabrica uno. 3M estableció que los clientes adquieran grandes volúmenes de sus tres productos y creó un programa de descuentos adecuado, agregado a los descuentos sobre los tres productos. También en *Concord Boat Corp. V. Brunswick Corp.*, 207 F.3d 1039, 1063 (8th. Cir. 2000); *Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp.*, 724

precio es predatorio sólo si es calculado razonablemente con el objeto de excluir a un rival que es, al menos, tan eficiente como el demandado<sup>1029</sup>. Claramente no queremos empresas de coste bajo que mantengan sus precios por encima de sus costes simplemente para permitir que un rival se establezca en el mercado.

La definición de conducta exclusionaria del rival igualmente eficiente puede no ser acertada en situaciones donde el rival emergente es menos eficiente que la empresa dominante. Incluso en algunos casos de precio predatorio el test del “rival igualmente eficiente” parece problemático.

Así el caso *United States v. AMR Corp.*,<sup>1030</sup> ilustra un ejemplo de empresa dominante que disfruta de economías de escala significativas. Frecuentemente estas economías son tan sustanciales que ningún rival puede igualarlas, al menos no hasta que se convierta en una empresa bien establecida. En principio no se quiere una empresa que mantenga un umbral de precios sobre los rivales más pequeños que no hayan conseguido economías de escala similares. Sin embargo, la cuestión es qué sucede si la empresa realiza alguna práctica que es a la vez dañina y completamente irracional en el sentido que agrega nada a los beneficios del demandado, pero que es adecuada para excluir a un rival. Si la implicada puede alegar como defensa que el comportamiento en cuestión no ha excluido a un rival igualmente eficiente. O si estamos ante un enunciado que es más favorable a excluir a aquellas clases de rivales que podían aparecer en la escena.

A favor del test de Posner, se pronuncia Sinclair,<sup>1031</sup> quien propone que en aplicación del test, bajo el derecho de competencia comunitario, se debe elevar el umbral de legalidad y uniformizarse el criterio aplicándose a todos los comportamientos abusivos, lo que incluye que dejen de considerarse abusivos algunos comportamientos como las

---

F.2d 227, 232 (1<sup>st</sup> Cir. 1983); *Ortho Diagnostic Sys., Inc. v. Abbott Labs., Inc.*, 920 F. Supp. 455, 466 (S.D.N.Y. 1996).

<sup>1029</sup> Para plantear su test, Posner utiliza un ejemplo sobre precios. Señala: “sería absurdo requerir a la empresa que mantenga un umbral de precio, sobre los entrantes menos eficientes ... los comportamientos que excluirán a empresas menos eficientes, como el monopolista que baja su precio cerca (pero no por debajo) de su coste, no son cuestionables, porque quiere promover la eficiencia” Richard A. Posner, ob. Cit. Pág. 196.

<sup>1030</sup> 335 f3d 1109 (10th Cir 2003) (sosteniendo que los precios de American Airlines no eran predatorios porque estaban por encima del coste variable promedio, la medida de coste apropiada) El Décimo Circuito desestimó la demanda por precio predatorio contra American Airlines, planteó que cuando American está confrontada con la competencia en una de sus rutas, American transfería aviones que eran rentables en otras rutas hacia la ruta señalada, inundándola con nueva capacidad y bajando sus precios para igualar los del competidor Dallas-Fort. Worth. El precio era igualado para inducir a los clientes a viajar con American, porque ofrecía vuelos conectados, mientras que los otros competidores no los ofrecían.

<sup>1031</sup> Duncan Sinclair. “Abuse of Dominance at a Crossroads-Potential Effect, Object and Appreciability Under Article 82 EC”. En E.C.L.R. 2004, págs. 491-501.

rebajas y descuentos. Sin embargo, el propio autor, Posner<sup>1032</sup> al comentar el caso *LePage's Inc c/ 3M*, observa que LePage's no era un rival igualmente eficiente, ni tampoco podía aplicársele su test, ya que era imposible que LePage's pudiese igualar los precios, donde la conducta de exclusión no era costosa para 3M, ya que tenía economías de escala en la producción de la cinta transparente. Por otro lado, reconoce que efectivamente, debido a la conducta cuestionada, a LePage's se le privaba de acceder a poderosos detallistas como Office Depot o Walmart, que le hubiesen permitido operar con las mismas economías de escala que 3M, y manifiesta que las economías de escala son un mercado<sup>1033</sup> más que un atributo de la empresa. Cuestión que difiere del derecho de competencia comunitario donde las economías de escala son un factor de la posición de dominio.

Sinclair<sup>1034</sup> plantea que nunca debe adoptarse la regla truncada o enfoque *per se*. Partiendo de este hecho cada comportamiento abusivo se debe apreciar considerando las circunstancias concretas de cada caso, de modo que sólo se considere un comportamiento abusivo cuando existe la posibilidad real o potencial de excluir a un rival eficiente invocando al efecto lo planteado por Posner<sup>1035</sup>.

-Señala que en los comportamientos donde la relación es dominio-efecto, efecto que empeora, se debe elevar el umbral de prohibición consistente en la probabilidad de exclusión de un competidor eficiente o similar. Los umbrales más bajos que tengan

---

<sup>1032</sup> Richard A. Posner. "Vertical Restraints and Antitrust Policy". En *The University of Chicago Law Review*. 2005, págs. 229-241.

<sup>1033</sup> Señala Posner que 3M habría sido más eficiente que LePage's no porque tenía costes de unidad más bajos sino simplemente porque lograba economías de escala en producir cinta transparente; hubo en realidad evidencia de estas economías. Hay una diferencia desde el punto de vista del bienestar económico entre la eficiencia basada en costes de trabajo o costes de materiales más bajos, gestión superior, calidad mejor, y otros atributos específicos de la empresa, y la eficiencia basada en la escala, que puede conseguir cualquier empresa que esté dispuesta a incrementar su producción a una escala eficiente. Las economías de escala son un mercado más que un atributo de una empresa. En la medida que las rebajas de fidelidad elevaron los costes promedio de LePage's al reducir su producción y así impedirle conseguir las economías de escala disponibles, ello no fue una consecuencia de que 3M es una empresa más eficiente en un sentido relevante a la política antitrust. 3M habría temido que si a LePage's le era permitido de conseguir a veloces y poderosos detallistas como Office Depot y Wal Mart, hubieran preferido vender una cinta de etiqueta privada más barata que esforzarse en vender la cinta Scotch, y la marca perdería su esplendor. Richard Posner, "Vertical Restraints ..." ob. Cit.

<sup>1034</sup> Duncan Sinclair. "Abuse of Dominant at a Crossroads-Potential Effect, Object and Appreciability Under Article 82 EC". En *E.C.L.R.* 2004, págs. 491-501.

<sup>1035</sup> Richard A. Posner. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. 2da. Edición. The University of Chicago Press 2001, pág. 194-5. También es planteado por Korah en Valentine Korah. "Interpretation and Application of article 86 of the Treaty of Rome: Abuse of a Dominant Position within the Common Market". En *Notre Dame Law Review*. 1978 vol. 53 pp. 768 y ss.

alguna tendencia al impacto en la competencia<sup>1036</sup> no son aplicables a todas las situaciones de abuso. Señala que si bien bajo el artículo 82 TCE no se mencionó por el Tratado, el efecto en la competencia, sólo fue para incluir los abusos de explotación, ya que los artículos 81 y 82 TCE tienen por objeto la protección de la competencia en el mercado. El autor hace referencia a los elementos del abuso, es decir, el principio de la responsabilidad especial que recae sobre las empresas en posición de dominio, y la necesidad de la justificación objetiva del comportamiento en cuanto equivalen a la demostración que el comportamiento debe constituir o no competencia sobre los méritos. En términos del perjuicio a la competencia, la prohibición abarca el impacto potencial, es decir, una degradación de la estructura del mercado y su dinámica- el comportamiento exhibiendo una tendencia a excluir, más que una probabilidad de exclusión real de los competidores.

Observa que será posible requerir un nivel de prueba diferente –demostrar un incremento real en los precios o descenso en la producción, o al menos una probabilidad de estos resultados- para cada una de las situaciones. Propone que las prácticas exclusionarias sean juzgadas bajo el test doble del ‘competidor igualmente eficiente’<sup>1037</sup>: Primero, que el demandado tiene poder de monopolio, y segundo, que la práctica cuestionada es en las circunstancias probable de excluir a un rival igual o más eficiente<sup>1038</sup>.

En efecto, debe descartarse la necesidad de demostrar los efectos concretos en el mercado (en la forma de reducción en la producción o precios más altos), porque restringiría la capacidad de las autoridades de competencia de intervenir hasta que realmente haya ocurrido algún impacto sobre la competencia –que en realidad sería muy tarde- y porque en cualquier caso dado, generalmente el “impacto real” del comportamiento no puede ser establecido exactamente. Los efectos postulados del

---

<sup>1036</sup> Conceptualmente vinculados a la idea de la competencia potencial o la probabilidad del incremento de una barrera a la entrada.

<sup>1037</sup> Sinclair invoca en este sentido, los dos enfoques distintos caracterizados por la Profesora Fox: “El modelo macroeconómico utilizado popularmente en Estados Unidos, aconseja hoy ninguna intervención antitrust a menos que la transacción pueda disminuir el bienestar agregado del consumidor o el bienestar total. [...] De acuerdo a esta metodología, no hay violación “exclusionaria”; la violación es explotación”. En conclusión, se debe acreditar de qué modo se ha podido afectar al bienestar total o al bienestar del consumidor. La segunda metodología actúa en un ámbito más amplio. El analista observa en la estructura del mercado y su dinámica, y se pregunta si la práctica interfiere y degrada el mecanismo del mercado y concluye que las prácticas exclusionarias que son significativas e injustificadas, son anticompetitivas y deben estar prohibidas”. Eleanor M. Fox. “What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect”. En *Antitrust Law Journal* 2002, Vol. 70 pág. 372 y ss.

<sup>1038</sup> Las normas de competencia comunitarias han sido aplicadas desde hace tiempo y hasta hoy sobre las bases del artículo 4 (anterior artículo 3) TCE que se refiere a “un sistema asegurando que la competencia en el mercado interno no sea distorsionada”.

comportamiento sólo pueden ser establecidos respecto al contraataque, referido a lo que hubiera resultado si el comportamiento en cuestión no ocurrió, y esto conducirá a la introducción de un número de afirmaciones implícitas (incluyendo cómo los competidores y los entrantes potenciales habrían reaccionado en ausencia del comportamiento en cuestión).<sup>1039</sup>

-Respecto al efecto real o potencial de la conducta, en los casos de contratación exclusiva y rebajas de fidelidad, Sinclair señala que si puede haber un efecto en la competencia bajo el artículo 82 TCE no es necesario acreditarlo fehacientemente, y se queda en una “tendencia a excluir”<sup>1040</sup> o “potencial a excluir”<sup>1041</sup>. Señala el autor que en este ámbito, implica una gran dificultad la demostración del grado requerido para que el efecto constituya abuso. Considera el autor que en estos casos se sigue el criterio de la responsabilidad especial<sup>1042</sup> que recae sobre las empresas dominantes<sup>1043</sup>, lo que implicaría que el abuso se presume, por lo que cuestiona si deben condenarse estos comportamientos.<sup>1044</sup>

---

<sup>1039</sup> Por ejemplo, si hay en realidad una nueva entrada al mercado, esto no demuestra que el comportamiento no haya tenido un impacto en perjuicio de la dinámica del mercado. La nueva entrada demuestra que el comportamiento no ha causado la aniquilación completa en el mercado, pero no excluye la posibilidad de que habría sido más perjudicial, o más efectiva la entrada en el mercado de no haberse producido el comportamiento en cuestión. Los artículos 81 y 82 TCE se aplican cuando se produce la exclusión, sino también cuando puede producirse este efecto.

<sup>1040</sup> Un examen del efecto potencial ha sido aplicado por la Comisión en *Microsoft* respecto de la vinculación/tying de Windows Media Player (“WMP”) para la plataforma Windows, mientras la Comisión persistía señalando en su nota de prensa que no estaba aplicando un enfoque *per se*. [Nota de Prensa IP/04/382 de 24 de abril 2004] En su decisión, la Comisión estableció que aunque en los casos de tying “clásicos”, es suficiente demostrar un vínculo entre un producto dominante y el no dominante, en el caso *Microsoft* (§841 y 843 Decisión *Microsoft* citada) consideró: “... hay ... así buenas razones para asumir sin más análisis que la vinculación de WPM constituye conducta que es por su naturaleza vinculable a excluir la competencia.” ... “En las secciones siguientes, será explicado por qué la vinculación en este caso específico tiene el potencial de excluir la competencia, de modo que se pone en riesgo el mantenimiento de una estructura de competencia efectiva.”

<sup>1041</sup> Por ejemplo, la Comisión considera que “el downloading no constituye un canal de distribución tan eficiente como la pre-instalación de OEM” (§ 866 de la Decisión *Microsoft* citada.) y continua en reconocer que todos los demás canales son “el segundo mejor”. El nivel establecido no es, por vía de ejemplo hipotético que no hay otros medios efectivos de competir con Microsoft, o que el espacio en blanco en eficiencia entre las rutas de distribución es tan grande que se esperaría la salida del mercado de competidores eficientes, o un fallo de cualquier entrada nueva. Dado el test adoptado por la Comisión, es difícil evitar la idea que Microsoft estaba condenada a fallar en su defensa.

<sup>1042</sup> Sentencia TJCE de 14-11-1996. *Tetra Pak International SA./Comisión* As. C-333/94P. RJ 1996 p. I-5951, § 24.

<sup>1043</sup> El autor critica la aplicación del artículo 82 TCE sobre las bases de un efecto potencial simple, o un efecto virtualmente insignificante en el mercado, señala que se pueden encontrar pronunciamientos sugiriendo un grado mínimo de probabilidad y materialidad, y cuestiona que la responsabilidad de una empresa “super dominante” sea mayor que una empresa “simplemente dominante” lo que sugiere un enfoque que distingue entre grados de impacto probable. Esta cuestión realmente no puede estar divorciada del debate más amplio sobre el concepto de un efecto en la competencia ya que si la categoría del abuso en cuestión requiere la demostración de que el comportamiento es apto para impedir toda competencia en el mercado relevante, no se plantearía ninguna cuestión sobre su grado apreciable.

<sup>1044</sup> En *Van Den Bergh Foods* el apelante planteó que el artículo 82 TCE no se aplica a un comportamiento que animó a la compra exclusiva a menos que fuera alcanzado un cierto umbral de efecto en la competencia. El TPI consideró que en cualquier caso, el porcentaje de canales afectados era, mucho



-En cuanto al carácter anticompetitivo por el objeto de restringir la competencia<sup>1045</sup>, si este criterio se aplicara bajo el artículo 82 TCE, sugeriría la posibilidad de una categoría de casos que prima facie pueden conducir a una distorsión injustificada de la competencia (abusivo “por el objeto”) y que se puede presumir un abuso (en principio refutable). En apoyo de su planteamiento señala que hay casos,<sup>1046</sup> y las propias Comunicaciones de la Comisión<sup>1047</sup> que sugieren que se aplica un test de “objeto o efecto” bajo el artículo 82 TCE.

-En cuanto a los comportamientos que son condenados sobre la base por la intencionalidad de la empresa en aniquilar o excluir rivales, en contraste con la “noción objetiva” del abuso, y la necesidad de la “justificación objetiva”, la intención subjetiva de la empresa dominante, en algunos casos, señala que ha sido decisiva para considerar el abuso. El concepto de la intención ha sido fundamental para la segunda modalidad del test de *Akzo*: “precios por debajo del coste promedio total, pero por encima del coste variable promedio que pueden considerarse abusivos cuando se demuestra la intención de eliminar,” también se ha considerado relevante en los casos de descuentos selectivos. Parece entonces que la conducta de una empresa dominante sería abusiva bajo el test del “objeto o la intención” respecto de algunos abusos y un test “objeto o efecto” en otros. El autor critica el test de la intención que considera subjetivo y conduce a incoherencia enteramente innecesaria en el enfoque bajo el artículo 82 TCE. Observa que el test de la intención ha sido introducido en algunas circunstancias –ampliamente en los casos de precio- porque estas conductas, frecuentemente constituyen competencia normal sobre

---

más alto que lo que sugirió la parte, omitiendo pronunciarse al respecto, sin embargo, señaló que en muchos canales la implicada se constituía como la única suministradora. Aunque hay argumentos de que la exclusividad es “en principio” un abuso, y no puede ser admitida en ningún nivel sin justificación objetiva. Sentencia TPI de 23-10-2003, as. 65/98. *Van Den Bergh Foods Limited c/ Comisión CE y otros*. RJ 2003. § 149.

<sup>1045</sup> Comparado a la forma en que se aplica el artículo 81 TCE, el test del “objeto o efecto” en el artículo 81 es aplicado disyuntivamente, es así que habrá una infracción donde el objeto es restringir la competencia incluso donde no se haya demostrado ningún efecto.

<sup>1046</sup> Sinclair plantea que son ejemplos, el conocido test para el precio predatorio establecido en *Akzo*, Los precios por debajo del coste variable se presumen abusivos (en el lenguaje del artículo 81 se los denominaría anticompetitivos “por el objeto”), en la medida que la única explicación lógica para la venta a este nivel durante cierto período de tiempo era con el objeto de eliminar a un competidor, también los casos de esquemas de rebajas, como los casos *Michelin II* y *British Airways*, y en acuerdos de exclusividad, el caso *Van Den Bergh Foods*, la ausencia de revisión crítica por el TPI, sugiere una premisa latente que se presumen abusivos algunos tipos de comportamiento, de tal modo que el balance se desplaza al demandado para que invoque circunstancias excepcionales o una justificación objetiva. Véase la STJCE *Akzo* citada, § 70, STPI *Manufacture française des pneumatiques Michelin c/ Comisión CE (Michelin II)* citada, STPI *British Airways Plc. c/ Comisión CE y Virgin Atlantic Airways Ltd*. Citada.

<sup>1047</sup> En sus Comunicaciones sobre la Aplicación de las Reglas de Competencia al sector de las Telecomunicaciones, la Comisión utiliza el término “objeto y/o efecto de restringir la competencia” en el § 83 (b)

los méritos. El precio por debajo del coste promedio total (pero por encima del coste variable promedio) por ejemplo, casi siempre tendrá un efecto potencial exclusionario en el sentido amplio utilizado en otros casos bajo el artículo 82 TCE, de aquí la necesidad de un umbral alternativo. El test de la intención fue introducido ampliamente por razones prácticas, y con el objeto de evitar un análisis extensivo del mercado concreto. Sin embargo, si se cambiara la naturaleza del concepto del “efecto en la competencia” bajo el artículo 82 TCE, podría obviar la necesidad de un test basado en la intención.<sup>1048</sup> El elemento de la recuperación de las pérdidas busca demostrar la probabilidad de un efecto real en los precios/producción, de modo que, a menos que pueda demostrarse que hay posibilidad razonable de recuperar las pérdidas, el comportamiento sería favorable a los consumidores. Introduciendo un elemento objetivo como la probabilidad de la recuperación se permitiría evitar la demostración de la intención y debe distinguir así el comportamiento que beneficia a los consumidores. El test basado en la demostración de la verdadera probabilidad de exclusión podría ampliarse su aplicación a los casos de “ahorcamiento en los precios”, o “margin squeeze” y rechazo a la venta<sup>1049</sup>. Aunque pueden encontrarse inconsistencias en el criterio seguido para condenarlas, todos los pronunciamientos sobre estas categorías asumen un enfoque marcadamente diferente respecto de aquel asumido en rebajas de fidelidad/exclusividad porque en estos existe la necesidad de demostrar la probable “eliminación completa” de la competencia.<sup>1050</sup>

El autor critica que sin un enfoque unificado hacia las categorías de abuso, pueden resultar inconsistencias que dependan enteramente de su tipología más que del probable impacto en los consumidores.

---

<sup>1048</sup> En el caso *Wanadoo* [Decisión de la Comisión de 16 de julio de 2003, Asunto COMP/38.233 *Wanadoo Interactive* ya citada], la Comisión investigó la posibilidad de la recuperación del precio predatorio (sin utilizarlo como un elemento clave en la decisión final), sin embargo, fue rechazado por el TPI de ser requerimiento bajo el artículo 82 TCE en *Tetra Pak II*. Bajo la Sección 2 de la Ley Sherman, la recuperación es un elemento de la ilegalidad del precio predatorio.

<sup>1049</sup> Señala el autor que no hay razón para considerar una situación de ahorcamiento de margen en precios, por ejemplo, si la oferta está a un precio al que es imposible para una empresa eficiente obtener un beneficio, en una forma diferente al rechazo al suministro del mismo producto, servicio o facilidad. Igualmente, la diferencia entre estos escenarios y el precio predatorio es realmente el medio utilizado para eliminar a un competidor; en situaciones del ahorcamiento del margen en precios y el rechazo a la venta la empresa dominante tiene un insumo importante requerido por la otra parte. Mientras la fuente del poder de mercado o los medios de causar el detrimento al consumidor pueden diferir, el test que establece la probabilidad del daño al consumidor (eliminación de un competidor eficiente) debe ser en principio el mismo.

<sup>1050</sup> Recientemente en el caso de rechazo al suministro de propiedad intelectual, Sentencia del TJCE de 29-4-2004, Cuestión Prejudicial C-418/01 *IMS Health GmbH & Co. OHG/NDC Health GmbH & Co. KG*.

Sinclair concluye que en su opinión actualmente se presume que son abuso, en casos como la contratación exclusiva y rebajas de fidelidad, cuyo enfoque es común en los artículos 81 y 82 TCE, en cuanto que bajo el artículo 81 en el ámbito de acuerdos que son anticompetitivos por el objeto, e implícitamente respecto de algunas situaciones bajo el artículo 82 TCE, sería útil para la Comisión incrementar la transparencia en su enfoque hacia estos comportamientos explicando su ámbito y naturaleza. Además, debe adoptarse una terminología consistente con el artículo 81 TCE.

Plantea el autor que sería preferible un enfoque único, coherente, para establecer el carácter abusivo de un comportamiento, en el grado del efecto anticompetitivo bajo el artículo 82 TCE, a través de la adopción de un test objetivo único, fijado en un nivel más alto que el que existe actualmente bajo los casos de contratación exclusiva y rebajas de fidelidad, y más matizado en los casos de rechazo al suministro y margen de ahorcamiento o *margin squeeze*.

El autor respalda la sugerencia de Posner que sólo se debe cuestionar el comportamiento cuando es probable que pueda provocar la exclusión del mercado de un competidor igual o más eficiente. Ello sería el reconocimiento que el enfoque bajo el artículo 82 TCE debe ser diferente en algunos aspectos del artículo 81, e implica el abandono de las presunciones existentes en rebajas de fidelidad y varias formas de acuerdos de suministro exclusivo.

Sin embargo, el test del competidor igualmente eficiente ha sido asumido por la Comisión en la Guía<sup>1051</sup>, al establecer que la “Comisión sólo intervendrá si la conducta implicada ha conseguido o es capaz de impedir la competencia de los competidores que son considerados tan eficientes como la empresa dominante.”

El competidor “igualmente eficiente” es un competidor hipotético que tiene los mismos costes que la empresa dominante. La aniquilación de un competidor igualmente eficiente en general sólo puede resultar si la empresa dominante fija sus precios por debajo de sus propios costes.

Estamos de acuerdo con el planteamiento de la Comisión sólo en cuanto a que es aplicable el test para apreciar la ilegalidad de los precios predatorios, más no respecto a las rebajas y descuentos, debiendo citarse al respecto lo planteado por Hovenkamp<sup>1052</sup>,

---

<sup>1051</sup> §22 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva, véase también el §63 del Documento de la Comisión.

<sup>1052</sup> Hovenkamp señala al respecto que tratándose de una posición de dominio que disfruta de economías de escala significativas, frecuentemente estas economías son tan sustanciales que ningún rival puede

ya que en este supuesto el problema no es el precio, sino la forma cómo el rival eleva los costes de sus rivales, afectando su capacidad competitiva, obviamente el rival no puede igualar a la dominante en los precios, y en consecuencia, al menos no es igualmente eficiente que la dominante. Además la propia Guía plantea que en determinadas circunstancias, se deberá proteger a rivales que no sean igualmente eficientes.

El test de Posner tiene una serie de desventajas, con las que estamos de acuerdo. Salop<sup>1053</sup> señala que en realidad, a menudo, es la relativa ineficiencia del competidor que permite que tenga éxito un comportamiento de exclusión. Además, los comportamientos de exclusión frecuentemente son diseñados específicamente para impedir que el competidor gane eficiencias de escala. Por ejemplo, la serie de comportamientos estratégicos de Microsoft dirigidos a Netscape habrían tenido las mismas y otras eficiencias de red de Microsoft, pero fueron inicialmente dirigidos a impedir que el explorador Netscape gane las eficiencias de escala necesarias para implicar una seria amenaza competitiva a Microsoft, lo que motivó que Microsoft persiguiera estas estrategias. Una regla limitando la definición de conducta de exclusión sólo a actos capaces de excluir a un competidor igualmente eficiente conduciría a resultados perversos. Una empresa dominante sería libre de utilizar cualquier conducta, incluyendo aquellas que no sean de utilidad social, para excluir sólo a competidores que probablemente enfrentaría, ayudaría a perpetuar el monopolio de una empresa dominante y convertiría al mercado menos propenso a la autocorrección. El test es propenso a los falso negativos. La existencia, o incluso la entrada potencial, de un rival menos eficiente, en realidad, puede coaccionar al monopolista, beneficiando así a los consumidores, y su exclusión dañaría el bienestar del consumidor.

El test del competidor igualmente eficiente tiene un riesgo incluso más alto de falso negativos en comparación al test del sacrificio de beneficios y/o de sentido no económico, porque ni siquiera pregunta si la conducta cuestionada tiene una

---

igualarlas, al menos no hasta que se convierta y se establezca adecuadamente en el mercado. La cuestión es preocupante cuando el comportamiento es irracional, y emprendido sólo con el objeto de excluir a un rival, y probable bajo las circunstancias de excluir el tipo de rivales más probables de aparecer en la escena. El enfoque del derecho antitrust debe ser en los rivales que en un principio realmente son ineficientes, en cuanto necesitan determinadas condiciones para poder tener un lugar en el mercado, y éstos pueden aparecer en la escena con más probabilidad, y no debemos justificar conducta socialmente no útil simplemente porque un rival hipotético, igualmente eficiente no sería excluido. Herbert Hovenkamp. "Exclusion and the Sherman Act" en *The University of Chicago Law Review* 2005, pág. 147 y ss.

<sup>1053</sup> Steven Salop, "Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit Sacrifice Standard", en *Antitrust Law Journal*, pág. 311 en 328-9. Vol. 73 (2006)

justificación económica, en su lugar, simplemente compara las eficiencias relativas de la empresa dominante y su competidor. Si el competidor es menos eficiente, entonces la empresa dominante tiene efectivamente una autorización y puede vincularse en cualquier conducta para excluir al competidor, incluso cuando la conducta no tiene sentido económico para la empresa dominante aparte de las barreras a la competencia que genera.<sup>1054</sup>

Gavil<sup>1055</sup>, y el Informe del Departamento de Justicia Norteamericano<sup>1056</sup>, coinciden en señalar: Primero, que el test presume que no puede haber daño al consumidor derivado de la exclusión de un “rival menos eficiente”, sin embargo, la entrada de un rival menos eficiente puede estimular la competencia y bajar los precios cuando una empresa dominante infractora está fijando precios de monopolio.<sup>1057</sup> Segundo, que incluso, si este test estuviese apoyado sobre bases económicas y políticas, sería difícil de trasladar a la práctica<sup>1058</sup>, porque la medición de “la eficiencia comparativa” es una cuestión difícil, y puede constituir un estándar muy difícil de aplicar en la práctica. Además, no sería apropiado del todo centrarse en la eficiencia comparativa de los rivales como una cuestión general. Si tiene que efectuarse alguna comparación, es de las eficiencias e ineficiencias de la conducta cuestionada, sin embargo, el enfoque de Posner parece poner al rival dañado en un test “de mérito” –debe establecer primero su propia eficiencia con el objeto de cuestionar la ineficiencia del comportamiento de la empresa dominante. El Informe del Departamento de Justicia Norteamericano advierte que el test es especialmente difícil de aplicar fuera del contexto de precios. Además es difícil de medir y comparar eficiencias en casos multiproducto donde hay costes conjuntos. Igualmente sería difícil de aplicar en el contexto de la contratación exclusiva y el tying,

---

<sup>1054</sup> Marina Lao. “Defining Exclusionary Conduct Under Section 2: The Case for Non-Universal Standards” en Fordham Corporate Law Institute. 2006. Editor: Barry Hawk. Pág. 445-7.

<sup>1055</sup> Andrew I. Gavil. “Exclusionary Distribution Strategies by Dominant Firms: Striking a Better Balance” en *Antitrust Law Journal*. 2004 Vol. 72, págs. 3 y ss. Véase también Eric B. Rasmusen., J. Mark Ramseyer y John S. Wiley Jr. *Naked Exclusion*. The American Economic Review. Tomo 81.

<sup>1056</sup> Pág. 44 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano.

<sup>1057</sup> Por ejemplo, asumiendo que una empresa dominante tiene costes de 1 dólar, pero está fijando su precio a 2 dólares. La entrada de un rival fijando su precio a 1.50 dólares puede promover un descenso en los precios, incluso si el entrante nuevo tiene costes de 1.25 dólares. Entonces, una estrategia de distribución que retira a este “rival menos eficiente” del mercado ciertamente, puede dañar al bienestar del consumidor. La “eficiencia comparativa” no es simplemente un patrón útil para el bienestar del consumidor.

<sup>1058</sup> En el mismo sentido : Aaron S. Edlin. “Stopping Above-Cost Predatory Pricing”. En *The Yale Law Journal*. Volumen 111, 2001, pág. 941 – 991. “En mercados donde un monopolio implicado disfruta de ventajas significativas sobre los entrantes potenciales, pero otra empresa accede y proporciona a los compradores con un descuento sustancial, el monopolio debe ser impedido de responder con recortes de precio sustanciales o incrementos significativos de producto hasta que el entrante haya tenido un tiempo razonable para recuperar sus costes de entrada y convertirse viable, o hasta que el entrante comparta el crecimiento, lo suficiente como para que el monopolio pierda su dominio”.

donde la eficiencia de la empresa dependería de cómo distribuye sus productos. Tercero, que este tipo de estándar de mérito sufre al ser una instantánea de competencia en un momento breve en el tiempo. La motivación de la empresa dominante habría sido impedir al rival alcanzar un punto de eficiencia equivalente, por ejemplo a través, del daño de su habilidad de alcanzar la escala mínima eficiente. Seguramente será anómalo en este caso presumir que la exclusión no dañó la competencia y a los consumidores. Es verdad que la exclusión de la empresa menos eficiente no habría dañado la competencia en este momento preciso porque el rival tenía que haber alcanzado su potencial, pero el horizonte de la Sección 2 no debe estar tan fragmentado para funcionar como un disuasivo adecuado al comportamiento estratégico que daña la competencia a largo plazo. Cuarto, que es difícil imaginar cómo el demandante, al interponer la demanda, puede suministrar la información necesaria para alegar que él mismo era al menos “igualmente eficiente” que el demandado. Así, en términos de distribuir el riesgo de no persuasión, parecería más apropiado requerir al demandado establecer y demostrar que era superior a su rival derrotado desde el punto de vista de la eficiencia. Una ventaja de eficiencia comparativa no altera el hecho de que el demandado es una empresa dominante y que ha actuado en una forma que ha dañado a los rivales y a los consumidores –todos los prerequisites que el demandante puede y debe estar obligado a alegar y al final a demostrar. Si la eficiencia comparativa de los dos rivales es del todo relevante, entonces es sólo relevante como una “defensa”. Finalmente, y quizás más fundamental, que si el rival es verdaderamente menos eficiente, su desaparición debe llegar naturalmente en el tiempo, sin ninguna ayuda de las prácticas comerciales destinadas a éste. La empresa dominante –si es verdaderamente más eficiente- siempre tendrá un arsenal de amplias estrategias alternativas que son más claramente un producto de su eficiencia superior y puede ser evaluada de buena gana por los tribunales.<sup>1059</sup>

Visto de otra forma, es pequeño el peligro de los falso positivos<sup>1060</sup> y la sobre disuasión cuando una defensa de una posición dominante basada en que no hay “ningún daño efectuado” formulada sobre las eficiencias alegadas de su víctima, es rechazada. Si son verdad estas alegaciones, la víctima desaparecerá por su propia cuenta. Así, los mercados serán más propicios a la “autocorrección” para rivales menos eficientes que para las empresas con poder de mercado.

---

<sup>1059</sup> En el ejemplo de arriba, la empresa dominante podía simplemente bajar sus precios por debajo del coste del nuevo entrante de 1.25 dólares, pero por encima de su propio coste de 1 dólar.

<sup>1060</sup> Condenar conducta que es eficiente, desanimando la competencia efectiva. Falso negativo es lo contrario, dejar sin condenar conducta que es anticompetitiva.

La cuestión permanece respecto al amparo legal que tendría la alegación de la empresa dominante de eficiencia superior cuando quiere eliminar un rival supuestamente menos eficiente para una eliminación prematura, una característica común de muchas estrategias de distribución cuestionadas. Por ejemplo cuando el rival es actualmente menos eficiente porque todavía tiene que alcanzar una economía de escala total que es precisamente lo que la empresa dominante está intentando evitar. Además, habrá muchas razones por las cuales el rival no puede formular una contra estrategia adecuada en respuesta al esquema de distribución de la empresa dominante y tendrá poco o nada que hacer con su eficiencia comparativa. También, la opción de la empresa dominante por una estrategia de distribución exclusionaria, basada en un descenso en el precio tendría un coste más bajo comparado con el tipo de sacrificio que implica el precio predatorio. En cualquier caso, debido a estándares permisivos, los consumidores en estas circunstancias, a largo plazo serían los grandes perdedores, debido al incremento de falso negativos y la pérdida consecuente de los beneficios competitivos futuros no obtenidos.

Las leyes antitrust deben sospechar de una empresa dominante que emprende esfuerzos dirigidos a eliminar rivales sólo para plantear que no eran “igualmente eficientes” y, entonces, que su pérdida es inmaterial. Esto es especialmente apropiado en el caso de la competencia naciente. Un estándar de “rival menos eficiente” podría conducir a falso negativos en tales circunstancias y colocar una amenaza significativa de baja disuasión. Irónicamente el estándar evidencia una falta de fe en la capacidad de los mercados de corregir la ineficiencia, algo que en verdad, los mercados quizás están mejor equipados para efectuar que los tribunales.

A diferencia del criterio de la Guía de la Comisión, que generaliza la aplicabilidad del test a todos los abusos en precios, el Informe del Departamento de Justicia norteamericano plantea la aplicabilidad del test sólo en determinados comportamientos en precios. Sin embargo, no cree que esta investigación conduzca a reglas aplicables en otros contextos como el tying o la contratación exclusiva, así como el bundling a través del precio para los que plantea otras pautas.<sup>1061</sup>

---

<sup>1061</sup> Así por ejemplo, no está claro si una empresa que produce un producto único tan eficiente como un demandante en un caso de tying calificaría como un competidor igualmente eficiente si no produce los otros productos implicados en la vinculación. En el ámbito multiproducto, una empresa sería igualmente eficiente con respecto a un producto pero no con respecto a todos los productos. Una empresa diversificada disfrutaría de eficiencias superiores en la producción conjunta y la comercialización comparada a una empresa que podría decirse es tan eficiente con respecto a aquel producto al que se dirige la vinculación. Además, es difícil de medir y comparar las eficiencias en los casos multiproducto donde hay costes conjuntos. Similarmente, en el contexto de la contratación exclusiva, si la eficiencia de

c) *Los tests de los efectos en el bienestar del consumidor.*

Pertencen a esta clasificación el test de la desproporcionalidad, el test del balance y el test del daño al consumidor. Los dos primeros tests consideran que lo que realmente debe preocupar es el impacto competitivo global de la conducta cuestionada<sup>1062</sup>, en este sentido, estos tests parecen superiores al test del sacrificio o del sentido no económico así como al test del competidor igualmente eficiente, en cuanto éstos no efectúan este análisis. El test del sacrificio/sentido no económico se enfoca en el efecto de la conducta en los beneficios de la empresa dominante, y el test del competidor igualmente eficiente se enfoca en las eficiencias relativas de la empresa dominante y su rival excluido.

La mayoría de test son uni dimensionales, porque se enfocan exclusivamente en el análisis de los efectos de la conducta de exclusión en el rival que supuestamente ha sido excluido y buscan quitar importancia al impacto de esta conducta sobre los demás rivales y los consumidores. Así, subrayan las eficiencias en producción y distribución a costa de un interés más saludable en las ineficiencias en la distribución y el consumo. Los dos modelos más interesantes –que son tridimensionales- son los test de la “desproporcionalidad”<sup>1063</sup> y el balance en relación con los efectos sobre el bienestar del consumidor.

(i) El test de la “desproporcionalidad”

El test del modelo de la desproporcionalidad de los efectos en el bienestar del consumidor, ha sido asumido varias veces por la administración norteamericana y atribuido al profesor Hovenkamp<sup>1064</sup>, quien planteó que la conducta de exclusión es un acto que:

---

la empresa dependería de cómo distribuye sus productos. Véase pág. 44 del Informe del Departamento de Justicia norteamericano. Véase también la página 105.

<sup>1062</sup> Marina Lao. “Defining Exclusionary Conduct Under Section 2: The Case for Non-Universal Standards” en Fordham Corporate Law Institute. 2006. Editor: Barry Hawk. Pág. 448. Si el derecho antitrust es una “prescripción del bienestar del consumidor”, como tal, la sección 2 debe estar implicada en el impacto de la conducta en los consumidores y en los competidores de la empresa dominante y no simplemente en los beneficios del demandado. Así por ejemplo el caso *Aspen Skiing Co. V. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585, 605-11 (1985) (considerando el impacto del rechazo a contratar por el demandado respecto de los consumidores, del rival excluido, así como del propósito del demandado o su justificación)

<sup>1063</sup> Einer Elhauge. “Defining Better Monopolization Standards”. Stanford Law Review. Nov. 2003, Vol. 56, Nº 2, pp. 253-344.

<sup>1064</sup> Areeda y Hovenkamp, *Antitrust Law*. (2002) 651 a. P. 72



- (1) es razonablemente capaz de crear, incrementar o prolongar el poder de monopolio mediante el daño a las oportunidades de los rivales, y que
- (2) (a) no beneficia de ningún modo a los consumidores, o
- (2) (b) es innecesario para el particular beneficio al consumidor, o
- (2) (c) produce un daño desproporcionado a los beneficios resultantes para el consumidor (al proporcionar, por ejemplo un producto superior) y para los beneficios económicos del demandante (al margen de los beneficios generados por la competencia disminuida).

A esto debe agregarse que el comportamiento debe ser razonablemente susceptible de control judicial, lo que significa que el tribunal debe estar dispuesto a identificar la conducta como anticompetitiva, mediante una sanción que proporcione la cantidad correcta de disuasión o un remedio similar que pueda desarrollar la competencia.

El primer paso del test se centra en el poder de monopolio y los efectos anticompetitivos. Entonces, antes de que el caso avance, un demandante debe tener que demostrar que el demandado ha desarrollado una conducta que ha dañado a los rivales y que como consecuencia de esta conducta, está en una posición que puede dañar a los consumidores –es decir ostentar poder de monopolio-. Estos son los filtros iniciales importantes que limitarán la exclusión de casos desde el principio. El enfoque es consistente con la doctrina tradicional de la Sección 2, y también con algunos desarrollos contemporáneos, como en la sentencia *Microsoft*<sup>1065</sup>, al menos como una investigación inicial.

El test se mueve luego en una valoración más particular de los efectos de la conducta tanto en los consumidores y en la empresa dominante, y describe tres circunstancias en las que la conducta debe ser condenada. (a) La primera es que la conducta que no produce ningún beneficio para los consumidores –es decir, no tiene justificación de eficiencia posible-. (b) La segunda es que daña y no es necesaria para conseguir sus beneficios. (c) La tercera es que sólo sería necesaria la “proporcionalidad”, si son considerables los beneficios y daños de la conducta cuestionada y estos daños son necesarios para conseguir los beneficios. En este caso, Hovenkamp condena la conducta cuando “el daño a la competencia es desproporcionado a los beneficios del consumidor (por ejemplo en términos de proporcionar un producto superior) y a los beneficios económicos para el demandado (al margen de los beneficios que se incrementan de la competencia disminuida).

---

<sup>1065</sup> United States v. Microsoft Corp. 253 F.3d 34, 59 (D.C. Cir. 2001)

A semejanza del esquema de *Microsoft*<sup>1066</sup>, pero con menos claridad y con menos atención a los medios de prueba, Hovenkamp y la administración norteamericana admitieron así la posibilidad de que la conducta que excluye podía conducir a eficiencias e ineficiencias. Así parece haber un consenso emergente sobre que en estos casos se debe disponer de un mecanismo para “balancear” los pros y los contras, al menos como una regla general. Quizás como una concesión para la incertidumbre y la imprecisión de medir y comparar las ineficiencias y las eficiencias. Sin embargo, plantean que la evidencia –presumiblemente del demandante-, demuestre que los perjuicios son considerablemente desproporcionados con respecto a los beneficios.

Sin embargo, el mismo autor admite que la frase “desproporcionado respecto de los beneficios resultantes” son nubes, que abarcan mucho o poco en función de la ideología o de las creencias fundamentales de quien lo efectúa.<sup>1067</sup>

En su fase final, el juzgador requiere al demandante demostrar que “el perjuicio anticompetitivo generado por la conducta compensa el beneficio procompetitivo y este proceso se parece al “enfoque de balance” de la regla de la razón.

Este enfoque de desproporcionalidad y balance representa así consenso y conflicto. Hay consenso en que, como regla general, el esquema de la Sección 2 debe empezar con algún filtro y debe especificar las cargas de la prueba por el demandante y el demandado. El poder de monopolio y el efecto anticompetitivo parecen ser filtros de consenso. Una vez que los efectos adversos están apoyados por la evidencia, parece haber consenso adicional que de alguna forma la empresa dominante debe plantear las evidencias sobre sus “justificaciones”. Finalmente, parece haber acuerdo sobre que estas justificaciones deben estar sopesadas en alguna forma en relación con los efectos anticompetitivos de la conducta de la empresa dominante.

Gavil<sup>1068</sup> aprueba el test propuesto y considera que, aplicado al caso *Microsoft* en Estados Unidos, existen muchos factores que parecen ser de importancia decisiva en el análisis por los tribunales. (1) El demandado tenía un poder de monopolio muy sustancial; (2) su conducta resultó en efectos anticompetitivos reales en los rivales y en los consumidores, que también dañan a la competencia; (3) las condiciones de entrada eran difíciles, reforzándose de este modo el fundamento del poder de mercado, así como de los efectos anticompetitivos; y (4) el demandado falló en ofrecer evidencia de alguna

---

<sup>1066</sup> *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F. 3d 34, 58-64, 66, 71, 72-74, 74-78 (D.C. Cir. 2001)

<sup>1067</sup> Herbert Hovenkamp. “Signposts of Anticompetitive Exclusion: Restraints on Innovation and Economies of Scale” en *Fordham Competition Law Institute* 2006, Barry E. Hawk Ed. 2007. pág. 409 y ss, en 412.

<sup>1068</sup> A. Gavil, ob. Cit. Pág. 64

justificación pro competitiva para sus acciones, o falló en demostrar su justificación relacionada con la evidencia. Si la justificación es irrefutable, el demandante debe demostrar que el daño anticompetitivo supera el beneficio pro competitivo. En este caso, el tribunal estableció el efecto anticompetitivo y que no había ninguna justificación procompetitiva, y así afirmó que Microsoft había infringido la Sección 2, y cuando Microsoft formuló una justificación pro competitiva, el tribunal consideró que el demandante había fallado en rechazar esta demostración, y el caso fue revocado, de modo que no se llegó al último paso, por lo que *Microsoft* ofrece poca guía respecto a cómo se debe efectuar el balance.

El autor observa que la economía no establece claramente la forma de efectuar el balance o establecer la desproporcionalidad. La elección del enfoque es así una cuestión de política, aquella que analiza si el caso debe dirigirse al demandante o al demandado. Entonces, esto refleja diferencias más fundamentales sobre la valoración de factores como (1) los peligros relativos de los falso positivos<sup>1069</sup> y los falsos negativos. (2) la factibilidad económica de las estrategias de exclusión, (3) la factibilidad económica de las defensas de eficiencia y (4) la utilidad de la valoración judicial de las alegaciones de daños anticompetitivos y beneficios competitivos.<sup>1070</sup> Sin embargo, debe reconocerse que estos factores son intuiciones que se derivan de inclinaciones y valores filosóficos e ideológicos y no necesariamente de la economía.

El test de la desproporcionalidad ha sido considerado por el Departamento de Justicia norteamericano como el test que hasta el momento, probablemente sería el más apropiado para evaluar la conducta bajo la sección 2, a los casos donde no sea aplicable un test específico-de-conducta.<sup>1071</sup> Entre sus ventajas, observan que aplicado adecuadamente, el test de la desproporcionalidad reduce la necesidad de un balance precisamente pro competitivo y de efectos anticompetitivos, que es difícil, y además una tarea costosa. Permite a las empresas la libertad de competir vigorosamente sin temor indebido de una sospecha por infracción de la norma, basada en una determinación posterior-de-los-hechos de que su conducta tuvo pequeños efectos negativos sobre la competencia estática. El test de la desproporcionalidad reduce los riesgos de desanimar la conducta procompetitiva, pero prohíbe la conducta que dañará significativamente la competencia y el bienestar del consumidor. Busca proporcionar claridad razonable para

---

<sup>1069</sup> Condenar conducta que es eficiente, desanimando la competencia efectiva. Falso negativo es lo contrario, dejar sin condenar conducta que es anticompetitiva.

<sup>1070</sup> Andrew I. Gavil. "Exclusionary Distribution Strategies..." ob. Cit.

<sup>1071</sup> Pág. 46 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano citado.

las empresas sobre un rango amplio de actividad y reducir los costes administrativos. Además, reconoce que el coste de las normas legales que condenan erróneamente la conducta procompetitiva será probablemente más alto y más persistente que el coste de las reglas que exoneran erróneamente la conducta anticompetitiva.

El Departamento de Justicia Norteamericano observa que no está exento de dificultades, y que no será fácil de aplicar en algunos casos, porque son innumerables los medios de la exclusión ilícita, al igual que los medios de la competencia legítima<sup>1072</sup>

Sin embargo, el estándar puede ser aplicado fácilmente en un número de casos porque el daño como el beneficio es claramente predominante. Un beneficio insignificante no debe compensar los efectos anticompetitivos sustanciales. Al mismo tiempo, si los beneficios y los daños son comparables o cercanos a ser comparables, entonces la conducta debe ser legal.

El Departamento de Justicia Norteamericano reconoce que el test de la desproporcionalidad impone una mayor carga de la prueba en el demandante que el test del balance de los efectos. Si hay justificación procompetitiva para la conducta cuestionada, el test requiere que el demandado demuestre que el daño a la competencia compensa sustancialmente los beneficios. El Departamento cree que este umbral más alto de vinculación está en armonía con la repetida insistencia del Tribunal Supremo de que la Sección 2 no debe ser interpretada de una forma que desanime la conducta procompetitiva, pero prohíba también la conducta donde parece probable el daño anticompetitivo significativo.

Al mismo tiempo, como estableció el Profesor Hovenkamp al respaldar este test, que en su “formulación no se ha intentado dar una definición completa” de conducta que es anticompetitiva bajo la Sección 2, sino que sólo es “un punto de partida para el desarrollo de reglas concretas para tipos específicos de conducta”<sup>1073</sup>. El Departamento de Justicia considera que los tests específicos de conducta, y donde sea apropiado, los puertos seguros, permiten una aplicación más efectiva mientras se dota a las empresas con una mayor certidumbre, son más administrables por las agencias y los tribunales y reducen los riesgos de condena erróneas. Los tests específicos-de-conducta son particularmente importantes porque, como el Profesor Hovenkamp observa, “nuestro nivel de implicación y nuestras habilidades administrativas varían considerablemente entre la lista de comportamientos que los tribunales antitrust han identificado como de

---

<sup>1072</sup> Frase del caso *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d,58 (D.C. Cir.2001) (en banc) (per curiam)

<sup>1073</sup> Hovenkamp, ob.cit. pág. 412.

exclusión”<sup>1074</sup>. Aunque el Departamento continuará trabajando en desarrollar test específicos de conducta y puertos seguros, sin embargo, cree que, en la actualidad, cuando el test específico-de-conducta no sea aplicable, el test de la desproporcionalidad sería el más apropiado para evaluar la conducta bajo la sección 2.

Gavil critica que el test de la desproporcionalidad difícilmente constituye “una fórmula inherentemente segura”<sup>1075</sup>. En los casos más difíciles –aquellos que implican daño significativo y eficiencias más pequeñas, pero significativas- hay alguna ambigüedad. Y se pregunta si es lo suficiente desproporcionada la relación 55-45 por ciento, o lo es más la proporción 75-25 por ciento. El fallo en asegurar que los tribunales condenan una conducta que sólo tiene un efecto adverso en la competencia que sea sustancialmente desproporcionada a cualquier beneficio podría convertir este test en equivalente al test inconsistente del balance de los efectos que el Informe critica.

Marina Lao<sup>1076</sup>, coincidiendo con Werden, subrayan que la principal debilidad del test es su implementación. En muchos casos de exclusión, el acto de la empresa dominante para excluir rivales implica daños competitivos y algunas eficiencias no atribuibles a la eliminación de la competencia. Comparar y sopesar lo bueno contra las consecuencias malas en el bienestar puede ser extremadamente difícil y el resultado también sería poco fidedigno. En el mundo real es difícil, ordenar las ganancias y pérdidas de bienestar atribuibles a una conducta y cuantificarlas. A menudo las eficiencias e ineficiencias son diferentes en naturaleza, y no habría método fiable para valorar y comparar las eficiencias de un tipo contra las ineficiencias de otro tipo.<sup>1077</sup>

Los dos casos más importantes que se han basado en los efectos, realmente no han desarrollado ningún “balance” y entonces, no sientan las bases de cómo debe efectuarse el análisis.<sup>1078</sup>

---

<sup>1074</sup> Ibidem.

<sup>1075</sup> Andrew I. Gavil. “Exclusionary Distribution Strategies by Dominant Firms: Striking a Better Balance” en *Antitrust Law Journal*. 2004 Vol. 72, págs. 3 y ss.

<sup>1076</sup> Marina Lao. “Defining Exclusionary Conduct Under Section 2: The Case for Non-Universal Standards” en Fordham Corporate Law Institute. 2006. Editor: Barry Hawk. Véase también G. Werden. “Identifying Exclusionary Conduct Under Section 2, the “No Economic Sense” Test”, en *Antitrust Law Journal*, Vol. 73, Pág. 413 (2006) en 431-2. “Un caso que implica tanto beneficios al consumidor, como productos nuevos o mejores, y daños al consumidor como precios más altos, puede gravar en exceso las herramientas cuantitativas de la economía.”

<sup>1077</sup> Véase A. Melamed, Exclusionary Conduct Under the Antitrust Laws: Balancing, Sacrifice, and Refusals to deal, *Berkeley Technology Law Journal*. Vol. 20, (2005) págs. 1247 y ss. En 1253. Donde utiliza ejemplos para ilustrar esta dificultad.

<sup>1078</sup> En *Aspen Skiing Co. V. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585, 605-11 (1985). el Tribunal consideró efectos adversos en el competidor de la empresa dominante y en los consumidores, y ninguna justificación para la conducta, obviando así la necesidad del balance en los efectos pro y anticompetitivos. En Microsoft sucedió lo mismo. El tribunal se ha inclinado a evitar el balance de los efectos.

También se cuestiona<sup>1079</sup> el test de los efectos en el bienestar del consumidor sobre la base que tiende a sobredisuadir la innovación, consideran que incluso cuando el test puede hacer la valoración de modo fiable y balancear los beneficios inmediatos y los daños generados por una conducta, no puede medir de forma aguda los efectos dañinos a largo plazo ocasionados por la intervención antitrust, reduciendo la innovación, que es la maquinaria de la prosperidad económica.

(ii) El test del balance de los efectos.

Steven Salop propone el estándar donde el Tribunal evalúe la probabilidad y magnitud de los beneficios esperados del consumidor o los daños basados en la información razonablemente disponible en el momento en que se llevó a cabo la conducta<sup>1080</sup>. Se trata de un análisis similar al aplicado para las concentraciones de empresas. El test observa el impacto neto de la supuesta conducta de exclusión en el precio y en el bienestar del consumidor y considera que la conducta es de exclusión “si reduce la competencia sin crear un desarrollo suficiente en los resultados para compensar totalmente estos efectos potenciales adversos en los precios”. El test “esencialmente compara los aspectos de los beneficios competitivos y los perjuicios de la supuesta conducta de exclusión con el objeto de determinar su impacto global en los consumidores”.

El test del balance de los efectos convierte en ilegal toda conducta por la que el monopolista adquiere o mantiene poder de monopolio cuando la conducta cause un daño neto a los consumidores. Tiene la ventaja de enfocar el análisis de la conducta de exclusión en el impacto en los consumidores, una cuestión clave de la jurisprudencia de la Sección 2.

Las críticas al test plantean que no es fácilmente aplicable y es inconsistente con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la Sección 2. La aplicabilidad es crucial como explicó el Juez Breyer en *Barry Wright Corp. V. ITT Grinnel Corp*<sup>1081</sup>, al señalar que las reglas que buscan abarcar toda la complejidad económica y tipificación, ya sea a través de los caprichos de la administración, demuestran ser contraproducentes, debilitando los fines económicos que buscan servir. Las decisiones recientes del

---

<sup>1079</sup> A. Melamed, “Exclusionary Conduct ...” ob. Cit.

<sup>1080</sup> Steven C. Salop, “Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Standard, en *Antitrust Law Journal*, Vol. 73. 2006, Pág. 311 y ss. En pág. 329-30

<sup>1081</sup> *Barry Wright Corp. V. ITT Grinnell Corp.* 724, F. 2d. 227, 234 (1983)

Tribunal Supremo han reflejado la apreciación invocada del Juez Breyer de la necesidad de adoptar estándares que identifiquen razonablemente la conducta verdaderamente anticompetitiva, minimizando los costes administrativos y el riesgo de los errores falso positivos y falso negativos que al final impiden la aplicación efectiva de las leyes antitrust. El Tribunal Supremo ha advertido que la búsqueda de todos los efectos anticompetitivos posibles puede hacer más mal que bien.<sup>1082</sup>

El test del balance de los efectos implica para el tribunal un desafío en cuanto a implementar un análisis flexible de los efectos que incluye comparar el mundo existente con un mundo hipotético que está sometido a debate. Estos problemas de aplicabilidad incluyen limitaciones tanto en la habilidad de los economistas en medir exactamente los efectos netos en el bienestar del consumidor de la conducta concreta y la habilidad de los jueces y jurados en evaluar esta evidencia.

El Informe del Departamento de Justicia Norteamericano<sup>1083</sup> plantea que no cree que el test del balance de los efectos deba ser el test general para analizar la conducta bajo la sección 2. Observa que en la práctica los tribunales no efectúan el balance preciso. El test del balance de los efectos también conduciría a los tribunales a limitar el análisis en los efectos en el bienestar del consumidor a corto plazo, que al final perjudicaría a los consumidores en el largo plazo. Debido a que los efectos dinámicos son a menudo más difíciles de valorar que los efectos estáticos, el test del balance de los efectos sería mal aplicado en conductas con efectos dinámicos que benefician significativamente a los consumidores. Además, debido a la complejidad en aplicar el test del balance de los efectos, haría difícil para las empresas en determinar desde el principio si la conducta específica infringe la sección 2, y así desanima la conducta potencialmente procompetitiva y reduce el bienestar del consumidor. Además, una norma legal bajo la que cada acción de un monopolista deben establecerse los efectos netos en el bienestar del consumidor, amenaza con desanimar a los incentivos del monopolista en efectuar conducta pro competitiva lejos del temor de una acusación de infracción de las leyes antitrust, de un procedimiento, o incluso de una condena errónea, dañando potencialmente el bienestar del consumidor.

---

<sup>1082</sup> El test de precio predatorio en *Brooke Group Ltd. v. Brown y Williamson Tobacco Corp.* 509 U.S. 209,223(1993), proporciona un puerto seguro para el precio por encima de una medida de coste relevante, incluso cuando el Tribunal reconoció explícitamente una posibilidad que este precio cause daño al consumidor a través de la exclusión de los rivales. Gregory J. Werden, "Identifying Exclusionary Conduct Under Section 2: The "No Economic Sense" Test" en *Antitrust Law Journal*, Vol. 73 (2006) pág. 413 y ss. En 431-2.

<sup>1083</sup> Pág. 38 del Informe del Departamento de Justicia norteamericano citado.

Dada la naturaleza abierta del test del balance de los efectos y la incertidumbre inherente para las empresas en predecir su resultado, el Departamento no considera que deba ser el test general para analizar la conducta bajo la Sección 2. Aunque el objetivo del bienestar del consumidor debe permanecer como el motivo de los esfuerzos en mejorar la aplicación de la norma, probablemente estará mejor realizado a través de un estándar que tenga en cuenta los costes administrativos y los beneficios de la competencia dinámica para el crecimiento económico.

(iii) El test del daño al consumidor.

Fox<sup>1084</sup> propone el test del daño al consumidor, que le sirve de base para comparar el enfoque reciente que ha asumido la doctrina antitrust norteamericana respecto del enfoque asumido bajo el derecho de competencia comunitario. Señala que en el derecho antitrust norteamericano, recientemente se ha cuestionado por legisladores y juristas si la conducta exclusionaria satisface o no el test del daño al bienestar del consumidor y entonces si merece o no ser denominada “anticompetitiva”.<sup>1085</sup>

Plantea que la tendencia actual es el planteamiento de Muris<sup>1086</sup>, quien entiende por “efecto anticompetitivo” y el “daño a la competencia”, frases que usa indistintamente una con otra con el “daño a los consumidores”. Para Muris, el comportamiento de exclusión, y por consiguiente anticompetitivo debe ser: “razonablemente ... capaz de hacer una contribución significativa a crear o mantener el poder de monopolio” ... El poder de monopolio es un concepto que requiere el análisis del efecto competitivo. ... La evidencia indirecta ... [como la cuota de mercado y las condiciones de entrada,] es simplemente un sustituto para la prueba real de los efectos anticompetitivos –es decir, la

---

<sup>1084</sup> Eleanor M. Fox. “What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect”. EN *Antitrust Law Journal* 2002, Vol. 70 pág. 372 y ss. en 373.

<sup>1085</sup> En un lado del espectro estaba la Federal Trade Commission (FTC) norteamericana, durante la administración Clinton que consideraba que eran de su interés las exclusiones serias del mercado, especialmente las exclusiones coactivas. Uno de los casos más importantes fue el procedimiento contra *Intel*, el proveedor dominante de chip de microprocesadores que es el sistema nervioso de la mayoría de los ordenadores personales, por la infracción de la legislación de propiedad intelectual. [Intel Corp., FTC Docket N° 9288 (Orden de 3 de agosto de 1999) Trade Reg. Rep. (CCH).] La FTC requirió a Intel que suspenda y desista de sus desconexiones discriminatorias.

En el otro lado del espectro estaban los minimalistas antitrust, que niegan la intervención antitrust en la ausencia de la prueba creíble que la conducta incrementará el poder de mercado, elevará el precio y limitará la producción, y aquellos, menos minimalistas, que cuestionarán también, la conducta que razonablemente amenace con mantener o crear la producción artificialmente baja. Uno de sus exponentes es Timothy Muris<sup>1085</sup> [Timothy J. Muris. “The FTC and the Law of Monopolization” en *Antitrust Law Journal* Vol 67, 200, pág. 693-723.], quien criticaba las iniciativas de Pitofsky en la FTC en los casos de monopolización. Muris plantea que las empresas monopolísticas, raramente pueden dañar la competencia.

<sup>1086</sup> *Ibidem*, pág. 696-7.



habilidad para elevar el precio y limitar la producción.”. Muris plantea que no hay infracción de exclusión como tal; sólo hay un ilícito de explotación, aunque la explotación algunas veces puede haber sido facilitada mediante las exclusiones en el mercado.

Uno de los casos más importantes, donde se puede observar cuál es la postura de los tribunales norteamericanos respecto al daño a la competencia por las empresas en posición de monopolio es el caso *Microsoft*<sup>1087</sup>. Microsoft era la empresa dominante en el mercado de ordenadores personales compatibles con Intel para sistemas operativos,<sup>1088</sup> y percibió una amenaza de la plataforma de software, que si era diseñada y comercializada exitosamente, podía interoperar o dialogar con múltiples plataformas de sistemas operativos para ordenadores personales. Los fabricantes de aplicaciones entonces podían diseñar sus aplicaciones para aquella plataforma, y las calidades distintivas de Microsoft Windows dejarían de ser importantes. Este desarrollo habría convertido a Windows en algo genérico, y Microsoft estaba alarmada. La amenaza a Microsoft vino de dos fuentes principales: Netscape, a través del explorador o navegador en internet Navigator, y Sun Microsystems, que había desarrollado el lenguaje Java con la intención de hacer un lenguaje de plataforma cruzada. Microsoft creyó que Netscape y Java estaban muy cerca de desarrollar y comercializar estas innovaciones, pero dependían entre otras cosas, de que el Navigator de Netscape consiguiera una masa crítica de usuarios de sistema operativo, y del desarrollo de la plataforma cruzada de Java. Microsoft se propuso remover la amenaza. Para ello desarrolló su propio navegador, Internet Explorer, y para la venta de su producto ofreció como paquete (bundled) su navegador más su sistema operativo. A través de varios contratos con los fabricantes de equipo original de ordenadores personales, los proveedores de servicio de Internet, los vendedores de software para Internet, y otros, y a través de amenazas y decepciones, cerró los canales más eficientes para que Netscape pudiera diseminar su navegador y sabotó el desarrollo de la plataforma cruzada de Java.

El Juez del Tribunal de distrito Jackson declaró que el paquete sistema operativo/navegador era una vinculación ilegal per se bajo la sección 1 de la Ley Sherman; desestimó los contratos exclusionarios denunciados sobre la base de que la

---

<sup>1087</sup> United States contra Microsoft Corp., 87 F. Supp. 2d 30 (DDC 2000)

<sup>1088</sup> Microsoft Windows ocupó el 95 por ciento del mercado. Disfrutó y disfruta de los beneficios de los efectos de red; es el sistema operativo estándar para las aplicaciones de software para los ordenadores personales. Los fabricantes de aplicaciones que se ejecutan a través de Windows se dan cuenta de los beneficios de colocarlos en una audiencia amplia mundial a través de la inmensa base instalada. Si hacen aplicaciones para algún otro sistema operativo, enfrentan un considerable riesgo de ventas insuficientes.

Sección 1 requiere la exclusión total y Netscape no fue totalmente excluido ya que tenía otras vías para llegar a los usuarios; sostuvo que Microsoft intentó monopolizar el mercado de navegadores; consideró que numerosos actos y acuerdos de Microsoft infringían la sección 2 de la Ley Sherman como parte de una infracción de mantenimiento de monopolio; pero incluso estos actos y acuerdos, no los consideró suficientemente exclusionarios para infringir la Sección 1. El Tribunal de Apelaciones revocó la infracción por vinculación (o bundled) de los productos de Microsoft, la intención de monopolizar por Microsoft el mercado de los navegadores basándose en que los demandantes no habían demostrado la existencia de un mercado de buscadores y que no habían demostrado la existencia de barreras a la entrada en la fabricación de navegadores; revocó el remedio de la división de Microsoft, entre otros pronunciamientos. Confirmó la mayoría, pero no todos los fundamentos de mantenimiento de monopolio, estableciendo en cada caso si los demandantes habían demostrado *prima facie* que el acto era anticompetitivo, si Microsoft había ofrecido una justificación pro competitiva o una justificación de eficiencia, y si es así, si los demandantes habían cumplido su obligación en demostrar el efecto anticompetitivo neto.

En general, está claro de la descripción del tribunal de cada grupo de actos exclusionarios, distintos de algunas de sus generalizaciones, que la limitación de la producción y el resultante daño al consumidor (incluyendo el daño de impedir la innovación por los competidores), no era una condición necesaria para la caracterización de la conducta como anticompetitiva. En realidad, el tribunal no consideró que la conducta de Microsoft tuvo el efecto real o probable de incrementar o mantener el monopolio de su sistema operativo. El tribunal pareció adoptar la definición de efecto anticompetitivo de Muris, señalando: “Si algún acto particular de un monopolista es exclusionario (esto es anticompetitivo), más que simplemente una forma de competencia efectiva, puede ser difícil de distinguir, porque que son indefinidos los medios de la exclusión ilícita, como los medios de la competencia legítima. El desafío para un tribunal antitrust reside en establecer una regla general para distinguir entre actos exclusionarios, que reducen el bienestar social y los actos competitivos que la incrementan.”

El tribunal procedió a analizar y caracterizar cada infracción para determinar si los demandantes la habían establecido *prima facie*, y si es así ,si Microsoft los había

rechazado. En este punto el tribunal cambió a un análisis vago en donde la exclusión se convirtió en la clave para lo “anticompetitivo”.<sup>1089</sup>

A juicio de Fox, el tribunal de apelaciones consideró como “anticompetitivo” la “conducta que excluye a un competidor potencial de los canales (incluso aunque no sea en el mercado relevante) de forma intencional, significativa y sin justificación de negocio, donde el acceso a estos canales es una condición necesaria aunque no suficiente para emprender un desafío a un monopolista y el temor del desafío que impulsa la conducta, es ‘anticompetitiva’”. Observa que el test de Microsoft no es idóneo para las prácticas de exclusión bajo el derecho norteamericano, pero plantea que es un test que ha sido aplicado por los tribunales a una conducta que excluye significativamente la competencia sobre los méritos y que no está justificada en la eficiencia. Cuando este test es aplicado, debería estar revestido con una historia de la probable disminución de la producción o de precios más altos.

Decir que los tribunales están aplicando una regla truncada que permita inferir la limitación de producción, no satisface la investigación, si no hay una buena razón para predecir la limitación de la producción en el caso particular o en casos similares, la “inferencia” es una presunción legal, no una inferencia de hechos. La conclusión entonces, es que el daño debe estar basado en otra noción. Por ejemplo, estaría basado en la afirmación o percepción que los mercados son más proclives de premiar el mérito si no está caracterizado por exclusiones sustanciales injustificadas. Además, aunque no sabemos la dirección a donde nos llevará la competencia “abierta”, preferimos permitir las posibilidades de competencia –más que las estrategias de la empresa dominante.<sup>1090</sup> Para la autora, el test que prevalece es el del Profesor Muris, y es el que goza del mayor respaldo por el derecho antitrust norteamericano<sup>1091</sup>.

---

<sup>1089</sup> “...bajo la Sección 2 emergen muchos principios. Primero, para ser condenado un acto de un monopolista, como exclusionario, debe tener un “efecto anticompetitivo”. Esto es, debe dañar el proceso competitivo y así dañar a los consumidores. En contraste, el daño a uno o más competidores, no será suficiente. United States contra Microsoft Corp. 253, F. 3d 34, 58. (D.C. Cir. 2001)

<sup>1090</sup> Eleanor Fox, ob. cit. pág. 390-1.

<sup>1091</sup> Averit y Lande apoyan el test de Muris y resaltan sus beneficios. El modelo establece el concepto del “poder de mercado” en una forma que asegura que captura todos sus aspectos relevantes. En lugar de limitarse a la facultad para ocasionar una desviación de los precios que serían fijados por la competencia, el poder de mercado significará el poder para cambiar significativamente la combinación de precio/calidad/elecciones en variedad que se originaría de la competencia. Podría ser impropio el poder para producir cambios adversos en estas cuestiones, incluso cuando las empresas implicadas no lo busquen deliberadamente.

Es relativamente simple identificar las opciones protegidas por el derecho antitrust. Debe proteger cualquier aspecto que sea de importancia práctica para los consumidores. Los “consumidores” normalmente son aquellos consumidores individuales finales, pero el modelo protege todos los operadores vinculados en las transacciones de compra, incluidos las corporaciones, compradores intermedios de bienes industriales. Las opciones que se valoran están identificadas por sus preferencias como las expresadas en el mercado. Así la teoría de antitrust del “daño al consumidor” es

La diferencia de enfoque en el derecho de competencia comunitario y el del derecho norteamericano tiene el potencial de producir resultados diferentes, y concretamente en *Microsoft*, al analizar los comportamientos de bundling (o venta en paquete) y la obligación de proporcionar la información técnica para facilitar la interoperabilidad a los competidores, mientras el tribunal de apelaciones revocó la acusación por la venta en paquete (o bundling), y donde finalmente no hubo pronunciamiento definitivo sobre la obligación de facilitar la información técnica necesaria; bajo el derecho comunitario, la Comisión CE ha declarado que Microsoft infringió el artículo 82 del TCE utilizando su cuasi monopolio en el mercado de sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo y de reproductores multimedia (música y vídeo on line): a) Al rechazar el suministro de la información necesaria para la interoperabilidad y permitir su uso para el desarrollo y distribución de los productos de sistemas operativos de servidores para trabajo en grupo, desde octubre de 1998 hasta la fecha en que se emitió la Decisión; y b) Al condicionar a los clientes del Sistema Operativo PC de Windows a la adquisición simultánea de Windows Media Player desde mayo de 1999 hasta la fecha de emitió la Decisión.

La Comisión ordenó que Microsoft proporcione a sus competidores la información necesaria para la interoperabilidad de tal modo que sus productos puedan ‘dialogar’ con el omnipresente sistema operativo de Windows. También exigió a Microsoft que ofrezca una versión de su sistema operativo de Windows sin Windows Media Player a los fabricantes de PCs (o al venderlo directamente a los usuarios finales). Además le

---

fundamentalmente aquella que está totalmente atenta a la evidencia empírica sobre las preferencias de precio y no precio de los compradores. Continuará en proteger la competencia en el precio y otras actividades que puedan resultar en ahorros de coste porque los precios competitivos son una de las opciones más altamente valoradas por los consumidores. Pero también reconoce y protege los aspectos principales adicionales de la competencia en no precio como la innovación, la variedad, calidad, seguridad y otros atributos del producto, porque los consumidores también basan sus decisiones en estas características. Neil W. Averitt y Robert H. Lande “Using the “Consumer Choice” Approach to Antitrust Law” en *Antitrust Law Journal* Vol. 74. 2007. 175-264. 184.

impone una multa de 899 millones de euros por abusar de su poder de mercado.<sup>1092</sup> El TPI, confirmó la decisión.<sup>1093</sup>

Vickers<sup>1094</sup> critica el test, señalando que nos regresa a la distinción tradicional, entre los abusos de exclusión y abusos directamente de explotación. El calificativo “directamente” es importante en la medida que la razón principal por la que se controla el comportamiento de exclusión es que si no se controla, los consumidores estarían peor. Así Fox se pregunta: “¿Si hay sólo un tipo de comportamiento que es anticompetitivo, cuál es el explotativo?”.<sup>1095</sup>

Establecido en términos de una condición necesaria, la cuestión en resumen es, si no hay exclusión sin explotación.<sup>1096</sup> La respuesta afirmativa que Fox identifica con el pensamiento prominente norteamericano (en particular Muris<sup>1097</sup>) se establecería de la siguiente manera: El poder de mercado es la habilidad para elevar los precios y restringir la producción. Para establecer que una conducta es exclusionaria, debe ser razonablemente capaz de mantener o reforzar el poder de mercado. En su opinión, la conducta no debe ser considerada de exclusión a menos que se demuestre que tiene el efecto de elevar el precio y limitar la producción.<sup>1098</sup>

Este criterio del efecto anti consumidor, establecido como una condición necesaria para establecer la exclusión, implicaría un principio limitador más o menos estricto en la intervención antitrust contra empresas con poder de mercado, y una disciplina

---

<sup>1092</sup> Nota de Prensa IP/04/382 de 24-3-2004 “La Comisión concluye la investigación sobre Microsoft, le impone medidas correctivas para que modifique su conducta y le aplica una multa.” véase también Eleanor Fox, ob. cit. pág. 396. Véase también la Decisión de la Comisión de 24-03-2004, Caso COMP/C-3/37.792 Microsoft. Confirmada por el TPI Sentencia TPI de 17-09-2007, As. 201/2004. *Microsoft y otros c. Comisión y otros*. Y Decisión de la Comisión CE de 27 de febrero de 2008 fijando la cantidad definitiva de penalización periódica que deberá pagar Microsoft Corporation, impuesta por la Decisión de la Comisión de 24-03-2004, caso COMP/C-3/37.792 *Microsoft Corporation/Comisión y Sun Microsystems*. Puede verse en [http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/index/by\\_nr\\_75.html#i37\\_792](http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/index/by_nr_75.html#i37_792)

<sup>1093</sup> Sentencia TPI de 17-09-2007, As. 201/2004. *Microsoft y otros c. Comisión y otros*. La única parte de la Decisión de la Comisión que ha sido anulada se refiere a la imposición a Microsoft de un fideicomisario para supervisar la implementación del remedio de la interoperabilidad y requirió a Microsoft pagar los honorarios del fideicomisario nombrado por la Comisión, que de acuerdo al TPI, este remedio no tenía bases bajo el derecho comunitario.

<sup>1094</sup> John Vickers. “Abuse of Market Power”. 31º Conference of European Association for Research in Industrial Economics. Berlin. 3-09-2004. Office of Fair Trading.

<sup>1095</sup> Eleanor M. Fox. “What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect”. *EN Antitrust Law Journal* 2002, Vol. 70 pág. 372 y ss.

<sup>1096</sup> El test del daño al consumidor en principio puede ser considerado como una condición suficiente más que necesaria, de modo que la conducta fue considerada exclusionaria si era probable de conducir al daño al consumidor. Pero esto en si mismo parece perjudicialmente abierto.

<sup>1097</sup> Timothy J. Muris. “The FTC and the Law of Monopolization” en *Antitrust Law Journal* Vol 67, 200, pág. 693-723.

<sup>1098</sup> Su interpretación más amplia la “restricción de la producción” puede abarcar cuestiones de calidad e incluso de innovación, no sólo cantidad.

considerable para evitar los errores de la protección del competidor. Lo estricto del principio de limitación depende en parte del estándar de prueba necesario para establecer los efectos anticompetitivos de precios más altos o producción más baja. La cuestión es si estos efectos, tienen que ser reales o probables, o si es suficiente que la conducta en cuestión tenga una tendencia, una capacidad, o simplemente una posibilidad de ocasionarla.

Sin embargo, Fox plantea, que la cuestión radica sólo sobre el estándar de prueba de los efectos que limitan la producción, y que el concepto del daño a la competencia es potencialmente más amplio que los efectos negativos en producción y precio. Se cuestiona si, en particular, el daño a la competencia debe incluir el daño al proceso dinámico de la competencia, y si es así, qué significa en términos prácticos. Es difícil separar la cuestión del estándar de prueba del efecto anti-consumidor, de la cuestión conceptual de si la noción de daño a la competencia debe extenderse más allá del efecto al proceso. Sólo son permitidos resultados demostrables (y presumiblemente a corto plazo) para sopesar en la escala del “efecto”, e incluir los daños al “proceso”. Sin embargo, si una historia razonable de explotación puede igualar el estándar –no necesariamente depende de explotación clara y presente –, entonces los esfuerzos para incluir adicionalmente los daños al “proceso” serían menos considerables. En cambio, es poco atractiva, la idea de que habrían daños al proceso competitivo, justificando la intervención de la política de competencia, aún cuando no sean capaces de dañar al consumidor.

Recordemos que la política de competencia no es una noción abstracta de competencia por si misma, sino un instrumento para satisfacer las necesidades del consumidor.

#### *d) El Test de la conducta que eleva los costes de los rivales y conducta discriminatoria*

Uno de los fundamentos de la denominada “revolución Post Chicago” en el derecho antitrust americano fue el desarrollo de un grupo de teorías explicando cómo las empresas dominantes utilizan los contratos, las innovaciones o especificaciones de producto, los procesos gubernamentales u otros medios para imponer costes desproporcionadamente más altos a los rivales. El resultado literalmente no excluye a los rivales del mercado sino que la empresa dominante puede elevar su precio en la medida que convierte en menos eficiente al resto del entramado competitivo.<sup>1099</sup>

---

<sup>1099</sup> Krattenmaker y Salop, ob cit, pág. 96.

Hovenkamp<sup>1100</sup> señala que una de las contribuciones de la escuela de antitrust post-Chicago y particularmente de la teoría de la elevación de los costes de los rivales, es que ha cambiado el enfoque de la destrucción de los rivales a su marginalización.

Krattenmaker y Salop<sup>1101</sup> señalan al respecto que, primero se debe preguntar si la conducta de la empresa cuestionada incrementa de forma inevitable y significativamente, los costes de sus competidores. Si es así, entonces se debe cuestionar si la elevación del coste de los rivales permite a la empresa que excluye ejercitar el poder de monopolio, esto es, elevar su precio por encima del nivel competitivo. En otras palabras, se requiere el daño a la competencia, así como el daño a los competidores.

Para exponer su teoría, los autores ponen como ejemplo el caso *Klor's*<sup>1102</sup> un caso de concertación. El Tribunal Supremo resolviendo una demanda de Klor's, una tienda de electrodomésticos, que sostenía que los fabricantes y distribuidores de electrodomésticos de marca conspiraron entre ellos y con su rival Broadway-Hale, para no vender a Klor's o para venderle sólo en condiciones desfavorables, determinó que había infracción antitrust de boycott de grupo, “los acuerdos paralizaron la libertad de los comerciantes y así restringieron su habilidad de vender en concordancia con su propio juicio”. Las leyes antitrust fueron infringidas en dos formas: Klor's perdió su libertad de comprar electrodomésticos en un mercado competitivo abierto” y los fabricantes y distribuidores fueron “privados ... de su libertad de vender a Klor's”.

Para establecer una infracción antitrust, Klor's debe demostrar, como una cuestión preliminar que los acuerdos elevaron significativamente sus costes, lo que implica demostrar por un lado que el coste de un insumo se incrementó significativamente y que esta fracción significativa de costes implica el efecto neto de la exclusión de Klor's.

Regresando al siguiente nivel del detalle, Klor's tendría que demostrar que sus costes deben haber sido elevados porque (a) los restantes fabricantes de electrodomésticos fueron significativamente menos eficientes o más caros que aquellos aniquilados (“el mecanismo del cuello de botella”) o (b) los restantes fabricantes tenían capacidad limitada de coste bajo (el mecanismo de la “Aniquilación Real”); o (c) Broadway Hale había inducido a suficientes empresas en rechazar a contratar, o practicar discriminación de precio sustancial y efectiva contra Klor's (el mecanismo Cartel Ringmaster); o (d) los restantes fabricantes estaban tan concentrados que para adquirir los

---

<sup>1100</sup> Herbert Hovenkamp. “Post Chicago Antitrust: A Review and Critique” en *Columbus Law Review* 2001 Vol. 257, págs. 318-323.

<sup>1101</sup>, ob cit, pág. 236.

<sup>1102</sup> *Klor's, Inc. C. Broadway-Hale Stores*, 359 U.S. 207 (1959)

electrodomésticos Klor's incurriría en costes significativamente mayores (el mecanismo "Frankenstein Monster").

Incluso si Klor's satisface el test apropiado para demostrar que los acuerdos de derechos de exclusión realmente o probablemente incrementaron considerablemente sus costes, Klor's debería también ser requerida para demostrar que así Broadway-Hale ganó poder sobre el precio. Esto significa que Klor's tiene que acreditar que sus costes (y los de otros rivales) han sido elevados significativamente y a la vez demostrar (a) que aquellas empresas (realmente o potencialmente) estuvieron sustancialmente mejor dispuestas para coordinar sus precios en el mercado de Broadway Hale cuyos costes no fueron incrementados significativamente por la restricción vertical respecto a todas las empresas (incluida Klor's) antes del acuerdo de exclusión o (b) que aquellos restantes competidores (reales o potenciales) probablemente no generarían una escasez de suministro a Klor's y a otros rivales excluidos de modo que Broadway Hale y otros podrían elevar sus precios unilateralmente.

Para considerar la posibilidad de que Klor's se hubiera protegido a si misma sin recurrir a la demanda, Klor's tendría que demostrar también que Broadway Hale tiene una gran cuota de mercado y si es relevante, que el incremento del coste de producción de Klor's fue sustancialmente mayor que cualquiera incurrido por Broadway Hale. Si Klor's alcanza los estándares aplicables, Broadway Hale tendría la carga de demostrar la existencia de eficiencias compensadoras específicas.

Ausente una demostración de que los costes de Klor's fueron elevados y que Broadway Hale ganó así poder para incrementar el precio, Klor's podría demostrar que los acuerdos de Broadway Hale tuvieron algunos efectos anticompetitivos. Klor's fue perjudicado en el sentido que no podría comprar cualquier electrodoméstico que deseara, y algunos consumidores estarían "furiosos" porque tendrían que recurrir a comprar en otro sitio, pero los consumidores como una entidad económica habrían perdido poco. Tras los acuerdos de exclusión, la presencia de Klor's u otros socios restringen la habilidad de Broadway-Hale en elevar el precio en la medida que podía hacerlo antes de los acuerdos.

A favor del test, Gavil<sup>1103</sup> señala que, a efectos de establecer la ilegalidad de la conducta, en respuesta a los desafíos de los rivales, las empresas dominantes son y deben permanecer libres de bajar sus precios, desarrollar la calidad, explotar cualquier

---

<sup>1103</sup> Andrew I. Gavil. "Exclusionary Distribution Strategies by Dominant Firms: Striking a Better Balance" en *Antitrust Law Journal*. 2004 Vol. 72, págs. 3 y ss. P. 80.



eficiencia mayor, y por supuesto, innovar sus productos. Sin embargo, si las empresas dominantes escogen responder a los rivales ocasionándoles dificultades, para evaluar estas estrategias de distribución que excluyen, el derecho antitrust debe ser flexible, rápido y una herramienta potente para proteger la competencia, especialmente el tipo de competencia que se genera por la entrada de competidores nuevos y emprendedores. En contraste al conjunto de herramientas competitivas, las consecuencias en el bienestar del consumidor derivadas de las estrategias de la empresa dominante, que están en su mayor parte diseñadas para asegurar algún grado de exclusividad, pueden ser difíciles de evaluar. Como consecuencia, los tribunales procederán a evaluarlas con cuidado, sin embargo, el término “cuidado” es difícilmente un curso neutral cuando está en peligro la supervivencia de un competidor.

La afirmación de que “las leyes antitrust están diseñadas para proteger a la competencia y no a los competidores” es un eslogan vacío. No puede haber competencia sin competidores, no pueden aislar a estas empresas en su tiempo más vulnerables –cuando les son dirigidas estrategias complejas que tienen consecuencias negativas o, a lo mejor, consecuencias de bienestar ambiguas –se pone en riesgo la pérdida de los beneficios a largo plazo derivadas del proceso de competencia-. Proteger a los competidores en estas circunstancias es proteger a la competencia.

Posner<sup>1104</sup> critica el test mordazmente, señalando que una empresa, tan eficiente como para hacer que su rival “no pueda alcanzar un nivel de producción en el que pueda explotar las economías de escala disponibles” estará dispuesta a elevar los costes de sus rivales. Alternativamente observa que una empresa dominante podrá utilizar comportamientos como precio predatorio para privar al rival de los ingresos, sin afectar sus costes.

El valor real de las teorías de la elevación de los costes de los rivales no es crear un nuevo grupo de comportamientos ilegales de exclusión, sino demostrar que algunos comportamientos que han sido objeto de análisis por antitrust durante largo tiempo, pueden ser anticompetitivas, aunque literalmente no “excluyan”. El punto de equilibrio en que los rivales permanecen en el mercado pero donde sus costes se incrementan es más probable de ocurrir y existir en una variedad más extensa que el punto equilibrio en que los rivales son destruidos.

---

<sup>1104</sup> R. Posner, “Antitrust Law”, ob. Cit. Pág. 196

Además, las estrategias de elevar los costes serían menos detectables y tendrían menos probabilidades de ser investigadas. Efectivamente, una estrategia de elevar los costes de los rivales no necesita dañar gravemente a un rival si la empresa dominante incrementa sus propios precios para permitir a empresas más pequeñas una subida en sus precios que les compense por su incremento en el coste. Como resultado la elevación de los costes de los rivales opera como un sustituto a las antiguas teorías antitrust de “exclusión” pero sin algunos de los inconvenientes que acompañaron éstas. Por supuesto, la ley nunca ha requerido establecer como un prerrequisito para demandar el hecho de la exclusión del mercado.

En resumen, la elevación de los costes de los rivales es algunas veces útil, pero también es una definición incompleta de las prácticas de exclusión. Además, muchos comportamientos que elevan los costes de los rivales, son también de incremento del bienestar, tales como la innovación que priva a los rivales de ingresos o los obliga a innovar a cambio de estos ingresos.

*e) Los test del efecto en la competencia.*

Otro modo de enfocar el efecto en la competencia, determinante de la conducta abusiva, sería si ésta produce o no sus efectos perjudiciales reales o potenciales en el mercado, y por otro lado, en todos los casos, si existe un nexo de causalidad entre la posición de dominio y la conducta abusiva. En este ámbito tenemos dos test: el test la intención como elemento constitutivo de la ilegalidad de la conducta, y el test de la reducción de la competencia.

- (i) El Test la intención como elemento constitutivo de la ilegalidad de la conducta.

Para establecer el criterio de ilegalidad, Eilmansberger<sup>1105</sup> toma en consideración el vínculo de causalidad en relación con los efectos para establecer dos tipos de abusos anticompetitivos: Un primer grupo, donde los efectos son manifiestos. Y un segundo grupo, donde al no estar delimitado claramente el efecto, es necesario completar la configuración con la intención del comportamiento abusivo, que ocasiona un efecto negativo en la competencia. En otras palabras, para identificar la conexión que satisface el requerimiento de causalidad, es importante distinguir entre dos tipos básicos de

---

<sup>1105</sup> Eilmansberger, ob.cit.

comportamiento abusivo, comportamientos que son en si mismos abusivos, y comportamientos que son abusivos debido a sus efectos. La presunción de una conexión entre el dominio y el abuso define así el concepto de abuso bajo el artículo 82 CE, tanto con respecto a los abusos basados en la conducta y abuso basado en los efectos de exclusión.

- La primera categoría comprende la conducta que distorsiona en si misma la competencia, a través de un uso impropio del poder de mercado.

En este supuesto, la empresa dominante intenta conseguir un objetivo comercial que no sería cuestionable, si no fuese por la utilización de medios inaceptables. Aquí está satisfecho el requerimiento de causalidad si la conducta es realizada mediante el uso instrumental del poder de mercado.

Los ejemplos más importantes de este poder de mercado ventajoso son el tying o vinculación y el rechazo al suministro de un insumo necesario para un mercado en el nivel vertical hacia abajo. Por sus características, ambos comportamientos están reservados estrictamente a las empresas dominantes.

Lowe, Siragusa<sup>1106</sup> y Eilmansberger plantean entonces la posibilidad de una regla *per se* para el caso del tying: son abusivos si “por su naturaleza o de acuerdo al uso comercial, las obligaciones suplementarias no tienen conexión con el objeto de los contratos”; la caracterización de la conducta abusiva parece depender aquí más del criterio objetivo, que, como se explica, virtualmente convertirá a los acuerdos de tying un abuso si además se cumplen otros requisitos.

Eilmansberger<sup>1107</sup> señala los criterios que debe seguir el análisis antitrust, bajo un enfoque *per se* del tying,<sup>1108</sup> que implica un uso abierto del poder de mercado para ganar negocios en un mercado separado. En un nivel conceptual no es un abuso anticompetitivo simple, sino una variante prototípica. Así no sorprende que el artículo 82.2 TCE, específicamente enumere al tying como un ejemplo de comportamiento abusivo. Además de la justificación objetiva contenida en esta norma para alegar que no constituye abuso (conexión entre el tying y el producto vinculado por su naturaleza o

---

<sup>1106</sup> Philip Lowe. Philip Lowe. “DG Competition’s review of the policy on abuse of dominance” en *Fordham Corporate Law Institute*. 30<sup>th</sup>. Annual Conference on International Antitrust Law and Policy. En [www.eu.int.speeches](http://www.eu.int.speeches) and articles. Véase también M. Siragusa. “Application of article 86: tying arrangements, refusals to deal, discrimination and other cases of abuse”. en Van Damme. “*Le réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire.*” Bruges de Tempel. Tempehoff. 1977. Pág. 399 y ss.

<sup>1107</sup> Eilmansberger, ob. Cit.

<sup>1108</sup> A raíz del caso Microsoft Corporation. Decisión de la Comisión CE de 24-03-2004, caso COMP/C-3/37.792 *Microsoft Corporation/Sun Microsystems*. Confirmado por Sentencia TPI de 17-09-2007, As. 201/2004. *Microsoft y otros c. Comisión y otros*.

por el uso comercial), la única justificación aceptable por la jurisprudencia para el tying son las consideraciones de seguridad, sin embargo raramente es aceptada.

El tying es considerado un abuso en la Guía de la Comisión, si se cumplen los elementos que establece, y no lo es en el Informe del Departamento de Justicia norteamericano<sup>1109</sup>

Una cuestión conceptual difícil con respecto al tying es su relación con el bundling. Por bundling o paquete, se entiende la inclusión en la venta en paquete, de uno o más componentes de un producto o servicio dado para incrementar el atractivo del último, al margen de si conduce o no a un precio más alto. El bundling es, por supuesto, un fenómeno muy común en el mercado que no requiere ningún tipo de poder de mercado y también puede ser efectuado por empresas no dominantes. Esta observación sólo se debe tener en cuenta cuando se analiza el bundling bajo el mismo estándar que el tying. Sin embargo esto es lo que la Comisión ha efectuado en *Microsoft*<sup>1110</sup>.

En el caso de rechazo al suministro, el efecto de ventaja deseado sólo puede ser conseguido si la empresa domina el mercado del insumo y este es necesario para efectuar actividades en un mercado hacia abajo. Eilmansberger observa que se trata de un comportamiento comercial que también permite una transferencia de poder de mercado. Esta variante de ventaja estratégica o ‘leveraging’ es considerablemente más compleja que el tying. Bajo el rechazo a contratar en realidad se permite al titular de un insumo transferir a otro mercado una posición dominante posible con respecto a este insumo, y si la captura de este mercado a través de la denegación del acceso a este insumo puede ser considerada exclusión abusiva, depende de un número de factores, y consideraciones que todavía no han sido clarificados de forma suficiente por la jurisprudencia comunitaria. Aunque la doctrina de ‘leveraging’ abusivo ya ha sido encuadrada bajo el artículo 82 CE, y ha sido aplicada en un cierto número de casos implicando todo tipo de facilidades esenciales, materiales o inmateriales, el autor plantea que todavía no son claras las condiciones precisas bajo las que será abusivo un rechazo a contratar con los competidores en un mercado hacia abajo,<sup>1111</sup> en casos importantes<sup>1112</sup>.

---

<sup>1109</sup> Véase el párrafo 46 y ss. De la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva, y la pág. 90 del Informe del Departamento de Justicia norteamericano: “The Department agrees that a rule of per se illegality for tying is misguided because tying has the potential to help consumers and cannot be said with any confidence to be anticompetitive in almost all circumstances”.

<sup>1110</sup> Caso Microsoft, citado.

<sup>1111</sup> Para que un abuso haciendo uso de una ventaja estratégica o leveraging infrinja la norma, debe cumplir las siguientes condiciones: Sólo en la medida que la eliminación de la competencia en el mercado hacia abajo no debe ser considerada una *conditio sine qua non* para establecer un abuso bajo el artículo

No es necesario ningún análisis detallado para establecer que con respecto a estos abusos, el efecto y la intención deben ser irrelevantes. Mientras en última instancia será un efecto probable o típico en la competencia lo que subyace en la prohibición de estos comportamientos es el uso instrumental de la posición dominante en un mercado para conseguir el éxito comercial en otro mercado lo que debe poner en funcionamiento el artículo 82 TCE. La intención real de la empresa que emplea estos comportamientos como el tying es y debe ser completamente irrelevante, y lo mismo se aplica respecto a los efectos reales de este comportamiento. A este respecto, la conducta que debe ser calificada como abusiva *per se* (esencialmente abusos de la ventaja que proporciona el poder de mercado) se parece mucho a las restricciones prohibidas *per se* bajo el artículo 81 CE. Sin embargo, el autor no proporciona ninguna justificación económica o legal por la que se deba considerar al tying y al rechazo al suministro como ilegales *per se*. El hecho de que bajo ambos comportamientos sea un requisito necesario el uso de un cierto poder de mercado, no implica que por si mismos generen efectos anticompetitivos, y que constituyan abuso, ya que para ello, deben distorsionar la competencia.

---

82.2.b) TCE, la supresión de un producto nuevo, inversamente, no debe ser considerado un requerimiento necesario para el carácter abusivo de la eliminación de competencia. Esto se aplica tanto a las facilidades de propiedad intelectual y materiales. El ejercicio del poder de mercado es sólo tan apto para producir el tipo de distorsión de competencia que el artículo 82 TCE debe impedir como el leveraging del poder de mercado conectado a las facilidades físicas.

Sin embargo, en vista de los objetivos básicos del artículo 82 TCE, un rechazo a contratar o a conceder una licencia sólo puede ser considerado abusivo, si las siguientes condiciones se cumplen: 1) debe tratarse de dos mercados suficientemente distintos para que el leveraging sea factible; 2) el insumo en el mercado de arriba debe ser indispensable para el acceso al mercado hacia abajo y 3) al efectuar el rechazo, no sólo debe carecer de una justificación objetiva técnica (como las capacidades insuficientes), sino también debe ser una justificación relacionada al resultado. Estas tres condiciones no son nuevas. En particular, las dos primeras condiciones están bien establecidas. Hay, sin embargo, todavía algunas incertidumbres respecto a su interpretación y aplicación.

Si estas dos condiciones de mercado no están cubiertas, es requerida una justificación alternativa para disponer el acceso a la facilidad bajo el artículo 82 CE, como por ejemplo la explotación del mercado implicado. Entonces, la licencia o la contratación obligatoria, de nuevo, sólo sería un remedio para otro abuso

La duplicabilidad de la facilidad específica en cuestión, la segunda condición, sólo se convierte relevante si es demostrada la indispensabilidad, en el sentido de arriba (o viceversa).

Respecto a la justificación objetiva a la conducta, contrario a las decisiones de la Comisión y a la jurisprudencia, un rechazo a conceder el acceso a una facilidad que constituye un insumo de cuello de botella o “bottleneck” que cumple ambos criterios de indispensabilidad y no duplicabilidad, no necesariamente constituye abuso de poder de mercado por beneficiarse de la ventaja o ‘leveraging.’

<sup>112</sup> Este hecho se ilustra por la ambigüedad de la cuestión que en el caso *Microsoft* ante el TPI, después de la sentencia TJCE *IMS Health* [Sentencia del Tribunal de Justicia de 29-4-2004, Cuestión Prejudicial C-418/01 *IMS Health GmbH & Co. OHG/NDC Health GmbH & Co. KG*. Opinión del Abogado General Tizzano de 02-10-2003.], tanto la Comisión y Microsoft reclamaron que el pronunciamiento apoyaba sus posiciones legales respectivas.

El rechazo al suministro es abuso si se cumplen los requisitos que establece la Guía de la Comisión, mientras que en el derecho antitrust, el Informe del Departamento de Justicia norteamericano considera que no lo es<sup>1113</sup>.

- La segunda categoría incluye comportamientos, que bajo otros criterios serán consideradas como competencia normal y no cuestionable.

Estos comportamientos también son empleados por empresas no dominantes, pero se convierten en abuso por sus efectos perjudiciales en el mercado, cuando se realizan desde la posición de dominio. Estos comportamientos se parecen a los acuerdos restrictivos bajo el artículo 81, que resultan prohibidos por sus efectos en el mercado. Estas conductas se caracterizan por el uso de unos medios no cuestionables para conseguir un objetivo problemático.

Esta categoría se centra en los efectos, el requerimiento de conexión no es tan estricto. Esta condición estará cumplida si la posición dominante jugó un rol decisivo en el comportamiento llevando a cabo el efecto relevante, ya sea porque el dominio era una *conditio sine qua non*, es decir, indispensable, para que se origine el efecto, o porque era una condición suficiente, es decir, el mismo efecto podía ser causado también por una empresa normal, pero en el caso de una empresa dominante, el efecto inevitablemente se origina (por ejemplo, la adquisición de la tecnología clave de un competidor<sup>1114</sup>.) El requerimiento de la causalidad agrega una clarificación importante en particular, pero plantea problemas por lo que se refiere a los comportamientos comerciales que por definición no se pueden distinguir de la conducta comercial ordinaria. El enfoque convencional a esta categoría de abuso es establecer primero un impacto (negativo) en el negocio de un competidor, es decir, algún tipo de impedimento de sus esfuerzos en producción o comercialización, y luego juzgar si este efecto fue causado o no por la competencia “normal”. En la medida que hablamos de comportamiento normal en primer lugar, la última valoración es considerablemente difícil, de modo que de alguna manera, estaríamos intentando de nuevo hacer depender del efecto particular de la conducta. Sin embargo, resulta criticable porque no sólo está cerca de ser un razonamiento circular, sino también porque no proporciona mucha guía, en la medida que es muy fácil de establecer el efecto de un obstáculo a los competidores.

---

<sup>1113</sup> §74 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva para la conducta de exclusión abusiva, y pág. 129 del Informe del Departamento de Justicia norteamericano: “The Department believes that antitrust liability for unilateral, unconditional refusals to deal with rivals should not play a meaningful part in section 2 enforcement.”

<sup>1114</sup> Decisión de la Comisión de 26-7-1988. *Tetra Pak/Elopak*. DOCE L272/27 4.10.1988. Sentencia TPI. De 10-7-1990. *Tetra Pak Rausing SA. C/ Comisión*. As. T51-89. RJ 1990 p. II-309.

El requerimiento de causalidad resuelve parcialmente este dilema, al definir más precisamente el tipo de efecto requerido para aplicar el artículo 82 TCE, porque excluye todos los efectos que no requieren poder de mercado, que de algún modo son magnificados por la posición dominante de la empresa.

El único tipo de efecto que requiere el dominio, o para el que el dominio es al menos una condición suficiente, es la manipulación de la estructura del mercado, y la interferencia resultante con el mecanismo del mercado y las condiciones bajo las que la competencia se desenvuelve.

Para un análisis más detallado de estos efectos, y su relevancia bajo el control del abuso, es conveniente distinguir entre las interferencias desde el lado de la oferta y de la demanda en el mercado. Los efectos relevantes en el lado de la oferta serán la eliminación, inducción a la salida, intimidación o disuasión de la entrada de competidores reales o potenciales y la reducción resultante de las relaciones competitivas horizontales. Todos estos efectos requieren el poder de mercado, como en el caso de la predación o disuasión a través de precio agresivo, o están vinculados a generarse en conexión con la empresa dominante (poder de mercado como condición suficiente), como es el caso con las colaboraciones horizontales, las concentraciones y las adquisiciones o la adquisición de tecnología de los competidores.

Los efectos estructurales en el lado de la demanda son principalmente cambios persistentes en los parámetros de la demanda por los consumidores. Este efecto, que va más allá de los efectos de obstaculización inherentes en cualquier transacción de ventas, puede ser llevado a cabo, por ejemplo mediante comportamientos que influyen o determinan el comportamiento de compra futura por los clientes en un mercado dado, usualmente a través de esquemas rebajas o acuerdos de compra o venta a largo plazo. El nexo causal entre el poder de mercado y los efectos en la estructura del mercado en el lado de la demanda será que el primero es una condición necesaria para que el comportamiento cause este resultado no deseado. El autor afirma que en *Michelin II*, el TPI quiso decir que para algunos abusos anticompetitivos, son requeridos un cierto efecto anticompetitivo, y una intención de llevar a cabo este efecto, y que para evitar un argumento circular, uno de ellos debe establecerse con carácter independiente del otro.

En los abusos de estructura de mercado, su estructura normativa básica es muy similar a la forma en que es aplicado a cierto tipo de restricciones, el artículo 81 TCE. Así no sólo es posible, sino también necesario, determinar cómo deben estar conectados la conducta y el efecto, en particular cuando la generación del efecto (potencial o

probable) y la intención asociada, son condiciones respectivamente necesarias o suficientes. Bajo el artículo 82 TCE son requeridos tanto la intención y el efecto para el establecimiento de un abuso de estructura de mercado. Es el efecto particular que convierte *prima facie* la conducta comercial normal en abusiva; sin embargo, el elemento decisivo y formativo del abuso, es el deseo y determinación de llevar a cabo este efecto.

Vemos así que Eilmansberger asemeja el efecto de distorsionar la competencia con la intención de efectuarlo, pero observa que sólo la intención convertiría en ilegal la conducta, ya que demostraría que tenía una intención perversa, que lo distingue de la competencia normal.

El punto de inicio más conveniente para una consideración del significado de la intención es, de nuevo, la definición de abuso anticompetitivo en *Hoffmann-La Roché*, donde se señala que el concepto de abuso está relacionado con un comportamiento de una empresa dominante que influye la estructura de un mercado “a través del recurso a métodos diferentes de aquellos que condicionan la competencia normal en productos o servicios sobre las bases de las transacciones de los operadores comerciales”. La declaración es importante porque clarifica que la generación de algún efecto no es en sí misma abusiva, si es la consecuencia de la competencia normal. Esto, por supuesto, tiene sentido inmediato. Incluso un deterioro claro de la estructura del mercado, como la eliminación de un competidor del mercado o de algún segmento del mismo, debe ser aceptado si es el simple resultado de una forma de competencia que debe promover el derecho antitrust. Una prohibición de esta conducta no contribuiría a la salvaguarda de un sistema basado en la competencia sobre los méritos. Puede parecer complicado a primera vista distinguir competencia normal de competencia abusiva e ilegítima, sin embargo, es realmente más fácil de lo que parece.

La marca distintiva de un abuso de estructura de mercado es que implica un comportamiento comercial normal que lleva a cabo un cambio en los parámetros básicos del mecanismo del mercado. Ejemplo de este comportamiento, que es considerado generalmente una manifestación de competencia sobre los méritos, pero que causarán los citados efectos, son los recortes de precio.

Debe considerarse que existe un abuso de posición dominante cuando la empresa utilizara intencionalmente estos comportamientos, para cambiar el mecanismo del mercado a su favor, ya sea para reducir la presión competitiva ejercida por sus rivales, o para hacerles más difícil ganar clientes. Así en palabras de *Hoffmann-La Roché*, la intención de “influir” en la estructura del mercado a través de un comportamiento



comercial normal es lo que constituye la competencia específica de no resultado que condena el artículo 82 TCE. La proposición que la intención de la empresa, o en otras palabras, el objetivo o el ánimo del comportamiento comercial en cuestión, es el elemento decisivo para los abusos de estructura de mercado y ha sido utilizado por un número de enfoques modernos para identificar los comportamientos abusivos como el test del sacrificio, o el test de la justificación objetiva y asumida por los tribunales comunitarios.

En *United Brands*<sup>1115</sup>, o *Akzo*<sup>1116</sup>, donde el Tribunal estableció que la evidencia de la intención de eliminar a un competidor es lo que convierte un recorte de precio en abusivo. También en los casos de rebajas de fidelidad, está frecuentemente admitido por los tribunales que si la rebaja está diseñada a través de la concesión de una ventaja financiera para impedir a los clientes obtener sus suministros de productos competidores, resultará abusiva.

Siendo el elemento característico de un abuso de estructura de mercado la alteración estratégica de la estructura del mercado, es decir, su manipulación en beneficio de la empresa dominante, el centro de gravedad de este abuso no será la conducta particular, que bajo otros estándares sería considerada perfectamente normal o incluso comportamiento comercial deseado, sino sus efectos potenciales y las intenciones que la sostienen.

#### - La Prueba del efecto

Con respecto a los efectos sobre el mercado, la jurisprudencia y la práctica de la Comisión son criticadas por dos motivos principales: El primero es que estos efectos generalmente no son suficientemente tomados en cuenta<sup>1117</sup>. El segundo es que si los efectos son considerados como un todo, la valoración es efectuada en una forma inconsistente requiriendo en algunos casos sólo la existencia de un obstáculo en los competidores, y en otros casos el efecto es su eliminación potencial.

La primera crítica tiene gran trascendencia. Es en general lamentable que todavía no haya declaraciones claras y conclusivas respecto al significado de las consecuencias reales o potenciales en el mercado. Además, aunque la afirmación de que bajo el

---

<sup>1115</sup> Sentencia TJCE 26-6-1978. *United Brands Continental BV/Comisión*. Caso 27/76. RJ 1978 pág. 349.

<sup>1116</sup> Sentencia TJCE de 3-7-1991. *Akzo Chemmie BV y Akzo Chemmie UK Ltd c/ Comisión*. Caso C-62/86.RJ 1991 pág. 3359-3374. §s 70 y 71.

<sup>1117</sup> John Kallaugh y Brian Sher. "Rebates Revisited: Anti-competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82" en *E.C.L.R.* 2004. pág. 263-285. Derek Ridyard. "Article 82 Price Abuses – Toward a More Economic Approach". En *European Competition Law Annual 2003: What is an Abuse of a Dominant Position?* Hart Publishing

artículo 82 TCE los efectos son ignorados por los Tribunales y la Comisión probablemente es exagerada, es correcto que estos efectos reales o potenciales del mismo tipo, son a veces asumidos de forma muy rápida al establecer simplemente que la conducta tiene esta tendencia<sup>1118</sup>. Con respecto a las alteraciones en el lado de la oferta y la demanda de la estructura del mercado, no debe ser suficiente un potencial simplemente abstracto para que el comportamiento tenga un impacto en la estructura del mercado. La prueba de un impacto real evidentemente es innecesaria, pero hay que exigir la demostración que, bajo las circunstancias concretas del mercado, el comportamiento en cuestión es capaz de generar este efecto, bastando una presunción fuerte de la intención de exclusión. La segunda crítica es infundada. Es verdad que diferentes sentencias y decisiones contemplan diferentes tipos de efectos. Sin embargo, ello está justificado en la medida que los cambios en la estructura del mercado que implica al artículo 82 TCE son de una naturaleza diferente dependiendo de si se refieren a la estructura del mercado en el lado de la oferta o la demanda. Si estos comportamientos son efectuados por las empresas dominantes, hay algún grado de probabilidad de que en realidad erigirán barreras a la entrada o impedirán la expansión de las cuotas de mercado de los competidores<sup>1119</sup>. Esta sería la explicación de por qué fue omitido un análisis más minucioso de estos efectos, o se hizo de una forma relativamente superficial<sup>1120</sup>, en *Van Den Bergh Foods*<sup>1121</sup>. A mayor dominio, mayor el riesgo de exclusión de otros competidores, en la mayoría de los casos relevantes. Mientras esto es legítimo en algunos grupos de casos, es requerido un análisis más cuidadoso con respecto a comportamientos utilizados sólo esporádicamente o que sólo tiene un potencial de exclusión modesto. Esto se aplicaría a los acuerdos exclusivos a corto plazo o acuerdos de suministro en un nivel bajo, y a esquemas de rebajas con

---

<sup>1118</sup> Sentencia TPI *Virgin/British Airways*, § 293. “posición dominante que tiende a restringir la competencia, o en otras palabras, que la conducta es capaz de tener, o probable de tener este efecto”. Igual en *Michelin II* § 239

<sup>1119</sup> El desarrollo real de las cuotas de mercado serían indicativos de un efecto de exclusión, pero no es en si mismo concluyente ya que un incremento podría ser incluso más marcado en ausencia del comportamiento.

<sup>1120</sup> El TPI simplemente sostiene que la condena de las obligaciones de compra exclusiva está “justificada por el hecho que si como en el presente caso un operador económico ostenta una posición fuerte en el mercado, la conclusión de un acuerdo de suministro exclusivo respecto de una proporción sustancial de compras constituye un obstáculo inaceptable a la entrada a este mercado” Sentencia TPI de 1-4-1993. *British Plasterboard Plc. /Comisión*. Caso. T-65/89. RJ 1993p. II-0389 § 69.

<sup>1121</sup> “El hecho que una empresa en posición dominante en un mercado vincule de facto -incluso a requerimiento de los clientes- el 40% de los canales en el mercado relevante mediante una cláusula de exclusividad constituye un abuso de posición dominante bajo el artículo 82 TCE. La cláusula de exclusividad tiene el efecto de impedir a los detallistas implicados la venta de otras marcas de helado (o la reducción de la posibilidad de hacerlo) incluso donde hay una demanda para estas marcas, y de impedir a fabricantes competidores de ganar acceso al mercado relevante” Sentencia TPI de 23-10-2003, as. 65/98. *Van Den Bergh Foods Limited c/ Comisión CE y otros*. RJ 2003.

efecto de succión bajo<sup>1122</sup> debido a períodos de cómputo cortos o aplicados sólo a un número limitado de compradores. La metodología que debe ser utilizada a este respecto es la misma que bajo el artículo 81 CE es decir, efectuar un análisis global del mercado para establecer los efectos del comportamiento cuestionado.

- La prueba de la intencionalidad.

Para el establecimiento de un abuso de una estructura del mercado, la evidencia del efecto relevante es necesaria pero no suficiente. Un comportamiento con el potencial de llevar a cabo este cambio estructural sólo debe ser considerado abusivo si se dirige también a este resultado. El demandante necesita proporcionar evidencia de que, el cambio sospechado de la estructura del mercado era uno de los objetivos perseguidos, o inversamente, que el comportamiento no estaba completamente motivado por los objetivos diferentes que la manipulación del mecanismo del mercado.

En este contexto es importante considerar que los abusos de estructura del mercado son *prima facie* prácticas comerciales normales para las que las empresas, casi por definición siempre estarán dispuestas a invocar una justificación objetiva a su conducta. Sin embargo, bajo el test sugerido por el autor, esto sería insuficiente para rechazar la intención. Una razón alternativa para la elección de un determinado curso de acción en el mercado no sólo tendría que ser factible, sino también tendría que ser capaz de explicar total y exhaustivamente la conducta. Debe ser irrelevante en este contexto que el efecto particular de la estructura del mercado era una posibilidad, o un efecto secundario previsible o por otro lado, incluso deseado. Entonces, aunque sirve de ayuda, no es necesario demostrar que la conducta era o podría haber sido rentable sin dañar a los competidores.

La prueba directa de los objetivos de la empresa dominante es usualmente difícil, en particular porque los documentos de negocio internos que demuestran una actitud agresiva hacia los competidores, en muchos casos sólo tendrán un valor de evidencia limitado. En muchos casos la prueba de la intención así tendrá que ser indirecta.

El demandante tiene que establecer que la conducta no ha estado motivada exclusivamente en consideraciones comerciales normales incluyendo, pero no limitado el recurso a la aspiración a incrementar los beneficios o las cuotas de mercado. Necesita

---

<sup>1122</sup> Creando sólo costes de cambio insignificantes para el cliente

rechazar la afirmación que la conducta tiene sentido económico para la empresa, al margen del deterioro de la estructura del mercado que probablemente o ciertamente podía causar.

También con respecto a la evidencia indirecta, la carga de la prueba reside principalmente en el demandante, por las siguientes dos razones: primero es la misma naturaleza de la prueba negativa que nunca puede ser totalmente concluyente, segundo, la evidencia con respecto a la motivación legítima de una práctica comercial está controlada por la empresa acusada, por lo que la cooperación de la empresa acusada es o podría ser apropiada para que la empresa introduzca la evidencia que la exonerará, no debe ser una carga irracional. Sin embargo, queda la obligación del demandante en plantear *prima facie* un caso sólido.

Después de esto, sería responsabilidad de la empresa acusada demostrar sobre las bases de la información, usualmente disponible sólo para si misma, que en contra de las alegaciones del demandante, hubo en realidad este motivo.<sup>1123</sup> Sin embargo, la explicación alternativa para la conducta debe satisfacer los siguientes requisitos: la conducta debe ser objetivamente capaz de conseguir el objetivo manifestado, creíble con respecto a la conducta pasada, y legítima bajo otros estándares.

El artículo 82 TCE no proporciona una exención similar al artículo 81.3 TCE, sin embargo en *CEWAL*<sup>1124</sup>, el Tribunal estableció que “ninguna exención de ningún tipo sería concedida respecto de un abuso de posición dominante”. Este hecho no limita de ningún modo la posibilidad que la empresa dominante pueda justificar o explicar sus prácticas comerciales. El punto de este ejercicio no es obtener alguna aprobación para un comportamiento prohibido diferente, sino demostrar que la conducta no debe ser considerada abusiva en el primer lugar.

La evidencia *prima facie* de la intención puede ser producida en varias formas. Primero, algunas conductas en si mismas revelan intención de exclusión. Esto se aplica por ejemplo a las rebajas de fidelidad que son concedidas básicamente en compensación por no contratar con los competidores, para conseguir la finalización de relaciones comerciales cuyas circunstancias indican un carácter punitivo, o a la venta predatoria dirigida a clientes de compradores que se han convertido en infieles y cambiaron de proveedores. Una segunda forma es demostrar que la conducta no tiene sentido comercial sino para el cambio de la estructura del mercado, es decir, depende de su

---

<sup>1123</sup>En *Michelin II*, el TPI consideró a la empresa responsable en demostrar que un sistema de rebajas de cantidad estuvo basado en razones económicas objetivas.

<sup>1124</sup> Sentencia TJCE 16-3-2000. As. Acumulados C-395 y 396/96 P. *Compagnie Maritime Belge Transports SA y otros c/. Comisión CE*. RJ 2000 I-1365. § 16.

rentabilidad sobre este efecto (test-sacrificio o variaciones de este). Tercero, la intención estaría indicada claramente por las circunstancias particulares que ocasionan el daño en la estructura del mercado. Cuarto, con respecto a las conductas que en si mismas parecen tener sentido económico, la evidencia de la intención puede ser encontrada en el hecho de que la empresa no escogió una conducta por la que habría conseguido el objetivo comercial manifestado sólo de forma eficiente, pero con consecuencias claramente menos dañinas para la estructura del mercado, es decir, lo que sería denominado “desproporcionado”.

El test-sacrificio, o test similares, son herramientas útiles para valorar la intención en particular con respecto a conducta capaz de eliminar o disuadir competidores. Las estrategias de precio y bundling que no son en si mismas rentables y así hacen sentido económico sólo si ocasionan que los rivales dejen el mercado (o renunciar a planes para entrar al mercado), también pueden presumirse al menos dirigidas a este resultado.

Así en *Akzo* el TJCE<sup>1125</sup> concluyó que los precios por debajo del coste variable promedio deben ser considerados abusivos ya que una empresa dominante no tiene interés en aplicar estos precios excepto para eliminar competidores y así estar dispuesto a elevar los precios subsecuentemente al tomar ventaja de su posición monopolística, ya que cada venta le genera una pérdida. Los precios por encima del coste variable promedio pero por debajo del coste promedio total pueden como tal ser rentables y por ello son ambivalentes bajo el test del sacrificio. Estos precios pueden eliminar incluso competidores eficientes, pero no necesariamente no es rentable. Entonces no son como tales indicativos de intención de exclusión, y pueden ser considerados abusivos sólo si puede establecerse la prueba adicional de la intención.<sup>1126</sup> Esta prueba adicional estaría basada en las circunstancias existentes del cambio de la estructura del mercado bajo investigación. Puede resultar que el recorte de precio para eliminar a un competidor actual o potencial, se explicaría porque la conducta fue diseñada con el objeto de alcanzar a aquellos clientes de los que depende el competidor para obtener las economías de escala o economías de ámbito necesarias o la densidad necesaria para permanecer en el negocio. Los recortes de precio, que son selectivos, dirigidos a clientes determinados considerados cruciales, serán un indicador considerable de la intención de exclusión.

---

<sup>1125</sup> Sentencia TJCE *Akzo/Comisión* ya citada, § 71.

<sup>1126</sup> *Ibidem*, § 72.

La intención de eliminar a un rival puede demostrarse también por las circunstancias de la conducta en si misma, es decir, cuando el recorte del precio forma parte de un grupo de prácticas de exclusión.

El ámbito del test del sacrificio o aquel sin sentido económico está sin embargo limitado incluso para los abusos de estructura de mercado. Esto se aplica en particular a aquellos comportamientos que influyen en las características de la demanda del mercado. Los acuerdos de compra exclusiva (o de oferta), las obligaciones de no competir y generalmente todas las demás conductas que promueven la vinculación de los clientes (por ejemplo: los esquemas de rebajas) como criterio, tienen sentido comercial inmediato y no necesitan un sacrificio de beneficio a cambio de la modificación de la estructura de la demanda.

La única vía para establecer un caso *prima facie* de intención, es demostrar que la conducta es desproporcionada para el objetivo asumido. Entonces no necesita demostrarse que estas conductas tienen ninguna justificación convincente, es suficiente demostrar que este objetivo comercial podría haber sido alcanzado mediante comportamientos que no distorsionan la competencia y que impiden a los rivales competir sobre los méritos. Sin embargo, en aras de la certeza legal, una conducta debe fallar este test sólo si el comportamiento alternativo es claramente equivalente.

Para algunos tipos de conducta, la proporcionalidad con respecto a un objetivo comercial dado puede ser juzgado en una forma abstracta. Un enfoque *per se* así es posible. Por ejemplo, justificaciones comerciales creíbles *prima facie* para los esquemas de rebajas que pueden aniquilar las oportunidades de negocio para los competidores, sería incrementar las ventas, para desarrollar la planificación y organización de la producción y distribución, o para conseguir (y revertir) los ahorros de coste a través de mejores economías de escala; se ha sugerido que la mejor planificación de la producción y el incremento de ventas son también motivos de negocio perfectamente legítimos que pueden alegarse como defensa en los esquemas de rebajas por objetivo.

Hay un rechazo general de todas las demás justificaciones invocadas porque es problemática la obtención de los ahorros de coste a través de economías de escala desarrolladas, debido a las dificultades obvias en determinar estas ganancias de eficiencia. Cuando una empresa intenta alcanzar este objetivo con esquemas de rebajas de fidelidad (incluyendo esquemas de rebajas objetivo de volumen individualizadas) son, como regla general, igualmente efectivos. El uso de estos esquemas indica normalmente un propósito dual, primero, facilitar una mejor planificación de la

producción y distribución, y segundo, la restricción de las oportunidades de negocio para los competidores, es entonces convincente la prohibición *per se* de las rebajas de fidelidad junto con todas aquellas rebajas dirigidas a grupos de clientes específicos. Estas consideraciones apoyan un enfoque *per se* también para los acuerdos de exclusividad vinculando a los clientes incluso más estrechamente a la empresa dominante que los esquemas de rebajas de fidelidad, en particular la compra exclusiva y las obligaciones de no competir.<sup>1127</sup>

Si no se puede acreditar la intención con ninguna de las circunstancias mencionadas, el demandante tendrá que implementar su caso *prima facie* a través de la investigación y rechazar las justificaciones de negocio alternativas más obvias que puede alegar las empresas dominantes para rechazar la intención.

Las justificaciones de negocio más relevantes para la conducta que afecta la estructura de mercado pueden ser las siguientes. Primero, se puede acreditar que la conducta estuvo determinada y obligada para acceder a los requerimientos de un cliente más que en el propio interés de la implicada, por ejemplo en los acuerdos de compra exclusiva a largo plazo efectuados como resultado de licitaciones de subasta pública, como regla general, no son abusivos incluso cuando alteran la estructura del mercado. Lo mismo se aplica a los recortes de precio u otras formas de favoritismo reclamados por compradores con poder negociador. Segundo, la conducta puede demostrarse que es rentable debido a que incrementa la eficiencia productiva. Los recortes de precio selectivos para productos con costes fijos<sup>1128</sup> altos incrementarían los beneficios al atraer a los clientes que no habrían comprado el producto a un precio más alto. Tercero, las justificaciones basadas en criterios de seguridad.

Cuando hay un impacto significativo en la estructura del mercado, es aconsejable aplicar el artículo 82 TCE incluso cuando haya una alternativa perfectamente creíble de justificación comercial.

La propuesta de Eilmansberger, es cuestionable, porque se basa en las implicaciones derivadas de la intención, sin embargo, al respecto, es importante considerar lo

---

<sup>1127</sup> Esto explicaría el enfoque estricto adoptado por el Tribunal ya en *Hoffmann-La Roché*. Sin embargo, incluso las empresas dominantes estarían dispuestas a demostrar una necesidad legítima para predecir correctamente la demanda futura de sus productos, por ejemplo porque la producción requiere inversión significativa y las capacidades de almacenamiento son limitadas. En estas situaciones, los acuerdos de compra exclusiva a largo plazo serían considerados no abusivos.

<sup>1128</sup> Coste fijo: Coste en que incurre una empresa si su producción fuese cero en el período en cuestión. El coste fijo total está formado por los costes fijos individuales, como el equipo, los pagos de intereses, las cuotas de amortización de créditos hipotecarios, y las dietas de los consejeros. Las empresas incurren en coste fijo, cuando efectúan grandes inversiones para generar economías de escala.

planteado por Posner, en cuanto a la intención y los precios predatorios: “...Hay dos enfoques convencionales, uno a través de la intención y el otro a través de los costes. Ambos son problemáticos. Prohibir el precio intentado para debilitar o destruir a un competidor, es prohibir demasiado. Un vendedor querrá destruir a un competidor, pero si el único método utilizado es vender por debajo del nivel de éste, por virtud de tener costes más bajos, no hay ninguna objeción racional antitrust para la conducta del vendedor... Cualquier doctrina que se base en la prueba de la intención, va a ser aplicada erráticamente. No siempre se entenderá que la posibilidad para las partes que en lugar de basarse en la realidad subyacente, se fundamenten en la evidencia de la intención impropia es frecuentemente una función de la suerte o de la sofisticación legal del demandado. Una empresa cuyos ejecutivos estén entrenados en los problemas antitrust no dejará ninguna prueba documental sobre la intención impropia; aquellos ejecutivos que no tengan este entrenamiento proporcionarán evidencia considerable de esta intención, simplemente a través de la torpe selección de palabras para describir comportamiento inocente. Especialmente engañosa es la tendencia habitual de los ejecutivos de ventas de fanfarronear ante sus superiores sobre sus habilidades competitivas. Utilizando frecuentemente metáforas de coacción que son evidencia poderosa de intención predatorio para el ingenuo”.<sup>1129</sup>

Veremos que incluso en el caso *Akzo*, donde el TJCE estableció que la ilegalidad de la conducta incluía establecer la intención, previamente ya había establecido que el comportamiento de *Akzo* había producido un efecto que distorsionaba la estructura de competencia existente en el mercado, el test de la intención, a efectos del artículo 82 del TCE si bien es considerado por la jurisprudencia en la configuración de algunos comportamientos como abuso, no es un elemento indispensable para que se configure la aplicación de la norma, ya que como lo ha establecido la jurisprudencia, el objeto –no la intención- y el efecto son la misma cosa, y lo que se debe establecer es que se ha alterado gravemente la dinámica del mercado como consecuencia del comportamiento abusivo, y comparar esta afectación con los efectos pro competitivos derivados del comportamiento para establecer si constituye o no abuso.

Eilmansberger plantea que tratándose de comportamientos cuyo vínculo de causalidad entre la posición de dominio y el abuso, es una conexión dominio-efecto *sine qua non*,

---

<sup>1129</sup> Richard A. Posner. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. 2da. Edición. The University of Chicago Press 2001. pág. 214-215.



bajo la terminología de Vogelenzang<sup>1130</sup>, el elemento de la intención es relevante, y ello con el objeto de distinguir comportamiento ilegal de comportamiento competitivo legal o competencia sobre los méritos.

Sin embargo, para Kallaugher y otros<sup>1131</sup>, la intención no es un elemento determinante en el concepto del abuso, establecen que el concepto de abuso es un concepto objetivo, opuesto al subjetivo – que no depende de la mala voluntad de la empresa dominante, o incluso de una intención de excluir- La conducta debe ser vinculable a la influencia en la estructura del mercado a través del recurso a métodos diferentes de aquellos que condicionan la competencia normal sobre las bases del resultado. Nosotros estamos de acuerdo con estos autores, ya que bajo la jurisprudencia comunitaria, la intención sólo es utilizada en algunos casos, donde el comportamiento parece ambiguo, pero no es un elemento determinante.

Sin embargo, Eilmansberger señala que aunque la jurisprudencia haya establecido que el abuso es un concepto objetivo, también está establecido que la ilegalidad de un comportamiento dado debe deducirse de su intención subyacente. La intención fue planteada en *United Brands*, donde el TJCE subrayó la relevancia del objetivo del comportamiento cuestionado<sup>1132</sup>.

En lo que ciertamente representa hasta la fecha la discusión más detallada del significado del efecto y la intención bajo el artículo 82 CE, el TPI en *Michelin II*<sup>1133</sup> ha concluido que la intención es relevante.<sup>1134</sup> En la medida que la conducta de una

---

<sup>1130</sup> P. Vogelenzang. *Abuse of a Dominant Position in article 86; the problem of causality and some applications*. 13 CML REV. 1976 PP. 61-68. "...el efecto dañino habría ocurrido de cualquier modo, incluso cuando la empresa culpable no fuera dominante, pero donde el efecto dañino fue reforzado por la circunstancia que era en efecto dominante: conexión dominio-efecto: el efecto que empeora. El efecto que empeora, resulta del refuerzo de la presencia de una posición dominante, este efecto dañino ya estaba incluso sin el dominio.

<sup>1131</sup> Valentine Korah. *An introductory guide to EC Competition, Law and practice*. Ed. Hart Publishing. Oxford 2.007. pág. 107. También M. Siragusa. "Application of article 86: tying arrangements, refusals to deal, discrimination and other cases of abuse". en Van Damme. *Le réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire*. Bruges de Tempel. Tempehoff. 1977. Pág. 399 y ss. Y Duncan Sinclair. "Abuse of Dominance at a Crossroads-Potential Effect, Object and Appreciability Under Article 82 EC". En E.C.L.R. 2004, págs. 491-501.

<sup>1132</sup> Sentencia TJCE *United Brands/Comisión*. "189 Aunque es verdad, como el apelante plantea, que el hecho que una empresa en posición dominante no puede desautorizarla de proteger sus propios intereses comerciales cuando son atacados y que a una empresa se le debe conceder el derecho a asumir estos pasos razonables en la medida que los considere apropiados para proteger sus invocados intereses, este comportamiento no puede ser tolerado si su propósito real es reforzar esta posición dominante y abusar de ella." También en Sentencia TJCE *Compagnie Maritime Belge c. Comisión*, cit. § 107, Sentencia TPI *BPB Industries*, citada, § 69; Sentencia TPI *Irish Sugar* cit. § 112 y Sentencia TPI *British Airways*, § 243.

<sup>1133</sup> Sentencia TPI de 30-09-2003. *Caso Manufacture française des pneumatiques Michelin c/ Comisión CE. (Michelin II)* As. T-2003/01. § 241. En la Sentencia TPI *Irish Sugar/Comisión*, § 170, el TPI confirmó el criterio de la Comisión que bajo el artículo 82 TCE no distingue el objeto del efecto

<sup>1134</sup> "241. Resulta que, a los fines de la aplicación del artículo 82 CE, la demostración del objeto y del efecto anticompetitivo se confunden. En efecto, si está demostrado que el objeto perseguido por el comportamiento de una empresa en posición dominante es de restringir la competencia, este comportamiento sería igualmente susceptible de tener tal efecto." STPI *Michelin II* citada.

empresa dominante que tiene el objetivo de limitar la competencia usualmente también será vinculable a tener este efecto “establecer el objeto anticompetitivo y el efecto anticompetitivo son una y la misma cosa”. Esta conclusión es, en principio persuasiva. Aunque no responde todas las cuestiones relevantes. Es correcto que el efecto y la intención usualmente estarán estrechamente conectados, pero precisamente al subrayar esta conexión el Tribunal deja sin explicar cuál es la relevancia respectiva del efecto y de la intención en el contexto del control del abuso, y cómo debe establecerse la intención anticompetitiva –si es un requerimiento necesario-. Pero si tenemos en cuenta lo establecido por el TPI, en *Michelin II* y en *British Airways*<sup>1135</sup> en cuanto que el objeto y el efecto son alternativos, y que es suficiente demostrar uno de ellos, de tal forma que el comportamiento tiende a obstaculizar la competencia efectiva y no distorsionada en el mercado común, la trascendencia es el efecto del comportamiento en la competencia.

(ii) El test de la reducción de la competencia.

Aunque en el artículo 82 TCE no contiene el elemento del efecto perjudicial en la competencia, el comportamiento claramente se refiere a aquel que tiene un efecto actual o potencial que distorsiona la competencia.

Siragusa<sup>1136</sup> se pregunta de qué modo se puede acreditar este efecto, plantea que la cuestión sería la intensidad del efecto en la competencia, que es requerido para que la conducta sea considerada abusiva, y considera los supuestos en los que existe una “gran intensidad” o el efecto que resulta en un cambio en la estructura competitiva; y un efecto que no cambia la estructura competitiva, pero que implica un cambio potencial. Un ejemplo del primer grupo, es decir, del cambio en la estructura competitiva de un mercado específico<sup>1137</sup>, es el caso *Zoja-CSC*<sup>1138</sup>, el criterio seguido por el TJCE para

---

<sup>1135</sup> Sentencia TPI *Virgin/British Airways*, § 293. “Por último, BA no puede reprochar a la Comisión no haber demostrado que sus prácticas producían un efecto excluyente. En efecto, por un lado, al objeto de determinar si existe una violación del artículo 82 CE, no es necesario demostrar que el abuso considerado tuvo un efecto concreto en los mercados afectados. Basta a este respecto con demostrar que el comportamiento abusivo de la empresa en posición dominante tiende a restringir la competencia o, en otras palabras, que el comportamiento puede tener tal efecto.” Véase también la STJCE *British Airways c/Comisión y Virgin*, §57y ss.

<sup>1136</sup> Mario Siragusa, ob. Cit.

<sup>1137</sup> El primer criterio general del efecto en la competencia fue elaborado por la Comisión en los casos *Gema* [Decisión de la Comisión CE 20.06.71. *Gema*. DOCE L134. 2-6-1971]. y *Continental Can* Sentencia del TJCE de 21-2-1973. [*Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. / Comisión* As. 6/72. RJ 1973 pp. 0215 – 0253 §26]. Donde *Continental Can* fue particularmente importante, ya que se relacionó a cambios en la estructura del mercado que tuvieron un efecto en la competencia. El TJCE señaló: “Como se puede ver de las letras c) y d) del artículo 86 (2) (actual artículo 82), la norma no sólo está dirigida a prácticas que causan daño a los consumidores directamente, sino

determinar el efecto en la competencia necesario para establecer la naturaleza abusiva de una conducta de una empresa dominante es que cualquier distorsión de la competencia que produzca un cambio en la estructura del mercado como un resultado de la desaparición de un importante participante en el mercado es suficiente para la aplicación de la norma. Un ejemplo del segundo grupo, es decir, el efecto que no cambia la estructura competitiva, pero que implica un cambio potencial, es el caso *United Brands*<sup>1139</sup>, donde la Comisión amplió la aplicación del artículo 82 TCE para incluir el comportamiento de una empresa dominante que tiene un efecto menor en la estructura del mercado, ocasionado por el resultado del comportamiento abusivo sobre las bases de una distorsión de la competencia. El fundamento que el rechazo a continuar suministrando plátanos al distribuidor danés Olesen, constituía un abuso de la posición dominante de UBC, este efecto en la competencia era una distorsión suficiente para constituir un abuso bajo el artículo 82 TCE.<sup>1140</sup>

Siragusa analizó cada comportamiento encuadrado en la lista de abusos contenidos en el artículo 82 TCE, estableciendo si requería como elemento indispensable el efecto real o potencial en la competencia, empezando por los acuerdos de tying previstos en el

---

también en aquellas que van en su detrimento a través de su impacto en la estructura de competencia efectiva tal como es mencionado en el artículo 3 (f) (actual letra g) del Tratado. El abuso ocurrirá entonces si una empresa en una posición dominante refuerza esta posición de tal forma que el grado de dominio alcanzado disminuye sustancialmente la competencia, es decir, que las empresas que sólo permanecen en el mercado son aquellas cuyo comportamiento depende de la dominante” Así, mientras en este caso el Tribunal reconoce que el artículo 86 (actual artículo 82 TCE), así como el 85 (actual artículo 81) se aplican a prácticas que tienen el efecto de distorsionar la competencia, luego considera que el efecto puede ser abusivo si resulta en un reforzamiento de la posición dominante en tal medida que el comportamiento de todas las demás empresas en el mercado dependen de la empresa dominante.

<sup>1138</sup> Sentencia del TJCE de 6-3-1974. *Istituto Chemioterápico Italiano SpA y Commercial Solvents Corporation c/. Comisión de la CE*. Casos juntos 6 y 7/73. RJ 1994 p. 223. El rechazo por CSC y su 51% de la subsidiaria italiana (Istituto) en suministrar a Zoja era abusivo, contrario a los objetivos comunitarios expresados en el artículo 3 g del TCE, la institución de un sistema... y “establecidos en mayor detalle en los arts. 81 y 82 TCE”. El Tribunal aquí estuvo cerca de decir que estaba aplicando el artículo 3 (g) sujeto a los detalles incluidos en el artículo 82 TCE para hacer la aplicación del 3 g posible y establecer algunos límites y pautas. El Tribunal entonces parece por implicación igualar “distorsión” bajo el artículo 3 (g) con “abuso” por una empresa dominante bajo el artículo 82 TCE.

<sup>1139</sup> Decisión de la Comisión CE de 17-12-1975. *United Brands Company* DOCE L95/1. P. 238.

<sup>1140</sup> Sentencia TJCE *United Brands c. Comisión* ya citada : 183. Esta conducta es inconsistente con los objetivos establecidos en el artículo 3 g del Tratado, que están establecidos en detalle en el artículo 82 TCE, especialmente en los párrafos b y c, ya que el rechazo a la venta limita los mercados en perjuicio de los consumidores y constituiría discriminación que al final eliminaría a un socio comercial del mercado relevante.

193. Este curso de conducta constituye entonces una seria interferencia con la independencia de empresas pequeñas y medianas en sus relaciones comerciales con la empresa en posición dominante y esta independencia implica el derecho a dar preferencia a los bienes de los competidores.

201. Además, si el que ocupa una posición dominante, establecida en el mercado común, se dirige a eliminar a un competidor que está también establecido en el mercado común, es inmaterial si este comportamiento se relaciona al comercio entre los estados miembros una vez que se ha demostrado que esta eliminación tendrá repercusiones en el modelo de competencia en el mercado común.

202. Consecuentemente, el rechazo a la venta a un cliente regular que compra con el objeto de revender en otro EEMM tiene influencia en el movimiento normal del comercio y un efecto apreciable en el comercio entre los EEMM.

apartado d) del párrafo 2 del artículo 82 TCE, no requieren ningún efecto en la competencia, ni tampoco requieren ningún otro requerimiento como la deslealtad, o el perjuicio a los consumidores, lo que haría del tying una infracción *per se* del artículo 82 TCE, considerando que la afectación reside en las restricciones a la libertad contractual de terceras partes impuesto por las empresas dominantes normalmente que implican un efecto distorsionador apreciable en la competencia en algún nivel del mercado. En cuanto al rechazo a contratar como tal no está incluido en la lista de los casos de comportamiento abusivo del 82.2. Entonces generalmente un rechazo a contratar por una empresa en posición dominante constituirá un abuso si tiene un efecto actual o potencial en la competencia que satisfaga el criterio general establecido anteriormente. Concluyó que la mayoría de las prácticas descritas arriba incluidos los cuatro ejemplos que enumera el párrafo 2 del artículo 82 TCE, podrían ser consideradas abusivas sobre las bases de su efecto en la competencia bajo el criterio general para la aplicación del artículo. También están incluidos los casos que no están en la lista del 82 TCE, pero son abuso por su efecto en la competencia.

Propone que puede seguirse el mismo criterio de sustancialidad como los utilizados en la aplicación del artículo 81. Así todo acuerdo que tiene un efecto en la competencia lo suficiente sustancial para constituir una violación del artículo 81.1, podría constituir un abuso bajo el artículo 82 TCE si es efectuado por una empresa dominante. En este caso la conducta no podría, en teoría, ser exonerada bajo el 81.3. Plantea que el análisis de los efectos de la conducta abusiva, deberá efectuarse de forma diferente al análisis de los efectos bajo el artículo 81(3), sino mediante un análisis global de la dinámica del mercado y establecer si la empresa en posición de dominio ha afectado al objetivo de la competencia efectiva y no distorsionada en el mercado común, o por el contrario si su comportamiento está objetivamente justificado, considerando las posibles eficiencias que puede perseguir la empresa en posición de dominio al competir sobre los méritos.

#### *f) Un enfoque no-universal*

Gavil<sup>1141</sup> y Marina Lao<sup>1142</sup> observan que debido a que la enseñanza del proceso teórico económico y legal sugiere en gran medida que un estándar unitario e inflexible necesariamente disuade mínimamente o considerablemente, plantean que en lugar de

---

<sup>1141</sup> Andrew I. Gavil. “Exclusionary Distribution Strategies By Dominant Firms: Striking A Better Balance”, en *Antitrust Law Journal*. Vol. 72. 2004, págs 3-81.

<sup>1142</sup> Marina Lao. “Defining Exclusionary Conduct Under Section 2: The Case for Non-Universal Standards” en Fordham Corporate Law Institute. 2006. Editor: Barry Hawk.

buscar un test unitario para definir toda conducta exclusionaria se adopte un enfoque más flexible aa la Sección 2, caracterizado por tres proposiciones:

- 1) la carga de la persuasión permanece en el demandante.
- 2) Pero la producción de la prueba cambia, y
- 3) La distribución de la carga de la prueba del demandante y demandado, varían en función de la naturaleza de la conducta de exclusión cuestionada.

Por ejemplo, en un caso de monopolización el demandante siempre tendrá que alegar y demostrar que el demandado tiene poder de monopolio, y que ha efectuado conducta que ha ocasionado efectos anticompetitivos reales, o que es muy probable de ocasionarlos. Basado en estos requerimientos, simplemente pueden descartarse muchos casos en la etapa de las alegaciones o en la etapa del juicio. Cuando el demandante ha acreditado ambos elementos, la carga de la prueba cambia al demandado en algunas ocasiones y en otras no, y puede trazarse una línea divisoria útil con la ayuda de la economía sustantiva, la teoría de la decisión económica, y el proceso legal.

Los temores de los falso positivos, así como los desafíos administrativos y de remedio, pueden ser más pronunciados cuando la conducta es verdaderamente unilateral en naturaleza y produce beneficios demostrables a corto plazo en los consumidores. Por ejemplo, los precios más bajos sin ninguna complicación, y el desarrollo en calidad, variedad e innovación, el rechazo a contratar simple, aunque sólo en la etapa inicial, e incluso no cuando no esté claro que produzca beneficios a los consumidores en el corto plazo. En estos casos, la ley debe presumir que la conducta es legítima, incluso cuando es emprendida por un monopolista, y aunque resulte en exclusión real o probable. En estos casos, todos los factores parecen indicar que las demandas deben ser desestimadas y que debe estar garantizada la carga de la prueba rigurosa y la carga de fundamentación. Para el precio predatorio, por ejemplo, sería justificable el test del sacrificio más la recuperación.

Pero hay otro grupo de casos donde la implicación por los falso negativos aconseja un enfoque menos permisible. En estos casos debe haber una demostración indudable de la exclusión, así como del daño a los consumidores a corto o largo plazo, o a lo mejor, de un impacto ambiguo. Entonces, la valoración del impacto competitivo ocasionado por la conducta puede resultar difícil desde un punto de vista administrativo, implicando desafíos en cuestiones económicas y de control. Típicamente la conducta no es totalmente unilateral en estos casos. Sino bi o multi lateral y en si misma, compleja en naturaleza. Estos ejemplos incluyen los descuentos de fidelidad, descuentos bundling y

descuentos de cuota de mercado, la conducta de elevación de la capacidad y algunas formas de tying y contratación exclusiva.<sup>1143</sup>

Gavil propone entonces, que al margen de que las empresas dominantes escojan responder a los rivales con estrategias de distribución que excluyen y que son difíciles de evaluar, el derecho antitrust debe ser una herramienta flexible, rápida, y potente para proteger la competencia, especialmente el aquella competencia constituida por la entrada de competidores nuevos y emprendedores. En estas estrategias, pueden resultar difícil de evaluar las consecuencias en el bienestar del consumidor –que, como hemos visto, están diseñadas en su mayor parte para asegurar algún grado de exclusividad –. Como una consecuencia, los tribunales procederán a evaluarlas cuidadosamente. Sin embargo, cuando esté implicada la supervivencia de un competidor, la “cautela” es difícilmente un curso neutral.

Las empresas dominantes son conscientes de esta situación, y por ello, que pueden explotar esta problemática judicial sobre las dificultades en evaluar las estrategias de distribución, confiando que los procedimientos antitrust serán lentos y sus medidas frecuentemente poco efectivas. Entonces, esta problemática judicial beneficiará, compensarán y así fomentará estas estrategias por las empresas dominantes, en lugar de aquellas herramientas simples de competencia que puedan ser rápidamente evaluadas. Entonces, mayores actitudes judiciales indulgentes animarán las empresas dominantes a la adopción de estrategias competitivas ambivalentes, que así desanimarán el incentivo de los nuevos rivales en desafiar a las empresas dominantes implicadas. Sin embargo estas estrategias proporcionarán muy pocos beneficios obvios a la competencia, e implicarán al proceso riesgos sustanciales de daño a largo plazo.

El Informe del Departamento de Justicia norteamericano<sup>1144</sup>, observa que desde el caso *Microsoft*<sup>1145</sup>, existe diseñado un esquema de procedimiento útil, similar al planteado por Gavil: Primero, para condenar una conducta de exclusión, el comportamiento debe tener un ‘efecto anticompetitivo’, que debe dañar el proceso competitivo y así dañar a los consumidores, y el demandante, en quien reside la carga de la prueba, debe demostrar que la conducta del monopolista cumple así el requisito del efecto anticompetitivo. Segundo, si el demandante establece exitosamente un caso prima facie bajo la sección 2 al demostrar el efecto anticompetitivo, entonces el monopolista debe proporcionar una ‘justificación procompetitiva’ para su conducta. Tercero, si la justificación procompetitiva del monopolista es irrefutable, entonces el demandante

---

<sup>1143</sup> A. Gavil, ob. Cit., págs. 74-6

<sup>1144</sup> Pág. 36 del Informe del Departamento de Justicia norteamericano.

<sup>1145</sup> *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F. 3d 34, 58 (D.C. Cir. 2001) (en banc) (per curiam)

debe demostrar que el daño anticompetitivo de la conducta supera el beneficio procompetitivo.

Por su parte, Marina Lao<sup>1146</sup> propone estándares diferentes para diferentes tipos de conducta de exclusión, en la medida que ningún test por si mismo puede ser apropiado para todos los tipos de conducta de exclusión, teniendo en cuenta que todos tienen desventajas que necesariamente pueden sobredisuar la conducta competitiva o infra disuadir la conducta anticompetitiva. Sin embargo, el desafío en considerar un enfoque que utiliza diferentes tests para conductas diferentes es asegurar coherencia y practicidad y minimizar la incertidumbre. Propone ordenar en categorías de conductas de exclusión bien reconocidas y desarrolla diferentes test para éstas que contienen una teoría normativa. Basada en determinados factores relevantes como: lo tolerante o intolerante debe ser una regla antitrust; los falso positivos y falso negativos; los beneficios esperados de un remedio antitrust; y la sobre o sub disuasión. Este enfoque no ha sido seguido por ninguno de los sistemas legales estudiados.

*g) Resumen de las posturas propuestas respecto al criterio para determinar el efecto en la competencia necesario para el establecimiento del abuso.*

De los test mencionados, son de trascendencia para el derecho de competencia comunitario, el test propuesto por Posner de la exclusión del competidor igualmente eficiente,<sup>1147</sup> seguido para los abusos en precios por la Guía de la Comisión, convirtiendo a la regla en más rigurosa, sobre todo para las rebajas y descuentos.

El test del sacrificio también es de trascendencia, pero sobre todo en materia de precios predatorios.

En cuanto al test que eleva los costes de los rivales y conducta discriminatoria, es relevante en materia de los precios, ya que hace aportaciones significativas en demostrar cuál es el daño que ocasiona una empresa en posición de dominio a los rivales como consecuencia de la aplicación de acuerdos de contratación exclusiva, y también en rebajas y descuentos.

El test del modelo de la desproporcionalidad de los efectos en el bienestar del consumidor, aunque ha sido asumido como un test base por el Informe del

---

<sup>1146</sup> Marina Lao, ob. Cit. Pág. 468.

<sup>1147</sup> Duncan Sinclair. "Abuse of Dominance at a Crossroads-Potential Effect, Object and Appreciability Under Article 82 EC". En E.C.L.R. 2004, págs. 491-501.

Departamento de Justicia norteamericano<sup>1148</sup> cuando no sea aplicable un test específico de conducta, sin embargo, como el Departamento ha reconocido, no es fácil de aplicar en algunos casos, en la medida que la propia agencia admitió en su informe en *Trinko*<sup>1149</sup> que aplicar el test puede ser difícil debido a que son innumerables los medios de la exclusión ilícita, como los medios de la competencia legítima. Sin embargo, no ha tenido eco en la jurisprudencia ni la doctrina comunitarias.

Por su parte la Guía de la Comisión<sup>1150</sup> que asume el test del competidor hipotético igualmente eficiente para todos los casos de abusos en precios, y para el resto de comportamientos, no asume un test único como lo hace el caso americano, su interés central es la aniquilación que impide la competencia y que perjudica a los consumidores. La protección de la competencia en el mercado como un medio de fomentar el bienestar del consumidor y de asegurar una distribución eficiente de recursos. Impedir que la conducta de exclusión limite las coacciones competitivas que permanecen sobre la empresa dominante, incluyendo la entrada de los nuevos competidores, y así evitar que el daño a los consumidores. Prohíbe la conducta de exclusión que produce efectos anticompetitivos reales o probables en el mercado y que pueden dañar a los consumidores en una forma directa o indirecta. En función del transcurso del tiempo bajo el que la conducta ya ha estado produciéndose, en general se dará más importancia a los efectos reales. La Guía presume que el daño a compradores intermedios es para generar daño al consumidor final. Además, toma en cuenta el daño a corto, medio y largo plazo, que se origina de la aniquilación.

La Guía para los abusos de no precio, proporciona principios más detallados y tests diseñados para comportamientos específicos. Si en un caso particular se demuestra que no es posible aplicar principios más detallados y tests, por ejemplo debido a un acceso insuficiente a los datos relevantes, la Comisión analiza el caso utilizando los principios generales en vista del interés central antes descrito.

#### *4.2.2. Los efectos de la conducta abusiva pueden producirse en uno o varios mercados: los mercados conexos*

---

<sup>1148</sup> Pág. 46 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano.

<sup>1149</sup> *Verizon Communications Inc. V. Law Offices of Curtis v. Trinko*, LLP, 540 U.S. 398 (2004) (No.02-682)

<sup>1150</sup> §54-56 del Documento de la Comisión.



En los comportamientos abusivos sus efectos se pueden producir en el mismo mercado donde la empresa está en posición de dominio, o en cualquier otro mercado<sup>1151</sup>. Así fue establecido por el TJCE en el caso *ICI-CSC*<sup>1152</sup>, señaló que no se requiere la identidad de los mercados.

El artículo 82 TCE no establece como requisito que el abuso se produzca en el mismo mercado relevante de los productos, ya que la aplicación material de la responsabilidad particular que pesa sobre una empresa que ocupa una posición dominante, debe apreciarse, a la luz de las circunstancias de cada caso, que trasluzcan una situación de competencia debilitada<sup>1153</sup>.

De este modo, el artículo 82 TCE se aplica a supuestos en los que el abuso cometido en el mercado dominado trasciende a otro mercado y a casos en los que el abuso se realiza en un mercado no dominado, con el objeto de reforzar la posición dominante de la empresa en otro mercado<sup>1154</sup>. Es lo que se le denomina la teoría de la monopolización de dos mercados<sup>1155</sup>. Sin embargo, algunos economistas rechazan la teoría de monopolización en dos mercados, es decir, la existencia de mercados conexos o secundarios, y señalan que por definición estos no existen.<sup>1156</sup>

Desde el caso *ICI-CSC*, el TJCE, ha ido precisando los supuestos en que se pueden producir comportamientos abusivos en un mercado que trascienden a otro.

Pueden resultar los siguientes supuestos<sup>1157</sup>: primero, la conducta abusiva se produce en el mercado dominado pero sus efectos repercuten sobre otro mercado distinto donde la empresa no tiene posición dominante; segundo, la conducta en un mercado distinto del dominado repercute sobre este último; tercero, el abuso realizado en un mercado distinto del dominado, repercute en otro mercado distinto del dominado, pero conexo,

---

<sup>1151</sup> P. Vogelenzang, ob.cit. pág. 62. En contra Waelbroeck, quien señala que el TJCE en los casos *Continental Can* y *Hoffmann-La Roché*, ha negado la necesidad de todo nexo causal entre la posición dominante y el abuso y de aquí justifica la falta de necesidad de una relación causal, para luego desarrollar los tipos de conexión de los mercados.

<sup>1152</sup> Sentencia del TJCE de 6-3-1974. *Istituto Chemioterápico Italiano SpA y Commercial Solvents Corporation c/. Comisión de la CE*, ya citada.

<sup>1153</sup> § 113 y 115 de la Sentencia TPI de 6-10-1994 *Tetra Pak II/Comisión*. Asunto T-83/91 RJ. 1994 p. II-755, confirmada por el TJCE.

<sup>1154</sup> Véase también el ¶81 de la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones -- Marco, mercados afectados y principios (97/C 76/06) DOCE C76/9 de 11.3.97. Distingue la misma clasificación de mercados conexos.

<sup>1155</sup> Barry Hawk. *United States Common Market and international antitrust*. 1994. Prentice Hall Law & Business.

<sup>1156</sup> Véase Richard Schmalensee. *Standards for Dominant Firm Conduct: What can Economics Contribute?* en □The Economics of Market Dominance. Editado por Donald Hay y John Vickers. 1987. Nueva York.

<sup>1157</sup> Conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer de 27-6-1996 en la Sentencia TJCE de 14-11-1996. *Tetra Pak International SA./Comisión* As. C-333/94P. RJ 1996 p. I-5951.

donde la aplicación del artículo 82 TCE sólo se justifica en circunstancias excepcionales.<sup>1158</sup>

a) La empresa posee su posición de dominio en el mismo mercado donde se produce el abuso, pero sus efectos se producen en otro mercado. En *Commercial Solvents*, el TJCE consideró que Commercial Solvents se negó a suministrar a Zoja la materia prima (aminobutanol), necesaria para la fabricación de un medicamento, el etambutol, utilizado para combatir la tuberculosis. Commercial Solvents, ostentaba una posición dominante en el mercado de las materias primas requeridas para la fabricación del fármaco en cuestión y su negativa de suministro constituía un abuso en el marco del mercado dominado, cuyos efectos se extendían al mercado de los medicamentos para combatir la tuberculosis, en el que se quería introducir Commercial Solvents, y para cuyo fin, negó el suministro a Zoja.<sup>1159</sup>

Otro ejemplo lo constituye el caso de *Telemarketing*<sup>1160</sup>: CLT, quien era propietaria de la cadena de televisión RTL, cuya publicidad televisiva era explotada en exclusiva por su filial IPB, CLT se negó a suministrar los servicios necesarios a otras empresas de telemarketing, para que desarrollasen su actividad a través de la cadena de televisión RTL. CLT y su subsidiaria IPB, dominaban el mercado de publicidad televisiva en francés dirigida al público belga y su deseo de penetrar en el mercado conexo de telemarketing le llevó a realizar un comportamiento anticompetitivo en el mercado dominado, consistente en la negativa a la difusión de los anuncios de venta por televisión que no utilizaran el número de teléfono de IPB, cuyos efectos se dejaron sentir en la actividad auxiliar de telemarketing, donde CLT e IPB no disponían de posición dominante.

En estos dos asuntos, las empresas que ocupan una posición de dominio en un mercado relevante, realizan prácticas comerciales abusivas en el mercado dominado, con el objeto de reservarse, sin necesidad objetiva, una actividad auxiliar o derivada en un mercado próximo, pero distinto, en el que no ocupan una posición dominante. Los

---

<sup>1158</sup> Véase también Waelbroeck y Frignani, ob. cit. pág. 371-3; Jaume Pellisé Capell. *Mercado Relevante, Posición de Dominio y Otras Cuestiones que Plantean los artículos 82 TCE y 6 LEDC*. Aranzadi 2003. Capítulo V.

<sup>1159</sup> Sentencia del TJCE de 6-3-1974. Istituto Chemioterápico Italiano SpA y Commercial Solvents Corporation c/. Comisión de la CE. Casos juntos 6 y 7/73. RJ 1994 p. 223. ¶ 15.

<sup>1160</sup> Sentencia TJCE de 3-10-85. *Compagnie Luxembourgeoise de télédiffusion S.A. (CLT)*. As. 311/84. RJ 1985 p. 3261 - 3279.

efectos del abuso en este mercado no dominado, se tienen en cuenta para determinar la posible aplicación del artículo 82 TCE.<sup>1161</sup>

Supuestos similares al caso comentado en la jurisprudencia tenemos el caso *Merci Convenzionali Porto di Genova*<sup>1162</sup> y *GB Inno BM*<sup>1163</sup>, en el ámbito de los monopolios. Otro grupo de casos de esta naturaleza lo constituyen *Napier Brown/British Sugar*<sup>1164</sup>; el caso *Irish Sugar*<sup>1165</sup>; el caso *De Post*<sup>1166</sup>. La relación vertical no incrementa las cuotas de mercado directamente pero hacen más fácil discriminar.<sup>1167</sup>

b) El abuso se produce en un mercado en el que la empresa no tiene posición de dominio, con el objeto de reforzar su posición en el mercado dominado. Es el caso inverso al supuesto anterior. El caso *Akzo*<sup>1168</sup>, se encuadra en este ejemplo, con algunos matices. Aquí, se juzgaban los precios predatorios aplicados por *Akzo* a la venta de los peróxidos orgánicos utilizados como aditivos de la harina, con el objeto de debilitar la posición de la empresa ECS en este sector, e impedirle así la entrada en el mercado de

---

<sup>1161</sup> Véase el § 22 de la Sentencia TJCE Commercial Solvents/Comisión: 22.-“Contrario a los argumentos de los apelantes, en efecto, es posible distinguir el mercado en las materias primas necesarias para la fabricación de un producto del mercado en el que el producto es vendido. Un abuso de una posición dominante en el mercado en materias primas tendría así efectos restrictivos a la competencia en el mercado en el que los derivados de la materia prima son vendidos y estos efectos deben ser tomados en cuenta al considerar los efectos de una infracción, incluso si el mercado para los derivados no constituye un mercado en si mismo....”

<sup>1162</sup> Sentencia TJCE 10-12-1991. *Merci Convenzionali Porto di Genova Spa/Siderurgica Gabrielli SpA*. “Puerto de Génova I”. Cuestión Prejudicial C-179/90. RJ p. I5889. § 26, la autoridad del puerto pretendía reservarse los servicios de carga y descarga..

<sup>1163</sup> Sentencia del TJCE de 13-12-1991. *Régie des télégraphes et des téléphones c. GB-Inno-BM SA*. Cuestión Prejudicial C-18/88. § 19: Una empresa ostentando un monopolio en el mercado para el establecimiento y operación de la red, sin ninguna necesidad objetiva, se reserva para si misma un mercado vecino pero separado, en este caso el mercado para la importación, comercialización, conexión, comisión, y mantenimiento del equipo para conexión de la invocada red, eliminando así toda competencia de otras empresas.

<sup>1164</sup> *British Sugar* proveedor de azúcar al por mayor y menor en el mercado británico, intentó reservarse el mercado de la venta al por menor y retirar a *British Sugar* del mercado de venta al por menor mediante una serie de tácticas. Decisión de la Comisión CE de 18-7-1988. *Napier Brown c/ British Sugar*. DOCE L284/41. 19-10-88.

<sup>1165</sup> En el caso *Irish Sugar*, quien también era proveedor de azúcar al por mayor y al por menor, mediante la aplicación de una serie de comportamientos, intentaba reservarse también el mercado del azúcar al detalle, retirando del mercado a un importador de azúcar francés, además, *Irish Sugar* era dominante en ambos mercados y tenía una posición dominante colectiva con el distribuidor de azúcar en Irlanda, SDL. Decisión de la Comisión CE de 14-5-1997. *Irish Sugar Plc*. DOCE L258/1 de 22-9-1997, § 117. Confirmado por la Sentencia TPI 7-10-1999. *Irish Sugar Plc c/. Comisión* As. T-228/97. RJ 1999-II-2969, véase en especial el § 66.

<sup>1166</sup> La agencia de correos belga, dominante en el mercado para la entrega de cartas ‘normales’, abusó de su posición dominante en este mercado con el objeto de eliminar a un competidor en el mercado vecino de los servicios de correo ‘business-to-business’. Decisión de la Comisión de 5-12-2001. *De Post-La Poste*. DOCE L61/32 de 2-3-2002. As. COMP/37.859.

<sup>1167</sup> Véase Valentine Korah *An introductory guide to EC Competition, Law and practice*. Ed. Hart Publishing. Oxford 2.007, pág. 100. Richard Whish “Recent Developments in Community Competition Law. 1998/99”. *E.L.Rev.* June 2.000. 239.

<sup>1168</sup> Decisión de la Comisión CE de 14-12-1985. *Akzo Chemmie Bv, Amersfoort, Pays-Bas*. DOCE L374/1. Sentencia TJCE de 3-7-1991. *Akzo Chemmie BV y Akzo Chemmie UK Ltd c/ Comisión*. Caso C-62/86.RJ 1991

los peróxidos orgánicos destinados a la fabricación de plásticos, donde *Akzo* ostentaba una posición dominante. El TJCE entendió que el mercado de referencia era el de los peróxidos orgánicos en su conjunto, aunque de forma un tanto confusa<sup>1169</sup>, distinguió dos sectores, el de los peróxidos destinados a la fabricación del plástico, y el de los peróxidos utilizados como aditivos para la fabricación de harina. El abuso de precios predatorios de *Akzo* se produjo en este último segmento del mercado relevante, pero con la finalidad de que surtiera sus efectos en el sector de los peróxidos empleados en la elaboración de plásticos, que constituía el ámbito comercial preferente de *Akzo*, en el que no le interesaba que ECS penetrara y accediera a este mercado.

Otro ejemplo, son los casos *British Plasterboard*<sup>1170</sup>, *Virgin/British Airways*<sup>1171</sup>. Con esta jurisprudencia, se extiende el ámbito de aplicación del artículo 82 TCE, que afectará a cualquier comportamiento comercial abusivo que incida en el mercado dominado, con independencia de que se produzca en mercados distintos. En estos supuestos, el nexo entre posición dominante y abuso se debilita, aunque continúa existiendo, ya que, al menos, los efectos del abuso se producen en el mercado dominado.

En todos estos casos, el comportamiento de la empresa dominante pretendía o bien extender su dominio a otro mercado, o bien consolidar mediante acciones en este otro su posición en el mercado que dominaba. Ninguno se refería a un comportamiento de la

---

<sup>1169</sup> Posteriormente, en la sentencia TPI *Tetra Pak II*, se admitió que el mercado de los peróxidos orgánicos eran dos mercados diferentes, uno el de los aditivos de la harina y otro el de los utilizados en la fabricación del plástico.

<sup>1170</sup> La empresa *British Gypsum*, ocupaba una posición dominante en el mercado de las placas de yeso, no obstante, concedía preferencias en el suministro de yeso a los clientes “leales” que se abastecían en exclusiva en esta empresa de sus placas de yeso. Por tanto, la práctica comercial realizada en el mercado del yeso estaba destinada a reforzar la posición dominante de la empresa en el mercado de las placas de yeso, para impedir o dificultar la importación de placas de yeso de otros estados miembros por parte de sus competidores *Iberian U.K.* y *Lafarge*. Por tanto, la práctica comercial realizada en el mercado del yeso estaba destinada a reforzar la posición dominante de la empresa en el mercado de las placas de yeso. Sentencia TJCE 6-4-1995. *BPB Industries Plc y British Gypsum Ltd.* Asunto C-310/93P. RJ 1995 P. I-0865.

A diferencia del caso *Akzo*, en el cual *Akzo* estaba presente en el amplio mercado de referencia definido como el de los peróxidos orgánicos, donde se distinguían dos sectores diferentes peróxidos orgánicos, en este segundo supuesto, los clientes de *British Gypsum*, víctimas de las prácticas, estaban presentes al mismo tiempo en el mercado del yeso y en el de las placas de yeso § 73 de la Sentencia TPI de 1-4-1993. *British Plasterboard Plc. /Comisión.* Caso. T-65/89. RJ 1993p. II-0389

La Decisión sólo definió el mercado relevante como el de las placas de yeso, donde *British Gypsum* era dominante, sin que ello fuera óbice para considerar el abuso con efectos en el mercado dominado. § 143-146 de la Decisión de la Comisión CE 5-12-1988. *British Plasterboard Plc.* DOCE L052/42.

<sup>1171</sup> BA era dominante en el mercado para suministrar servicios a las agencias de viajes; su abuso en este mercado fue considerado de tener efectos en el mercado vecino para el transporte aéreo Decisión de la Comisión CE de 14-7-1999. *Virgin/British Airways.* DOCE L030 de 04-02-2000 p. 1-24. Sentencia del TPI de 17-12-2003, As. T-219/99 *British Airways Plc. c/. Comisión CE y Virgin Atlantic Airways Ltd.* RJ 2004.

empresa dominante en un mercado no dominado y que no pretendiera extender o consolidar la posición dominante existente.

c) El abuso se produce en un mercado diferente, pero vinculado y conexo con el mercado en donde la empresa se encuentra en posición de dominio. El caso *Tetra Pak II*<sup>1172</sup> es un claro ejemplo de este tipo, en el que el TPI, estableció, con anuencia del TJCE, que las prácticas comerciales de *Tetra Pak*, en los mercados no asépticos, donde se estableció que ésta no era dominante, constituían una violación de la responsabilidad particular que pesaba sobre esta empresa, en virtud de la prohibición del artículo 82 TCE, por su situación de preeminencia en los mercados no asépticos y por la estrecha conexión existente entre éstos y los mercados asépticos, en los que *Tetra Pak* ocupaba una posición dominante. La posición dominante y el abuso se producen en mercados relevantes distintos, pero en los que hay conexiones entre los mercados asépticos y los mercados no asépticos, que constituye un nexo suficiente para mantener la vinculación exigida, según la apreciación del TPI, considerando la concepción objetiva del abuso establecidas en los casos *Continental Can*<sup>1173</sup> y *Hoffmann-La Roché*<sup>1174</sup>.

El criterio de la conexión estrecha entre dos mercados constituye el supuesto límite de flexibilidad de la unidad del mercado dominado y del mercado afectado por el abuso. Este criterio no está demasiado alejado de los efectos del abuso que el TJCE ha tenido en cuenta en los casos de los supuestos segundo y tercero, examinados, ya que, cuanto mayor sea la vinculación entre dos mercados, con más intensidad se dejarán sentir en uno de ellos los efectos de un abuso cometido en el otro mercado.

Sin embargo, Waelbroeck<sup>1175</sup> critica que se haya considerado el abuso de posición dominante cometido en un mercado diferente del mercado dominado, y se muestra en desacuerdo respecto que a juicio del TPI, “la aplicación del artículo 82 TCE a los

---

<sup>1172</sup> Decisión de la Comisión CE de 24-7-1991. *Tetra Pak II*. DOCE L72/1 de 18.3.92 Sentencia TPI de 6-10-1994 *Tetra Pak II/Comisión*. Asunto T-83/91 RJ. 1994 p. II-755. Sentencia TJCE de 14-11-1996. *Tetra Pak International SA./Comisión* As. C-333/94P. RJ 1996 p. I-5951.

<sup>1173</sup> § 27 de la Sentencia TJCE *Continental Can/Comisión* ya citada.

<sup>1174</sup> § 91 de la Sentencia TJCE *Hoffmann-La Roché/Comisión* ya citada.

<sup>1175</sup> Waelbroeck y Frignani, ob. cit. pág. 373-4. Sin embargo, en la doctrina encontramos que Siragusa ya adelantó que un caso de abuso de tying, como el que se produjo en el caso *Tetra Pak II*, podía suceder que el ítem d) también cubriría caos en que no hay propósito o efecto de expandir el poder de mercado de la empresa dominante. Si una empresa dominante impone a los compradores de sus productos (tying product) la compra de un producto de una empresa independiente (producto tied de una tercera empresa), el ítem d) todavía se aplicaría. Por supuesto en estas circunstancias, el artículo 81 también se aplicaría, pero esto no excluye que la práctica pueda además ser considerada un abuso respecto a la empresa dominante. M. Siragusa. “Application of article 86: tying arrangements, refusals to deal, discrimination and other cases of abuse”. en Van Damme. “*Le réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire.*” Bruges de Tempel. Tempehoff. 1977. Pág. 399 y ss. en 408.

mercados no asépticos no está supeditada a la prueba de la existencia de interfinanciaciones entre los dos sectores”<sup>1176</sup> Observa que si *Tetra Pak* no ostentaba una posición dominante en los mercados no asépticos, entonces, tenía la misma libertad de acción que una empresa no dominante, y entonces, que la norma del artículo 82 TCE no debería permitir su aplicación en mercados “conexos”, aunque la empresa tuviera una posición de fuerza (que no dominante” en esos mercados.). Critica además el carácter mal definido del concepto de mercado “conexo”, el razonamiento que critica se tropieza con la objeción de que sólo cuando una empresa tiene la posibilidad de utilizar su poder en un mercado que domina con el objeto de establecer ventajas en otro se halla justificado considerar su comportamiento en este otro mercado como abuso de posición dominante.

Sin duda, *Tetra Pak II* es el caso extremo de un mercado conexo, no existe ningún otro caso en la jurisprudencia, el TJCE al resolver el caso, dijo que la aplicación del artículo 82 TCE a un comportamiento en un mercado distinto del mercado dominado sólo podrá justificarse en presencia de circunstancias especiales, que en *Tetra Pak II*, consideró que se daban, demostrando que la empresa de que se trata goza de una libertad de acción que no tienen sus competidores en este mercado distinto.<sup>1177</sup>

Entonces, tratándose de mercados estrechamente vinculados o conectados, su aplicación se hará caso por caso, y no parece previsible la existencia de muchos casos encuadrables en el mismo<sup>1178</sup>. Levy<sup>1179</sup> propone que debería tenerse en cuenta las siguientes circunstancias: la estructura de la oferta y de la demanda de los mercados, las características de los productos, el recurso de la empresa dominante a su poder en el mercado dominado para penetrar en el mercado conexo; la cuota de mercado de la empresa dominante en el mercado no dominado y la amplitud del control del mercado dominado por la empresa en cuestión.

## **5. Tipos de abuso anticompetitivo.**

Los abusos pueden tener efectos a nivel horizontal, entre competidores, y a nivel vertical, teniendo como punto de referencia la empresa en posición de dominio, en el nivel vertical puede tener efectos hacia arriba, por ejemplo al nivel de fabricantes o

---

<sup>1176</sup> § 186 de la Sentencia TPI *Tetra Pak II*/Comisión ya citada.

<sup>1177</sup> *Ibidem* § 27 a 32 .

<sup>1178</sup> *Ibidem* § 27 .

<sup>1179</sup> Nicholas Levy. *Tetra Pak II: Stretching the Limits of Article 86?*. E.C.L.R. 2. 1996. PP.109.

proveedores, o hacia abajo, por ejemplo, en la cadena de mayoristas, distribuidores, detallistas, etc.

Partiendo de ello, la lista de comportamientos abusivos es una lista abierta. Se pueden clasificar los abusos dependiendo de sus efectos en el ámbito del mercado en las siguientes categorías:<sup>1180</sup>

## ***5.1 Abusos en precio y no precio***

### *5.1.1 Abusos en precio*

La Comisión señala que es evidente que pueden conseguirse efectos de aniquilación a través del precio. Por ejemplo, comportamientos caracterizados por los precios altos para dos productos que se venden por separado en comparación a los precios que se venderían en paquete, pueden “vincular” estos dos productos juntos, tan efectivamente como un tying contractual<sup>1181</sup>. Las rebajas considerables concedidas en la condición de que incluyan productos de una única marca pueden tener el mismo efecto que un contrato de suministro exclusivo<sup>1182</sup>. Colocar un precio alto para un producto o combinar un precio alto en el nivel vertical hacia arriba con un precio bajo en el nivel vertical hacia abajo constituiría a un rechazo al suministro ‘constructivo’.<sup>1183</sup> También lo sería la venta a precios irracionalmente bajos, o precios predatorios<sup>1184</sup>.

Un comportamiento particular, que equivale a una la terminación del suministro, es un precio “de ahorcamiento”. Puede ocurrir cuando el dueño del insumo hacia arriba está integrado hacia abajo y así está compitiendo con compradores reales o potenciales del insumo. Y el margen entre el precio del insumo de arriba fijado por el dueño del insumo es insuficiente para permitir a un competidor en obtener un beneficio normal. El umbral típico para un competidor razonablemente eficiente es el del dueño del insumo integrado. Un ahorcamiento del margen podría ser acreditado entonces mediante la demostración que el dueño del insumo en sus propias operaciones hacia abajo no podría comercializar rentablemente sobre las bases del precio hacia arriba

---

<sup>1180</sup> Faull y Nikpay, ob. Cit. § 3.137 y ss.

<sup>1181</sup> Véase §46 y ss. De la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva, Véase también §177 y ss. La Comisión desarrolla el abuso de ‘Tying y Bundling’.

<sup>1182</sup> Véase §31 y ss. De la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva bajo el epígrafe “La compra exclusiva”, véase también §148 y ss. del Documento, la Comisión denomina el apartado como las ‘Obligaciones de Marca Única y Rebajas’

<sup>1183</sup> En el § 74 y ss. de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva desarrolla el Rechazo al Suministro, véase también § 207 y ss. Del Documento de la Comisión.

<sup>1184</sup> Véase § 63 y ss de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva, bajo el epígrafe ‘Predación’, así como el § 93 y ss. Del Documento de la Comisión.

fijado a sus competidores por su unidad operativa hacia arriba<sup>1185</sup>. Este comportamiento en los precios ha sido recientemente atribuido a Telefónica.<sup>1186</sup>

### *5.1.2. Abusos no basados en el precio.*

Entre los ejemplos de abusos de exclusión no basados en el precio<sup>1187</sup> se encuentran el tying contractual<sup>1188</sup>, la compra exclusiva<sup>1189</sup> y los rechazos al suministro<sup>1190</sup>.

Para este tipo de comportamientos, la Comisión desarrolla el análisis de los factores generales, así como el análisis de factores más específicos que describe para cada conducta concreta de exclusión, y cualquier otros factores que considere apropiados.<sup>1191</sup>

Sin embargo el Departamento de Justicia Norteamericano no es de la misma postura, ya que si bien, observa que el Departamento continuará trabajando en desarrollar tests específicos de conducta y puertos seguros. Sin embargo, en general, el Departamento cree que cuando un test específico de conducta no le es aplicable el test de la desproporcionalidad es probable de ser en la actualidad el test más apropiado para evaluar la conducta bajo la Sección 2.<sup>1192</sup>

### *5.2. Los ejemplos contenidos en la lista del artículo 82 TCE con efectos anticompetitivos.*

La referencia a algunos de los comportamientos de la lista del artículo 82 TCE fueron efectuados por la Comisión en su Documento, sin embargo, la Guía de la Comisión, analiza los comportamientos concretos sin referirse a la lista.

Bajo el apartado a) los precios deslealmente bajos, tienen efectos de exclusión, y por tanto, es un abuso con efectos anticompetitivos<sup>1193</sup>; en el ejemplo b), el abuso de

---

<sup>1185</sup> Véase el §220 del Documento de la Comisión.

<sup>1186</sup> Comunicado de Prensa IP/07/1011 fecha: 04/07/2007 La Comisión multa a Telefónica con más de 151 millones de euros por más de cinco años de precios no equitativos en el mercado español de banda ancha. Decisión de la Comisión de 4 de julio de 2007 N° COMP/38784 *Wanadoo España/Telefónica*. Decisión recurrida ante el TPI As. T-336/07

<sup>1187</sup> §61 del Documento de la Comisión.

<sup>1188</sup> § 50 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva, véase también el § 177 y ss. Del Documento de la Comisión

<sup>1189</sup> §32 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva. Véase también § 134 y ss. Del Documento de la Comisión

<sup>1190</sup> §74 y ss. De la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva, véase también §207 y ss. Del Documento de la Comisión

<sup>1191</sup> §20 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

<sup>1192</sup> Página 46 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano citado.

<sup>1193</sup> Véase por ejemplo, los siguientes casos: Sentencia TJCE ECS/*Akzo*/Comisión, ya citada, § 101 y ss; Sentencia TPI de 6-10-1994 *Tetra Pak II/Comisión*. Asunto T-83/91 RJ. 1994 p. II-755, § 152. Decisión de la Comisión de 16 de julio de 2003, Asunto COMP/38.233 *Wanadoo Interactive*. Sentencia TPI de



limitación de la producción, los mercados o el desarrollo técnico, puede tener un efecto en la competencia cuando los mercados son diferentes de aquellos controlados por la empresa en posición de dominio<sup>1194</sup>: así los casos donde la empresa en posición de dominio se reserva un mercado auxiliar que puede ser desarrollado por otras empresas, o aquellos comportamientos que tienen el efecto de compartimentar el mercado común<sup>1195</sup> también puede tener un efecto en la competencia; el ejemplo del apartado c) la discriminación tiene efectos anticompetitivos en la medida que distorsiona la competencia y produce discriminación entre los clientes de la empresa dominante, así, los descuentos de fidelidad, o los descuentos por objetivos, son discriminatorios y anticompetitivos porque hacen más difícil a los pequeños rivales competir con la empresa en posición de dominio<sup>1196</sup>.

---

30-01-2007 *France Télécom c. Comisión CE* [2007] E.C.R. II-107. Recurrida ante el TJCE Caso C-202/07-P

<sup>1194</sup> M. Siragusa, *ibidem* pág. 427. V. Korah, “*Interpretation...*” *ob. cit.* pág. 796.

<sup>1195</sup> Véase por ejemplo: la Sentencia TJCE *United Brands/Comisión* ya citada, § 159: el efecto comentado se produjo cuando *United Brands*, prohibió la re venta de plátanos verdes a sus distribuidores-maduradores; en la Decisión de la Comisión CE de 22-12-1987. *Eurofix-Bauco contra Hilti*. DOCE L65/19 11.03.1988, cuando *Hilti* indujo a un distribuidor neerlandés a parar el suministro de cartucheras, derivado del ataque de fabricantes independientes de grapas en el Reino Unido. Esta acción cerró esa fuente de suministro a los usuarios y además tuvo el efecto de dividir el mercado común. El objetivo era impedir que los fabricantes independientes de grapas pudiesen obtener abastecimiento de cartucheras que eran necesarias para entrar en el mercado a la vista del comportamiento abusivo de *Hilti*. En la Sentencia TPI *Irish Sugar/Comisión* ya citada, § 173, el TPI, ratificó el fundamento de la Comisión respecto a que la aplicación de los descuentos fronterizos por *Irish Sugar*, tenían naturaleza discriminatoria y resultaban en el efecto de división de mercados y exclusión de competidores. En la Decisión de la Comisión CE 1-4-1992. *Asociación De Armadores Daneses y el gobierno de Dinamarca*. DOCE L134/1. 18-5-92, la Comisión estimó que constituía un abuso el rechazo a hacer negocios con la competencia, implicaba eliminar de forma efectiva toda la competencia por parte de las compañías que operaban al margen del comité, y tenía el efecto de limitar la oferta de los servicios de línea propuestos por los cargadores, y con ello ocasionaba la división de mercados prohibido por el artículo 82.2.b). En la Sentencia TPI de 17-09-2007, As. 201/2004. *Microsoft y otros c. Comisión y otros*, el TPI diseñó el rechazo a otorgar la licencia de propiedad intelectual puede ser abusiva cuando la empresa dominante siendo activa en un mercado hacia abajo, donde puede ser utilizado el insumo protegido por la propiedad intelectual; cuando el insumo es esencial para que los rivales compitan en este mercado; y cuando el competidor que busca el insumo pueda suministrar una necesidad del consumidor que no está satisfecha. El TPI estableció que respecto al segundo y tercer elementos de este test, en lo que se refiere a lo “esencial”, estableció que no era necesario demostrar que el rechazo en suministrar el insumo eliminaría toda la competencia en el mercado hacia abajo. Era suficiente que el rechazo eliminaría a la competencia efectiva en este mercado. Con respecto a la necesidad del consumidor que no está satisfecha, el TPI estableció que este requerimiento necesario para ser leído como una aplicación de la regla general del artículo 82 (b) que una “limitación del progreso técnico” por una empresa dominante constituye un abuso. El TPI asumió el fundamento de la Comisión que el efecto acumulado en el tiempo del rechazo por Microsoft en proporcionar la información para la interoperabilidad había limitado el progreso técnico en la totalidad del rango de productos en el mercado del servidor. Véase también la multa impuesta por la Comisión a AstraZeneca por incurrir en dos categorías de comportamientos abusivos que en el fondo tenían el objeto de bloquear el acceso de un producto competidor, y compartimentar el mercado común. Nota de Prensa IP/05/737. de 15-06-2005. “La Comisión multa a AstraZeneca por 60 millones de euros por el mal uso del sistema de patentes para retrasar la entrada al mercado de drogas genéricas”

<sup>1196</sup> Son innumerables los casos de discriminación con efectos anticompetitivos, véase por ejemplo, en materia de precios, los siguientes casos: Sentencia TJCE *Hoffmann-La Roché/Comisión*, § 97 - 100; Sentencia TJCE de 9-11-1983. *Caso NV Nederlandsche Baden Industrie Michelin v. Comisión de la CE*. Causa 322/81. RJ 1983 p. 3461 y ss. § 72. Sentencia TPI 7-10-1999. *Irish Sugar Plc c/ Comisión* As. T-228/97. RJ 1999-II-2969. § 125, Decisión de la Comisión de 25-7-2001 *Deutsche Post AG*.

Bajo los acuerdos de tying o bundling, establecida en el apartado d) que se produce cuando una empresa impone a sus clientes la compra de otro de sus productos, tiene el efecto de aniquilar a los competidores en el nivel de los fabricantes del producto vinculado<sup>1197</sup>. Las prácticas de precio que tienen un efecto de tying también han sido condenadas, como rebajas por todo el rango o rebajas tying<sup>1198</sup> o rebajas por paquete o bundling.

### **5.3. Los abusos anticompetitivos de compartimentación del mercado y discriminación de precios indirecta.**

En derecho comunitario, la integración del mercado ha sido elevada en los casos comunitarios sobre competencia a un fin en si mismo<sup>1199</sup>. Se ha criticado que este objetivo es perseguido en una forma mecánica, incluso cuando ello conduzca a reducir la competencia y retrase la propia integración del mercado<sup>1200</sup>.

Sin embargo, es importante considerar que la constitución del mercado común entre los estados miembros permitiría a las empresas europeas competir a nivel transnacional bajo condiciones iguales. El nivel resultante de competencia ha sido entonces considerado esencial para el esfuerzo general de incrementar la competitividad y por último la prosperidad económica. El rol central que fue concebido para la integración en el TCE lógicamente determinó el significado de las normas sobre competencia en el

---

2001/892/CE. DOCE L 331/40 de 15-12-2001, § 33-34; Decisión de la Comisión CE de 14-7-1999. *Virgin/British Airways*. DOCE L030 de 04-02-2000 p. 1-24.

Sentencia del TPI de 17-12-2003, As. T-219/99 *British Airways Plc. c/. Comisión CE y Virgin Atlantic Airways Ltd.* RJ 2004. Sentencia TJCE (Sala Tercera) de 15 de marzo de 2007. As. C-95/04 P. Conclusiones del Abogado General Kokott, presentadas en audiencia pública el 23 de febrero de 2006. El TJCE consideró las circunstancias donde el tratamiento desigual conduciría a una “desventaja competitiva” para el socio comercial desfavorecido, estableciendo que una desventaja competitiva podría estar implicada donde el tratamiento diferente era significativo y el mercado donde ocurrió la discriminación era altamente competitivo, en este caso, el mercado británico de las agencias de viajes. Véase también §43 y ss. De la Sentencia Del Tribunal De Justicia (Sala Cuarta) de 11 de diciembre de 2008 Cuestión Prejudicial C-52/07, *Kanal 5Ltd, TV 4 AB y Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) u.p.a.*,

<sup>1197</sup> Por ejemplo, el sistema de venta asociada de *Tetra Pak*, limitaba el acceso al mercado de otros fabricantes de envases Sentencia TPI de 6-10-1994 *Tetra Pak II/Comisión*. Asunto T-83/91 RJ. 1994 p. II-755, § 137; el sistema de venta asociada de Hiti, limitaba el acceso al mercado de fabricantes de grapas compatibles con las pistolas grapadoras fabricadas por *Hilti*. Sentencia del TPI de 12-12-1991. *Hilti c/. Comisión*. As. T-30/89. RJ 1991 p. II-1439. La venta de Windows media player junto con el sistema operativo del ordenador personal de Windows, en el caso *Microsoft* ya citado. El TPI ha confirmado el fundamento de la Comisión de tratarse de dos productos separados, porque había una demanda distinta para Windows media player que podría ser asumida por terceros. El Tribunal rechazó el argumento que la Comisión necesitó demostrar que el bundling había permitido un daño directo al consumidor.

<sup>1198</sup> *Ibidem*.

<sup>1199</sup> Sentencia TJCE *Consten & Grundig c. Comisión*. Asuntos 56 y 58/64, Rec. 1966.

<sup>1200</sup> Véase Valentine Korah. “An introductory guide to EC Competition, Law and practice”. Ed. Sweet and Maxwell. Oxford 2007. pp. 4 –5.

Tratado.<sup>1201</sup> El objetivo de la integración en derecho de la competencia implica que la creación de las diferencias de trato en los precios u otras condiciones, en el mercado interno, las autoridades comunitarias se muestren inflexibles ante las discriminaciones geográficas.

Los abusos que analizamos aquí, son los que tienen efectos anticompetitivos, encontramos en la jurisprudencia dos modalidades:

A.-) El abuso anticompetitivo que restringe el comercio paralelo, produciendo los efectos de la compartimentación del mercado y el efecto de discriminación. El efecto de compartimentación del mercado, se produce entre las empresas perjudicadas por el efecto de exclusión de la empresa en posición de dominio, así por ejemplo, una empresa fija condiciones de exclusividad a sus clientes por sí mismas o a cambio de una ventaja financiera, tiene el efecto que debido a estas ventajas económicas, no puede optar por abastecerse de otra empresa en otro estado miembro, esto supone una clara limitación de las exportaciones de los productos y por otro lado, las empresas de otros países, no pueden beneficiarse de los descuentos concedidos a los clientes aventajados, tiene entonces por resultado dificultar las importaciones paralelas y compartimentar el mercado.<sup>1202</sup> Este efecto de compartimentación del mercado, ha sido considerado por el TJCE que puede presentarse también con efectos de discriminación, por ejemplo, en *United Brands*<sup>1203</sup>, y recientemente el caso *Clearstream Banking*<sup>1204</sup>

---

1201 Las normas de competencia fueron formuladas amplia y vagamente y los estados signatarios pactaron la inclusión de las normas de competencia en el Tratado sin que tuvieran en mente respecto al estatus exacto de las normas más allá de su rol en el proceso de integración del mercado. Rein Wessling "The Commission White Paper on Modernisation of E.C. Antitrust Law: Unspoken Consequences and Incomplete Treatment of Alternative Options". *E.C.L.R.* 1999. Pp.10

<sup>1202</sup> Véase § 242-246 de la Decisión de la Comisión de 20 de junio de 2001. *Michelin*. N°36.041 (2002/405/CE). DOCE L143/1 de 31.5.2002.

<sup>1203</sup> Donde los clientes que adquirirían sus mercancías en los puertos de Rotterdam o Bremerhaven, *United Brands* les había fijado, sin justificación objetiva, precios de venta que diferían apreciablemente, de acuerdo al Estado Miembro al que cada cliente pertenecía, no obstante, los clientes esperaban obtener sus compras de plátanos "Chiquita" al mismo precio de venta, por lo que calificó a este comportamiento de abuso en virtud del artículo 82, apartado c). El TJCE pareció aceptar el razonamiento de la Comisión, que el distribuidor-madurador, adquiriendo en países de precios altos habría estado en una desventaja competitiva vis-à-vis de aquellos países de precio bajo, en la ausencia de impedimentos a la exportación. El Tribunal señaló: "Así, se ha creado una partición rígida de los mercados nacionales en los niveles de precio, que fueron artificialmente diferentes, colocando a ciertos distribuidores/maduradores en una desventaja competitiva, comparados con lo que debió haber sido la competencia, ha sido, entonces distorsionada" (§ 233 de la Sentencia TJCE *United Brands*/Comisión. Ya citada).

<sup>1204</sup> Recientemente la Comisión ha condenado un caso de discriminación en el precio en el caso Decisión de la Comisión CE de 2-6-2004. *Clearstream Banking AG y Clearstream International S.A. c/ Euroclear Bank S.A.*. Asunto 38096, donde la Comisión concluyó que entre enero de 1997 y enero de 2002, Clearstream, fijó un precio más alto por precio de transacción para servicios equivalentes de liquidación y cierre, a Euroclear Bank que a otros depositarios de valores fuera de Alemania. La Comisión examinó en detalle el contenido de los servicios y los costes de proporcionarlos con el objeto de establecer si la diferencia en el precio podía estar justificada y concluida, que no lo fue.)

En cuanto al hecho que la discriminación requiere siempre un efecto anticompetitivo<sup>1205</sup>, hay otros autores que analizan este comportamiento como abuso con efectos de explotación<sup>1206</sup>.

El Tribunal señaló que una empresa dominante sólo puede establecer “lo que el mercado pueda soportar” en el entendido que cumple con las normas para la regulación y coordinación del mercado establecidas por el Tratado. Sostuvo que la interacción entre la oferta y la demanda debe ser tomada en consideración por un vendedor dominante al determinar el precio de venta sólo en la etapa donde esté realmente manifiesto y que *United Brands*, en esto, no soportó el riesgo del consumidor del mercado local, entonces necesita tomar en consideración las diferencias existentes en los mercados locales, sólo en una medida limitada.<sup>1207</sup> El Tribunal señaló además que tal política constituía un obstáculo al libre movimiento de mercancías<sup>1208</sup> y su efecto fue intensificado por la cláusula prohibiendo la reventa de plátanos en estado verde y la reducción de los pedidos ordenados por los usuarios.

Así, los efectos generados por la práctica abusiva, fue la partición rígida de los mercados nacionales por las diferencias artificiales de precio, colocando a ciertos distribuidores/maduradores, clientes de *United Brands*, en una desventaja competitiva, comparados con lo que debería haber existido, la competencia se había falseado.

El rechazo al suministro como una técnica para dividir mercados puede constituir un

---

<sup>1205</sup> El TJCE, en el caso *Continental Can*, cuando señala que “tal como se desprende de las letras c) y d) del § 2, esta disposición no contempla solamente las prácticas susceptibles de causar un perjuicio inmediato a los consumidores, sino igualmente las que les causan perjuicio al atentar contra una estructura de competencia efectiva, tal como es mencionada en el artículo 3 letra f) (actual g) del Tratado”, establece que interpretando el artículo 82 TCE, a la luz del sistema del Tratado y de las finalidades que le son propias, los ejemplos de los §§ c) y d) tienen efectos anticompetitivos. Sentencia del TJCE de 21-2-1973. *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. / Comisión* As. 6/72. RJ 1973 pp. 0215 – 0253. Braun-Gleiss-Hirsch. *Droit des Ententes de la CEE* 1.977. Titre III. Article 86 L’abus de Position Dominante. Pág. 344. Siragusa, ob. cit. pág. 423. señala además que el § c) del artículo 82 TCE no puede ser aplicado a transacciones con los consumidores finales, cuya actividad económica no esté relacionada al producto implicado en la transacción, estos consumidores finales no pueden ser considerados partes contratantes que pueden ser colocados en una desventaja competitiva, es decir que el § c) del artículo 82 TCE, sólo puede ser un comportamiento con efectos anticompetitivos, ya que cuando los consumidores finales están afectados, en este caso, la norma del § a) en el artículo 82.2., que no requiere un efecto en la competencia, parece ofrecer la posibilidad de un fundamento de abuso, cuando las condiciones aplicadas a un consumidor son diferentes de aquellas generalmente aplicadas, sería considerado “desleal” dentro del significado del § a). Este principio podría, por supuesto aplicarse tanto respecto de partes contratantes establecidas en el § c) y de consumidores finales.

<sup>1206</sup> Valentine Korah. *An introductory guide to EC Competition, Law and practice*. Ed. Hart Publishing. Oxford 2.007. pág. 134. Faull y Nikpay, ob. cit. pág. 196-198.

<sup>1207</sup> ¶229-233 de la Sentencia TJCE *United Brands/Comisión*.

<sup>1208</sup> Fox observa que los precios discriminatorios en realidad no son un obstáculo al libre movimiento. Por el contrario, si no hay barreras, los precios discriminatorios inducirían el movimiento. Los precios más bajos de los plátanos fluirían en los Estados Miembros hacia los que hay precios más altos. Eleanor Fox. *Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity, and Fairness*. Notre Dame Law Review. N1 61. Año 1986 pp.1005.

abuso.<sup>1209</sup>

En *Irish Sugar*,<sup>1210</sup> la Comisión, calificó una serie de abusos que tenían por objeto proteger el mercado irlandés del azúcar, de las importaciones, entre los que se encontraba la discriminación geográfica.<sup>1211</sup>

---

<sup>1209</sup> Decisión de la Comisión CE de 2.7.1984. *British Leyland*. DOCE L207/11 02.08.1984 . Sentencia de 11-11-1986. *British Leyland Limited Company c/. Comisión de la C.E.* Causa 226/84. RJ 1986 p. 3263.

<sup>1210</sup> El Artículo 1 de la Decisión señala: *Irish Sugar Plc* ha infringido el artículo 86 del TCE al haber recurrido, como parte de una estrategia duradera y global de protección de su posición dominante en el mercado del azúcar en Irlanda, a métodos diferentes de aquellos que configuran la competencia normal por lo que respecta a los productos y servicios basados en el rendimiento comercial, y que han tenido por efecto obstaculizar el mantenimiento del grado de competencia existente en el mercado o el crecimiento de la competencia. A tal efecto, *Irish Sugar* (y/o Sugar Distributors Limited en el período anterior a febrero de 1990), incurrieron en las prácticas abusivas en el mercado irlandés del azúcar granulado al detalle e industrial en Irlanda que se describen a continuación:

1) En el período comprendido entre 1986 y 1988, concesión de un descuento especial a determinados minoristas establecidos en la zona fronteriza con Irlanda del Norte (descuento fronterizo) e imposición selectiva de precios inferiores a algunos clientes de un importador de azúcar francés; [lo resaltado fue anulado por la Sentencia del TPI]

2) en 1988, acuerdo con un mayorista y un minorista para cambiar el azúcar al detalle competidor, es decir, los paquetes de azúcar de 1 kg “Eurolux” de la Compagnie Française de Sucrerie, por el suyo propio;

3) en 1988, aplicación de un descuento de fidelidad a los clientes potenciales, es decir, un descuento supeditado a la adquisición a *Irish Sugar*, por parte de los clientes, de la totalidad o de gran parte del azúcar al detalle necesario;

4) hasta 1985 (como mínimo), aplicación de un sistema de “descuentos a la exportación de azúcar”, es decir, concesión de descuentos sobre el azúcar exportado en forma elaborada a otros Estados miembros, que discriminaba a los clientes de azúcar industrial que abastecían el mercado nacional irlandés;

5) a partir de 1993, aplicación de una discriminación de precios frente a los envasadores de azúcar competidores que compraban o compran el azúcar industrial a *Irish Sugar*;

6) a partir de 1993, aplicación de una estrategia que afecta negativamente a la posición competitiva de otros envasadores de azúcar irlandeses en el mercado del azúcar al detalle, en particular:

i) mediante la concesión de descuentos a grupos mayoristas en Irlanda durante períodos concretos del año 1994 que se supeditaban al incremento de sus compras a *Irish Sugar* de azúcar al detalle y que tenían por efecto su vinculación a la empresa en detrimento de los envasadores de azúcar competidores;

ii) mediante la concesión de descuentos selectivos a determinados clientes de los envasadores de azúcar competidores durante el mes de diciembre de 1994 y febrero de 1995, que se supeditaban al incremento de sus compras de azúcar al detalle a *Irish Sugar*.

<sup>1211</sup> Entre los comportamientos abusivos, la Comisión condenó a *Irish Sugar*, por la aplicación de los descuentos a la exportación, los “DFP”, que también fueron considerados abusivos por ser discriminatorios. La Comisión, reiteró el fundamento establecido en el caso *United Brands*, que a la hora de evaluar si ha existido discriminación hay que tener en cuenta la interacción de la oferta y la demanda entre el proveedor y el comprador inicial, y no en el mercado en que opera el comprador. Los envasadores de azúcar adquirirían exactamente el mismo producto, azúcar industrial y a granel de *Irish Sugar*, al igual que los demás usuarios y en las mismas condiciones de venta y entrega.

Además, del sistema de descuentos a la exportación aplicados por *Irish Sugar*, la Comisión, observó que tenían el efecto adicional de colocar a los envasadores de azúcar en una situación de desigualdad frente a *Irish Sugar* a nivel de la reventa, así se dan algunos de los elementos de disparidad vertical que existían entre los distribuidores/maduradores y *United Brands* en el caso Chiquita ya citado. Al comparar a sus usuarios entre sí, *Irish Sugar* había ignorado sus relaciones de competencia con terceros, incluida la propia *Irish Sugar*. Además, la naturaleza discriminatoria del régimen de descuentos a la exportación se vio acentuada por el hecho de que no se ajusta a los objetivos del régimen común del azúcar. Como señaló la propia *Irish Sugar*, el régimen del azúcar otorga a Irlanda un trato de zona deficitaria, por lo que el precio de intervención para el azúcar es más alto a fin de fomentar las importaciones de este producto. Sin embargo, los descuentos a la exportación practicados por la empresa podían falsear el régimen, subvencionando las exportaciones de azúcar de Irlanda a otros Estados miembros, actuando como barrera a las importaciones, e incrementado el aislamiento del mercado nacional. ¶ 144 y ss. De la Decisión *Irish Sugar*. Ratificado por el TPI ¶140 – 146.

Ejemplos de casos similares en *Suiker Unie*<sup>1212</sup>, en *British Leyland/Comisión*<sup>1213</sup>, en *Eurofix Bauco/Hilti*<sup>1214</sup>, en *AAMS*<sup>1215</sup>, en *Deutsche Post AG*<sup>1216</sup>, en *Tetra Pak II*<sup>1217</sup>

Los casos de discriminación de precios directa y partición rígida de los mercados, están caracterizados por las diferencias artificiales de precios en los diferentes estados miembros, que no responden a condiciones objetivas del mercado comunitario, por lo que pueden ocasionar una desventaja competitiva a las empresas y además falsear la competencia en el contexto de una compartimentación artificial de los mercados nacionales.<sup>1218</sup>

---

<sup>1212</sup> La presión para no exportar azúcar a otros Estados Miembros, aplicado a los clientes belgas por Raffinerie Tirlemontoise fue considerado un abuso dentro del artículo 82 TCE y si la evidencia hubiera apoyado la alegación, el Tribunal también habría condenado las barreras a la importación. Sentencia TJCE de 16-12-1975. *Société Anonyme Générale Sucrière y otros*. Asuntos acumulados 40-48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73 RJ 1977 p. 1663.

<sup>1213</sup> La política de precios de British Leyland respecto a la aprobación de los certificados de conformidad tuvo el efecto de reducir las importaciones de coches de British Leyland del continente en el Reino Unido, y la condena por la Comisión de esta conducta fue confirmado por el TJCE. Decisión de la Comisión CE de 2.7.1984. *British Leyland*. DOCE L207/11 02.08.1984. Sentencia de 11-11-1986. *British Leyland Limited Company c/ Comisión de la C.E.* Causa 226/84. RJ 1986 p. 3263.

<sup>1214</sup> Uno de los abusos de *Hilti* fue haber impuesto presión a sus distribuidores en Holanda para no suministrar cartuchos compatibles en el Reino Unido. Decisión de la Comisión CE de 22-12-1987. *Eurofix-Bauco contra Hilti*. DOCE L65/19 11.03.1988.

Sentencia del TPI de 12-12-1991. *Hilti c/ Comisión*. As. T-30/89. RJ 1991 p. II-1439. Sentencia TJCE de 2-3-1994. *Hilti c/ Comisión*. As. C-53/92P. RJ 1994 p. I-0667.

<sup>1215</sup> La Comisión concluyó que tanto las prácticas contractuales y unilaterales por parte de un productor italiano de cigarrillos y un distribuidor, intentadas para limitar el acceso de cigarrillos extranjeros al mercado italiano constituyeron un abuso de posición dominante. Decisión de la Comisión CE de la CE de 17-6-1998. *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato*. (98/538/CE) DOCE L252/47 12.9.98. Sentencia TPI de 22-11-2001 *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) c/ Comisión de las CE* As. T-139/98. RJ 2001.

<sup>1216</sup> La Comisión inició un expediente contra Deutsche Post AG –intercepción del correo entre fronteras para impedir a la Oficina Postal Alemana de retracar el envío de correos desde el Reino Unido. También serán condenadas las rebajas y descuentos intentados para mantener a las importaciones fuera del territorio de la empresa dominante. Decisión de la Comisión de 25-7-2001 *Deutsche Post AG*. 2001/892/CE. DOCE L 331/40 de 15-12-2001.

<sup>1217</sup> En *Tetra Pak II*, el TPI, invocó también el artículo 82 TCE, párrafo segundo, letra c): discriminación de precios geográfica aplicada por *Tetra Pak*, a usuarios establecidos en otros Estados miembros. Por otro lado, señaló que las disparidades de precio comprobadas no podían responder a condiciones objetivas del mercado. Las importantes diferencias de precios de las máquinas y de los envases de cartón observadas por la Comisión, se produjeron en el marco de una compartimentación de los mercados nacionales provocada por las cláusulas contractuales de venta asociada, reforzada por el sistema de producción y de distribución autónoma de *Tetra Pak*, y por el cuasi monopolio ejercido por el grupo en los mercados asépticos en toda la Comunidad. En esas circunstancias, era manifiesto que estas diferencias de precio no podían ser el resultado del juego normal de la competencia y se practicaban en perjuicio de las empresas de envasado. Por lo que el TPI ratificó la práctica de precios discriminatorios entre los Estados miembros, establecida por la Comisión, en el sentido de la letra c) del artículo 82 del Tratado en el período comprendido entre 1984 y 1986, en lo que respecta a las máquinas, tanto asépticas como no asépticas y a los envases de cartón asépticos, y al menos entre 1978 y 1984 en lo que se refiere a los envases de cartón no asépticos. Sentencia TPI *Tetra Pak II/Comisión* ¶160-173.

<sup>1218</sup> Véase también los casos Decisión de la Comisión CE 5-12-1988. *British Plasterboard Plc*. DOCE L052/42. Sentencia TPI de 1-4-1993. *British Plasterboard Plc./Comisión*. Caso. T-65/89. RJ 1993p. II-0389 Sentencia TJCE 6-4-1995. *BPB Industries Plc y British Gypsum Ltd*. Asunto C-310/93P. RJ 1995 P. I-0865. Decisión de la Comisión de 20 de junio de 2001. *Michelin*. Nº36.041 (2002/405/CE). DOCE L143/1 de 31.5.2002. Sentencia TPI de 30-09-2003. *Caso Manufacture française des pneumatiques Michelin c/ Comisión CE*. As. T-2003/01.

B).- En la segunda modalidad de abuso anticompetitivo tenemos la discriminación de precios indirecta. Aunque la mayoría de los abusos cometidos por empresas en posición de dominio lo son con el fin de maximizar sus beneficios o de consolidar su dominio, el artículo 82 TCE debe aplicarse también a los casos en que la empresa en posición dominante discrimina entre terceros contratantes por razones diferentes a las del propio interés. Puede querer, por ejemplo, favorecer a otra empresa del mismo Estado o a una empresa que siga su misma política general. El efecto en la competencia, es que impide el acceso de otros competidores en el mercado que pretende reservarse la empresa en posición de dominio.

Para Temple<sup>1219</sup>, esta práctica, tendría que ser directamente condenada y no cabría ninguna defensa válida, la empresa a nombre del estado, discrimina entre empresas locales y extranjeras por razones proteccionistas. Muchos de los casos que enumeraremos implican a empresas del estado, fijando precios más favorables a empresas del mismo estado, a empresas vendiendo productos producidos en el mismo estado, o a empresas volando en rutas domésticas distintas de las rutas internacionales. En cada caso, aunque no hay discriminación expresa por motivos e nacionalidad, el propósito y efecto es proteccionista.

La discriminación es indirecta, porque las empresas favorecidas no están presentes en el mercado donde la empresa en posición de dominio aplica la discriminación.

Puede citarse, entre los abusos cometidos por razones diferentes al interés propio de la empresa dominante, el asunto de los pilotos del puerto de Génova: caso Corsica Ferries<sup>1220</sup>.

El TJCE señaló que un Estado miembro conculca las prohibiciones recogidas en los artículos 82 TCE y 86(1) del Tratado, cuando, al aprobar las tarifas adoptadas por una empresa a la que el Estado le ha concedido derechos exclusivos para proporcionar los servicios de pilotaje a las empresas de transporte marítimo, en una parte sustancial del mercado interno, constituido por el Puerto de Génova (debido a la importancia del tráfico, es un puerto internacional), induce a ésta a explotar su posición dominante de

---

<sup>1219</sup> “Defining Legitimate Competition: How to clarify pricing abuses under article 82 EC”. John Temple Lang y Robert O’Donoghue . En *Fordham Internatinal Law Journal*. Vol. 26. Pág. 83-162. 2002. En 100.

<sup>1220</sup> Donde el TJCE consideró como conducta abusiva la aplicación de precios discriminatorios, aplicados por la corporación de pilotos del puerto de Génova, investido por los poderes públicos italianos del derecho exclusivo de efectuar los servicios de pilotaje obligatorio en tal puerto, de haber abusado de su posición dominante en el mercado de servicios e imponiendo las tarifas discriminatorias a las empresas de transporte marítimo que efectuaban los transportes entre los estados miembros, cuando la citada corporación no estaba presente en el mercado de los transportes marítimos Sentencia del TJCE 17-5-1994. *Corsica Ferries Italia Srl. C. Corpo dei Piloti Del Porto di Genova* Cuestión Prejudicial As. C-18/93.¶43 y ss. Véase también el ¶166 de la Sentencia TPI Alpha Flight Services/Aéroport de Paris.

forma abusiva, procediendo, entre otras cosas, a aplicar a las partes con las que mantiene relaciones comerciales, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, en el sentido de la letra c) del párrafo segundo del artículo 82 TCE del Tratado, mediante la aprobación de tarifas de práctico adoptadas por ésta, aplicando de esta forma, tarifas diferentes a las empresas de transporte marítimo, dependiendo de si operan servicios de transporte entre los estados miembros, o entre los puertos situados en el territorio nacional, en la medida que afecta al comercio entre los estados miembros.<sup>1221</sup>

Esto es, que la discriminación puede ser directa o indirecta, dado que la empresa de pilotaje no estaba presente en el mercado del transporte marítimo.<sup>1222</sup>

Ejemplos de casos similares se puede mencionar *Aeropuerto de Bruselas*<sup>1223</sup>. A semejanza del caso *Corsica Ferries*, la Comisión indicó que en el caso del *Aeropuerto*

---

<sup>1221</sup> El Abogado General Van Gerven, observó en este sentido, que para aplicar el artículo 82.2. c), no era necesario, que las partes con las que mantiene relaciones comerciales la empresa culpable del comportamiento abusivo sufran una desventaja competitiva unas respecto a otras o respecto a la empresa que ocupe la posición dominante. Sentencia del TJCE 17-5-1994. *Corsica Ferries Italia Srl. C. Corpo dei Piloti Del Porto di Genova* Cuestión Prejudicial As. C-18/93. RJ 1994 p. I-1783. Conclusiones del Abogado General W. Van Gerven de 9-2-1994.

<sup>1222</sup> § 24 de la Opinión del AG Van Gerven: Punto 34. El gobierno italiano niega además que las diferencias de tarifa controvertidas constituyan un abuso de posición dominante a efectos del art. 86 del TCE. Dichas diferencias estarían justificadas porque los transportes marítimos intracomunitarios no son actividades que compitan con transportes marítimos interiores como son los servicios de cabotaje. Esta argumentación no es convincente. Lo que importa es que no existe ninguna relación entre las referidas diferencias de tarifas y la naturaleza del servicio de práctico que se propone y que es totalmente idéntica en los dos casos (se trate de buques titulares de una licencia de cabotaje o de buques que efectúen trayectos regulares entre los puertos italianos, en el primer caso, o de otros buques, en el segundo caso). Considero, por mi parte, que nos encontramos aquí claramente de un caso de aplicación de la forma de abuso de posición dominante prevista en la letra c) del párrafo segundo del artículo 86 del TCE y que consiste en “aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva”.

Resulta implícitamente de la jurisprudencia comunitaria, a saber, de las sentencias *United Brands* (§ 233), y *Merci* (§ 20) que el TJCE no interpreta dicho párrafo restrictivamente, de forma que no es necesario, para poder aplicarlo, que las partes con las que mantiene relaciones comerciales la empresa culpable del comportamiento abusivo sufran una desventaja competitiva unas respecto a otras o respecto a la empresa que ocupe la posición dominante.

<sup>1223</sup> Donde, RVA (organismo de derecho público belga, al que el Estado ha encargado funciones de servicio público) era la entidad encargada de prestar los servicios relativos al despegue y aterrizaje, en la ruta como la de Bruselas-Londres, en la que Sabena y British Midland competían con un mismo tipo de avión, Sabena obtenía una rebaja del 18% aproximadamente en sus gastos de despegue y aterrizaje, siendo iguales las prestaciones que recibe de RVA; esto situaba a British Midland en una posición de desventaja competitiva, aplicando a sus socios comerciales unas condiciones distintas por unos servicios equivalentes, actuando de esta manera en detrimento de la competencia, constituye un abuso de posición dominante a efectos de la letra c) del párrafo 2 del artículo 82 del Tratado. Como, en este caso, ha sido un Estado miembro el que ha instaurado el sistema por vía legal, se produce también una infracción estatal del artículo 90 (actual 86) que debe ser considerada en conjunción con la de la mencionada letra c) del párrafo segundo del artículo 86 (actual 82 TCE). Decisión de la Comisión CE 28-6-1995. *Aeropuerto de Bruselas/British Midland*. DOCE L216 de 12-9-95 p. 0008. Decisión de la Comisión CE 28-6-1995. *Aeropuerto de Bruselas/British Midland*. DOCE L216 de 12-9-95 p. 0008. ¶13 – 14 Este razonamiento se aplica también cuando la medida estatal deja un margen de maniobra estrecho o nulo a las empresas a través de las cuales los Estados miembros ejercen una influencia en la estructura de la competencia en el mercado interno. Esta doctrina fue elaborada por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 4 de mayo de 1988 en el Asunto 30/87, *Bodson/Pompes Funébres*, en la que el TJCE declaró que el § 1 del artículo 86



de Bruselas, pretendía favorecer a otra empresa del mismo Estado o a una empresa que siga su misma política general, en este caso, la compañía aérea nacional Sabena. El sistema de descuentos, tal como se aplicaba, gravaba los precios del transporte de los vuelos intracomunitarios cortos y medios para todos los transportistas que no podían acogerse a él. Los mercados del transporte de pasajeros y mercancías en vuelos cortos y medianos intracomunitarios que constituyen un mercado afín pero distinto se ve afectado por los efectos de una práctica abusiva de la empresa en el mercado de los servicios vinculados al aterrizaje y al despegue. Por lo tanto, también en este mercado se pueden notar los efectos de la explotación de la posición dominante. Las tasas de aeropuerto son un capítulo importante entre los gastos de explotación de una compañía. El Comité de expertos de Aviación Civil las evalúa (incluida la de control aéreo) entre un 4 % y un 6 % de los gastos de explotación de las compañías aéreas comunitarias. Unas reducciones de hasta un 18 % del importe total del canon debido por vuelos intracomunitarios pueden afectar al comercio entre Estados miembros porque otorgan una ventaja evidente a las empresas que pueden acogerse a ellas, sobre todo tratándose de un aeropuerto como el de Bruselas, por el que en 1993 transitaban 10 millones de pasajeros, un 75 % de ellos procedentes de ciudades de la Comunidad o con destino a ellas. En este caso, y a diferencia de otros sistemas de descuento de fidelidad examinados por el TJCE <sup>1224</sup>, no es que RVA intente promover la fidelidad de su clientela ni atraer otra nueva, sino que, a través de ella, el Estado favorece a una empresa concreta, en este caso la compañía aérea nacional, Sabena.

Los mismos fundamentos se han reproducido en los siguientes casos: sobre los Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea; Aeropuertos Finlandeses: Ilmailulaitos/Luftfartsverket; y Aeropuertos Portugueses. <sup>1225</sup>

En el caso Deutsche Bahn <sup>1226</sup>, la Comisión señaló que desde al menos 1988, Deutsche Bahn había utilizado su posición dominante en el mercado de los transportes ferroviarios para imponer precios de venta discriminatorios manteniendo una diferencia

---

del Tratado debe interpretarse como una prohibición a las autoridades públicas de imponer a las empresas a las que hayan concedido derechos exclusivos unas condiciones de precios contrarias a lo dispuesto en los artículos 81 y 82 TCE.

<sup>1224</sup> Sentencia de 13 de febrero de 1979 en el asunto 85/76, Hoffman La-Roché, Sentencia de 9 de noviembre de 1983 en el Asunto 322/81, *Michelin*.

<sup>1225</sup> Decisión de la Comisión CE de 26 de julio de 2000. *Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea* (“AENA”). DOCE L208 de 18-08-2000. ¶ 46; Decisión de la Comisión CE de 10-2-1999. *Ilmailulaitos/Luftfartsverket*. Celex 399D0198. N° 1999/198/EC. DOCE L 069 de 16/03/1999 p. 0024 - 0030 ¶ 41; Decisión de la Comisión CE de la Comisión de 10-2-1999. *Aeropuertos Portugueses*. DOCE L069, 16-3-1999 p. 031-039 ¶32 – 34. Sentencia del TJCE de 29-3-2001. *República Portuguesa c/ Comisión de la CE*. As. C-163/99.

<sup>1226</sup> Decisión de la Comisión CE 29-3-1994. *Deutsche Bundesbahn y otros*. DOCE L104/34 29-4-1994. ¶245-247 y Sentencia TPI 21-10-1997 *Deutsche Bahn AG/Comisión*. As. T-229/94. RJ 1998, confirma la Decisión.

entre el margen de transporte por kilómetro respecto de los puertos alemanes y no alemanes, esto es en el segmento de mercado de los transportes combinados de contenedores marítimos procedentes de Alemania y que transitan por los puertos alemanes, belgas y neerlandeses, con el objeto de favorecer sus propias prestaciones y las de su filial Transfracht.<sup>1227</sup>

En Aeropuertos de París, los aeropuertos habían fijado diferentes tasas a las empresas proporcionando algunos servicios en tierra. El Tribunal dijo que esta práctica era comparable a la del caso Corsica Ferries ya citado, donde la empresa dominante había fijado precios diferentes a clientes operando en rutas domésticas e internacionales. La producción del concesionario es un criterio apropiado por el que determinar la parte variable de la tasa global, pero este criterio debe ser aplicado de forma no discriminatoria a todos los manipuladores en tierra. No hubo justificación para distinguir entre compañías haciendo las actividades de manipulación en tierra de las empresas que proporcionaban estos servicios a terceros.<sup>1228</sup>

## **6. La justificación objetiva al abuso: La demostración por la empresa en posición de dominio que ha efectuado competencia sobre los méritos.**

Es evidente que la jurisprudencia comunitaria ofrece a las empresas dominantes la posibilidad de demostrar una justificación objetiva de su comportamiento, aunque se trate de un abuso *prima facie*.<sup>1229</sup>

La Comisión en su Guía<sup>1230</sup> para la aplicación del artículo 82 TCE, señala que la empresa dominante debe demostrar que su conducta es objetivamente necesaria, o

---

<sup>1227</sup> Las diferencias en los costes resultantes eran en parte debido a DB en sí misma: ahorros de coste que habían ido conseguidos sólo para los puertos del norte, aunque no había razón de por qué no podían haberse conseguido en las rutas del oeste. Como la competencia era más intensa en las rutas con las tarifas más altas, la presión competitiva no pudo explicar las diferencias de precio. Los efectos discriminatorios del abuso, sólo se verificaron respecto al segmento del mercado de los servicios ferroviarios en calidad de único prestador de los mismos en el territorio alemán, sino que también afectó a sus competidores, como se verá en el capítulo siguiente. La discriminación invocada, consistió en imponer a los operadores tarifas de transportes sensiblemente más elevadas para los transportes realizados entre un puerto belga o neerlandés y Alemania que para los transportes realizados entre las localidades alemanas y los puestos alemanes

<sup>1228</sup> Véase también el caso Alpha Flight Services : Decisión de la Comisión CE de 11-6-1998 *Alpha Flight Services/Aéroports de Paris* (98/513/CE) DOCE L230/10 de 18.8.98. ¶ 83 y ss. Y Sentencia del TPI de 12-12-2000 *Aéroports de Paris c/ Comisión de la CE y Alpha Flight Services* As. T-128/98. ¶ 93 y ss.

que invoca, los casos la sentencia TPI *Tetra Pak II/Comisión* ¶ 160 ya invocado y sentencia TPI *Deutsche Bahn/Comisión*, en la que Alpha Flight Services, aplicó cánones comerciales discriminatorios en los aeropuertos de Orly y de Roissy-Charles de Gaulle a los usuarios que efectuaban un mismo tipo de servicio de asistencia.

<sup>1229</sup> Cuestión Prejudicial C-53/03 *Synetairismos Farmakopoiion Aitolias & Akarnanias (Syfait) y otros contra Glaxosmithkline AVEE* de 31-05-2005. Conclusiones del A.G. F.G. Jacobs presentadas el 28 de octubre de 2004 § 72. El TJCE, no se pronunció sobre el fondo de la Cuestión Prejudicial.

demostrar que su conducta produce eficiencias sustanciales que compensan cualquier efecto anticompetitivo en los consumidores. En este contexto, la Comisión analizará si la conducta en cuestión es indispensable y proporcionada al objetivo supuestamente perseguido por la empresa dominante.<sup>1231</sup>

Al respecto es interesante considerar lo planteado por el TPI en *Microsoft*<sup>1232</sup>, frente a la justificación objetiva planteada por la implicada, señaló que la carga de la prueba en demostrar la justificación bajo el artículo 82 TCE, requiere plantear la cuestión “antes de la finalización del procedimiento administrativo” y sustentar la alegación con “argumentos y evidencia”. Recae en la Comisión la obligación de demostrar que los argumentos planteados por la empresa dominante “no pueden prevalecer”. Así, el TPI impuso a la empresa dominante, carga de la evidencia respecto a un argumento de justificación, pero la carga de prueba final permanece sobre la Comisión, como señala en su Guía.<sup>1233</sup>

### **6.1. La Defensa de necesidad objetiva.**

La cuestión de si la conducta es objetivamente necesaria y proporcionada debe estar determinada sobre las bases de factores externos a la empresa dominante. La conducta de exclusión por ejemplo será considerada objetivamente necesaria por razones de salud o seguridad relacionadas a la naturaleza del producto en cuestión. Sin embargo la prueba de si la conducta de este tipo es objetivamente necesaria debe considerar que este es normalmente el objetivo de las autoridades públicas, establecer y aplicar estándares de salud pública y de seguridad, no es el objetivo de una empresa dominante asumir decisiones por su propia iniciativa para excluir productos que considera correcta o equivocadamente como peligrosos o inferiores a su propio producto.<sup>1234</sup>

---

<sup>1230</sup> §27 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva. Véase también §77 y ss. Del Documento de la Comisión.

<sup>1231</sup> Véase el artículo 2 del Reglamento 1/2003: “En todos los procedimientos nacionales y comunitarios de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, la carga de la prueba de una infracción del apartado 1 del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue. La empresa o asociación de empresas que invoque el amparo de las disposiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado deberá aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado.

<sup>1232</sup> Sentencia TPI *Microsoft* ya citada. §688 y ss.

<sup>1233</sup> §30 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva: “Recae en la posición dominante proporcionar toda la evidencia necesaria para demostrar que la conducta implicada está objetivamente justificada. Luego recae en la Comisión hacer la última valoración de si la conducta objeto de análisis no es objetivamente necesaria y, basada en un balance de todos los aparentes efectos anticompetitivos contra todos las eficiencias planteadas y acreditadas, que es probable de resultar en daño al consumidor.”

<sup>1234</sup> Caso T-30/89 *Hilti*, ya citado, § 118; Caso T-83/91 *Tetra Pak II*, ya citado § 83-84 y 138. Véase al respecto el § 28 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva y el §80 del Documento.

## 6.2. *La Defensa de eficiencia.*

La Comisión considera que una empresa dominante también puede justificar su conducta que conduce a aniquilar competidores basándose en argumentos de eficiencias de las que no es probable que resulte un perjuicio neto a los consumidores. En este contexto, la empresa dominante debe demostrar, con un grado suficiente de probabilidad y sobre las bases de evidencia verificable, que las siguientes cuatro condiciones cumplen cumulativamente<sup>1235</sup>:

- 1.- Las eficiencias se obtienen o probablemente se obtienen como resultado de la conducta. Por ejemplo puede incluir desarrollos técnicos en la calidad de los bienes, o una reducción en el coste de la producción o de la distribución;
- 2.- La conducta es indispensable para la obtención de estas eficiencias: no debe haber alternativas menos anticompetitivas a la conducta que sean capaces de producir las mismas eficiencias;
- 3.- Las probables eficiencias implementadas por la conducta implicada, compensan cualquier probable efecto negativo sobre la competencia y el bienestar del consumidor en los mercados afectados;
- 4.- La conducta no elimina competencia efectiva, al remover todos o la mayoría de las fuentes existentes de competencia real o potencial. La rivalidad entre las empresas es un conducto esencial de la eficiencia económica, incluyendo las eficiencias dinámicas en la forma de la innovación. En su ausencia, la empresa dominante carecerá de los incentivos adecuados para continuar en crear y transmitir ganancias de eficiencia. Si no hay competencia residual y no hay amenaza previsible de entrada, la protección de la rivalidad y el proceso competitivo compensa las posibles ganancias de eficiencia. En la opinión de la Comisión, la conducta de exclusión que mantenga, cree o refuerce una posición en el mercado cercana al monopolio, normalmente no puede estar justificada en el fundamento que también genere ganancias de eficiencia.<sup>1236</sup>

---

<sup>1235</sup> La Guía hace referencia en contexto diferente del artículo 81, la Comunicación de la Comisión sobre las Directrices sobre la aplicación del artículo 81(3) TCE (DOCE 101, 27.4.2004, p. 97).

<sup>1236</sup> El Documento descartaba la posibilidad de aplicar la justificación de eficiencia, cuando empresa dominante es considerada en general de tener una posición de mercado cercana al monopolio si su cuota de mercado excede el 75% y hay casi ninguna competencia restante de otros competidores en el mercado, por ejemplo, debido a que están produciendo a costes considerablemente más altos y/o están coaccionados severamente por la capacidad para un período de tiempo más largo, y las barreras a la entrada son tan sustanciales que la entrada relevante no puede esperarse de realizarse en el futuro previsible.

No estamos de acuerdo con la invocación de la defensa de eficiencia porque se presume que la empresa en posición de dominio, ha alcanzado esta posición precisamente debido a su eficiencia, a través de crecimiento interno, o en costes mejores, ha alcanzado un poder de mercado considerable, por lo que sólo puede acreditar que hasta el momento en que se produce la infracción alegada, estaba actuando eficientemente.

## **CAPÍTULO V: EL ABUSO ANTICOMPETITIVO EN PRECIOS: LOS PRECIOS PREDATORIOS.**

Esquema:

1. Introducción
2. Concepto de precio predatorio
3. Los precios predatorios en el derecho antitrust norteamericano y en el derecho de competencia comunitario.
4. Elementos generalmente utilizados por la doctrina para establecer que un precio es predatorio
  - 4.1. Primer elemento: La capacidad para incurrir deliberadamente en pérdidas: “el sacrificio”
  - 4.2. Segundo elemento: La aniquilación anticompetitiva
5. Los tests propuestos por la doctrina para establecer un precio predatorio.
  - 5.1. Teorías basadas en los costes
  - 5.2. Propuestas basadas en parámetros de no coste
  - 5.3. Propuestas basadas en los costes y en la conducta estratégica de la empresa
  - 5.4. Resumen de los tests propuestos
6. Justificaciones – Comportamientos eficientes
7. El precio predatorio al alza.

### **1. Introducción**

Los precios bajos de los productos o servicios en el mercado, son beneficiosos al estar asociados con un mayor bienestar del consumidor y consiguiente bienestar social, sin embargo, hay algunos reducidos casos, en los que la fijación de precios para sus productos o servicios por una empresa en posición de dominio, en un nivel por debajo de sus costes de fabricación, pueden infringir el artículo 82 TCE. Este comportamiento será ilegal cuando esté dirigido contra una empresa eficiente con el objeto de que se retire del mercado o dirigido a disciplinarla, es decir, que no compita eficazmente o para desanimar a una competidora potencial de su acceso al mercado. Si bien, estos precios

benefician al consumidor en el corto plazo, mientras dura la campaña predatoria, una vez que la empresa dominante consigue su objetivo, impondrá un precio monopólico, entonces, el efecto final del comportamiento será empeorar el bienestar en el largo plazo, es por este motivo que es condenado el precio predatorio.<sup>1237</sup>

Para conseguir sus fines, la empresa dominante, deberá sacrificar temporalmente sus beneficios mientras dure la estrategia predatoria y luego podrá obtener beneficios superiores que compensen las pérdidas ocasionadas, así, el precio predatorio es el ejemplo paradigmático de una estrategia de exclusión “costosa”: (frecuentemente más cara para el predador que para las víctimas), que es difícil de acometer y sostener y difícil de distinguir de la competencia sobre los méritos socialmente deseable (porque, al menos en el corto plazo, frecuentemente produce beneficios innegables para el bienestar del consumidor).<sup>1238</sup> Por tanto, la cuestión está lejos ser un tema fácil en la práctica<sup>1239</sup>. En el análisis de estos casos es importante diseñar una distinción entre el daño a la competencia y el daño a los competidores, ya que este último, puede ser también una consecuencia necesaria de la competencia y por tanto, no es suficiente alegar que las empresas rivales están perdiendo cuota de mercado en respuesta a precio competitivo fijado por empresas más eficientes o más innovadoras.<sup>1240</sup> Es probable que la empresa en posición de dominio ocasione la salida de los competidores, pero como consecuencia de que el rival es ineficiente en los precios, pero si éste alega abuso de posición de dominio, en el que el fundamento principal sea que la dominante la retiró del mercado, puede que su causa no prospere ya que se trata de una exclusión legal y competitiva. En este caso el peligro es que se utilice este mecanismo para procurarse la subsistencia de empresas ineficientes en el mercado que precisamente la pugna competitiva, no se lo permitiría. Por ello Easterbrook planteó que debían desestimarse las demandas de precio predatorio en las que demandante y demandado fuesen competidores<sup>1241</sup>, sin embargo, estas cuestiones no pueden ser generalizables.

Veremos que se ha producido una evolución en la propuesta de los elementos que configuran un precio como predatorio, de un enfoque basado en el análisis económico

---

<sup>1237</sup> Herbert Hovenkamp. “Federal Antitrust Policy”. 2<sup>nd</sup>. Ed. Hornbook Series. Minesota. EEUU. 1999. Susan Creighton, D. Bruce Hoffman, Thomas G. Krattenmaker y Ernest A. Nagata. “Cheap Exclusion” en *Antitrust Law Journal*, Vol. 72, 2005.págs. 975-995 en 978

<sup>1239</sup> Posner observa que una empresa preferirá la predación sobre otras estrategias como la adquisición estratégica ya que la predación es más difícil de detectar por las autoridades antitrust. R. Posner, “The Chicago School of Antitrust Analysis” en *University of Pennsylvania Law Review* Vol. 127, (1979) pág. 925.

<sup>1240</sup> Simon Bishop y Mike Walker. *Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. 2000 Londres. 2<sup>a</sup> Edición, § 5.38

<sup>1241</sup> Frank Easterbrook. *The Limits of Antitrust* Texas Law Review Vol.63, Nº 1, Agosto 1984. págs. 1-40. Committee on Competition Law and Policy.

estático y la información perfecta, a uno dinámico de información imperfecta, donde se incorporan aunque tímidamente los elementos del análisis estratégico<sup>1242</sup>.

Las conductas predatorias también pueden ser implementadas por las empresas en posición de dominio en mercados secundarios en los que aún no son dominantes<sup>1243</sup>.

Esta conducta se puede producir en particular, en sectores donde las actividades están protegidas por un monopolio legal, donde la empresa dominante no necesita preñar para proteger su posición de dominio en el mercado protegido por el monopolio legal, sin embargo, utiliza los beneficios obtenidos en el mercado del monopolio para hacer un subsidio cruzado de sus actividades en otro mercado y así amenazar la eliminación de competencia efectiva en este otro mercado<sup>1244</sup>.

Además, es necesario un enfoque dando seguridad jurídica, para evitar el riesgo que las empresas que ostentan poder de mercado y desarrollan comportamiento eficiente, se vean obligadas a mantener artificialmente sus precios altos para evitar ser acusadas de comportamiento predatorio, causando así una pérdida global de bienestar.

También habrá que considerar el precio predatorio al alza, conocido también como gasto predatorio, que es el inverso al precio predatorio, cuyo sentido es acaparar la oferta o la demanda para explotar posteriormente su posición de dominio.

## 2. Concepto de Precio Predatorio

Los economistas coinciden en definir el precio predatorio aplicado por una empresa monopolística, como un precio por debajo de un determinado umbral de los costes incurridos en la fabricación del producto o servicio, que implica un sacrificio innecesario de los beneficios, con el objeto de disciplinar, inducir la salida o mantener fuera a un competidor real o potencial y ganar los beneficios adicionales consecuentes, una vez logrado su objetivo.<sup>1245</sup>

---

<sup>1242</sup> El análisis estratégico implica considerar un cúmulo de factores tanto externos como internos que influyen sobre la estructura, y el funcionamiento del mercado a medio y largo plazo.

<sup>1243</sup> Los mercados secundarios comprenden los productos complementarios que son adquiridos después de la compra de otro producto (el producto primario) al que está relacionado.

<sup>1244</sup> Véase nota al pie 39 de la Guía de la Comisión para los Abusos de Exclusión. En este capítulo no vamos a analizar este tipo de predación en el precio, porque implica el uso de herramientas del análisis económico como el subsidio cruzado y sus parámetros de coste, entre otros, que no son generalizables a todos los casos. Un ejemplo de esta conducta lo encontramos en la Decisión de la Comisión de 20-3-2001 *Deutsche Post AG*. 2001/354/CE. DOCE L 125/27 de 5-5-2001.

<sup>1245</sup> Phillip Areeda and Donald F. Turner. Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act. *Harvard Law Review*. 1975. Pp.697 y ss. Vol. 88.F.M. Scherer y David Ross. *Industrial Market Structure and Economic Performance*. Third Edition. New York. 1990. pág. 472. Janusz A. Ordover y Robert D. Willig. "An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation". *Yale Law Journal*. Vol. 91. 1981. Págs. 8-53. Shepperd, observa además, que aplicando precio predatorio, la empresa en posición de dominio, adicionalmente obtendría beneficios marginales



El comportamiento predatorio puede implicar o no para la empresa en posición de dominio, pérdidas económicas reales a corto plazo y casi siempre implica pérdidas a corto plazo sobre algunos o sobre todos los competidores existentes.

Llevada esta definición al ámbito jurídico, un precio predatorio es un precio que maximiza el beneficio sólo debido a sus efectos de exclusión u otros efectos anticompetitivos como precios más altos y reducción de la producción (incluyendo la reducción en la innovación), conseguida a través de la exclusión de un rival real o de un rival potencial.<sup>1246</sup>

Entonces, la intención del predador –y la única intención que puede convertir al precio predatorio en racional-, es el comportamiento que maximiza el beneficio -fijar precios de monopolio después que los rivales han sido eliminados o disciplinados-.<sup>1247</sup> Algunos autores<sup>1248</sup>, plantean entonces, que el precio predatorio sólo es racional cuando la

---

desiguales, en virtud del cual los beneficios marginales que genera una determinada cuota de mercado crecen más que proporcionalmente a medida que aumenta dicha cuota de mercado, asumiendo que el poder de mercado o la eficiencia también crecen. Los beneficios adicionales generados como consecuencia del incremento de esa cuota de mercado son, por tanto, superiores para empresas con cuotas de mercado mayores. Shepperd. “Asesing Predatory Actions by Market Share and Selectivity”, 31 *Antitrust Bulletin.*, 1. 1986. Farrel y Kaz observan que el comportamiento predatorio puede ser esquemáticamente considerado como que ocurre en dos fases: una fase de predación y una fase de recuperación. En la primera, el predador ofrece un producto que implica “demasiado valor” para los consumidores (precio muy bajo, calidad considerable, o el producto está muy innovado) y así debilita a los rivales. En la segunda fase, la fase de la recuperación, el predador toma ventaja del rival debilitado y reduce el valor del consumidor de sus productos a un nivel por debajo del precio competitivo. J. Farrell y M. Katz, “Competition or Predation? Schumpeterian Rivalry in Network Markets” University of California en Bekeley Working Paper, 2001.

<sup>1246</sup> Ver Bolton, Patrick, Brodley, Joseph F. , Riordan, Michael H. Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy En: *Georgetown Law Journal*. 1999. En precio predatorio, han habido dos grandes grupos de autores en economía, uno enfocado la corriente teórica y otro enfocado en proporcionar normas legales para que los tribunales puedan aplicar a los casos de predación. La teoría moderna se origina con Kreps y Wilson (D. Kreps y R. Wilson “Reputation and Imperfect Information”. *Journal of Economic Theory* Vol. 27 (1982) págs. 253-279.) y Milgrom y Roberts (P. Milgrom y J. Roberts, “Predation, Reputation and Entry Deterrence” *Journal of Economic Theory*. Vol. 27 (1982) págs. 280-312) que propusieron los modelos de reputación de la predación. Sus artículos fueron seguidos por otros que desarrollaron tanto los modelos del “deep pocket” y los modelos de “signaling”. Las teorías de predación son resumidas por Ordover y Saloner. (J. Ordover y G. Saloner “Predation, Monopolisation and Antitrust (1982) en R. Schmalensee y R. Willig (eds) *Handbook of Industrial Organization*, Amsterdam North Holland. 537-596. La literatura de la predación teórica estuvo implicada en demostrar bajo qué condiciones la predación sería racional, conducta de maximización de beneficio por una empresa. Su enfoque fue sobre la predación ampliamente definida, más que en el ámbito más pequeño del comportamiento usualmente definido como precio predatorio. La literatura jurídica y económica fue iniciada por Areeda y Turner, que propuso el test del “precio menor que el coste variable promedio” para el precio predatorio, su propuesta fue seguida por otros que propusieron normas legales alternativas (por ejemplo Williamson y su regla de expansión de la producción) o una versión extendida de la regla de Areeda y Turner (por ejemplo la regla de la razón en dos etapas de Joskow y Klevorick (Paul Joskow y Alvin Klevorick, “A Framework for Analysing Predatory Pricing Policy” en *Yale Law Journal* Vol. 89, 1979. pág. 220))

<sup>1247</sup> Herbert Hovenkamp. “Federal Antitrust Policy”. 2<sup>nd</sup>. Ed. Hornbook Series. Minesota. EEUU. 1999.

<sup>1248</sup> Ibidem. Bolton, Patrick, Brodley, Joseph F. , Riordan, Michael H. Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy En: *Georgetown Law Journal*. 2000. pág. 2239 y ss. “Una reducción de precio que es rentable sólo debido al poder de mercado agregado que gana el predador por eliminar, disciplinar o inhibir de otro modo la conducta competitiva del rival real o potencial. Establecido más precisamente, un

empresa en posición de dominio en un momento posterior, recupera las pérdidas ocasionadas por el ataque predatorio. Para que este esquema sea exitoso, deben cumplirse una serie de premisas: Primera, las víctimas deben ser lo suficiente débiles o tener costes suficientemente altos para que el predador pueda retirarlos del negocio o hacerlos obedecer. Segunda, el mercado debe estar estructurado en tal forma que el predador pueda predecir un período rentable de precio de monopolio. Tercera, el valor actual descontado del período futuro del precio de monopolio debe ser mayor que las pérdidas actuales en que el predador incurre durante el período predatorio.

La Comisión define en la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva como conducta predatoria aquella por la que la empresa dominante incurre deliberadamente en pérdidas o renuncia a sus beneficios en el corto plazo (que la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva denomina como “sacrificio”), para aniquilar a uno o más competidores reales o potenciales con el objeto de reforzar o mantener su poder de mercado, causando así daño al consumidor.<sup>1249</sup> Esta definición contiene entonces dos elementos: el sacrificio de beneficios y la exclusión anticompetitiva.

Si bien la Comisión en su Documento<sup>1250</sup>, hacía referencia también al elemento de la recuperación de las pérdidas incurridas, en un momento posterior a la exclusión de los rivales, en la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva, desaparece por completo.

La definición de la Comisión no establece cuál es el nivel de coste por debajo del cual la empresa en posición de dominio baja su precio, vemos que anteriores definiciones se refieren a un nivel “por debajo del coste”<sup>1251</sup> en el corto plazo y con respecto al cual, deba considerarse que sea de carácter anticompetitivo; sin embargo, en el apartado siguiente<sup>1252</sup>, la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva se refiere a los niveles de coste, dentro de su definición del ‘sacrificio por la empresa dominante’ es decir, cuando la empresa al fijar un precio más bajo para todo o una parte determinada

---

precio predatorio es un precio que es maximizador de beneficio sólo debido a sus efectos exclusionarios u otros efectos anticompetitivos. Temple y O’Donoghue, ob. Cit. Pág. 121.

<sup>1249</sup> §62 de la Guía de la Comisión citada. Véase también el § 93 del Documento citado. “A los efectos del artículo 82 TCE el precio predatorio puede definirse como el comportamiento donde una empresa dominante baja su precio y así incurre deliberadamente en pérdidas o renuncia a sus beneficios en el corto plazo con el objeto de eliminar o disciplinar a uno o más rivales o para impedir la entrada de uno o más rivales potenciales, dificultando de este modo el mantenimiento del grado de competencia todavía existente en el mercado o el crecimiento de esta competencia”

<sup>1250</sup> § 96 del Documento citado. “...La empresa hará este sacrificio cuando considere que es probable que pueda recuperar las pérdidas o beneficios perdidos en una última etapa después que sus acciones han tenido el efecto de aniquilación. De este modo, la exclusión debe permitir al predador en un momento posterior regresar a mantener u obtener precios altos. (...).”

<sup>1251</sup> Véase §103 del Documento de la Comisión citado.

<sup>1252</sup> §63 de la Guía de la Comisión citada.

de su producción o al expandir su producción, durante el período de tiempo relevante, incurrió o está incurriendo en pérdidas que podría haber evitado. Para establecer si la empresa dominante incurre o incurrió en pérdidas evitables, la Comisión utiliza el coste promedio evitable como el punto de partida apropiado.

Según la definición de la Comisión, entendemos que la empresa puede efectuar la conducta predatoria en dos supuestos, incurriendo deliberadamente en pérdidas, que entendemos, no recuperará, o renunciando a sus beneficios en el corto plazo, que suponemos podrá recuperarlos en el futuro, a este último caso, lo denomina el “sacrificio”.

En consonancia con estas reflexiones, Máximo Motta<sup>1253</sup> plantea que este mecanismo puede confundirse con la competencia normal que está efectuando la empresa en posición de dominio ya que no debe descartarse que la empresa en posición de dominio, tiene derecho a reaccionar frente a un rival, asumiendo casi los mismos comportamientos que antes se han planteado, así si se trata de la exclusión de un rival ineficiente, que por ejemplo, opera con costes más altos que la empresa en posición de dominio y que su retirada no convierte a la implicada en un monopolio, es decir, no está en peligro la estructura del mercado, no hay ningún daño a la competencia, falta por tanto más elementos en la definición de la Comisión. Lo contrario implicaría incurrir en errores del tipo II o falso negativos, es decir, considerar ilegal una conducta que es competitiva, donde el resultado será la aplicación de precios ineficientemente altos, permitiendo que empresas menos eficientes permanezcan en el mercado.

En este punto, estamos más en consonancia con el Informe del Departamento de Justicia Norteamericano que señala que, para que prospere una demanda de precio predatorio el demandante debe demostrar que (1) los precios estaban por debajo de una medida apropiada de coste en el corto plazo de la implicada y (2) la implicada tenía una probabilidad alta de recuperar su inversión en los precios por debajo del coste.

Así pues, el elemento del precio por debajo del coste a corto plazo es parte de la definición, lo que implica que en cualquier caso tendrá que aplicarse este elemento para que sea considerado un caso de precio predatorio.

Definiríamos entonces al precio predatorio como un comportamiento efectuado por una empresa en posición de dominio que fija precios por debajo de una determinada medida de coste por los que incurre deliberadamente en pérdidas a corto plazo, con el objeto de eliminar, disciplinar o desanimar a uno o varios competidores eficientes reales o potenciales, para que después pueda fijar precios supra competitivos en el futuro, una

---

<sup>1253</sup> Massimo Motta. *Competition...* Ob cit.

vez logrado su cometido, a través de los cuales pueda recuperar sus beneficios, amenazando así el proceso competitivo en sí mismo y produciendo un perjuicio al consumidor.

Las diferentes definiciones de precio predatorio difieren en la trascendencia que se les concede a los elementos que componen la infracción. Del mismo modo, las jurisdicciones norteamericana y comunitaria, aplican la regla legal operacional para configurar el precio predatorio, asumiendo grupos diferentes de factores entre los que se encuentran: los niveles de costes, un esquema de predación y la evidencia que lo apoye, la probabilidad de la recuperación, y la ausencia de una defensa basada en una justificación de eficiencia; analizaremos estos factores, e identificaremos cuáles y cómo son utilizados por la doctrina y la jurisprudencia.

### **3. Los Precios Predatorios en el Derecho Antitrust Norteamericano y en el Derecho de Competencia Comunitario.**

En el derecho antitrust norteamericano, el precio predatorio ha sido una cuestión de interés al menos desde la condena a las actividades de la *Standard Oil Company*<sup>1254</sup> que dieron origen a la Ley Clayton en 1914<sup>1255</sup> para intentar solucionar el problema. Sin embargo en el derecho de competencia comunitario la jurisprudencia se inicia con *AKZO*<sup>1256</sup>. Entonces puede percibirse que el derecho de competencia comunitario ha utilizado parte de la experiencia del derecho antitrust norteamericano.

#### **3.1. Los Precios Predatorios en el Derecho Antitrust Norteamericano**

En el caso *Standard Oil*<sup>1257</sup>, el enfoque del Tribunal Supremo sobre el precio predatorio ha ido desde un criterio ampliamente protector a los competidores con poca atención a la estructura del mercado, a uno en el que la opinión dominante es que el precio predatorio es un problema complejo.

En su forma más ortodoxa, “el precio predatorio” se refiere a un comportamiento de retirar rivales del negocio a través de la venta a un precio por debajo del coste. La intención del predador –y la única intención que puede convertir al precio predatorio en racional, es el comportamiento que maximiza el beneficio- es fijar precios de monopolio

---

<sup>1254</sup> *United States v. Standard Oil Co.*, 173 F. 177, 192 (C.C. E.D. Mo. 1909)

<sup>1255</sup> Ley Clayton promulgada en 1914.

<sup>1256</sup> *AKZO Chemie BV v Commission*, Case No. C-62/86 [1991] ECR I-3359; [1993] 5 C.M.L.R. 215, ECJ.

<sup>1257</sup> *United States v. Standard Oil Co.*, 173 F. 177, 192 (C.C. E.D. Mo. 1909)

después que los rivales han sido eliminados o disciplinados. El precio predatorio es analizado bajo las leyes antitrust como monopolización ilegal o la intención de monopolizar bajo la sección 2 de la Ley Sherman, o algunas veces como una violación de la sección 2 de la Ley Clayton.<sup>1258</sup>

a.- El caso *Standard Oil*

El primer antecedente, fue el caso del monopolio o “Trust” de *Standard Oil*<sup>1259</sup> de John D. Rockefeller, donde, de forma generalizada se estableció que la implicada incurrió en “precio predatorio”. La forma particular de precio predatorio en que el “Trust” supuestamente había incurrido fue lo que usualmente se refiere como “discriminación geográfica en el precio” o “recorte de precio a nivel local”. Estos términos se refieren al caso de una empresa que teniendo poder de monopolio en un número de mercados locales, vende su producto por debajo del coste en diferentes mercados locales, en los que todavía no tiene un monopolio. Después que sus competidores han sido retirados de estos mercados al ser obligados a vender por debajo del coste por un tiempo prolongado, el monopolista eleva su precio en el mismo al nivel de monopolio y eventualmente recupera las pérdidas incurridas en el período de venta por debajo del coste. Siendo posible la venta del mismo producto a precios diferentes en áreas diferentes sin que se fijen precios por debajo del coste en ningún área, o la venta por debajo del coste en todas las áreas. Sin embargo, el recorte del precio en un mercado local a un nivel por debajo del coste, para eliminar competidores, es la forma más simple y común de precio predatorio.

El Tribunal Supremo estableció que *Standard Oil* había efectuado recorte de precio local, sin embargo no precisó si fue precio predatorio condenado por la sección 2 de la Ley Sherman. Y tres años después el Congreso promulgó la Ley Clayton<sup>1260</sup> en parte en respuesta a las ambigüedades detectadas en el pronunciamiento del Tribunal Supremo en este caso, incluyó como sección 2 de la Ley una norma prohibiendo a los vendedores “discriminar en precio entre diferentes compradores, cuando el efecto de esta discriminación sea disminuir sustancialmente la competencia o crear un monopolio en cualquier línea de comercio”. Con ello abarcaba el tipo de discriminación en el precio por áreas, en que había incurrido el Trust Standard Oil. La sección 2 de la Ley Clayton fue modificada por la Ley Robinson-Patman<sup>1261</sup>, que permitió un control más efectivo

---

<sup>1258</sup> Herbert Hovenkamp. “Federal Antitrust Policy”. 2<sup>nd</sup>. Ed. Hornbook Series. Minnesota. EEUU. 1999.

<sup>1259</sup> 221 U.S. 1,43 (1911)

<sup>1260</sup> Ley Clayton promulgada en 1914.

<sup>1261</sup> U.S.C.A. 15 § 13 (a) la Ley Robinson Patman fue promulgada en 1936.

de los casos de discriminación en el precio anticompetitivos y que pueden ser predatorios.

El caso *Standard Oil* ha sido motivo para que la doctrina planteara la racionalidad del precio predatorio. McGee<sup>1262</sup> analizó el caso en 1958, quien encontró pocas indicaciones en el juicio de que había ocurrido predación, estableció que una estrategia predatoria por una empresa dominante como *Standard Oil* contra un rival más pequeño habría sido económicamente irracional en vista de su mayor cuota de mercado sobre la que el predador debe recortar su precio. Reconociendo que el predador no puede sostener las pérdidas indefinidamente, la víctima no será inducida a dejar el mercado. Ni carecerá de fondos la víctima ya que los mercados de capital pueden suministrarle fondos a una empresa eficiente. Pero incluso si el predador puede retirar a la víctima del mercado, el predador gana muy poco cuando subsecuentemente intente elevar el precio ya que otra empresa podría abrir de nuevo la planta que cerró.

b.- El caso *UTAH Pie Co.*

Con la vigencia de la Ley Clayton, los tribunales condenaron frecuentemente los casos de precio predatorio, los demandantes podían algunas veces establecerlo mediante la demostración que la empresa demandada tenía posición de dominio, la víctima era una empresa pequeña, los precios en el área predada fueron hacia abajo y que la implicada intentó dañar a sus rivales.<sup>1263</sup>

De modo que la aplicación de la ley se dirigió esencialmente a proteger a empresas pequeñas del recorte de precio efectuado por los grandes vendedores. El recorte del precio discriminatorio efectuado por grandes vendedores que competían en varios estados, que dañaban a empresas rivales locales, acompañado por la intención predatoria era virtualmente ilegal per se.

Uno de estos casos fue el caso *Utah Pie Co.*<sup>1264</sup>, en 1967, el Tribunal Supremo condenó la conducta de precio de tres empresas panaderas minoristas que operaban en muchos mercados geográficos, cada una de ellas tenía menos del 20% del mercado relevante y la cuota de mercado de la demandante era de casi el 50%. En el área de Salt Lake City estaban en una competencia feroz con una empresa local pequeña, Utah Pie Co., que sólo operaba localmente. Las tres empresas nacionales vendían productos de panadería a precios más bajos en Salt Lake City en comparación a otras zonas, vendiendo a

---

<sup>1262</sup> John McGee, "Predatory Price Cutting: The Standard Oil Case", *Journal of Law and Economics* Vol. 1, pág. 137 (1958).

<sup>1263</sup> Herbert Hovenkamp. "Federal Antitrust Policy". 2<sup>nd</sup>. Ed. Hornbook Series. Minesota. EEUU. 1999.

<sup>1264</sup> *Utah Pie vs Continental Baking Co.*, 386 U.S. 685 (1967).

precios por debajo de sus costes, durante este tiempo, la cuota de mercado de Utah Pie Co. cayó sustancialmente, pero al final como consecuencia de la competencia en el precio, todavía mantenía un 45% de mercado obteniendo beneficios durante el período cuestionado. Las tres demandadas compitieron activamente por los clientes, no sólo con la demandante, sino también entre ellas. La infracción de las demandadas consistió en vender tartas en el mercado de Salt Lake City a un precio más bajo que el que vendían en otras ciudades. El Tribunal nunca explicó lo que habría sucedido si las tres demandadas hubieran retirado a la demandante del negocio, resultando que todavía se hubieran encontrado en competencia entre ellas. Además, el Tribunal no discutió la relación entre los precios de las demandadas y sus costes, excepto observar que algunos precios estuvieron “por debajo del coste”. En *Utah Pie* el Tribunal Supremo casi claramente utilizó la Ley Clayton para condenar la competencia intensa más que la predación. El resultado fue proteger la posición de monopolio de la demandante y obligar a los consumidores a pagar un precio más alto, el Tribunal estableció que el declive de la estructura de precio había disminuido la competencia como resultado de precio discriminatorio de las empresas nacionales.

#### c.- El caso *Matsushita*

Casos como *Utah Pie Co.*, incrementaron el escepticismo sobre la frecuencia con que ocurre el precio predatorio lo que condujo a los tribunales a desarrollar criterios de juzgamiento más estrictos. El clima de aplicación cambió radicalmente con la publicación de un artículo académico en 1975 por los profesores Areeda y Turner, que hoy se conoce como “el test Areeda-Turner”<sup>1265</sup>, que planteó un estándar único *per se* basado en el coste variable promedio<sup>1266</sup> que ha reemplazado la vaga mezcla de los factores anteriormente utilizados. El test produjo un impacto inmediato en los tribunales, lo que ocasionó que las demandas basadas en predación cayeran drásticamente hasta la actualidad.<sup>1267</sup>

El test se planteó por primera vez por el Tribunal Supremo en *Matsushita*<sup>1268</sup>, si bien tribunales inferiores ya adoptaron una u otra de las versiones del test de Areeda-Turner. Se trataba de la demanda de unos fabricantes de aparatos de televisión americanos

---

<sup>1265</sup> Phillip Areeda and Donald F. Turner. “Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act” En *Harvard Law Review*. 1975. Pp.697 y ss. Vol. 88.

<sup>1266</sup> El coste promedio por unidad de la producción del producto excluyendo los costes fijos

<sup>1267</sup> Herbert Hovenkamp. “*Federal Antitrust Policy*”. 2<sup>nd</sup>. Ed. Hornbook Series. Minesota. EEUU. 1999. Bolton, Patrick, Brodley, Joseph F. , Riordan, Michael H. Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy En: *Georgetown Law Journal*. 1999

<sup>1268</sup> *Matsushita Electric Industrial Col, Ltd. Et al v. Zenith Radio Corporation et al.*, 475 US 574 (1986).

contra las empresas competidoras japonesas. Zenith planteó que las empresas japonesas conspiraron y vendieron sus productos por debajo de los costes en los Estados Unidos, mientras vendían los productos similares en Japón a precios más altos que sus niveles de coste con el objeto de hacer un subsidio cruzado a la pérdida de las ventas en Estados Unidos.

El Tribunal rechazó estas demandas como económicamente no basadas en la realidad, utilizando lo que ahora se denomina el análisis estándar de la recuperación. Porque el demandante estaba planteando que el precio predatorio junto con la conspiración habían sido conducidos durante un período de 20 años, los demandados, incluso cuando eventualmente hubieran tenido éxito en la intención de monopolizar, nunca estuvieron dispuestos a recuperar las pérdidas que tenían que sostener durante todo ese período. El Tribunal estableció que cualquier teoría realista de predación reconoce que el predador incurre en pérdidas que él considera como una inversión para obtener beneficios monopólicos futuros. Debe esperar el flujo futuro de beneficios, descontado apropiadamente, para exceder durante ese tiempo la pérdida de ingresos. Entonces, el demandante en un caso de precio predatorio debe demostrar que el predador estará dispuesto a mantener el poder de monopolio por el tiempo suficiente para recuperar las pérdidas y cosechar alguna ganancia adicional. De otro modo los entrantes nuevos llevarán el precio hacia abajo de nuevo o impedirán que se eleve.

Además, el Tribunal definió el precio predatorio como precio por debajo del nivel necesario para vender sus productos o precio por debajo de alguna medida de coste, reconociendo la controversia circundante al problema del coste, pero declinando en plantear una solución.

A través de este caso, el Tribunal reveló el rol importante que debe desempeñar la recuperación en el análisis del precio predatorio.

#### d.- *Cargill*

Aunque se trata de un caso de concentración de empresas, la cuestión está directamente relacionada con el precio predatorio, en cuanto que Excel Corporation, el segundo empaquetador más grande en el mercado y Spencer Beef, el tercero en el mercado, respecto a los que *Cargill*<sup>1269</sup> alegó que estaba amenazado con una pérdida de beneficios por la posibilidad que Excel, después de la concentración, bajaría sus precios en un nivel igual o encima de sus costes en una intención de incrementar su cuota de mercado. Durante el juicio, Excel planteó la desestimación en el fundamento que habían fallado

---

<sup>1269</sup> 479 U.S. 104 (1986)



en alegar o demostrar que sufrirían un perjuicio antitrust, pero el Tribunal de Distrito denegó la moción. Después del juicio, el Tribunal del Distrito estableció que las alegaciones de los demandantes de un “ahorcamiento del coste-precio” que estrecharía severamente sus márgenes de beneficio constituían un argumento de daño antitrust. El Tribunal de Apelaciones confirmó, manteniendo que esta alegación no era simplemente de daño a la competencia, sino una cuestión de daño mediante una forma de precio predatorio en que Excel retiraría a otras empresas del mercado.

En *Cargill*, -que se enfocó en la relación entre precio y coste y el rol central que juega la recuperación y que implicó una estrategia exitosa de predación-, se contiene una discusión extensa de por qué el precio predatorio en muy pocas ocasiones tiene éxito. En particular, el Tribunal subrayó dos obstáculos significativos para una estrategia de predación exitosa que a menudo no se produce. Primero, “para tener éxito en una campaña sostenida de precio predatorio, un predador debe estar dispuesto a absorber la cuota de mercado de sus rivales, una vez que los precios han sido recortados”.<sup>1270</sup> Segundo, “también es importante examinar las barreras a la entrada en el mercado, porque “sin barreras a la entrada presumiblemente sería imposible mantener precios supracompetitivos durante un período de tiempo extendido”<sup>1271</sup>

Tres años después, los profesores Elzinga y Mills<sup>1272</sup> propusieron que la factibilidad de la recuperación sería utilizada como un complemento del requerimiento de la regla del precio por debajo del coste variable promedio. Según su test de la factibilidad de la recuperación, cuando una estrategia predatoria es una inversión económicamente no factible, como se juzga por los parámetros de la recuperación que implica el plan, entonces el supuesto predador es exonerado. Elzinga y Mills consideraron este “test de la inversión” como “una verificación en la consistencia interna” de las alegaciones de un demandante. Establecieron que en el precio predatorio, “la pérdida a corto plazo del predador es una inversión en los beneficios de monopolio futuros”. Consecuentemente, “el precio predatorio es atractivo para una empresa buscando beneficios sólo donde espera suficientes beneficios de monopolio para obtener una ganancia sobre su inversión en predación que iguale o exceda el margen de interés que habría obtenido en inversiones alternativas”. En particular, “si puede demostrarse que una empresa no tiene posibilidad razonable de recuperar sus pérdidas y beneficiarse de su inversión, entonces la demanda debe ser desestimada.”

---

<sup>1270</sup> Idem. En 119 n. 15

<sup>1271</sup> Idem. En 120 n. 15.

<sup>1272</sup> Keneth G. Elzinga y David E. Mills, “Testing for Predation: Is Recoupment Feasible?” *Antitrust Bulletin*. Vol. 34, pág. 869 (1989).

e.- El caso *Brooke Group*

El mismo enfoque siguió el Tribunal Supremo en *Brooke Group c. Brown y Williamson*<sup>1273</sup>: en los casos de precios predatorios, deben ser considerados, primero las probabilidades de futuro precio supracompetitivo y la recuperación de las pérdidas por el predador, antes de proceder a los cálculos de coste y a la declaración de la ilegalidad de estos esquemas como dañinos y anticompetitivos.

El caso Brooke se originó en la industria altamente concentrada de los cigarrillos, donde seis empresas dominaban el mercado. Philip Morris, ostentaba el 40% del mercado y R.J. Reynolds tenía casi el 28%, mientras que la implicada Brown & Williamson (B&W) era la tercera empresa con una cuota de mercado de casi el 12%. La demandante Liggett & Myers (Liggett), inicialmente el Grupo Brooke, era una pequeña empresa y tenía una cuota de mercado del 2,3% al principio del período. La industria era un oligopolio clásico, con precios moviéndose en un precio cerrado en incremento en dos ocasiones al año. Sin embargo, la demanda global para los cigarrillos estaba bajando como resultado de las controversias sobre sus repercusiones negativas en la salud y las empresas estaban desarrollando un exceso de capacidad sustancial. En 1980 Liggett introdujo un cigarrillo genérico y no publicitado vendido en un envase simple blanco y negro que fijó por casi el 30% menos que el precio general. De donde resultó una situación de competencia en precio sin precedentes en esta industria de oligopolio estrecho y tuvo éxito inmediatamente. Los otros oligopolistas se sintieron obligados a responder de modo similar. Primero, R.J. Reynolds re empaquetó una de sus marcas como un genérico y también recortó el precio. Luego el demandado B&W entró con el paquete genérico en una caja idéntica a la caja de Liggett y empezó a recortar el precio de Liggett. Durante la guerra de precios que duró 18 meses, B & W recortó sus precios sustancialmente, supuestamente a un nivel inferior al coste promedio variable. El caso fue implementado con la evidencia de un memorándum en el que el propósito de B&W fue disciplinar a Liggett y obligarlo a colocar su precio por encima del nivel que existía en el oligopolio. Eventualmente B & W tuvo éxito ya que Liggett no pudo sostener el precio por debajo del coste. Luego el precio de los cigarrillos genéricos se elevó y se estabilizó en los niveles del oligopolio, casi por debajo del precio de los otros cigarrillos pero a un descuento mucho más pequeño que el previo. Liggett en aplicación de la Ley Robinson Patman presentó demanda basada en los recortes de precio de B & W, alegando que fueron efectuados a través de los descuentos promocionales concedidos a

---

<sup>1273</sup> Brooke Group Ltd. V. Brown & Williamson Tobacco Corp. 1993-1 Trade Cas. 70,277.

diferentes distribuidores en grados variables; como resultado hubo “discriminación en el precio” o dos precios diferentes. El caso se resolvió sosteniendo esencialmente que la cuota de mercado de B&W del 12 % no hacía factible la predación.

El Tribunal Supremo confirmó el caso aunque sobre fundamentos diferentes. Empezó con la premisa que la Ley Robinson-Patman debe ser interpretada en una forma consistente con las otras leyes. Como resultado, la cuestión fundamental en la Ley Sherman y la Ley Robinson-Patman en casos de precio predatorio era la misma: ¿Indica la evidencia que el demandado incurrió en precio predatorio con la esperanza razonable que los precios actuales por debajo del coste estarían más que compensados por precios de monopolio en el futuro? La diferencia importante era que la Ley Sherman, que condena la conducta de “monopolización”, se enfoca en conducta de empresa única calculada para conseguir beneficios de monopolio. Por contraste, el lenguaje de “competencia sustancialmente reducida” de la Ley Robinson Patman permite otros tipos de resultados anticompetitivos, tales como la predación que facilitaría o preservaría la coordinación de precio oligopolística.<sup>1274</sup>

La decisión *Brooke* estableció un nuevo esquema para el análisis del precio predatorio. Primero, el precio predatorio requería la prueba del precio por debajo del coste, pero el Tribunal no abrazó un test de coste particular como el del coste variable promedio del test Areeda-Turner. Sin embargo, claramente, un precio no podía ser predatorio a menos que estuviera por debajo de alguna medida de coste o incluso “alguna medida de incremento de coste”<sup>1275</sup>. Segundo y más importante, el precio predatorio requería la prueba de una peligrosa posibilidad de la recuperación, o bajo la Ley Robinson-Patman una probabilidad razonable, que el predador puede elevar el precio posteriormente en una medida suficiente para recuperar su inversión en precio por debajo del coste.<sup>1276</sup>

La recuperación es el factor nuevo en *Brooke* y la elaboración de sus requerimientos proporciona el elemento agregado de prueba que dispone *Brooke*. La prueba de la recuperación requiere no sólo que el precio por debajo del coste excluya o discipline a

---

<sup>1274</sup> Herbert Hovenkamp. “Federal Antitrust Policy”. 2<sup>nd</sup>. Ed. Hornbook Series. Minesota. EEUU. 1999.

<sup>1275</sup> *Brooke*, U.S. 509 en §223

<sup>1276</sup> Recordemos que el precio predatorio puede ser enjuiciado bajo la Sección 2 de la Ley Sherman (U.S.C. 15 §2) o la Ley Robinson-Patman (U.S.C. 15 §13). Mientras la esencia de las demandas de precio predatorio es la misma bajo ambas leyes, difiere el estándar de prueba. *Brooke* fue implementado bajo la Ley Robinson Patman, que requiere sólo una “probabilidad razonable” de daño sustancial a la competencia, mientras que la Ley Sherman requiere la prueba de una “probabilidad peligrosa” de monopolización. Así, la Ley Robinson-Patman cubre la predación que crea o mantiene las condiciones de oligopolio que permite la colusión tácita sin acuerdo explícito. Los requerimientos jurisdiccionales de la Ley Robinson Patman son más limitativos que los de la Ley Sherman ya que las ventas predatorias deben implicar discriminación de precio entre diferentes compradores, o entre compradores en diferentes regiones geográficas y deben estar en el comercio entre los estados, distinto de la simple afectación de este comercio.

la víctima de la predación, que fue requerido bajo la ley anterior, sino también la prueba que el predador estará dispuesto a elevar el precio por encima del nivel competitivo (capacidad de recuperación) por un tiempo suficiente para compensar al predador por su inversión predatoria (suficiencia en la recuperación). El requerimiento de la recuperación difiere ligeramente el precio predatorio de otras conductas predatorias o de exclusión, donde la inferencia del daño a la competencia es extraída de la propia conducta de exclusión y de la estructura de mercado. La recuperación requiere la demostración que la conducta predatoria será rentable. Más específicamente, el demandante debe demostrar: la recuperación real de su inversión predatoria a través de precio supra competitivo, o, que el poder de precio incrementado u otras condiciones económicas hagan probable la recuperación. Como una precondition necesaria, el Tribunal subrayó que el requerimiento de la recuperación podía estar satisfecho sólo si la estructura de mercado facilitó la predación, que requeriría: la prueba de la concentración del mercado, de las barreras a la entrada y, la capacidad de absorber la cuota de mercado de la víctima. Si estas condiciones no se cumplen, no hay predación. En *Brooke* el Tribunal Supremo confirmó que el demandante había fallado en demostrar que el precio podía ser elevado por encima del nivel competitivo. Así, el Tribunal nunca alcanzó la cuestión de la suficiencia en la recuperación. Sin embargo, el lenguaje de *Brooke* dispone que el demandante demuestre que la probabilidad de incremento del precio predatorio sería “suficiente para compensar por las cantidades gastadas durante la predación, incluyendo el valor tiempo del dinero invertido en ello”.<sup>1277</sup>

Una interpretación demasiado literal de este lenguaje complicaría considerablemente los casos de precio predatorio. Sin embargo al examinar los hechos, el Tribunal dejó claro que el elemento de la recuperación puede estar satisfecho mediante la demostración alternativa que el esquema predatorio en realidad produjo precios supracompetitivos sostenidos, o que era probable de haber causado este resultado, incluso cuando realmente no fue así. Así, la evidencia de la probabilidad que persista el precio incrementado (recuperación parcial) o simplemente que se intensifique una estructura de mercado anticompetitiva u otras condiciones de mercado (capacidad de recuperación) serían suficientes.

Sin embargo, claramente el Tribunal aplicó un estándar de prueba exigente a la evidencia específica ofrecida en el caso. Los hechos en *Brooke* eran inusuales en que el supuesto predador no era una empresa dominante única, sino un fabricante de cigarrillos

---

<sup>1277</sup> Caso *Brooke*, citado §226

relativamente pequeño que ostentaba el 12% de cuota de mercado, aunque el mercado en si mismo estaba altamente concentrado.<sup>1278</sup>

f.- Las Directrices del Departamento de Transportes.

Quizás el desarrollo más sorprendente desde el caso *Brooke* han sido las Directrices del Departamento de Transportes de Estados Unidos,<sup>1279</sup> que reconocen explícitamente el precio predatorio como un problema estratégico y permite la prueba de la recuperación basada en los efectos de la reputación<sup>1280</sup>. Las Directrices se enfocan en la capacidad de una de las grandes aerolíneas que ostente una posición de dominio en una red aérea neurálgica en una ciudad para excluir a la competencia real y potencial entre la ciudad que es un nudo aéreo neurálgico y las demás ciudades que se conectan directamente.

El mecanismo estratégico observado es una expansión drástica de la capacidad y la bajada de precios por una aerolínea localmente dominante en respuesta a la entrada nueva de una aerolínea independiente.

Utilizando la definición económica del precio predatorio, las Directrices identifican como predatoria cualquier respuesta por una aerolínea dominante a la entrada nueva en

---

<sup>1278</sup> El Tribunal Supremo planteó que no podía que establecerse una coordinación de precio oligopolística que había producido un precio supracompetitivo, ni que hubo una probabilidad de que esto ocurriera. El Tribunal observó que el precio supracompetitivo a través de la coordinación tácita era improbable en general y particularmente improbable bajo los hechos del caso debido a la incertidumbre del precio causado por múltiples variedades de producto y el comportamiento de conceder rebajas sobre listas de precios, la incertidumbre de la demanda creada por la introducción de cigarrillos sin marca, diferente de los incentivos entre los demás fabricantes, la ausencia de evidencia demostrando que las señales de precio entre fabricantes era entendida y que fue correcta la denegación del caso basado en que hubo colusión tácita con sus competidores ya sea voluntaria u obligada. Como resultado, “en general, la cooperación tácita entre oligopolistas debe ser considerada como los medios menos probables de recuperar pérdidas predatorias.” *Brooke*, § 237. Véase Herbert Hovenkamp. “Federal Antitrust Policy”. 2<sup>nd</sup>. Ed. Hornbook Series. Minesota. EEUU. 1999.

<sup>1279</sup> U.S. Department of Transportation. “Competition in the U.S. Domestic Airline Industry: The Need for a Policy to prevent Unfair Practices (1998) Docket OST-98-3713 “DOT Propolsal”, 7 Trade Reg. Rep. (CCH) para 49,227, 49, 228-229. 1990. Véase también U.S. Department of Transportation (2001): “Enforcement Policy Regarding Unfair Exclusionary Conduct in the Air Transportation Industry: Findings and Conclusions on the Economic, Policy and Legal Issues”. El Transportation Research Board revise 32 demandas recibidas por el Departamento de Transportes norteamericano entre marzo de 1993 y mayo de 1999 de nuevas aerolíneas entrantes sobre comportamientos de exclusión desleales. Ver “Entry and Competition in the U.S. Airline Industry: Issues and Opportunities” Transportation Research Board. National Research Council, Special Report.225, Julio 1999. Apéndice C. De acuerdo a este documento, el Congreso norteamericano ha dado al Departamento de Transportes la responsabilidad de impedir comportamientos anticompetitivos en la industria de la aerolínea, incluso cuando no violen las leyes antitrust.

<sup>1280</sup> Los efectos de la reputación pueden ser logrados por una empresa que participa en mercados múltiples o durante períodos múltiples, donde sería racional para la empresa dominante ‘invertir’ en una reputación de ser un competidor rudo y querría sacrificar más beneficios que lo que parecería racional si sólo es tomado en cuenta un mercado o un período. Esta argumentación requiere la evidencia que no sólo exista en mercados múltiples o múltiples períodos, sino que la empresa dominante persiga con tal estrategia un efecto de reputación y que los entrantes potenciales (sucesivos) puedan observar las condiciones adversas impuestas sobre ellos o la salida de la víctima actual. Véase §119 del Documento de la Comisión.

uno o más de sus mercados locales en la red aérea neurálgica, persigue una estrategia de recortes de precio o incrementa capacidad, o ambas, lo que ocasiona: (1) que la empresa renuncie a más ganancias que toda la capacidad que los nuevos entrantes habrían obtenido de ello, o (2) resulta en beneficios de operación más bajos –o en mayores pérdidas de operación.- en el corto plazo que la estrategia alternativa razonable de competir con el nuevo entrante.

La política propuesta por el Departamento de Transportes también se enfocó en una comparación de las ganancias obtenidas a través de la estrategia adoptada y aquellas que habrían sido obtenidas a través de una respuesta alternativa razonable.

Desde el punto de vista estratégico, la cuestión más importante sobre las nuevas Directrices es su confianza en los efectos de la reputación para demostrar la recuperación –es decir, las ganancias que espera obtener el predador de disuadir la entrada futura por otras aerolíneas. Así, si el predador sufre pérdidas sostenidas en un mercado local competitivo, esta recuperación en el mercado local parece dudosa, la evidencia que la predación disuadió a la entrada futura en el mercado local o en otros mercados monopolizados por el predador podría establecer presumiblemente la recuperación.

Además las Directrices se basan en la medida de los ingresos brutos para identificar la predación. Esta sustitución del test del coste tradicional estaría justificada debido a las características especiales de los mercados de la industria de los vuelos aéreos que hacen de la expansión de la producción una estrategia de predación particularmente efectiva. La movilidad de los activos, incluyendo la capacidad en el alquiler de aviones, permite una expansión rápida de la capacidad en los mercados locales competitivos<sup>1281</sup>

Entonces las Directrices intentan no definir el precio predatorio bajo una formulación legal única, sino identificar la estrategia predatoria particular efectuada por la implicada en los mercados locales de los vuelos aéreos, lo que es cuestionable ya que un estándar de coste proporciona una base segura para la planificación comercial.

Una Operadora de Coste Bajo o “Low Cost Carrier” (LCC) difiere de una operadora de red neurálgica o “network carrier”, en que la LCC intenta mantener sus costes bajos porque no ofrece servicios adicionales (no hay servicio de comida, o si la hay, los viajeros tienen que pagarla; no hay selección adelantada del asiento, no proporcionan auriculares, o no hay proyección de películas, no tiene sala de espera en el aeropuerto) y posiblemente tampoco tienen un plan de vuelos frecuentes y también tendrá trabajadores flexibles que no estén sindicalizados e intentará conseguir los vuelos de

---

<sup>1281</sup> Ibidem.

regreso rápidos para sus aviones, también operará con un solo modelo de avión y mantendrá bajos los costes de entrenamientos de los pilotos y los costes de mantenimiento.

Tradicionalmente, cuando una LCC accede al mercado, típicamente fijará precios por sus billetes que sean sustancialmente más bajos que los operadores de la red neurálgica, quienes responderán con precios más bajos, quizás igualándolos para algún grupo de asientos en cada vuelo. El operador de la red neurálgica incrementará la capacidad de su vuelo para cada ruta.

Las respuestas de los operadores de la red neurálgica a los LCC darán origen a demandas de los nuevos entrantes contra aquellos.

No obstante, los economistas Bamberger y Carlton analizaron el grado de competencia a lo largo de los años 90 y concluyeron: “En nuestra opinión no existe evidencia que haya existido predación por los grandes operadores neurálgicos contra los operadores de bajo coste o “low cost carriers” ya que la entrada, fue sistemática y exitosa durante la mitad de los años 90. Efectivamente, consideramos que los operadores de bajo coste continuaron entrando en los tramos pares origen y destino: “origin and destination pairs” (O&D) a lo largo de los años 90 y aquellas entradas fueron típicamente exitosas. Además, consideramos que el continuo crecimiento de los operadores de bajo coste después de 1999 no está asociado con respuestas a la entrada con precio menos agresivo por las grandes aerolíneas en comparación a los años iniciales. Aunque nuestro análisis no puede desestimar casos aislados de conducta predatoria, la evidencia demuestra que el tipo de respuestas en los precios de los billetes a que se refieren las críticas de prácticas de precio por los grandes operadores son relativamente raros y también ocurrieron en respuesta a la entrada y la salida por los grandes operadores. Así, la pretensión que la competencia en la industria aérea fue desanimada en la mitad de los años 90 debido a que los grandes operadores fijaron sistemáticamente precio predatorio es inconsistente con la evidencia empírica.”<sup>1282</sup>

El desafío para distinguir conducta agresiva de predación en la industria de las aéreas, para un test de precio predatorio consiste en por un lado considerar la medida de precio o ganancia apropiada y por otro lado la medida de coste a ser utilizada para los propósitos del test por debajo del coste. Una interpretación literal del test por debajo del coste para el ámbito de la predación en aerolíneas es que se debe comparar el precio del billete con el coste variable promedio de transportar un pasajero. Sin

---

<sup>1282</sup> Gustavo E. Bamberger y Dennis W. Carlton. “Predation and the Entry and Exit of Low-Fare Carriers”. En *Advances in Airline Economics*” Vol. 1. Darin Lee (Editor) 2006.

embargo, las aerolíneas transportan pasajeros pagando una variedad de precios de billetes diferentes y sólo un pequeño número de billetes serían precios irracionalmente bajos. Incluso entonces, dado que todos los costes comunes son excluidos por un test para la predación en el nivel del asiento, es improbable que el precio sea predatorio (incluso cuando ello ocasione pérdidas económicas en sus rivales). La cuestión permanece respecto a las medidas apropiadas de ganancias y costes a ser utilizadas por el test

g.- *American Airlines*

Vigentes las anteriores Directrices, el 13 de mayo de 1999, el Departamento de Justicia norteamericano, interpuso una demanda contra AMR Corporation y sus subsidiarias American Airlines Inc. y AMR Holding Corporation, por infracción de la Sección 2 de la Ley Sherman<sup>1283</sup>, que supuestamente durante 1990 había incurrido en recorte de precio predatorio para mantener los costes bajos de los rivales Vanguard Airlines, Sun Jet y Western Pacific, -todos operadores de coste bajo “low cost carriers” LLC-que competían en su red aérea de Dallas-Fort Worth, donde AMR tenía su centro de operaciones neurálgico, utilizando tácticas como el recorte de precios, expandiendo capacidad como el incremento del número de vuelos en cuatro de las rutas que tenían su origen en su red de Dallas-Fort Worth y entrando de nuevo en una ruta que había abandonado previamente. Al mismo tiempo AMR bajó sus billetes y en general igualó sus billetes a los de los operadores de coste bajo y facilitó más asientos disponibles a precios más bajos al remover las restricciones para algunos billetes y para monopolizar las otras rutas a través de su reputación de predación.

A pesar de que American Airlines ostentaba el 70% de cuota de mercado del tráfico de pasajeros en la ruta, sin embargo, en abril de 2001, el Tribunal del distrito federal desestimó la demanda de la División Antitrust del Departamento de Justicia basándose en la aplicación del test del caso *Brooke*, afirmando que *American Airlines*, no había incurrido en precio por debajo del coste, señalando que la División había fallado, primero, en demostrar que el precio estaba por debajo del coste y segundo, en proponer evidencia objetiva que demuestre que hubo una probabilidad peligrosa por la que American Airlines recuperaría sus pérdidas<sup>1284</sup>.

---

<sup>1283</sup> U.S. v AMR Corp. et alia, F. Supp. 2d. 1141. 2001-1 Trade Cases, (D.Kan.Apr.2001). La decisión fue apelada y el Décimo Circuito de Estados Unidos confirmó la decisión. U.S. v. AMR Corp. 335 F. 3d. 1109 (10th. Cir. 2003)

<sup>1284</sup> U.S. v AMR Corp. et alia, 2001-1 Trade Cases, (D.Kan.Apr.2001)



Una cuestión que quedó patente en este caso fue la arbitrariedad en considerar qué costes son fijos y qué costes son evitables al aplicar el test de precio predatorio<sup>1285</sup>

h.- El caso *Spirit Airlines c. Northwest Airlines Inc.*

En el caso *Spirit Airlines c. Northwest Airlines Inc.*<sup>1286</sup> el tribunal de apelaciones, ha admitido recientemente la procedencia del juicio sobre demanda de monopolización por precio predatorio, cuestionando la respuesta agresiva por Northwest Airlines Inc, a la entrada de Spirit Airlines en Detroit. Se trata del mercado de las aerolíneas y los vuelos aéreos, en los que la caracterización de los costes es más difícil.

Northwest Airlines era la mayor aerolínea con área central de operaciones y una posición extremadamente fuerte en su central de Detroit. Spirit Airlines, una aerolínea de bajo coste con base en Detroit, en 1995 empezó a ofrecer el vuelo Detroit-Philadelphia a 49 \$ y el vuelo Detroit-Boston a tarifas entre 69\$ y 109\$, en el momento que Northwest (que se fue a la quiebra) era la aerolínea dominante en cada mercado con un 89% de cuota de mercado en la ruta Detroit-Boston y una cuota de mercado del 70% en la ruta Detroit-Philadelphia, además, Northwest controlaba 64 de las 78 puertas de embarque en Detroit con alquileres de largo plazo.

Northwest respondió a Spirit (1) reduciendo drásticamente sus propias tarifas para igualar a los precios de Spirit, (2) hizo un porcentaje de incremento de sus asientos disponibles a estos precios, (3) e incrementó sustancialmente su capacidad en la ruta con vuelos nuevos y aviones más grandes. Muchos meses más tarde, Spirit abandonó las rutas Detroit-Boston y Detroit-Philadelphia. Después de la salida de Spirit, Northwest incrementó considerablemente sus tarifas, a niveles iguales o incluso por encima de los niveles que había fijado en momentos anteriores a la entrada de Spirit en el mercado.

El Tribunal rechazó la demanda de Spirit en cuanto que el mercado relevante estaba limitado a los pasajeros de tarifa baja o tarifa de turista, opuesta a todos los pasajeros locales o los que conectaban con otros vuelos y estableció que los ingresos totales de Northwest en las dos rutas mencionadas excedieron sus costes a través del tiempo de la supuesta predación.

El Tribunal observó era aplicable el test del Tribunal Supremo en el caso del *Grupo Brooke* “dado que el mercado está concentrado considerablemente, las barreras a la entrada son altas, el poder de mercado que tiene el demandado y su capacidad en exceso

---

<sup>1285</sup> Andrew Eckert y Douglas S. West. “Predation in Airline Markets, A Review of Recent Cases” en *Competition Policy and Antitrust*. Editado por Darin Lee.2006

<sup>1286</sup> 6th Circuit in *Spirit Airlines v. Northwest Airlines Inc.*, 431 F.3d 917 (6th Cir. 2005)

y está presente la evidencia de recuperación real.” El tribunal procedió a distinguir el caso de aquel cuando el gobierno perdió en el caso de American Airlines, estableciendo que Spirit había distinguido adecuadamente entre costes fijos y costes variables, basándose en el análisis de la documentación proporcionada por Northwest.

El Tribunal también se basó considerablemente en las demandas de Spirit sobre predación de no precio. Spirit alegó que la expansión de Northwest de su capacidad de vuelo en las rutas Detroit-Boston y Detroit-Philadelphia fue una parte necesaria de su estrategia predatoria. Observando que otras apelaciones de los tribunales federales habían sostenido que unas ventas del demandado por encima de sus costes no finalizan en un análisis de monopolización bajo la Sección 2<sup>1287</sup>, el Tribunal observó que en el juicio el jurado tendría que considerar esta demanda incluso cuando considere que los precios de Northwest excedieron sus costes. Su expansión de capacidad en las rutas en cuestión, podían apoyar un fundamento de conducta de exclusión y por consiguiente de monopolización.

#### i.- El Informe del Departamento de Justicia norteamericano

El Informe se ocupa de la Predación en el Precio en el Capítulo 4<sup>1288</sup>. Considera que una empresa con poder de monopolio puede infringir la sección 2 si se implica en precio predatorio, o en su equivalente en el lado de la compra, la compra predatoria<sup>1289</sup>. Aunque nos referiremos al Informe cuando analicemos los elementos para establecer un precio predatorio, haremos un resumen de sus planteamientos, que vienen a ser un resumen de los elementos generalmente utilizados por el derecho antitrust para caracterizar un precio predatorio.

- Para que prospere una demanda sobre precio predatorio, el demandante debe demostrar que los precios estaban por debajo de una medida apropiada de coste de la implicada en el corto plazo y la demandada tenía una peligrosa probabilidad de recuperar su inversión en precios por debajo del coste.<sup>1290</sup>

- En algunas circunstancias, el precio predatorio puede ser una estrategia racional para una empresa con poder de monopolio que se enfrenta a un competidor más pequeño.<sup>1291</sup>

- Los precios por encima de alguna medida de coste no deben ser considerados predatorios<sup>1292</sup> y por tanto, deben ser legales per se.<sup>1293</sup>

<sup>1287</sup> *Lepage's Inc. v. 3M*, 324 F.3d 141 (3d Cir. 2003), cert. denied, No. 02-1685 (June 30, 2004).

<sup>1288</sup> Págs. 49-75 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano citado.

<sup>1289</sup> La compra predatoria la analizaremos al final del capítulo.

<sup>1290</sup> Pág. 53 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano citado.

<sup>1291</sup> *Ibidem* pág. 57

- Cuando el Departamento pueda determinar el incremento predatorio, generalmente se basará en el coste promedio evitable (AAC)<sup>1294</sup> al determinar si los precios son predatorios. Sin embargo, si el incremento predatorio es indeterminado y el coste promedio evitable es difícil de determinar, el Departamento considerará otras medidas de coste, utilizando al coste variable promedio como su mejor alternativa.<sup>1295</sup>
- El requerimiento de la recuperación sirve como un mecanismo de análisis para identificar las demandas de precio predatorio que no son factibles.<sup>1296</sup>
- La defensa de igualar a la competencia no se debe aplicar en estos casos.<sup>1297</sup>
- Por último, el elemento subjetivo de la intención predatoria, no tiene trascendencia, ni siquiera en aquellos casos en los que haya pruebas claras de la voluntad de excluir a un competidor, ello no implica que el elemento subjetivo no esté presente en los precios predatorios, sin embargo, se llega a esta conclusión mediante el uso de otros elementos objetivos.

### **3.2. Los Precios Predatorios en el Derecho de Competencia Comunitario**

La ilegalidad del precio predatorio se puede tipificar bajo alguno de estos supuestos: 1) Bajo la cláusula general del artículo 82 TCE, apartado primero: los precios predatorios constituirían un supuesto de abuso de posición dominante no contemplado expresa, pero sí implícitamente; 2) bajo la letra a) del artículo 82 del Tratado CE, por tratarse de precios no equitativos; 3) por limitar la producción en perjuicio de los consumidores (artículo 82 TCE, letra b)).

#### **a.- El caso *AKZO***

*AKZO*, un fabricante alemán que ostentaba el 50% de cuota de mercado en la fabricación de los peróxidos orgánicos en Europa, incurrió en conducta sistemática de precio por debajo del coste, recortes de precio selectivo y amenazas, dirigidas a impedir a *ECS*, un competidor pequeño, que originalmente operaba en el mercado inglés de

---

<sup>1292</sup> Ibidem pág. 59

<sup>1293</sup> Ibidem pág. 60

<sup>1294</sup> El Coste Promedio Evitable o Average Avoidable Cost (AAC) según el Informe del Departamento de Justicia Norteamericano sobre la Sección 2 de la Ley Sherman, consiste todos los costes, incluyendo tanto costes variables y costes fijos específicos de producto, que podrían haber sido evitados al no implicarse en la estrategia predatoria.

<sup>1295</sup> Ibidem pág. 67

<sup>1296</sup> Ibidem pág. 69.

<sup>1297</sup> Ibidem pág. 71.

aditivos de la harina de expandirse en el sub mercado relacionado de los plásticos. AKZO amenazó primero a ECS de retirarlo del mercado de los aditivos de la harina y eventualmente ofreció grandes descuentos a los clientes de ECS. ECS demandó ante la Comisión por infracción del artículo 86 (actual artículo 82) CE, quien estableció que AKZO había abusado de su posición de dominio al ofrecer precios por debajo del coste, además de los comportamientos anteriormente invocados.

La Comisión planteó que cae en el ámbito de la prohibición del artículo 86 (actual 82 TCE) cualquier práctica comercial desleal por parte de una empresa dominante intentada para eliminar, disciplinar o disuadir a competidores más pequeños. En este caso, *AKZO* intentó eliminar a ECS como un competidor en el mercado de peróxidos orgánicos, para ello procedió a efectuar un recorte de precio profundo y prolongado, hay otros aspectos de la conducta comercial de *AKZO* que también caen bajo la denominación de comportamiento de exclusión.

La Comisión señaló que el artículo 86 (actual 82 TCE) no establece ninguna regla legal basada en el coste para definir la etapa precisa en que el recorte de precio por una empresa dominante se convierte abusiva y en efecto la amplia aplicación del concepto de abuso a diferentes formas de comportamiento de exclusión van contra un test tan estrecho<sup>1298</sup>

*AKZO* en su defensa planteó la aplicación del test de Areeda y Turner, observando que sólo empresas menos eficientes serán dañadas a través de precio por encima del coste promedio variable. Un nivel más alto que el coste variable significará que competidores menos eficientes permanecerán en el mercado y segundo, que los precios más altos conducirán a una producción más baja y una mala distribución de recursos.<sup>1299</sup>

La Comisión rechazó que el argumento de la aplicación del artículo 82 TCE dependa totalmente de la aplicación mecánica de una regla per se basada en el coste promedio o marginal, no toma en cuenta la necesidad de evitar el daño de una estructura de competencia efectiva. También falla en tomar en cuenta consideraciones estratégicas a largo plazo que residen en el recorte sostenido y que son particularmente evidentes en este caso. Además ignora la importancia fundamental del elemento de la discriminación en aparentar permitir a un fabricante dominante recuperar sus costes totales de sus

---

<sup>1298</sup> §74 y 75 de la Decisión de la Comisión CE de 14-12-1985. *Akzo Chemmie BV, Amersfoort, Pays-Bas*. Citada.

<sup>1299</sup> La Comisión observó que *AKZO* había fallado su propio test ya que los precios ofrecidos para atraer a los clientes de ECS estaban por encima del coste variable o marginal dependiendo de si se considera como “variable” sólo los costes de materia prima y energía. Sin embargo el test de Areeda-Turner incluyen como costes variables los de trabajo, reparación y mantenimiento (que *AKZO* consideraba como fijos, excluyendo de costes variables el coste del capital, inmuebles y otros impuestos no afectados por la producción y la depreciación de la planta. §76 de la Decisión *AKZO*.

clientes regulares mientras hace ofertas tentadoras de precios bajos a clientes rivales. No sólo son las empresas ‘menos eficientes’ las que serán dañadas si una empresa dominante vende por debajo de su coste total pero por encima de su coste promedio variable. Si los precios son considerados en un nivel donde una empresa no cubre sus costes totales, los más pequeños, pero posiblemente más eficientes eventualmente serán eliminadas y la empresa más grande, con mayores recursos económicos –incluyendo la posibilidad de subsidio cruzado- sobrevivirá<sup>1300</sup>.

El elemento importante en la valoración de la determinación agresiva del rival para frustrar sus posibilidades, por ejemplo respecto al margen de crecimiento o los márgenes de beneficio conseguibles, más que si o no la empresa dominante cubre sus propios costes. Así habría un objeto anticompetitivo en el recorte de precio sea o no que la empresa dominante cubra sus propios costes

Si el precio bajo es susceptible de muchas explicaciones, la evidencia de una intención para eliminar a un competidor o restringir la competencia también sería requerido para demostrar una infracción. Esta evidencia existiría en la forma de documentación interna de la empresa dominante que apunte a un esquema para dañar competidores.<sup>1301</sup>

En el caso *AKZO* el TJCE<sup>1302</sup> tuvo la oportunidad de resolver el primer caso comunitario sobre precio predatorio.

El TJCE señaló que el artículo 82 TCE prohíbe que una empresa que ocupa una posición dominante elimine a un competidor y refuerce de ese modo su posición, recurriendo a medios distintos de los que rigen una competencia basada en los méritos. En esta perspectiva, toda competencia por los precios no puede considerarse, sin embargo, legítima.

Así, estableció el enfoque legal actual al precio predatorio consistente en una combinación de test del precio-coste y un test de la intencionalidad basado en la prohibición del abuso de una posición de dominio: los precios por debajo del coste promedio variable (es decir, de aquellos que varían en función de las cantidades producidas) “AVC” (abreviación de su traducción en inglés Average Variable Cost) se presumen ilegales; los precios por encima de AVC pero por debajo del coste promedio total “ATC<sup>1303</sup>” (que comprenden los costes fijos y los costes variables) (abreviación de

---

<sup>1300</sup> Ibidem §77

<sup>1301</sup> Ibidem §79

<sup>1302</sup> *AKZO Chemie BV v Commission*, Case No. C-62/86 [1991] ECR I-3359; [1993] 5 C.M.L.R. 215, ECJ.

<sup>1303</sup> El coste promedio total (en inglés average total cost “ATC”).- Es calculado dividiendo los costes totales de la empresa –costes variables más costes fijos, incluyendo los costes comunes- por el número total de unidades producidas. Los costes comunes son costes fijos que apoyan un número de actividades o líneas de producto. Por ejemplo, el salario de una recepcionista de la empresa es un coste común. Es

su traducción en inglés Average Total Cost) son ilegales cuando están vinculados con la intención de eliminar a un competidor y los precios por encima de ATC son concluyentemente legales<sup>1304</sup>.

El TJCE no pudo evitar un elemento de subjetividad en el área sensible entre AVC y ATC ya que el precio es considerado como predatorio cuando forma parte de una estrategia de negocio dirigida a eliminar al rival. La intencionalidad no debe ser relevante a menos que se materialice en la práctica a través de comportamiento de exclusión sistemático. La intención de la empresa dominante es así identificada objetivamente a través del desarrollo de una estrategia de exclusión positiva.

El TJCE además pareció haber dejado abierta la posibilidad para otros test a ser aplicados y con ello la posibilidad de prohibir diferencias de precio en otros casos si la situación de mercado lo requiere, con el objeto de determinar si la concreta conducta de precio era abusiva. El TJCE estableció simplemente que el test de coste utilizado era apropiado en vista de las circunstancias específicas del caso<sup>1305</sup>. Entonces la propuesta es que el TJCE sostiene una cierta flexibilidad al aplicar la política de competencia contra la conducta abusiva en el precio.

Lo sostenido en *AKZO* sugiere que los precios por debajo de AVC siempre son ilegales, dejando ninguna posibilidad al demandado de ofrecer alguna justificación comercial legítima.

#### b.- El caso *Tetra Pak II*

Tetra Pak, un productor de máquinas y envases de cartón asépticos con una cuota de mercado del 92%, que había permanecido estable durante un tiempo, quiso monopolizar el mercado vecino para la maquinaria y envases de cartón no asépticos, donde la cuota de mercado era más baja (del 50%), incurriendo así en la venta por debajo del coste variable promedio en el precio de su envase de cartón no aséptico “Tetra Rex” en el mercado italiano y para eliminar a su rival Elopak del mercado, además de un grupo de abusos en el mercado para la maquinaria y envases de cartón asépticos y no asépticos, lo que incluyó tanto comportamientos sobre términos y condiciones contractuales y prácticas de precio.

---

una posición esencial, pero no es parte del salario que es ocasionado debido a un único producto específico.

<sup>1304</sup> Ibidem, § 71 y 72

<sup>1305</sup> Ibidem § 73

La Comisión<sup>1306</sup>, tras analizar la rentabilidad del envase “Rex” en Italia, llegó a la conclusión de que se había vendido a precios muy inferiores a su precio de coste, entre un 10 y un 34 por 100 según los años y durante un período largo de siete años.

El análisis demostró que los precios de este tipo de envase no sólo eran inferiores al coste total, sino que también lo eran al coste variable promedio e incluso al coste variable directo medio, la Comisión introduce en este caso un nuevo concepto de coste: el coste variable directo medio.<sup>1307</sup> Son costes directos los que pueden imputarse en su totalidad a un producto determinado. (A los costes directos se oponen los indirectos, que son los que al ser comunes a varios productos, sólo pueden imputarse mediante claves de reparto, lo que siempre implica un cierto margen de arbitrariedad.)

El análisis de costes de la Comisión demostró que los precios de Tetra Pak eran aún más bajos, pues eran inferiores al coste variable directo medio, no sería necesario ningún otro elemento para establecer la existencia de un comportamiento predatorio contrario al artículo 82 del Tratado. Sin embargo, siguiendo los principios establecidos en la decisión *Akzo*, un análisis costes-precio no constituye un test válido para determinar la existencia de precios predatorios, la Comisión demostró la ilicitud o la irracionalidad del comportamiento de Tetra Pak por otras vías. De este modo, comenzó por buscar posibles explicaciones a la política de precios desarrollada por Tetra Pak. Tras reconocer que es difícil que un comportamiento tan opuesto a la lógica de la rentabilidad económica sea producto de un error de gestión en una empresa extremadamente eficiente, la Comisión se planteó si podían darse circunstancias excepcionales independientes de la voluntad de Tetra Pak que pudiesen haberlo forzado a sufrir semejantes pérdidas en la venta del envase “Rex”. El período de tiempo considerado coincide con el de lanzamiento del envase “Rex”, pero esto no puede justificar unas pérdidas tan elevadas durante tanto tiempo, sobre todo si se tiene en cuenta la infraestructura con la que contaba Tetra Pak y su gran implantación en el mercado de envases de cartón.

Tampoco se puede aceptar que la política seguida por Tetra Pak sea una respuesta a la presión sobre los precios ejercida por su competidor y víctima Elopak ya que el envase “Rex” se vendió a precios inferiores en un 30% a los de su principal competidor, el envase “Pure Pak”. Otra de las razones esgrimidas por Tetra Pak fue la voluntad comercial de no repercutir sobre sus clientes las subidas de los precios de las materias

---

<sup>1306</sup> Decisión de la Comisión CE de 24-7-1991. *Tetra Pak II*. DOCE L72/1 de 18.3.92 §148

<sup>1307</sup> §149 Decisión *Tetra Pak II* citada

primas, argumento que resulta difícilmente creíble en una empresa que vende con pérdidas en un mercado que se encuentra en pleno desarrollo.

Ante la falta de cualquier tipo de justificación verosímil para unos precios inferiores al coste variable medio e incluso al coste variable directo medio, la Comisión llegó a la conclusión de que la única racionalidad económica de la conducta de Tetra Pak se encontraba en una estrategia encaminada a eliminar a los competidores.

Sin embargo, durante el período de siete años analizado, el comportamiento de Tetra Pak fue el contrario, manteniendo los precios del envase “Rex” artificialmente bajos. Los elevados beneficios obtenidos en la venta del envase “Brik” aséptico, en los que Tetra Pak ostentaba una posición cuasi-monopolística, le permitían soportar las pérdidas en el mercado “no aséptico”.

Otro elemento importante en la Decisión lo constituyeron los informes del consejo de administración de Tetra Pak Italia.

Ante el TPI Tetra Pak alegó que los precios respondían a las condiciones de lucha comercial encarnizada entre Tetra Pak y Elopak, en el momento de lanzamiento de los envases de cartón Tetra Rex, destinados a competir con los envases de cartón Pure Pak. Sin embargo, Tetra Pak no negaba que al fijar precios muy por debajo, no sólo de su precio de coste, sino también de su coste variable directo medio, se opusiera a la racionalidad económica distinta de la de una estrategia eliminatoria, observó además que la Comisión no había demostrado el elemento de la posibilidad de la posterior recuperación de sus pérdidas. El TPI invocó el test planteado por el TJCE en *AKZO*: Tetra Pak vendía los envases de cartón Tetra Rex no sólo debajo de su precio de coste, sino también de su coste variable directo; y que formaba parte del plan destinado a eliminar a un competidor, la duración de tales prácticas de precios, entre 1976 a 1981. El objetivo era reforzar la posición de Tetra Pak en el mercado de los envases de cartón no asépticos donde ocupaba ya una posición preponderante, sin que sea necesario demostrar de forma específica, que la empresa de que se trata podía esperar razonablemente recuperar las pérdidas sufridas deliberadamente.<sup>1308</sup>

---

<sup>1308</sup> §142 – 143 y 150 de la Sentencia TPI de 6-10-1994 *Tetra Pak II/Comisión*. Asunto T-83/91 RJ. 1994 p. II-755. 150. “En el presente caso, el examen de la contabilidad analítica de Tetra Pak relativa a los envases de cartón Tetra Rex en Italia, revela un margen neto muy negativo (que oscila entre -11,4 % y -34,4 %) de 1976 a 1982 y un margen bruto muy negativo (que oscila entre -9,8 % y -33,8 %) de 1976 a 1981. La venta de los envases de cartón Tetra Rex constantemente por debajo no sólo de su precio de coste, sino también de su coste variable directo, demuestra de modo jurídicamente satisfactorio que la demandante aplicó una política eliminatoria de 1976 a 1981



En su sentencia de 1997<sup>1309</sup>, el TJCE elaboró con más concreción los principios que estableció en *AKZO*.<sup>1310</sup> El TJCE estableció que existía una relación estrecha entre estos mercados y que ello reforzó el poder económico de Tetra Pak en el mercado donde se produjo el abuso.

El TJCE señaló que al ser los costes inferiores a la media de los costes variables, la prueba de la intención de eliminar a los competidores era innecesaria.<sup>1311</sup>

El TJCE rechazó el argumento de Tetra Pak que no tuvo posibilidad razonable de recuperar las pérdidas de una estrategia de precio predatorio en el mercado en el que no era dominante estableciendo que, sobre los hechos del caso, no era necesario que la Comisión demuestre que el predador estará dispuesto a elevar sus precios después de eliminar al rival.<sup>1312</sup>

El TJCE sostuvo que este requisito adicional no fue establecido en su anterior sentencia al caso *AKZO* ya que el TPI en su sentencia simplemente mencionó que la recuperación es el objetivo último de un esquema de precio predatorio y que debe ser posible penalizar por precio predatorio siempre que haya el riesgo que los competidores serán eliminados<sup>1313</sup>. Sin embargo, el TJCE sostuvo que el requisito de la recuperación no sería apropiado en las circunstancias del presente caso, lo que indica que puede incluirse el requisito de la recuperación dependiendo del caso concreto.

De acuerdo con lo establecido por el Tribunal en el caso anterior, los resultados que se desprenden del análisis de los costes y de los precios de Tetra Pak bastarían para probar la existencia de una práctica predatoria sin necesidad de recurrir a otros elementos. Sin embargo, la Comisión mantuvo su criterio de que un análisis puramente objetivo basado en los precios no es suficiente e insiste en la búsqueda de la ilicitud o de la irracionalidad de la conducta de la empresa acusada por otras vías más difusas. Pero pese a la declaración de intenciones de la Comisión, también en este caso el análisis microeconómico de los costes y los precios de la empresa acusada se convirtió en el elemento decisivo.<sup>1314</sup>

---

<sup>1309</sup> Sentencia TJCE de 14-11-1996. *Tetra Pak International SA./Comisión* As. C-333/94P. RJ 1996 p. I-5951.

<sup>1310</sup> *Ibidem*, §. 41 (“los precios por debajo del coste variable promedio deben ser considerados siempre abusivos”).

<sup>1311</sup> *Ibidem* §42

<sup>1312</sup> *Ibidem* §44

<sup>1313</sup> *Ibidem* § 44

<sup>1314</sup> “Precios Predatorios y Derecho Antitrust. Estudio comparado de los ordenamientos estadounidense, comunitario y español”. Francisco Hernández Rodríguez. Marcial Pons. Madrid 1.997.

c.- La Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las Telecomunicaciones

La Comisión Europea ha refinado el enfoque de *AKZO* emitiendo una comunicación especial considerando la medida de coste que se utilizará en algunas industrias<sup>1315</sup>. La Comunicación explica que el esquema de *AKZO* puede ser muy indulgente en las industrias de “red”, como las telecomunicaciones, en las que el precio al nivel del coste variable promedio AVC sería todavía predatorio debido a los costes fijos comunes relativamente altos, entre las muchas líneas de producto. La Comunicación establece que la Comisión utilizará entonces en su lugar, una medida de coste de incremento promedio (“average incremental cost” AIC) –similar al coste promedio evitable, pero incluyendo los costes comunes-. La Comisión considera el problema de los costes comunes en la comunicación e indica que utilizará los costes de incremento promedio como el umbral más bajo para el precio predatorio en el sector de las telecomunicaciones. Esto está cerca del enfoque de Areeda-Turner ya que proponen el test del coste marginal a corto plazo. Si el coste variable promedio es considerado un buen aproximado para los costes marginales a corto plazo donde no hay costes comunes, entonces los costes de incremento a corto plazo deben ser considerados una buena medida donde hay costes comunes.<sup>1316</sup>

d.- El caso *Compagnie Maritime Belge*

*Compagnie Maritime Belge*, (CEWAL) abusó de su posición dominante colectiva al emplear la estrategia de los “buques de lucha”. Las empresas eran miembros de una conferencia marítima (CEWAL) que se implicó en una conducta de precio mediante la oferta selectiva de precios bajos en las rutas de su empresa rival Grimaldi y Cobelfret, G&C, que no era miembro de la conferencia marítima, con el objeto de eliminarla. Cada vez que se anunciaba una salida por su rival, los miembros de la conferencia empleaban sus barcos en esta ruta. Los precios del transporte fueron reducidos drásticamente y la pérdidas fueron compartidas por los miembros de la conferencia.

---

<sup>1315</sup> Comisión Europea, “Comunicación de la Comisión sobre la Aplicación de las Normas de Competencia para los Acuerdos de Acceso en el Sector de las Telecomunicaciones” [1998] DOCE 98/C 265/02, paras. 110-116, disponible en <http://europa.eu.int/ISPO/infosoc/telecompolicy/en/ojc265-98en.html>.

<sup>1316</sup> Fundamento I.2.3.

La Comisión<sup>1317</sup> estableció que entre mayo de 1988 y noviembre de 1989 CEWAL recurrió al sistema de los “fighting ships” y que formaba parte de un plan cuyo objetivo era eliminar a su principal competidor del tráfico entre el mar del Norte y el Zaire, a través de los precios “de lucha” establecidos conjuntamente constituían una excepción a las tarifas que aplicaba normalmente CEWAL y se determinaban no en función de criterios económicos (es decir en relación con los costes) sino únicamente con el objeto de ser iguales o inferiores a los precios anunciados por G & C, en tanto que la disminución de los ingresos resultante de este sistema de determinación de los precios en relación con las tarifas de la competencia era absorbida por todos los miembros de CEWAL.

La Comisión observó que no se trataba de un caso de precio predatorio, sino de una conducta por parte de empresas en posición dominante colectiva que recurre a comportamientos que implican medios distintos de los empleados en una competencia normal por méritos. En este caso el efecto era apartar del mercado a una empresa que aún no siendo tan eficaz como la conferencia dominante, pero teniendo en cuenta su menor capacidad financiera, es incapaz de resistir la competencia que le hace de forma concertada y abusiva un poderoso grupo de armadores reunidos en una conferencia marítima. Aún admitiendo que fueran ciertas las afirmaciones de CEWAL, simplemente demostraría que, por el mero hecho de existir la conferencia, las tarifas de flete “normales” son muy superiores a los costes soportados por sus miembros, lo cual, a su vez supone la existencia de una competencia reducida en el mercado.<sup>1318</sup>

Ante el TPI<sup>1319</sup> CEWAL alegó que simplemente igualaron los márgenes de G&C sin intentar ofrecer precios más bajos que aquellos del operador independiente –excepto en el caso de los márgenes para la entrega de transporte de coches, lo que fue una reacción para adaptarse a una nueva situación competitiva. Insistió en que se trataba de una reducción de los márgenes de beneficio y que no había sufrido pérdidas y que por tanto que no reunía características similares a *AKZO*.<sup>1320</sup> Asimismo planteó que la Comisión no había tenido en cuenta el hecho que durante el período en cuestión la cuota de mercado de G&C había incrementado del 2 al 25%.

El TPI señaló que CEWAL no había demostrado que sus precios no fuesen iguales o más bajos de los de su competidor, por el contrario, admitieron que habían alineado sus

---

<sup>1317</sup> Decisión de la Comisión CE. de 23-12-82. *Associated Central West Africa Lines (CEWAL)*. DOCE L034/20. 10.2.93

<sup>1318</sup> *Ibidem* §81 y 82

<sup>1319</sup> Sentencia TPI 8-10-1996. *CEWAL, UKWAL, MEWAK Y AIWAST c/. Comisión*. As. T24 , 25 , 26, 28/93. RJ 1996 – II-1201

<sup>1320</sup> *Ibidem* §119-121

precios con los de G&C y, en un caso específico fijado precios más bajos. Además admitieron haber reducido sus ingresos. Así, el TPI estableció que la infracción sí había sido establecida. Sumada a la evidencia documental de la reunión del Comité Especial de Lucha en que referían que se harían cargo de las operadoras marítimas independientes.<sup>1321</sup>

Ante el TJCE<sup>1322</sup> CEWAL planteó que se trataba de una reacción a la competencia de precios ejercida por una nueva empresa que quería introducirse en su mercado y que podía concebir un plan con el objeto de eliminar a dicha empresa practicando reducciones de precios selectivas, puesto que los precios que ofrecían no eran abusivos en el sentido establecido en AKZO. Planteó que no se había demostrado que se cumplieran los requisitos de un caso de precio predatorio, el solo hecho de que la competencia de precios se haya efectuado para eliminar a un competidor, no convierte a ésta en ilegal<sup>1323</sup>

El TJCE estableció que si una conferencia de línea en una posición dominante recorta selectivamente sus precios con el objeto de igualar aquellos de un competidor, elimina el principio de competencia.<sup>1324</sup> Sin embargo el TJCE rechazó establecer de forma general las circunstancias por las que una conferencia de línea puede legítimamente fijar precios más bajos con el objeto de competir con sus rivales y así no proporcionó una respuesta respecto a si los precios bajos eran abusivos.<sup>1325</sup>

El Abogado General Fennelly sugirió además que la necesidad de establecer una intención o una posibilidad de la recuperación debe ser parte del test de precio bajo que constituye abuso por una empresa en posición de dominio. Así planteó que la presunción de AKZO era impugnabile, “demostrando que este precio no era parte de un plan para eliminar a su competidor”.<sup>1326</sup>

Está claro que el TJCE estuvo influido sustancialmente por la intención del demandado en eliminar la competencia. La dificultad del caso es que toda empresa racional aspira a eliminar la competencia. Toda empresa desea estar libre de competidores reales y potenciales de modo que pueda ganar una posición de dominio para obtener beneficios monopólicos. Hay ningún daño en la simple intención de eliminar a un competidor. Lo

---

<sup>1321</sup> Ibidem §141 y 147

<sup>1322</sup> Sentencia TJCE *Compagnie Maritime Belge Transports v. Commission*, “CEWAL” Opinión del Abogado General, § 111-139, Asuntos C- 395-96O & C-396/96P [1998].

<sup>1323</sup> Ibidem § 96 y 97

<sup>1324</sup> Ibidem §117.

<sup>1325</sup> Ibidem § 118

<sup>1326</sup> Opinión del Abogado General Fennelly, *Compagnie Maritime Belge Transports v Commission*, C-395-96O & C-396/96P [1998], §. 127 y 136.

que preocupa es qué medios va a utilizar la empresa para conseguirlo y de qué modo ello daña o no al bienestar del consumidor en el largo plazo.

e.- El caso *Wanadoo*

Se trata de una empresa del sector de las telecomunicaciones, donde la existencia de una férrea regulación de precios en los mercados mayoristas, lleva a que los estrechamientos de márgenes se deban en la mayor parte de los casos a que el precio del operador dominante en el mercado vertical hacia abajo (o minorista) es excesivamente bajo y guarden de esta forma una cierta similitud con los precios predatorios. De hecho, si el precio mayorista está orientado a costes, la existencia de una situación de estrechamiento implica necesariamente que el precio minorista del operador dominante se sitúe por debajo de sus costes y, por tanto, que pueda asimismo ser considerado predatorio. Pero incluso en aquellos casos donde no existe obligación de orientar precios mayoristas a costes, el operador dominante que pone en práctica un estrechamiento de márgenes está, al menos en el corto plazo, sacrificando beneficios, dado que para él resulta más rentable suministrar el recurso productivo al precio mayorista que suministrarlo al cliente final al precio minorista. Así, dados los costes (por ejemplo, de comercialización) que supone para el dominante la actividad minorista, la existencia de un estrechamiento implica necesariamente que no es posible operar de forma rentable en el mercado vertical hacia abajo y, por tanto, que los ingresos (el precio minorista) son insuficientes para cubrir los costes (la suma del precio mayorista y los costes de comercialización). La intervención estará justificada si el operador dominante rebaja sus precios con el único propósito de excluir la competencia del mercado.<sup>1327</sup>

Wanadoo era una filial de France Télécom, empresa en posición de dominio en el mercado de las telecomunicaciones fijas y propietaria de la red telefónica conmutada, equipada con la tecnología ADSL, la decisión<sup>1328</sup> se relaciona a dos servicios de acceso a Internet de banda ancha para clientes residenciales en Francia, el primero es el servicio ADSL Wanadoo, lanzado en noviembre de 1999, mientras el otro es el servicio eXtense, lanzado en enero de 2001. Los dos servicios son muy comparables. Sin embargo, en el caso del servicio ADSL, el suscriptor concluye dos contratos separados, uno con France Télécom para el suministro del servicio de acceso ADSL conocido

<sup>1327</sup> Enrique Cañizares Pacheco. “La Decisión de la Comisión Europea en el caso Wanadoo Interactive” en Anuario de la Competencia 2005. Fundación ICO. Marcial Pons. Págs.486-501. En 489.

<sup>1328</sup> Decisión de la Comisión de 16 de julio de 2003, Asunto COMP/38.233 *Wanadoo Interactive*.

como NETISSIMO, el otro con Wanadoo para el suministro del propio servicio de acceso a Internet ADSL, servicio que también podían proporcionar otras minoristas denominadas (Internet Service Providers). En el caso del servicio eXtense, el suscriptor concluye un contrato único, con Wanadoo, que proporciona la totalidad del servicio (acceso ADSL mas acceso Internet). El principio del abuso coincidió con el despliegue de la facilidad eXtense, que llegó al mismo tiempo con el incremento de los esfuerzos comerciales de Wanadoo.

La Comisión estableció que Wanadoo era dominante en el mercado de los Internet Service Providers, su cuota de mercado era elevada y crecía de forma consistente a lo largo del período considerado, la cuota de Wanadoo en banda ancha pasó del 40-50 por cien en diciembre de 2000 al 70-80 por cien en agosto de 2002. Su cuota en el segmento de suministradores de ADSL es aún mayor, aunque experimenta un ligero descenso al pasar del 90-100 por cien en diciembre de 2000 al 80-90 por cien en octubre de 2002.<sup>1329</sup> Sumado al hecho que formaba parte del grupo France Télécom y las ventajas que ello le implicaba frente al resto de suministradoras del servicio de internet<sup>1330</sup>, lo que le permitía aplicar condiciones discriminatorias en el ámbito mayorista, en particular, la Comisión señaló que desde finales de 1999, France Telecom venía facilitando a Wanadoo la posibilidad de prestar servicio en la totalidad del territorio francés a través de un único punto de conexión con su red. Por el contrario el resto de suministradoras de internet tenían que contar con puntos de conexión en cada una de las cuarenta y una regiones de la red de France Telecom. Además, France Télécom facilitaba a Wanadoo de forma inmediata información relativa a las zonas en que era técnicamente factible prestar servicios ADSL, con lo que Wanadoo podía a su vez confirmar rápidamente la disponibilidad del servicio a cualquier cliente potencial. En cambio, sus rivales tenían que cursar solicitudes específicas; la demora en el proceso de obtención de información dificultaba la captación del potencial cliente.

La Comisión consideró que constituía una infracción al artículo 82 del Tratado la aplicación del precio de la venta minorista de los servicios ADSL y eXtense, de Wanadoo, bajo unos niveles que no hacían posible recuperar sus costes variables entre marzo a agosto de 2001 o para recuperar sus costes totales desde agosto de 2001 a octubre de 2002, como parte de un plan de excluir a sus competidores, los Internet Service Providers del acceso al mercado de Internet en alta velocidad en una etapa

---

<sup>1329</sup> Ibidem §212 y ss.

<sup>1330</sup> Ibidem §223

importante en su desarrollo. Los costes de Wanadoo eran un tanto artificiales, basados en el precio de transferencia.

La Comisión planteó diferentes alternativas para determinar si el precio de los servicios estaban o no por debajo de costes.

La primera de ellas consistía en comparar ingresos con costes efectivamente incurridos por Wanadoo para prestar el servicio. Dentro del capítulo de ingresos la Comisión incluye no sólo los ingresos obtenidos directamente de los individuos suscritos al servicio, sino también los ingresos obtenidos de forma indirecta a través de servicios complementarios como la venta de espacios publicitarios o el comercio electrónico<sup>1331</sup>.

Los principales costes considerados fueron los relativos a los servicios mayoristas de red prestados por France Telecom, las inversiones en captación de clientes (tales como publicidad, promociones, comisiones de distribuidores, etc.) y otros costes relacionados con la infraestructura empresarial sobre la que se sustenta la totalidad de los servicios prestados por Wanadoo (plataforma técnica, atención al cliente, facturación, etc.). Al tener en cuenta el precio mayorista y no los costes de la actividad mayorista, la Comisión realizó un test de estrechamiento, donde los resultados del mismo sólo son comparables a los del test de predación en la medida en que el precio mayorista esté orientado a costes.<sup>1332</sup>

La comparación de la Comisión se basa en ingresos y costes mensuales unitarios (por usuario). Para el cálculo del coste mensual unitario, los costes –esto es, aquellos en los que no se incurre todos los meses, sino una sola vez por cada usuario (por ejemplo, la cuota de alta que el suministrador de internet independiente paga a France Telecom por cada usuario para el que solicita el servicio mayorista de conexión)- se reparten de forma homogénea a lo largo de la vida media del cliente (que la Comisión supone en cuarenta y ocho meses)

La Comisión considera dos estándares de costes diferentes: los costes (mensuales unitarios) variables y los costes (mensuales unitarios) totales. La principal diferencia entre ambos radica en que el primero sólo tiene en cuenta los costes que varían de forma proporcional con el número de usuarios del servicio, mientras que la segunda incluye además los costes fijos (cuya magnitud es independiente del número de usuarios como, por ejemplo, gran parte de los asociados a los servicios centrales de administración, atención al consumidor o facturación).

---

<sup>1331</sup> Ibidem §26-35

<sup>1332</sup> Ibidem §36-69

De acuerdo con los resultados de esta primera comparación, los ingresos obtenidos por Wanadoo con sus servicios Wanadoo ADSL y eXtense sólo permitían cubrir los costes variables a partir de agosto de 2001. Los ingresos se situaban por debajo de los costes totales a lo largo de todo el período de análisis considerado.

La Comisión realizó un segundo test en el comparó los ingresos y costes previsibles. En este caso, la información utilizada para el cálculo de los costes no procede de los estados contables de Wanadoo, sino que se basa en las previsiones que razonablemente podía haber realizado Wanadoo en el momento en que fijó sus precios y que, por tanto, excluyen el impacto de eventos imprevisibles sobre sus costes. De acuerdo con los resultados de esta segunda comparación, Wanadoo sólo podía anticipar la recuperación de los costes variables a partir de marzo de 2002. La recuperación de los costes totales sólo se podía anticipar a partir del 15 de octubre de 2002.<sup>1333</sup>

Gran parte del análisis de la Comisión se centró en las declaraciones procedentes de documentos internos de Wanadoo en los que se alude de forma más o menos explícita al propósito de excluir la competencia, se manifiestan dudas sobre la racionalidad financiera de la política de precios para los servicios Wanadoo ADSL y eXtense e incluso se advierte de los riesgos legales que puede llegar a entrañar.<sup>1334</sup>

La Comisión hace referencia, asimismo a una posible estrategia del grupo France Telecom en su conjunto, orientada a excluir la competencia en el mercado. Wanadoo sufrió pérdidas sustanciales hasta el final de 2002, como resultado de esta práctica, que coincidió con un plan de la empresa de hacer valer los derechos de prioridad en el mercado estratégico para el acceso a internet a alta velocidad. France Télécom, que en ese momento ostentaba casi el 100% del mercado para la venta al por mayor de los servicios ADSL para los que suministran el servicio a Internet (incluida Wanadoo), estaba anticipando beneficios considerables en el futuro cercano en sus propios productos ADSL al por mayor.

La Comisión consideró la posibilidad de recuperar las pérdidas ocasionadas por la predación, observando que no era un elemento imprescindible, observando que era más que previsible en vista de la existencia de barreras a la entrada de nuevos competidores. Entre otras, la Comisión identificó el coste que suponía para el usuario el cambio de suministrador y la necesidad de invertir cuantiosos recursos en el establecimiento de una

---

<sup>1333</sup> Ibidem §257 – 264

<sup>1334</sup> Ibidem §271-291



imagen de marca. La Comisión aludió finalmente, a documentos presentados por Wanadoo en los que se preveía un incremento de los márgenes de los servicios Wanadoo ADSL y eXtense a partir de 2003, que permitiría la recuperación de las pérdidas en un período de tiempo relativamente reducido.<sup>1335</sup>

La Decisión también analizó las repercusiones del abuso, observó en primer lugar, que gracias a su política de precios, Wanadoo consiguió acaparar la mayor parte del crecimiento del mercado a lo largo del período objeto de análisis. En particular, en 2001 Wanadoo captó entre el 80 y el 90 por cien de los nuevos usuarios. Entre enero y agosto de 2002, este porcentaje se situó entre el 70 y 80 por cien. Aún después de este período, Wanadoo siguió captando entre el 40 y el 50 por cien de los nuevos usuarios. La Comisión señaló además que uno de los principales competidores de Wanadoo, Mangoosta, trató de imitar su política de precios y finalmente a abandonar el mercado. Otros competidores como AOL, Liberty Surf o Nerim tuvieron que retrasar o cancelar nuevas iniciativas o planes de expansión en vista de la imposibilidad de competir con los precios de Wanadoo.<sup>1336</sup>

Wanadoo justificó su conducta<sup>1337</sup> alegando que su conducta respondía a una clara racionalidad de negocio en un mercado en el que resultaba clave alcanzar una masa crítica de usuarios para aprovechar al máximo los ahorros de costes derivados de la existencia de economías de escala y efectos de la curva de aprendizaje. Wanadoo señaló asimismo que su política de precios promueve un servicio relativamente novedoso y, de esta forma, beneficia a usuarios e incluso competidores. Finalmente Wanadoo observó que otros competidores habían adoptado políticas de precios similares.

En cuanto a la alegación de la obtención de ahorros de costes, la Comisión consideró que el aprovechamiento de economías de escala –o lo que es lo mismo, que los costes medios disminuyan conforme se incrementa el número de usuarios- es consistente con la existencia de una racionalidad anticompetitiva conforme a la cual Wanadoo estaría utilizando su política de precios como medio para alcanzar una ventaja de costes difícilmente replicable por sus competidores.

Respecto al suministro de un servicio novedoso, la Comisión observó que no se podía considerar como un mercado emergente al suministro de acceso a internet de banda

---

<sup>1335</sup> Ibidem §332-367

<sup>1336</sup> Ibidem §369-385

<sup>1337</sup> Ibidem §305-331

ancha y que, en cualquier caso, un operador que ocupa una posición dominante no tiene necesidad de fijar precios por debajo de costes con el objeto de promocionar un nuevo servicio, sobre todo dado el riesgo de extensión del poder de mercado de que goza France Telecom en los servicios mayoristas de conexión con el usuario.

En cuanto a la defensa de igualar sus precios en respuesta a los de sus competidores, la Comisión señaló que Wanadoo era el primer suministrador de internet del mercado en fijar un nivel de precios tan reducido y que los competidores eran los que respondían a la política de precios de Wanadoo.

Se critica el caso en cuanto que si se considera France Telecom y su subsidiaria Wanadoo como una simple operación de integración vertical, no está claro que el subsidio cruzado para conseguir cuota de mercado, necesariamente sea anticompetitivo. Sin embargo, la decisión es una de las más exhaustivas y detalladas, en el que se ha incorporado el test de la recuperación de pérdidas –clave para demostrar que la política de precios del operador dominante puede responder a una racionalidad anticompetitiva y no a cualquier otro motivo- y del análisis de los efectos de la práctica –sin el cual la prueba de la capacidad del operador para excluir la competencia queda limitada al ámbito de las conjeturas y las valoraciones subjetivas-.

También se ha criticado la decisión porque tal como indica la teoría económica y la práctica de otras jurisdicciones, el estándar de costes predominante para el análisis de las prácticas abusivas en el sector de las telecomunicaciones es el Coste Promedio de Incremento a Largo Plazo, que incluye exclusivamente los costes adicionales en los que incurre el operador para prestar un determinado servicio. Al utilizar este estándar se considera que los costes comunes y compartidos no son de incremento al servicio y, por tanto, que puede ser consistente con un mercado en competencia que no aparezcan reflejados en los precios. Esta es la medida de costes que una empresa multiproducto consideraría a la hora de evaluar la rentabilidad de un nuevo servicio<sup>1338</sup>. La Guía de la Comisión ha incorporado el Coste Promedio de Incremento a Largo Plazo (Long Run Average Incremental Cost) como parámetro de coste para las empresas multiproducto<sup>1339</sup>

---

<sup>1338</sup> Enrique Cañizares Pacheco. “La Decisión de la Comisión Europea en el caso Wanadoo Interactive” en Anuario de la Competencia 2005. Fundación ICO. Marcial Pons. Págs.486-501.

<sup>1339</sup> §25 de la Guía de la Comisión para la conducta de exclusión abusiva.

La decisión ha sido confirmada por el Tribunal de Primera Instancia<sup>1340</sup>, donde establece que la empresa en posición de dominio sólo tiene derecho a igualar sus precios si están por encima de los costes del servicio en cuestión.<sup>1341</sup>

La sentencia subrayó los criterios por los que se considera que los precios son predatorios, si están por debajo del coste variable promedio, se presumen que son abusivos y si están por encima del coste variable promedio y por debajo del coste promedio total además, se presumen predatorios, pero para acreditarlo, además debe analizarse si existió un plan para eliminar al competidor, sobre indicios serios y concordantes.<sup>1342</sup> Respecto al plan para eliminar, la sentencia confirma el criterio utilizado por la Comisión basado en una serie de documentos de la empresa, redactado por su personal directivo.<sup>1343</sup>

Respecto al elemento de la recuperación de las pérdidas, el Tribunal recordó lo ya establecido en el caso Tetra Pak, no es necesario demostrarlo, ni es un requisito necesario para demostrar el carácter abusivo.<sup>1344</sup> La misma declaración ha efectuado el TJCE al confirmar el pronunciamiento del TPI<sup>1345</sup> Sin embargo, el TJCE ha señalado que el elemento de la posibilidad de la recuperación de las pérdidas puede ser considerado por la Comisión a la hora de apreciar el carácter abusivo de la práctica en cuestión, ya que el mismo, puede contribuir, por ejemplo, en el caso de aplicación de precios inferiores a la media de los costes variables, a descartar justificaciones económicas distintas de la eliminación de un competidor, o a demostrar, en caso de aplicación de precios inferiores a la media de los costes totales pero superiores a la media de los costes variables, la existencia de un plan que tiene como objetivo la eliminación de un competidor.<sup>1346</sup>

Wanadoo alegó que debía aplicársele el precedente aplicado en el caso *Deutsche Post AG*<sup>1347</sup>, donde la Comisión no exigió ninguna multa por la falta de cobertura de los costes adicionales porque, hasta ese momento, no se había dado una respuesta a la

---

<sup>1340</sup> Sentencia TPI de 30 de enero de 2007 *France Télécom., S.A. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto T-340/03. Recurrída ante el TJCE Caso C-202/07-P

<sup>1341</sup> *Ibidem*, § 183

<sup>1342</sup> *Ibidem* § 196

<sup>1343</sup> *Ibidem* §209. En cuanto a la imposición de las sanciones por el comportamiento, se plantea por la doctrina que la multa debe depender de la longitud del período de la predación. Véase Kai Hüschelrath. “Punishing Predators with Pecuniary Fines” en *E.C.L.R.* 2008, pág. 383 y ss.

<sup>1344</sup> *Ibidem* § 227

<sup>1345</sup> Sentencia TJCE de 02-04-2009 *France Télécom S.A. c. Comisión CE* As. C-202/07. Conclusiones del Abogado General Sr. Ján Mazák presentadas el 25-09-2008. §37.

<sup>1346</sup> §110-111 STJCE *France Télécom S.A. c. Comisión* cit.

<sup>1347</sup> Decisión 2001/354/CE de 20 de marzo de 2001, (Asunto COMP/35.141 — *Deutsche Post AG*) (DO L 125, p.27; considerando 47)

cuestión de qué norma sobre cobertura de costes debía aplicarse a los servicios prestados en régimen de competencia por parte de una empresa multiproductos o multiservicios que dispusiera de un ámbito reservado.

El TPI contestó que en ese asunto, la situación de Deutsche Post presentaba características muy particulares. La empresa realizaba actividades que, según los casos, se encontraban en el ámbito del monopolio basado en su misión de interés público o en el de la competencia. De esta forma, el asunto planteaba el problema de la norma de cobertura de los costes por una empresa que explota un sector reservado y que puede utilizar los beneficios realizados en ese sector reservado para cubrir sus pérdidas en otro sector abierto a la competencia. En tal contexto, la empresa podía experimentar una incertidumbre respecto de las normas aplicables. Sin embargo, la situación de WIN, que sólo opera en un mercado abierto a la competencia, no puede compararse a la de *Deutsche Post* y, en este respecto, es más bien asimilable a la de los casos *AKZO* y *Tetra Pak*.<sup>1348</sup> El caso fue recurrido ante el TJCE, que ha desestimado el recurso.<sup>1349</sup>

En este contexto, no comentamos el caso de predación y subsidio cruzado efectuado por *Deutsche Post AG*, en la medida que tal como señala la Guía de la Comisión en casos que implican a los mercados regulados, la Comisión considerará el ámbito regulado específico al conducir su valoración.

f.- La Comunicación de la Comisión de la Guía sobre las Prioridades de Aplicación de la Comisión al Interpretar el Artículo 82 TCE a la Conducta de Exclusión Abusiva por las Empresas Dominantes.<sup>1350</sup>

Después del Documento consulta emitido por la Comisión a finales de 2005,<sup>1351</sup> finalmente ha publicado la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva que venimos comentando a lo largo de este trabajo.<sup>1352</sup>

---

<sup>1348</sup> §247-249 STPI *France Télécom, S.A. C/ Comisión CE*.

<sup>1349</sup> Sentencia TJCE de 02-04-2009 *France Télécom S.A. c. Comisión CE* As. C-202/07

<sup>1350</sup> Comunicación de la Comisión: “Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty” de 3 de diciembre de 2008, disponible en [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int). A efectos didácticos y dada la reiterada invocación de la Comunicación, en adelante nos referiremos a la Comunicación como la “Guía de la Comisión sobre el artículo 82 TCE”

<sup>1351</sup> DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses. European Commission. DG Competition. Bruselas diciembre 2005 en [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int).

<sup>1352</sup> Además, la Comisión publicó el Informe efectuado por los economistas del Grupo Económico de Asesoramiento para la Política de Competencia, sobre el artículo 82 TCE, quienes efectúan un enfoque al precio predatorio basado en el comportamiento estratégico de la empresa en posición de dominio, desarrollado sobre tres escenarios principales de exclusión, en el contexto de la información imperfecta (i) la reputación, (ii) las señales de obstrucción al rival en sus tests de costes y (iii) la predación financiera. Y aplicados estos tres escenarios de exclusión al supuesto de la predación, la empresa podría efectuar predación financiera, predación “signal jamming” y predación a través de la reputación. Informe

Dedica el apartado IV.C. entre las Formas específicas de Abuso, bajo el título “Predación”.

Señala que en línea con sus prioridades de aplicación, la Comisión generalmente intervendrá donde haya evidencia demostrando que una empresa dominante efectúa conducta predatoria cuando incurre deliberadamente en pérdidas o renuncia a beneficios en el corto plazo (en adelante referidos como “sacrificio”), con el objeto de aniquilar o ser probable de aniquilar a uno o más de sus competidores reales o potenciales con el objeto de reforzar o mantener su poder de mercado, causando así daño al consumidor.<sup>1353</sup>

La conjunción “o”, supone que para que esté tipificada la predación, la empresa puede incurrir deliberadamente en pérdidas que no recuperará, o renunciar a beneficios en el corto plazo que sí puede recuperar en el largo plazo ya que como veremos, la Comisión no descarta intervenir incluso cuando la empresa no pueda recuperar sus pérdidas a través del incremento de sus precios por encima del nivel persistente en el mercado antes de la conducta.<sup>1354</sup> Criterio que entra en contradicción con el derecho antitrust norteamericano, quienes consideran a la recuperación de su inversión en precios por debajo del coste, como elemento indispensable para demostrar la predación.<sup>1355</sup>

La Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva plantea dos elementos en la predación, el sacrificio y la aniquilación anticompetitiva:

a).- Sacrificio: La conducta será considerada por la Comisión como implicando un sacrificio si la empresa dominante, al fijar un precio más bajo para todo o una parte particular de su producción durante el período de tiempo relevante, o al expandir su producción durante el período de tiempo relevante, incurrió o está incurriendo en pérdidas que podrían haber sido evitadas. La Comisión asumirá el coste promedio evitable (AAC en inglés, “average avoidable cost”) como el punto de inicio apropiado para establecer si la empresa dominante incurre o incurrió en pérdidas evitables. Si una empresa dominante fija un precio por debajo del coste promedio evitable para todo o parte de su producción, no está recuperando los costes que podrían haber sido evitados

---

presentado por el Grupo de economistas consejeros para la política de competencia o Economic Advisory Group for Competition Policy. EAGCP “*An Economic Approach to Article 82*” Jordi Gual y otros. Julio 2005. Disponible en [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int).

<sup>1353</sup> §62 de la Guía de la Comisión citada. “In line with its enforcement priorities, the Commission will generally intervene where there is evidence showing that a dominant undertaking engages in predatory conduct by deliberately incurring losses or foregoing profits in the short term (referred to hereafter as “sacrifice”), so as to foreclose or be likely to foreclose one or more of its actual or potential competitors with a view to strengthening or maintaining its market power, thereby causing consumer harm”

<sup>1354</sup> Ibidem §70

<sup>1355</sup> Pág. 53 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano sobre la Sección 2 de la Ley Sherman citado.

al no llevar a cabo esta producción: está incurriendo en una pérdida que podría haber sido evitada. De este modo, el precio por debajo de AAC en la mayoría de los casos será considerado por la Comisión como una clara indicación de sacrificio.<sup>1356</sup>

Sin embargo, el concepto de sacrificio incluye no sólo el precio por debajo del coste promedio evitable. Con el objeto de demostrar una estrategia predatoria, la Comisión investigará también si la supuesta conducta predatoria condujo en el corto plazo a ingresos netos más bajos que lo que se habría esperado de una conducta alternativa razonable, por ejemplo, si la empresa dominante incurrió en una pérdida que podría haber sido evitada. La Comisión no comparará la conducta real con alternativas hipotéticas o teóricas que habrían sido más rentables. Sólo serán consideradas las alternativas económicamente racionales y practicables que pueda esperarse realísticamente que sean más rentables, tomando en cuenta las condiciones del mercado y las realidades comerciales que enfrenta la empresa dominante.<sup>1357</sup> La regla es igual a la escogida por el Informe del Departamento de Justicia Norteamericano.<sup>1358</sup>

La Comisión considera además que en algunos casos será posible basarse en evidencia directa consistente en los documentos de la empresa dominante que claramente demuestren una estrategia predatoria, como un plan detallado para el sacrificio con el objeto de excluir a un rival, para impedir la entrada o asumir estas medidas cuando va a emerger un mercado, o la evidencia de amenazas concretas de la acción predatoria.<sup>1359</sup> Criterio que no contrasta con el Informe del Departamento de Justicia Norteamericano, donde, el elemento subjetivo de la intención predatoria, no tiene trascendencia, ni siquiera en aquellos casos en los que haya pruebas claras de la voluntad de excluir a un competidor.<sup>1360</sup>

b).- La aniquilación anticompetitiva.- Si existen suficientes datos disponibles, la Comisión utilizará el test del competidor hipotético igualmente eficiente<sup>1361</sup>, para determinar si la conducta es capaz de dañar a los consumidores. Normalmente sólo el precio por debajo del coste de incremento promedio a largo plazo es capaz de aniquilar a competidores igualmente eficientes del mercado.<sup>1362</sup>

Agregado a los factores de aniquilación anticompetitiva que menciona la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva<sup>1363</sup>, la Comisión generalmente

---

<sup>1356</sup> §63 de la Guía de la Comisión para el abuso de exclusión citado.

<sup>1357</sup> Ibidem §64.

<sup>1358</sup> Véase pág. 67 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano citado.

<sup>1359</sup> §65 de la Guía de la Comisión para el Abuso de Exclusión citado.

<sup>1360</sup> Pág. 50 y ss. Del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano citado.

<sup>1361</sup> §24-26 de la Guía de la Comisión.

<sup>1362</sup> Ibidem §66

<sup>1363</sup> Ibidem §20

investigará si y cómo la conducta sospechada reduce la probabilidad que los rivales competirán. Por ejemplo, cuando la empresa dominante está mejor informada sobre el coste u otras condiciones de mercado, o puede distorsionar información del mercado sobre su rentabilidad, podrá preñar con el objeto de influir las expectativas de los entrantes potenciales y así disuadir la entrada. Cuando la conducta y sus efectos probables son sentidos en mercados múltiples y/o en períodos sucesivos de entrada posible, estará demostrado que la empresa dominante está buscando una reputación para la conducta predatoria. Cuando el competidor elegido depende de financiación externa, los descensos sustanciales en precio u otra conducta predatoria efectuada por la empresa dominante podría afectar adversamente el comportamiento del competidor de modo que su acceso a financiación adicional estará seriamente afectado.<sup>1364</sup>

La Comisión no considera que sea necesario demostrar que los competidores hayan salido del mercado con el objeto de demostrar que ha habido aniquilación anticompetitiva. No puede excluirse que la empresa dominante preferirá impedir al competidor que compita y que tenga que seguir los esquemas de precio de la empresa dominante, en lugar de eliminarlo definitivamente; esta estrategia de disciplinar al competidor, evita el riesgo inherente en eliminar competidores, en particular el riesgo que los activos del competidor sean vendidos a un precio bajo y permanezcan en el mercado, lo que permitiría un nuevo entrante de coste bajo<sup>1365</sup>

En general, los consumidores podrán resultar dañados si la empresa dominante puede esperar razonablemente, después que la conducta predatoria llega a su fin, que su poder de mercado sea mayor que el que habría tenido si no se implicaba en esa conducta en primer lugar, es decir, la empresa estará en una posición de beneficiarse del sacrificio.<sup>1366</sup>

Esto no significa que la Comisión sólo intervendrá si la empresa dominante está dispuesta a incrementar sus precios por encima del nivel persistente en el mercado antes de la conducta. Es suficiente, por ejemplo, que la conducta pueda impedir o retrasar un declive en los precios que por lo demás, habría ocurrido. Identificar el daño al consumidor no es un cálculo mecánico de beneficios y pérdidas y no es requerida la demostración de los beneficios globales. El probable perjuicio al consumidor puede ser demostrado al considerar el efecto de aniquilación probable de la conducta, combinado

---

<sup>1364</sup> Ibidem §67

<sup>1365</sup> Ibidem §68

<sup>1366</sup> Ibidem §69

con la consideración de otros factores como las barreras a la entrada. En este contexto, la Comisión considerará también las posibilidades de la re entrada.<sup>1367</sup>

La predación será más fácil para la empresa dominante cuando se dirige a clientes específicos seleccionados con precios bajos, en la medida que esto limitará las pérdidas incurridas por la empresa dominante.<sup>1368</sup>

Es menos probable que la empresa dominante practique predación cuando la conducta se refiere a precio bajo aplicado generalmente durante un largo período de tiempo.<sup>1369</sup>

La Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva sólo admite como justificación objetiva al comportamiento una defensa de eficiencia.<sup>1370</sup> En claro contraste con el Documento de la Comisión donde rechazaba una defensa de eficiencia al ser improbable que éstas puedan ser demostradas, sin embargo, aceptaba la posibilidad de que la implicada estuviese minimizando sus pérdidas a corto plazo<sup>1371</sup>, la misma que ha quedado descartada.

El cambio significativo es el reemplazo del coste variable promedio AVC, estándar establecido en el caso *AKZO* por el estándar del AAC coste promedio evitable.

#### **4. Elementos utilizados para establecer un precio predatorio**

Una empresa dominante incurre en conducta predatoria al asumir deliberadamente pérdidas o al renunciar a beneficios en el corto plazo y de este modo aniquilar a sus rivales reales o potenciales con el objeto de reforzar o mantener su poder de mercado, causando así un daño al consumidor.<sup>1372</sup> Bajo el artículo 82 TCE, el precio predatorio se construye sobre dos elementos: (1) la capacidad de la empresa en posición de dominio de incurrir deliberadamente en pérdidas, denominado también el sacrificio y (2) la aniquilación anticompetitiva.

##### **4.1. Primer elemento: La capacidad para incurrir deliberadamente en pérdidas “El Sacrificio”**

---

<sup>1367</sup> Ibidem §70

<sup>1368</sup> Ibidem §71

<sup>1369</sup> Ibidem §72

<sup>1370</sup> Ibidem §29 y 73.

<sup>1371</sup> §131-132 del Documento de la Comisión.

<sup>1372</sup> §62 de la Guía de la Comisión para la conducta de exclusión abusiva.



Un elemento necesario para la predación es la capacidad de la empresa en posición de dominio para incurrir deliberadamente en pérdidas, claramente esto requiere la existencia de poder de mercado considerable por la implicada y lo más fuerte que sea su poder de mercado, mayores las ventajas que obtendrá con su conducta ilegal.

Para la Guía de la Comisión, poder de mercado considerable significa que las decisiones de la empresa son considerablemente insensibles a las acciones y reacciones de competidores, clientes y en última instancia, de los consumidores, implica que la empresa tiene la cuota de mercado más alta, y ostenta esta posición durante un largo período de tiempo superior en promedio a dos años.<sup>1373</sup> En la jurisprudencia, se ha considerado el dominio o “superdominio” basado principalmente, en la cuota de mercado considerable durante un largo período de tiempo, así por ejemplo, el caso *CEWAL*<sup>1374</sup> o *Tetra Pak II*<sup>1375</sup>

Asimismo la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva considera que generalmente puede ser considerada como dominante, una empresa que es capaz de incrementar los precios de forma rentable por encima del nivel competitivo durante un período de tiempo significativo, y que no enfrenta coacciones competitivas significativas. La expresión “incrementar los precios” es utilizada como una abreviación para las varias formas en que los parámetros de competencia –como precios, producción, innovación, la variedad o calidad de los bienes o servicios- pueden ser influenciados para el beneficio de la empresa dominante y en el detrimento del consumidor. Sin embargo, esta noción no sirve a estos efectos, porque se trata que la empresa sospechosa está fijando precios demasiado bajos, incluso por debajo del coste. La situación bajo el derecho de competencia norteamericano es resuelta al incluir como elemento indispensable de la calificación de la conducta a la recuperación de las pérdidas, su demostración requiere no sólo que el precio por debajo del coste excluya o discipline a la víctima de la predación, sino también la prueba que el predador estará dispuesto a elevar el precio por encima del nivel competitivo (capacidad de recuperación) por un tiempo suficiente para compensar al predador por su inversión predatoria (suficiencia en la recuperación). En *Brooke* el Tribunal Supremo Norteamericano, señaló que el requerimiento de la recuperación podía estar satisfecho sólo si la estructura de mercado facilitó la predación, que implica que se acredite el nivel de concentración del mercado, las barreras a la entrada y, lo más importante, la

---

<sup>1373</sup> Ibidem §10

<sup>1374</sup> Así la STJCE *CEWAL*, ya citada, §119

<sup>1375</sup> §44 STJCE *Tetra Pak II* citada.

capacidad de absorber la cuota de mercado de la víctima. Si estas condiciones no se cumplen, no hay predación.

A los efectos de seguridad jurídica, consideramos que debió incluirse al elemento de la recuperación como un elemento de la tipicidad.

También hay que tenerse en cuenta que los comportamientos que excluyen a las empresas menos eficientes, como cuando el monopolista baja su precio al nivel de su coste, pero no debajo del mismo, no es cuestionable, porque se desea promover la eficiencia.<sup>1376</sup> Ello permite a las empresas asumir todas las ventajas que provienen de su eficiencia y protege la competencia ofrecida por los rivales eficientes. Entonces sólo un precio que esté calculado razonablemente para excluir a un rival que es al menos tan eficiente que la implicada será predatorio.

Sin embargo, en los comportamientos abusivos en materia de precios, como son los precios predatorios la Guía de la Comisión<sup>1377</sup> ha planteado el test del competidor hipotético igualmente eficiente para establecer si la conducta es capaz de dañar a los consumidores<sup>1378</sup>. Debemos tener en cuenta que la Comisión no se refiere al perjuicio al “bienestar de los consumidores”, sino un perjuicio directo al consumidor, en otras palabras que debe entenderse incluido el daño cuando el perjuicio es ocasionado a un competidor que no sea igualmente eficiente, pero que su presencia es necesaria para garantizar un ambiente de competencia, independientemente de que en algún caso pueda haber un perjuicio a la eficiencia productiva, al producir a un coste más alto derivado de la ineficiencia del rival.

#### *4.1.1. El test del competidor hipotético igualmente eficiente*

La Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva<sup>1379</sup> señala que tratándose de conducta de exclusión basada en el precio, como son los precios predatorios, para impedir la aniquilación anticompetitiva, la Comisión sólo intervendrá cuando éstos puedan ser capaces o ya lo sean, de impedir la competencia de competidores que son considerados tan eficientes como la empresa dominante. El test del competidor igualmente eficiente es útil porque permite a las empresas desde el

---

<sup>1376</sup> Richard A. Posner. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. 2da. Edición. The University of Chicago Press 2001. 194-95

<sup>1377</sup> §24-26 de la Guía de la Comisión.

<sup>1378</sup> Ibidem §§ 62 y 66

<sup>1379</sup> §22 de la Guía de la Comisión

principio, analizar su conducta basada en algo que están dispuestas a evaluar: sus propios costes.

Con el objeto de determinar si mediante precio predatorio puede ser aniquilado un competidor hipotético que incluso es igualmente eficiente que la empresa dominante, la Comisión examinará la información económica relacionada a los costes y precios de las ventas y en particular si la empresa dominante está incurriendo en precio por debajo del coste.<sup>1380</sup>

Existe un amplio consenso en cuanto a la aplicabilidad de este test a los casos de precio predatorio<sup>1381</sup>, su trascendencia radica en que la empresa no debe ser penalizada por tener costes más bajos que sus rivales. Entonces, el precio sólo será considerado predatorio si está razonablemente calculado para excluir a un rival que es al menos tan eficiente que la implicada.<sup>1382</sup>

En el nivel de los costes, si la empresa fija sus precios por debajo del Coste Promedio Evitable o AAC<sup>1383</sup> (abreviatura del término en inglés Average Avoidable Cost) ello indica que la empresa está sacrificando sus beneficios en el corto plazo y que un competidor igualmente eficiente no puede servir a los clientes que intenta captar sin incurrir en una pérdida.

El fallo en cubrir el AAC implicará entonces que la empresa efectúa un sacrificio en beneficios en el corto plazo y que sus competidores no pueden suministrar a los clientes que pretende conseguir la implicada sin incurrir en una pérdida.

Así, en *AKZO*, con relación al precio por debajo del coste promedio variable (AVC), el TJCE señaló: “Una empresa dominante no tiene interés en aplicar estos precios, excepto el de eliminar competidores, de modo que pueda permitirle subsecuentemente, elevar sus precios al tomar ventaja de su posición monopolística ya que cada venta le genera una pérdida”.<sup>1384</sup>

Entonces, cuando los precios están por encima del coste promedio evitable, AAC o lo que es lo mismo, coste promedio variable AVC pero por debajo del Coste de Incremento Promedio a Largo Plazo LRAIC (abreviación del término en inglés “Long

---

<sup>1380</sup> Ibidem §24

<sup>1381</sup> Herbert Hovenkamp, “Exclusion and the Sherman Act” en *University of Chicago Law Review*, Vol. 72 2005, pág. 154

<sup>1382</sup> Richard Posner, *Antitrust Law*, 2ª Ed. 2001, pags. 194-5

<sup>1383</sup> El Coste Promedio Evitable, es el promedio de los costes que podrían haber sido evitados si la empresa no hubiera producido una cantidad diferenciada de producción (adicional), en el caso de la cantidad que se alega es objeto de la conducta abusiva. En la mayoría de los casos, el Coste Promedio Evitable y el Coste Promedio Variable (es el total de todos los costes que varían cuando hay un cambio en la cantidad de un bien particular producido, dividido por la cantidad de los bienes producidos, como su nombre implica, son costes que varían con cambios en la producción) serán los mismos, en la medida que a menudo sólo los costes variables pueden ser evitados. Nota al Pie 18 de la Guía de la Comisión.

<sup>1384</sup> §71 de la STJCE *AKZO* citada.

Run Average Incremental Cost)<sup>1385</sup>, indica que la empresa no está recuperando todos los costes fijos (atribuibles) en producir el bien o servicio en cuestión y que un competidor igualmente eficiente puede ser aniquilado.

La Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva establece que el LRAIC es lo mismo que el Coste Promedio Total<sup>1386</sup> tratándose de empresas con producto único, de modo que es en cierto modo parecido al test fijado por el TJCE en *AKZO*.

Para establecer el sacrificio, la Comisión debe establecer que la implicada ha fijado sus precios por debajo del coste promedio evitable.<sup>1387</sup>

Con el objeto de aplicar los umbrales de coste también sería necesario observar en los ingresos y costes de la empresa dominante y de sus competidores en un contexto más amplio. No sería suficiente establecer sólo si el precio o el ingreso cubre los costes para el producto en cuestión, sino que sería necesario observar en los ingresos de incremento en caso que la conducta de la empresa dominante en cuestión afecte negativamente sus ingresos en otros mercados o de otros productos. Del mismo modo, en el caso de dos mercados laterales, sería necesario observar en los ingresos y costes de ambos lados al mismo tiempo.<sup>1388</sup>

En la jurisprudencia se efectuaron estos análisis en el caso *Tetra Pak*, un caso de mercados conexos: los mercados de máquinas envasadoras de leche aséptica y sus respectivos envases de cartón, y las máquinas envasadoras de leche no aséptica y sus respectivos envases de cartón.<sup>1389</sup>

Con el objeto de determinar si un competidor hipotético tan eficiente como la empresa dominante puede resultar aniquilado por la conducta en cuestión, la Comisión analizará el dato económico relacionado al coste y precios de venta y en particular si la empresa

---

<sup>1385</sup> El coste de incremento promedio a largo plazo LRAIC es el promedio de todos los costes en que incurre la empresa para producir un determinado producto. LRAIC y el Coste Promedio Total son buenos aproximados uno al otro y son el mismo en el caso de empresas de producto único. Si las empresas multiproducto, tienen economías de ámbito, LRAIC estaría por debajo del Coste Promedio Total para cada producto individual, en la medida que los verdaderos costes comunes no sean tomados en cuenta en el LRAIC. En el caso de productos múltiples, cualquier coste que podría haber sido evitado al no producir un producto particular o rango de producto que no son considerados costes comunes. En situaciones donde los costes comunes son significativos, tendría que ser tomado en cuenta cuando se considera la capacidad de aniquilar competidores igualmente eficientes. Nota al Pie 18 de la Guía de la Comisión.

<sup>1386</sup> El coste promedio total (en inglés average total cost “ATC”).- Es calculado dividiendo los costes totales de la empresa –costes variables más costes fijos, incluyendo los costes comunes- por el número total de unidades producidas. Los costes comunes son costes fijos que apoyan un número de actividades o líneas de producto.

<sup>1387</sup> §63 de la Guía de la Comisión

<sup>1388</sup> Nota al pie 18 de la Guía de la Comisión

<sup>1389</sup> Decisión de la Comisión *Tetra Pak II* citada.

dominante se está implicando en precio por debajo del coste. Esto requerirá que tenga disponible suficiente información. Cuando sea disponible, la Comisión utilizará los costes de la empresa dominante en si mismos. Si no está disponible la información sobre estos costes, la Comisión decidirá utilizar el dato de coste de los competidores u otros datos fiables comparables.<sup>1390</sup>

Cuando el estimado del coste promedio evitable, está basado en el coste directo de producción (es decir aquel registrado en la contabilidad de la empresa), el dato no captura adecuadamente si ha habido o no un sacrificio.<sup>1391</sup>

Vamos a centrarnos en establecer qué repercusiones tiene la fijación por la implicada de un precio por debajo de un determinado parámetro de coste por una empresa en posición de dominio, o lo que es lo mismo: qué implica el sacrificio o la capacidad de incurrir deliberadamente en pérdidas.

#### *4.1.2. La fijación por la empresa dominante de precios demasiado bajos*

El objetivo del parámetro precio-coste sirve para establecer si la empresa está incurriendo en pérdidas que son racionales sólo si son parte de una estrategia de precio predatorio. Al comparar el coste objetivo y el dato del precio, estos test no resuelven la cuestión más subjetiva de si la empresa intentó implicarse en precio predatorio, sino que proporcionan información sobre si realmente lo está haciendo. Esta objetividad es crucial porque la forma cómo una implicada ataca a sus rivales es más significativa en términos económicos que si intentó hacerlo así.

Por ejemplo, si una empresa obliga a un competidor a retirarse del negocio a través del precio por el que el competidor debe operar a pérdida para igualar este precio, entonces será verdad que la eliminación era intencional, que la implicada intentó enviarle una señal para disuadir a entrantes potenciales e incluso que deseó hacer estas cosas de modo que pudiera conseguir o mantener una posición dominante.

Sin embargo, si esta empresa es más eficiente que el competidor y que entonces estaba dispuesta a conseguir estos objetivos simplemente a través del recorte de los precios del competidor, mientras continuaba en cubrir sus propios costes, entonces, el resultado descrito arriba es consistente con el comportamiento competitivo normal. Por otro lado, si la empresa fijó su precio por debajo de sus propios costes, entonces el proceso

---

<sup>1390</sup> §24 de la Guía de la Comisión.

<sup>1391</sup> Ibidem Nota al pie 42.

competitivo fue distorsionado y la empresa habría expulsado del mercado a un competidor más eficiente.

El sacrificio de los beneficios debe ser evaluado con referencia a las “circunstancias competitivas”. El sacrificio no debe ser inferido si la implicada evita una respuesta similar al cártel que le proporciona beneficios mayores tanto para ella y para su rival<sup>1392</sup>. En su lugar, deben ser evaluadas la rentabilidad real de la implicada y las respuestas alternativas, respecto a la afirmación que el rival reacciona a ella en una forma competitiva. Una respuesta similar al cartel no beneficiaría a la implicada bajo esta afirmación porque la reacción competitiva del rival afectaría su rentabilidad. Entonces, el estándar propuesto no penalizaría a la implicada por respuestas competitivas legítimas, incluso si dañan al rival y el estándar no protege a un rival que no puede prosperar bajo circunstancias competitivas.<sup>1393</sup>

Entonces, qué calidades son deseables en un test precio-coste. Idealmente, el indicador del coste sería establecido de tal forma que la empresa posiblemente no podría tarifarse por encima de éste y todavía decidiría eliminar o disuadir a competidores reales y potenciales que sean al menos igualmente eficientes.<sup>1394</sup>

#### *4.1.3. La legalidad del precio por encima de los parámetros de coste.*

Al fijar el umbral precio-coste, también habría que tener cuidado de que el umbral de coste no sea muy alto. En este contexto, “muy alto” significa una regla que obligaría a la empresa a elevar el precio por encima del nivel competitivo para evitar infringir la ley. En esta situación, los consumidores cuyo bienestar, la ley presumiblemente intenta promover, estarían pagando precios más altos de lo necesario porque la ley protegería a empresas menos eficientes de la competencia. Además por más eficientes que sean las empresas, estarán obteniendo en mayor o menor medida beneficios supra competitivos.

Esencialmente, la cuestión es si el precio límite es decir, por encima del coste debe ser ilegal. Cuando se utiliza esta estrategia una empresa implicada establece su precio en

---

<sup>1392</sup> Esta respuesta implicaría un acortamiento de producción por la empresa implicada en un nivel lo suficiente bajo para que el mercado acomode la producción de la entrante en un precio que permita a la entrante obtener un beneficio. Sin embargo, una entrante no puede demandar predación si su entrada destruye la disciplina colusiva de una industria y sus beneficios son más bajos que lo que ésta anticipó sobre las bases de la historia de la industria.

<sup>1393</sup> Janusz A. Ordover y Robert D. Willig. “An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation”. *Yale Law Journal*. Vol. 91. 1981. Págs. 8-53 en 10.

<sup>1394</sup> William Baumol, “Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test,” 39 *Journal of Law and Economics* 49, 52-53 (1996).

un nivel rentable, pero por debajo del punto de maximización del beneficio a corto plazo, escogiendo un nivel correspondiente de producción que deja sólo una demanda residual muy limitada para que la entrada sea rentable (por ejemplo, el entrante no estaría dispuesto a recuperar su Coste Promedio Total<sup>1395</sup> en el precio prevalente).

Al sacrificar alguno de sus beneficios, la implicada mantiene a los entrantes fuera y está dispuesta a obtener algún beneficio supracompetitivo. Esta estrategia daña el bienestar del consumidor cuando los entrantes se hubieran convertido al menos tan eficientes como la implicada si hubieran conseguido un espacio en el mercado, hubiera ganado experiencia y volumen y eventualmente hubieran bajado sus costes de operación, sin embargo, en la mayoría de los casos no es así.

La literatura económica sobre predación, se ha enfocado en la idea que el comportamiento predatorio puede avisar al entrante potencial o al rival que no obtendrá beneficios si entra o permanece en el mercado. Considerando una situación donde la empresa dominante puede ser una de dos tipos, de costes altos o de costes bajos, donde sólo la empresa dominante sabe que lo es. Suponiendo adicionalmente que el entrante hará beneficios positivos si entra y la empresa dominante es de costes altos, pero obtendrá pérdidas si entra donde la empresa dominante es de costes bajos. En esta situación la empresa dominante considerará que imitar el comportamiento de una empresa de costes bajos es su mejor estrategia comercial, incluso cuando sus costes realmente son altos ya que esto puede disuadir la entrada. Para que este comportamiento sea una estrategia rentable, es necesario que la empresa dominante obtenga un nivel de beneficios mayor al de comportarse como un monopolio de coste bajo, que si actuara como una empresa con costes altos y comparta el mercado.

Esta línea de argumento tiene dos implicaciones. Primero, en algunas circunstancias al implicarse en precio predatorio, una empresa dominante puede evitar que una empresa entrante más eficiente acceda al mercado e incluso obtener beneficios positivos. Suponiendo que los costes del entrante son más bajos que los costes más altos de la empresa dominante, pero mayores que los costes bajos de la empresa dominante, si la empresa dominante con costes altos establece unos precios como si fuera una empresa con costes bajos, de este modo disuadirá la entrada. Esto significará que una empresa dominante ineficiente ha impedido que un entrante más eficiente pueda acceder al mercado. Segundo, el bienestar social será realmente más alto cuando la empresa

---

<sup>1395</sup> El coste promedio total (en inglés average total cost "ATC").- Se calcula dividiendo los costes totales de la empresa –costes variables más costes fijos, incluyendo los costes comunes- por el número total de unidades producidas. Los costes comunes provienen de un número de actividades o líneas de producto. Por ejemplo, el salario de la recepcionista de la empresa es un coste común. Es una posición esencial, pero no es parte del salario que es ocasionado debido a un único producto específico.

dominante incurre en la predación. Supongamos que la empresa dominante es de costes altos y no hace predación. Entonces el entrante potencial entra y el precio es establecido en el nivel de duopolio. Este precio estaría por encima del precio que una empresa de coste bajo o una empresa que imita el comportamiento de una empresa de coste bajo que pueda establecer, con el resultado que los precios en la ausencia de la predación son más altos y así estaría por encima del precio que la empresa dominante establece si hace predación al pretender ser una empresa de coste bajo. La lección importante que proporciona el precio límite es que desde una perspectiva económica, la predación no implica necesariamente que la empresa predadora incurrirá en pérdidas. Esto es relevante a la discusión de qué reglas generales pueden utilizarse para identificar un precio predatorio.

Desde el punto de vista jurídico, (i) sólo el precio por debajo del coste conducirá a la exclusión de empresas iguales o más eficientes, que tienen acceso limitado a recursos financieros para sobrevivir un ataque predatorio; (ii) bajando los precios de una empresa dominante por debajo de su precio que maximiza el beneficio hacia los costes de producción es en el beneficio de los consumidores ya que los costes estarán más cerca del precio competitivo, que puede ser el resultado de la innovación, o que la empresa ha desarrollado economías de escala significativas que le permiten ofrecer estos precios bajos y así más eficientes, de este modo, sólo los rivales menos eficientes que la empresa dominante serán excluidos del mercado; (iii) obligar a una empresa dominante a mantener sus precios a un nivel alto, por encima del coste, creará un precio que invita a empresas ineficientes a entrar al mercado, o permitirá sobrevivir a este tipo de empresas; (iv) creando una obligación para que la empresa dominante mantenga sus precios a niveles más altos que el coste, en el nivel que la empresa dominante maximiza sus beneficios, se necesitaría un ajuste constante, en vista del cambio continuo de las condiciones de demanda, que resultaría en errores considerables de cálculo; (v) una valoración detallada de las pérdidas de bienestar de un precio por encima del coste colocará un peso considerable en las partes implicadas en el precio predatorio y convierte las evaluaciones legales incluso más complejas.

En el supuesto que una empresa en posición de dominio fija el precio límite, es decir un precio que esté justo por debajo del coste al que los entrantes potenciales accederían al mercado, que esté por encima del coste marginal, tipificando la predación en el fundamento de la intención, Hovenkamp<sup>1396</sup> y también Posner<sup>1397</sup> observan que es

---

<sup>1396</sup> Herbert Hovenkamp. "Federal Antitrust Policy". 2<sup>nd</sup>. Ed. Hornbook Series. Minesota. EEUU. 1999.

<sup>1397</sup> Richard Posner, ob. Cit.



consecuencia de la incapacidad de establecer dónde radica el daño competitivo. En este sentido es cuestionable el planteamiento de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva<sup>1398</sup>, que admite que en algunos casos será posible basarse en evidencia directa consistente en documentos de la empresa dominante que demuestren una estrategia predatoria.

El precio “límite” de la empresa dominante es muy probable que sea un precio que esté muy por encima del nivel competitivo, entonces la empresa está “excluyendo” simplemente mediante la fijación de un precio competitivo –algo que buscan propiciar las leyes antitrust-.

Coincidimos con Motta<sup>1399</sup>, Hovenkamp y Posner, en cuanto si una implicada causa que un rival salga a través de la reducción de sus precios pero al nivel al que todavía obtiene beneficios, esto significa que el rival posiblemente sea mucho menos eficiente que la implicada. Entonces, es improbable que haya una pérdida considerable de bienestar por su salida. Un test “precio por debajo del coste” no nos permitiría perseguir todos los casos posibles de predación. Los casos no cubiertos por este test probablemente todavía serían pocos y muy especiales. Los costes de incurrir en este error parecen pequeños.<sup>1400</sup>

En el otro lado del espectro, de considerar ilegal el precio límite, Aaron Edlin<sup>1401</sup> ha propuesto que los monopolistas implicados se les debe prohibir que respondan a la entrada a través del recorte de precio sustancial o hacer un fomento del producto significativo hasta que los entrantes hayan tenido una oportunidad de convertirse en viables o quizás incluso hasta que el monopolista pierda su posición dominante.

Einer Elhauge<sup>1402</sup> argumentó en respuesta a Edlin que una regla funcional para detener el precio predatorio por encima del coste no existe, e incluso si la hay, fallaría en proporcionar un resultado más competitivo. Elhauge consigue lo mejor de este argumento porque la regla de Edlin anima la entrada ineficiente, obligando a las

---

<sup>1398</sup> §65de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva

<sup>1399</sup> Máximo Motta, *ob. Cit.*

<sup>1400</sup> Véase también el Documento de la Asociación Española para la Defensa de la Competencia. “Comentarios al *Documento on the application of Article 82 of the EC Treaty to exclusionary abuses*”. Disponible en internet [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int). Quienes señalan que esto implicaría que las obligaciones especiales impuestas a la empresa en posición de dominio no ha de llegar a estos extremos.

<sup>1401</sup> Aaron S. Edlin. “Stopping Above-Cost Predatory Pricing”. En *The Yale Law Journal*. Volumen 111, 2001, pág. 941 – 991.

<sup>1402</sup> Einer Elhauge. “Why Above-Cost Price Cuts to Drive Out Entrants Are not Predatory – and the Implications for Defining Costs and Market Power”. En *The Yale Law Journal* Volumen 112, N° 4, Enero 2003.pp. 681-827.

implicadas de coste bajo en acomodar al margen de resultados inciertos. Puede ser difícil para las administraciones de competencia formular predicciones precisas sobre si los entrantes eventualmente habrían sido más eficientes y viables. Además, es incierto si los consumidores adquieren más bienestar con una empresa eficiente que es obligada a mantener sus precios altos en el corto plazo con el objeto de animar a competidores posiblemente ineficientes en el largo plazo, quienes sin embargo serían eliminados, o con precios más bajos de la implicada en el corto plazo, que disuaden la entrada por alguna empresa que no puede convertirse inmediatamente o rápidamente en tan eficiente como la implicada. En otras palabras, es difícil predecir si la sociedad obtendría más bienestar con precios límite sobre los bienes producidos por una implicada eficiente o con precios más bajos sobre bienes producidos por empresas ineficientes.

En realidad, incluso no está claro que el bienestar social mejorará a través de llevar los precios del monopolio establecidos por una implicada eficiente a precios más bajos establecidos por productores ineficientes. Además, al hacer la consecución de una posición dominante mucho menos atractiva, la regla de Edlin removería algunos de los incentivos de las empresas en competir vigorosamente en primer lugar. Al final podría ser mucho más dañino para la competencia, la innovación y el bienestar del consumidor en el largo plazo que una estrategia de precio límite.

Un problema significativo con el test de maximización del beneficio en general es que determinar si una empresa estaba colocando su precio en el nivel de maximización del beneficio a corto plazo puede ser muy cuestionable. Como observó un tribunal norteamericano, un test de maximización del beneficio “requiere conocimiento extensivo de las características de la demanda –agregado así a su complejidad e incertidumbre”.<sup>1403</sup>

En contraste, desde una perspectiva del bienestar del consumidor está perfectamente claro que el precio límite es preferible al precio al nivel del monopolio. Así, en vista de las incertidumbres antes mencionadas, parece mejor permitir el precio límite en lugar de obligar a los monopolistas a reducir más el bienestar del consumidor a través de la maximización de sus beneficios. Consecuentemente, en el entendido que el precio de la implicada permanece por encima de ATC, es normalmente permisible establecer los precios por debajo del nivel de maximización del beneficio a corto plazo, incluso cuando el motivo sea puramente malicioso.

---

<sup>1403</sup> *MCI Communications v. AT&T*, 708 F.2d 1081, 1114 (7th Cir. 1983)

Una contradicción a la lógica arriba detallada es el caso *Compagnie Maritime Belge*<sup>1404</sup>, donde el TJCE observó: “el simple hecho que el objetivo de la competencia en el precio sea retirar a un competidor del mercado no puede convertir en legítima la competencia ilegal” pero sosteniendo que era ilegal para un demandado reducir el precio a un nivel que estaba por encima de sus propios costes, pero debajo de aquellos del señalado entrante.

Algunos autores<sup>1405</sup> han criticado el caso *Compagnie Maritime Belge*, fundamentalmente en cuatro aspectos.

Primero, al atacar el recorte de precio por encima del coste es desafortunado porque resulta un efecto incierto a largo plazo (la supervivencia de empresas relativamente ineficientes) con unas pérdidas a corto plazo garantizadas (la pérdida del precio más bajo del demandado). Restringir estos recortes de precios fomenta el incremento del precio y daña el bienestar del consumidor en la mayoría de los casos.

Segundo, al condenar el precio selectivo por encima del coste penalizará frecuentemente el comportamiento de precio eficiente. En muchos mercados, las empresas implicadas pueden maximizar beneficios y la producción sólo mediante la fijación a los clientes de lo que ellos valoran más al producto, haciéndoles soportar una gran proporción de los costes comunes. En estos mercados, los descuentos selectivos a los clientes sobre el margen, aumentarán la producción y el bienestar.

Tercero, al condenar el precio por encima del coste, reducirá la presión sobre los rivales y entrantes potenciales para convertirse en más eficientes, lo que elevará los costes y disminuirá la calidad para la sociedad.

Finalmente, estos efectos adversos son agravados por dificultades en la implementación que son una consecuencia inevitable de intentar regular los precios, la producción y la reacción a la entrada de la empresa. En su opinión, la única excepción a la regla es que el precio por encima del coste variable promedio es siempre de interés legal en situaciones donde hay evidencia clara de un patrón cumulativo de otros abusos agregados al precio bajo, así por ejemplo, la intención deliberada de eliminar a un rival específico por diversos medios.

Asimismo Whish ha criticado el caso cuestionando si el recorte de precio selectivo es abuso, o si es competencia sobre los méritos. El hecho que la conferencia de línea fuese

---

<sup>1404</sup> Sentencia TJCE *Compagnie Maritime Belge des Transports* ya cit.

<sup>1405</sup> Einer Elhague. “Why Above-Cost Price Cuts to Drive Out Entrants Are not Predatory – and the Implications for Defining Costs and Market Power”. En *The Yale Law Journal* Volumen 112, Nº 4, Enero 2003, pp. 681-827 John Temple Lang y Robert O’Donoghue. “Defining Legitimate Competition: How to clarify pricing abuses under article 82 EC”. En *Fordham International Law Journal*. Vol. 26. Pág. 83-162. 2002.

un acuerdo horizontal, habría influido al tribunal porque podía ser considerado como un boycott horizontal colectivo del competidor. Sin embargo, el caso fue considerado bajo el artículo 82 TCE, tipificándose como un caso de dominio colectivo, más que bajo el artículo 81.<sup>1406</sup>

Coincidimos con los autores citados en especial con Whish: resulta considerablemente peligroso condenar los precios que estén por encima del coste, implica inseguridad jurídica, puesto que se estaría persiguiendo comportamiento que es eficiente, con los consiguientes perjuicios que ocasiona al bienestar del consumidor, al permitir la persistencia de empresas rivales ineficientes, así como imponer una carga innecesaria a las empresas en posición de dominio, que no pueden competir en las mismas condiciones que cualquier otra empresa eficiente.

Considerando además lo afirmado por Bolton, Broadley y Riordan, respecto a la esencia del precio predatorio, aplicable al caso, *CEWAL*, no se trata de un supuesto de precio predatorio ya que carece del requisito de la recuperación, sino de un supuesto en el que el daño a la competencia es resultado de la conducta o conductas de exclusión y la estructura del mercado. En los precios predatorios, la recuperación requiere la demostración agregada que la conducta predatoria será rentable, es necesario demostrar que la recuperación real de su inversión predatoria a través de precio supracompetitivo, o que el incremento del poder en el precio u otras condiciones económicas hacen probable la recuperación.

Se trata de un caso excepcional en el que se configuró una posición dominante colectiva, que dada la crítica doctrinal es difícil que se pueda repetir en la práctica, tal es así que la propia Comisión en su Documento, señalaba respecto a una posición de dominio colectiva y el precio predatorio: “Las empresas que son colectivamente dominantes son menos probables de estar dispuestas a predar debido a que sería difícil para las empresas dominantes distinguir la predación contra un competidor ajeno a la competencia en precios entre las empresas colectivamente dominantes y debido a que usualmente carecen del mecanismo (legal) para compartir la carga financiera de la acción predatoria.”<sup>1407</sup>

*a) La postura del derecho antitrust norteamericano: puerto seguro para los precios por encima del coste.*

---

<sup>1406</sup> Richard Whish. *Competition Law* 5<sup>th</sup> Ed. Butterworths. 2003. Londres U.K. pág. 711

<sup>1407</sup> §98 del Documento , véase también el §128 en el que exclusivamente se refiere a los «bucos de lucha».

La postura del derecho antitrust norteamericano en esta materia es establecer un puerto seguro para las empresas en este sentido, el Departamento de Justicia cree que los precios por encima del coste deben permanecer siendo legales *per se*. Consideramos que la Guía de la Comisión debió haberse pronunciado también en este sentido, para proporcionar seguridad jurídica a las empresas eficientes, dándoles libertad para competir en los precios, incluso cuando ostenten una posición de dominio.

El Informe del Departamento de Justicia Norteamericano observa tres factores que sustentan la medida apropiada de coste a utilizar en el test precio-coste para el precio predatorio.

Primero, la medida de coste debe ayudar a revelar si la empresa hizo ventas no rentables –o, para ser más precisos-, si las ventas de la empresa fueron económicamente irracionales, más que su aparente efecto de exclusión.

Segundo, la medida de coste debe ayudar a identificar situaciones en que el precio de la empresa obligará a la salida de un rival que podría producir producción adicional resultante de la estrategia de precio (es decir, el incremento predatorio) de un monopolista igualmente eficiente. A una empresa eficiente no debe prohibírsele reducir sus precios basados en argumentos que un rival podría convertirse igualmente eficiente en el futuro, en la medida que estas alegaciones son muy especulativas para apoyar un fundamento de infracción de la sección 2 y sacrificaría los beneficios actuales del consumidor para ganancias inciertas en el futuro.

Estos dos primeros factores se orientan a enfocar en alguna forma de coste de incremento, la jurisprudencia en *Brooke Group*<sup>1408</sup> aunque no establecen ninguna concreta medida de coste, sin embargo plantean la noción, quizás expresada mejor en el caso *Barry Wright*<sup>1409</sup> que los tribunales modernos antitrust observan en la relación del precio respecto a los costes ‘evitables’ o de ‘incremento’ como una forma de segregar los recortes de precio que son ‘sospechosos’ de los que no lo son. Esto es por que en general, si una empresa fija precios que fallan en cubrir estos costes ‘evitables’ o costes de ‘incremento’, –los costes que la empresa ahorraría al no producir el producto adicional que puede vender a este precio-, entonces podríamos saber que la empresa racionalmente no puede planificar mantener este precio bajo; si lo hace, no espera elevar su precio, lo haría mejor descontinuoando su producción. Como una consecuencia, hay consenso general que la medida de coste apropiada en cualquier test precio-coste para el precio predatorio es algún tipo de coste de incremento.

---

<sup>1408</sup> 509 U.S. 209, 223 (1993)

<sup>1409</sup> *Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp.*, 724f. 2d 227, 232 (1<sup>st</sup> Cir. 1983) (Breyer, J.).

Tercero. Los empresarios deben disponer de normas que puedan aplicar fácilmente en el momento que efectúan su conducta para saber con un grado de confianza razonable si su precio será considerado predatorio.

El coste promedio de incremento sirve mejor a estos tres objetivos.<sup>1410</sup>

Si bien en algunos casos, el precio por encima del coste puede reducir el bienestar, el Tribunal Supremo en *Brooke Group*<sup>1411</sup> ha sostenido que el precio por encima del coste no infringe la Sección 2 porque la condena desanimaría la fijación de descuentos en precio deseables. Así, *Brooke Group* creó un puerto seguro para el precio por encima del coste, concluyendo que distinguir con claridad entre el precio por encima del coste de fomento de bienestar y de disminución del bienestar es poco práctico y contraproducente. Como observa Carlton: “Incluso cuando se puede construir fácilmente modelos teóricos de precio predatorio por encima del coste, las autoridades antitrust consideran las decisiones de precio por encima del coste como un puerto seguro, que no debe ser cuestionado”<sup>1412</sup>

También cuando las implicadas tienen poder de mercado, las restricciones sobre su capacidad en adoptar recortes de precio por encima del coste como reacción a las circunstancias del mercado, son improbables de conseguir el objetivo de animar y proteger la entrada porque los entrantes menos eficientes no pueden sobrevivir en el largo plazo y los entrantes que son (o predeciblemente se convertirán) más eficientes no necesitan ser animados o protegidos.<sup>1413</sup>

El informe concluye que el precio por encima de alguna medida del coste no es una regla administrable, que los modelos actuales de la teoría del juego no dan una lectura clara sobre los umbrales de coste y aún menos para proporcionar a los tribunales con los elementos necesarios para controlar el precio predatorio por encima del coste sin desanimar el recorte en el precio legítimo.

Además el Departamento cree que el precio por encima del coste debe permanecer legal per se. El recorte de precio agresivo está en el centro de un mercado que funciona adecuadamente. Consecuentemente, es importante que la aplicación contra el precio predatorio evite desanimar los descuentos de precio competitivo en la medida de lo razonablemente posible. Entonces el Departamento intervendrá sólo en aquellos casos

---

<sup>1410</sup> Pág. 60-1 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano.

<sup>1411</sup> *Brooke Group Ltd. V. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 223 (1993)

<sup>1412</sup> Dennis W. Carlton, “Does Antitrust Need to Be Modernized?” en *Journal of Economic Perspectives*, Verano 2007 p. 155, 160.

<sup>1413</sup> Einer Elhauge, “Why Above-Cost Price ...” ob. Cit. pág. 826.

donde el precio esté por debajo de una medida apropiada de coste, agregado a que deben cumplirse los otros elementos de una demanda de predación en precio.<sup>1414</sup>

Señala el Departamento<sup>1415</sup> que el coste promedio evitable AAC es la medida de coste más apropiada porque se enfoca en los costes que fueron incurridos cuando se persiguió el precio predatorio. El precio predatorio con efectos de exclusión debe resultar en las ventas adicionales para el predador que fueron cogidos de su víctima. Cuando el precio está establecido por debajo de este umbral, la empresa experimenta un flujo de caja negativo en sus ventas de incremento a este precio. Sugiere que la empresa está haciendo ventas que no son rentables y reflejaría un esfuerzo de excluir. El coste promedio evitable se enfoca en lo que le cuesta a la empresa dominante hacer sólo la cantidad de incremento.

Además, en la medida que la empresa rival puede cubrir su coste promedio evitable, la venta de sus bienes será más rentable que salir del mercado o no entrar.

El Informe observa que es más fácil de calcular y teóricamente más apropiado que el coste marginal –con su término abstracto “coste de la última unidad producida”- o el coste promedio variable –con su separación difícil entre coste fijo y coste variable-.

Sin embargo, existen dificultades de implementación en el inconveniente de si el coste evitable debe incluir cualquier ganancia perdida por la reducción del precio en las ventas que la empresa habría efectuado sin el esquema predatorio. Aunque se ha admitido que debe incluirse el coste de oportunidad<sup>1416</sup>, discordaron en si estas pérdidas de “ganancias inframarginales” deben ser consideradas. El Departamento concluyó que la consideración de las ganancias sacrificadas ni es apropiada ni es probable de ser administrable, entonces, no considerará las ganancias perdidas en las ventas inframarginales como un coste cuando evalúa un caso de predación.

El Informe observa que es una medida de coste más administrable que otras medidas de coste disponibles y en el ámbito de las empresas se entiende fácilmente el concepto. Sin embargo, en el caso que el incremento predatorio sea indeterminado y el coste promedio evitable sea difícil de establecer, el Departamento considerará otras medidas de coste con el coste promedio variable como el mejor parámetro alternativo, en clara invocación de la regla de Areeda-Turner.

---

<sup>1414</sup> Págs. 58-60 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano.

<sup>1415</sup> Ibidem Página 65

<sup>1416</sup> El coste de oportunidad es el ingreso que se habría obtenido de una inversión alternativa, como resultado de asumir una decisión.

#### 4.1.2. *La postura de la Comisión: el sacrificio implica incurrir en pérdidas evitables*

##### a) *La ilegalidad de los precios por debajo del Coste Promedio Evitable (AAC)*

Al respecto, la Guía de la Comisión señala:<sup>1417</sup> Incurrir en sacrificio si la empresa dominante, al fijar un precio más bajo para todo o una parte determinada de su producción durante un período de tiempo relevante, o al expandir su producción durante el período de tiempo relevante, ha incurrido o está incurriendo en pérdidas que podrían haber sido evitadas. La Comisión considerará el Coste Promedio Evitable (AAC de las abreviaturas en inglés Average Avoidable Costs)<sup>1418</sup> como el punto de inicio apropiado para considerar si la empresa dominante incurre o incurrió en pérdidas evitables.<sup>1419</sup>

En la mayoría de los casos el coste promedio variable AVC y el AAC serán lo mismo, en la medida que sólo los costes variables pueden ser evitados. Sin embargo, en circunstancias donde difieren el AVC y el AAC, el último refleja mejor el posible sacrificio: por ejemplo, cuando la empresa tiene que expandir capacidad con el objeto de estar dispuestos a predar, entonces los costes hundidos de esta capacidad extra deben ser tomados en cuenta al observar las pérdidas de la empresa dominante. Estos costes estarán reflejados en el AAC pero no en el AVC. La regla establecida por el TJCE en *AKZO* no ha cambiado, tal como lo dice la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva<sup>1420</sup>.

La sustitución es coherente con la doctrina, el coste promedio evitable AAC es el coste promedio por unidad que el predador habría evitado durante el período de precio por debajo del coste si no se hubiera producido el incremento predatorio en las ventas. No

---

<sup>1417</sup> §63 de la Guía de la Comisión. Véase también los §§ 93 y siguientes del Documento de la Comisión.

<sup>1418</sup> El Coste Promedio Evitable, es el promedio de los costes que podrían haber sido evitados si la empresa no hubiera producido una cantidad diferenciada de producción (adicional), en el caso de la cantidad que se alega es objeto de la conducta abusiva. En la mayoría de los casos, el Coste Promedio Evitable y el Coste Promedio Variable (es el total de todos los costes que varían cuando hay un cambio en la cantidad de un bien particular producido, dividido por la cantidad de los bienes producidos, como su nombre implica, son costes que varían con cambios en la producción) serán los mismos, en la medida que a menudo sólo los costes variables pueden ser evitados. Nota al Pie 18 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

<sup>1419</sup> En el caso *AKZO*, el TJCE estableció, en relación al precio por debajo del Coste Promedio Variable: “Una empresa dominante no tiene interés en aplicar estos precios excepto si se trata de eliminar a competidores y así permitirle subsecuentemente elevar su precio tomado ventaja de su posición monopolística ya que cada venta genera una pérdida”. §71 de la STJCE *AKZO* cit. Nota al Pie 41 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

<sup>1420</sup> Nota al Pie 40 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva. Véase también § 108 del Documento de la Comisión



es necesario que se efectúe una distribución problemática entre los costes fijos y los costes variables y además incluye todos los costes que se habrían evitado si el demandado no hubiera incurrido en estas ventas, por lo que también se aproxima al coste marginal. Entre sus ventajas, tenemos que se trata de un coste más recomendable ya que descarta la discusión sobre los costes fijos que ocasiona el coste variable promedio; se trata de un test flexible: puede ser utilizado para el estudio de comprobar el precio de la producción global de un producto, o de un grupo de clientes, el único inconveniente es el tiempo ya que se convierte más difícil de comprobar en la medida que transcurra más tiempo en el que persistió el recorte del precio predatorio.

Entonces, según la Comisión, si la empresa fija su precio por debajo del coste promedio evitable, significa que la empresa dominante incurrió en una pérdida que habría evitado. Al menos en el corto plazo, es de no minimización de sus pérdidas, lo que es suficiente para presumir que la empresa hizo este sacrificio con el objeto de excluir al competidor elegido. Sin embargo es una presunción refutable, puede haber circunstancias excepcionales bajo las que esté justificado un precio por debajo del coste promedio evitable.

Entendemos que en estas circunstancias, la implicada puede defenderse alegando una justificación basada en las eficiencias, al no haber establecido la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva que el precio por debajo del Coste Promedio Evitable será per se ilegal, señala “el precio por debajo del AAC será considerado así, en la mayoría de los casos como una indicación clara del sacrificio”; y al admitir la justificación objetiva al comportamiento sólo se refiere genéricamente al precio bajo<sup>1421</sup>. Así, evita condenar comportamiento que puede ser competitivo en algunos casos, de los que Posner<sup>1422</sup> da un ejemplo, observa que tratándose de un comercio cuyas ganancias totales no son lo suficiente considerables para cubrir sus costes marginales a largo plazo, es decir, costes que deben ser recuperados para mantener el negocio por un futuro indefinido, eventualmente estará obligado a retirarse del negocio. Pero la venta por debajo del coste marginal a largo plazo sólo es evidencia de precio socialmente ineficiente, sugestiva, no conclusiva. Algunos negocios o parte de los negocios no tienen futuro. Ningún propósito social es servido al obligar a un vendedor a incluir en su precio una cantidad por la depreciación de una planta que nunca será sustituida. Al contrario, el propósito y efecto es hacer una salida elegante –minimizando un coste-

---

<sup>1421</sup> Véase §63 y 73 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva, véase también § 110 del Documento ya citado.

<sup>1422</sup> Richard Posner, *ob. Cit.*

dejando el campo a empresas más eficientes. Este es el motivo por el que el precio por debajo del coste marginal a largo plazo, distinto del corto plazo no puede presumirse de ser anticompetitivo, así lo contempla también la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva<sup>1423</sup>

También resulta en el caso que hay exceso de capacidad, como sucede en los mercados cíclicos y otros, cualquier empresa sensible tiene interés en vender más incluso cuando las ventas adicionales que haga sólo sean una contribución pequeña hacia los gastos de administración. Estas ventas tienen sentido comercial incluso con ninguna intención o probabilidad de excluir a un rival y luego elevar los precios de nuevo. Prohibirlo resultaría en que haya menos producción en detrimento tanto de los consumidores y de la empresa dominante.

Diferente del error en que se incurriría si se permite un fundamento de predación con precios por encima de los costes. La ausencia de una regla objetiva introduciría un elemento de incertidumbre legal y arbitrariedad. Esto no sólo tendría un efecto en los casos particulares disponibles (las empresas serían encontradas culpables de monopolización cuando no lo son penalizando comportamiento competitivo) pero además tendría consecuencias serias en la economía, en la medida que las empresas investidas con poder de mercado vacilarían en disminuir sus precios menos que si son acusadas de obligar a competidores pequeños a retirarse de la industria o que impiden la entrada de rivales nuevos. Debido a que los precios bajos desarrollan el exceso del consumidor y el bienestar y que debe ser un objetivo de toda política de competencia crear circunstancias favorables a los precios bajos, el riesgo de disuadir a las empresas de establecer los precios bajos es simplemente muy considerable.

Coincidimos con Motta<sup>1424</sup> y lo señalado por Posner, en cuanto no debe limitarse la libertad de las empresas, sean éstas dominantes o no, al momento de fijar sus precios por encima o por debajo de sus propios costes, no hay justificación para este enfoque regulador, que protege a los competidores (por razones políticas o sociales) más que promover la competencia.

Hay muchas razones (costes de cambio, externalidades de red, promociones de precio, productos complementarios), por las que las empresas querrían vender temporalmente a pérdida y son parte de un proceso competitivo normal. Prohibirlas *a priori* y no sobre unas bases generalizadas tiene el efecto de impedir la competencia y disminuir el

---

<sup>1423</sup> §72 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

<sup>1424</sup> Massimo Motta. *Competition Policy, Theory and Practice*. 2004. Cambridge. U.K.

bienestar del consumidor. Si hay razones para creer que, por ejemplo, una cadena de supermercado está vendiendo a pérdida para obligar a los dueños de tiendas pequeñas a retirarse del negocio, debe iniciarse una acción antitrust específica. Si además el interés es la supervivencia de tiendas pequeñas y empresas pequeñas en general, entonces, ello es el objetivo de una política pública, pero debe estar dirigida a través de medios diferentes para que no distorsionen la competencia.

Allan<sup>1425</sup> cuestiona la conveniencia de establecer como umbral el AAC y en este sentido señala que no se indican, qué costes deben ser considerados como evitables y tampoco establece, sobre qué período de tiempo se debe considerar la posibilidad de lo evitable. La Comisión proponía tomar el período durante el que la predación alegada ha ocurrido (o si todavía continúa) el período durante el que se espera que ocurra. En el último caso, ¿la Comisión está autorizada para asumir un período largo en la medida que implique asegurar el efecto de exclusión (asumido)? ¿O debe seleccionarse un período finito? ¿Qué base hay, ausente la evidencia específica para preferir alguno de estos?. La Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva sólo se refiere al parámetro tiempo cuando señala que es menos probable la predación en el largo plazo.<sup>1426</sup>

Allan cuestiona además, el umbral bajo el que se puede presumir la predación, observa que las dificultades con un uso general del estándar AAC (que puede apuntar igualmente a una valoración sobre o sub valoración de coste evitable) son tales que, proporciona una base inadecuada sobre la que proceder. Como un principio general, es importante que el daño competitivo sea demostrado más que presumido. Esto es especialmente importante aquí porque la localización de la frontera AAC podría determinar el resultado. La incertidumbre respecto a su localización sólo puede desanimar la competencia. Por estas razones, es preferible proceder sobre las bases de una regla que AAC son asumidas de ser igual a AVC a menos que haya evidencia clara que algunos costes adicionales deban ser incluidos como la inversión en capacidad en exceso identificada por la Comisión.

*b) Precio por encima del coste promedio evitable AAC y por debajo del coste de incremento promedio a largo plazo LRAIC*

---

<sup>1425</sup> Bill Allan. “Article 82: A Commentary on DG Competition's Discussion Paper” en *Competition Policy International*. Volumen 2, Nº 1, Primavera 2006. págs. 43-82

<sup>1426</sup> §72 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

Señala la Comisión que normalmente sólo el precio por encima del LRAIC es capaz de aniquilar a un competidor igualmente eficiente del mercado<sup>1427</sup>

Usualmente, LRAIC está por encima de AAC porque contrario al último, (que sólo incluye los costes fijos si son ocasionados durante el período bajo análisis) incluye costes fijos específicos de producto generados antes del período en que se llevó a cabo la conducta supuestamente abusiva. El fallo en cubrir LRAIC indica que la empresa dominante no está recuperando todos los costes fijos (atribuibles) de producir el bien o servicio en cuestión y que un competidor igualmente eficiente puede ser aniquilado del mercado.<sup>1428</sup>

El LRAIC y el coste promedio total ATC son costes similares y son el mismo coste en el caso de empresas de producto único. Cuando las empresas son multi producto, tienen economías de ámbito, LRAIC estará por debajo del ATC para cada producto individual, en la medida que los verdaderos costes comunes no sean tomados en cuenta en LRAIC. En el caso de productos múltiples, todos los costes que podrían haber sido evitados por no producir un producto o rango de producto particular no son considerados de ser costes comunes. En situaciones donde los costes comunes son significativos, tendrían que ser tomados en cuenta cuando se considera la capacidad de aniquilar competidores igualmente eficientes.

En estos casos el umbral del coste de incremento promedio a largo plazo LAIC es utilizado como el umbral por debajo del que se presume la predación. El precio por encima de LAIC, pero por debajo del coste promedio total ATC en estos sectores es considerado como precio por encima del coste promedio evitable AAC pero por debajo del coste promedio total ATC en todos los otros sectores.

LRAIC es el promedio del coste de producir el incremento de producción predatorio siempre que estos costes sean incurridos<sup>1429</sup>, incluye todos los costes fijos específicos de producto, incluso cuando estos costes eran hundidos antes del período del precio predatorio, es decir, el coste promedio de incremento a largo plazo, por definición incluye tanto los costes fijos hundidos y los costes fijos recuperables.

El Informe del Departamento de Justicia Norteamericano señala que se ha sugerido,<sup>1430</sup> que el coste promedio de incremento a largo plazo sea la medida apropiada de coste cuando la conducta predatoria implica la propiedad intelectual. La controversia es que

---

<sup>1427</sup> §66 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

<sup>1428</sup> Ibidem §25.

<sup>1429</sup> Bolton, Broadley y Riordan, ob. Cit. Pág. 2273.

<sup>1430</sup> Idem pág. 2272.

el único estándar de coste defendible para el precio predatorio con respecto a la propiedad intelectual debe ser una medida de coste a largo plazo, porque después que el producto es desarrollado y lanzado, el coste promedio evitable o el coste promedio variable estaría cercano a cero. Por ejemplo, en la industria del software de ordenadores, una vez que el producto software ha sido desarrollado “el coste de incremento a corto plazo de un programa descargado de internet es nulo.

Sin embargo, en muchos casos el coste de incremento promedio a largo plazo se identificaría como precio predatorio es decir la racionalidad económica real aparte de cualquier efecto de exclusión. Porque el coste de incremento promedio a largo plazo incluye todos los costes fijos específicos de producto, una empresa fijando su precio por debajo de este coste podría generar un flujo de caja positivo (es decir, cubrir sus costes variables y hacer una contribución a sus costes fijos ya hundidos) y así no necesariamente estaría en mejor posición económica al discontinuar o reducir la producción. Entonces estas ventas que serían potencialmente rentables, serían condenadas como predatorias y entonces no reflejan más que competencia económicamente racional, no predación.<sup>1431</sup> Este planteamiento, debió ser considerado por la Comisión al plantear sus umbrales de coste, considerando que sólo pretende enfocarse en los costes evitables, o incremento predatorio, los costes fijos hundidos, no lo serían.

En el derecho antitrust norteamericano, en coincidencia con el enfoque comunitario, ha establecido al Coste Promedio Evitable como el único parámetro para determinar si los precios son predatorios, sin embargo, como hemos visto descarta al Coste de Incremento Promedio a Largo Plazo como parámetro para establecer la ilegalidad del precio.

#### *4.1.3. El sacrificio implica la renuncia a ingresos netos o pérdidas.*

El precio predatorio es una guerra financiera de desgaste. Para ganarla, un predator no sólo tiene que ser en general financieramente fuerte, tiene que ser más fuerte que sus oponentes en particular.

---

<sup>1431</sup> Pág. 63-4 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano, cita también a Elzinga y Mills, *obl cit.* Pág. 2484. “adoptar el estándar del coste de incremento promedio a largo plazo sería inconsistente con la visión generalmente aceptada que el precio predatorio significa precio que no sería remunerativo excepto por su efecto de exclusión. Areeda y Hovenkamp, *ob. Cit.* §741e, pág. 449-55, observando que los costes de capital preexistentes “no son parte del coste de la predación, porque estos costes permanecen siendo los mismos”.

Así lo señala la Comisión en la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva: el concepto de sacrificio incluye no sólo el precio por debajo del Coste Promedio Evitable. Con el objeto de demostrar la estrategia predatoria, la Comisión investigará también si la supuesta conducta predatoria condujo en el corto plazo ingresos netos más bajos que lo que se habría esperado de una conducta alternativa razonable, es decir, si la empresa dominante incurrió en una pérdida que podría haber evitado. La Comisión no efectuará comparación de la conducta actual con las alternativas teóricas o hipotéticas que podrían haber sido rentables. Sólo las alternativas racionales y factibles serán consideradas, las cuales, tomando en cuenta las condiciones del mercado y las realidades comerciales enfrentadas por la empresa dominante, puede esperarse de manera realista que sea más rentable.<sup>1432</sup>

El TJCE señala en *Wanadoo* que, si bien no se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la prueba de la posibilidad de recuperación de las pérdidas sufridas como consecuencia de la aplicación por una empresa en situación de posición dominante de precios inferiores a un determinado nivel de costes constituya un requisito necesario para demostrar el carácter abusivo de tal política de precios, esta interpretación no excluye, claro está, que la Comisión pueda considerar tal posibilidad de recuperación de las pérdidas como un elemento pertinente a la hora de apreciar el carácter abusivo de la práctica en cuestión, en la medida en que puede contribuir, por ejemplo, a descartar, en caso de aplicación de precios inferiores a la media de los costes variables, justificaciones económicas distintas de la eliminación de un competidor, o a demostrar, en caso de aplicación de precios inferiores a la media de los costes totales pero superiores a la media de los costes variables, la existencia de un plan que tiene como objetivo la eliminación de un competidor<sup>1433</sup>

Coincidimos con Posner<sup>1434</sup>, en que el precio predatorio sería rentable cuando la víctima no dispone del acceso a los mercados financieros en los mismos términos que el predador.

Esto se explica porque el predador pierde mucho más dinero que la víctima, es decir, más reservas en efectivo, aproximadamente en la proporción de sus ventas respectivas, y su acceso al capital sea menos costoso, así el coste del capital del predador tendrá que

---

<sup>1432</sup> §64 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva. La Comisión en su Documento se refería a esta cuestión como parte de la evidencia indirecta para demostrar el precio predatorio ya que consideraba que es necesario demostrar que la empresa dominante es menos dependiente de la financiación externa que la víctima. § 120 del Documento citado.

<sup>1433</sup> §110 y 111 de la STJCE del caso *Wanadoo* citada.

<sup>1434</sup> Richard A. Posner. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. 2da. Edición. The University of Chicago Press 2001.

ser mucho más bajo que el de la víctima para reducir las pérdidas iniciales por debajo de las últimas. El predador está perdiendo dinero, en alguna medida de coste, en cada unidad de producción que vende. En la medida que asuma más y más cuota de mercado de sus competidores fallidos, el predador incurre en pérdidas en más y más unidades de producción. El predador debe tener el poder financiero para permanecer y la determinación necesaria para asumir todas sus pérdidas al finalizar la guerra.

Por el contrario, si el predador tiene una hoja de balance débil, con reservas de efectivo bajas y enfrenta condiciones de crédito relativamente costosas y si sus rivales están deseosos de invertir más dinero en una guerra de precios respecto al predador, entonces es menos probable que el predador tenga éxito. En realidad, no puede tener éxito en estas circunstancias, a menos que sus otros costes sean más bajos que los costes de sus rivales, en cuyo caso probablemente no habrá recurrido a la predación en primer lugar.

La Guía de la Comisión<sup>1435</sup> señala que el sacrificio implica además de la fijación de un precio bajo, la expansión de su producción durante el período de tiempo relevante, incurriendo en pérdidas; lo que implica que la predadora tenga capacidad en exceso para estar dispuesta a absorber toda la demanda nueva creada por sus recortes de precio y en el caso de la predación contra los rivales existentes, la implicada también debe estar dispuesta a absorber sus ventas.

Si no puede hacer ambas cosas, la demanda en el mercado, excederá la producción del predador y los precios tendrán que elevarse, que asumirán la presión de los rivales y les permitirá sobrevivir, o al menos sobrevivir un tiempo más largo.

Si existe en el mercado una baja elasticidad precio de la demanda<sup>1436</sup>, reduce la cantidad de capacidad en exceso requerida en la campaña predatoria, en este sentido es similar al dominio o el poder de mercado, pero aquí lo importante es si el predador puede absorber la demanda extra estimulada por sus recortes de precio, más que si la empresa puede satisfacer la demanda suministrada previamente por sus competidores. Lo más baja que sea la elasticidad precio de la demanda, menor será el exceso de capacidad que deba tener un predador con el objeto de satisfacer la nueva demanda del mercado generada por los precios predatorios.

---

<sup>1435</sup> §63 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

<sup>1436</sup> Este término se refiere al porcentaje de cambio en la cantidad demandada causada por un cambio del 1% en el precio. Por ejemplo, la demanda altamente elástica, significaría, por ejemplo, que un 1% de caída en el precio causaría, digamos un 10% de incremento en la cantidad demandada. La demanda inelástica, por otro lado, significaría que la misma caída en el precio causaría, digamos, sólo un incremento del 0,5% en la cantidad demandada.

Por otro lado, una elasticidad precio de la demanda baja, facilita también la recuperación porque la demanda bajará relativamente menos cuando la empresa eleve el precio del mercado. Una elasticidad alta de la demanda, en contraste, significará que incluso si el predador tiene éxito en elevar los precios a un nivel de monopolio, perderá tanta demanda que la magnitud de sus beneficios no será suficiente para cubrir sus pérdidas predatorias.

Especialmente importante es cuando la empresa dominante no necesariamente tiene exceso de capacidad. Si tiene reducida o ninguna capacidad en exceso y es incapaz de adquirir alguna rápidamente, entonces la predación probablemente no será factible. Así no es verdad que la prueba de la recuperación esté construida esencialmente en el estándar del dominio que tiene la mayoría de leyes de competencia.

Una opción para un predador de estar restringido por la capacidad sería la compra de los activos de sus competidores, si hay algún competidor existente. Pero mientras el predador sea más dominante, es más probable que esta estrategia sea muy difícil de efectuar con el procedimiento de revisión por la agencia de competencia de la concentración que pretende. Entonces será probable que lleve atención no deseada a la campaña predatoria incluso cuando la concentración en si misma de otro modo fuese permisible. Así, la adquisición de los activos del rival no siempre es una opción atractiva.

#### *4.1.4. El sacrificio se puede acreditar mediante la evidencia directa basada en los documentos en poder de la empresa*

La Guía de la Comisión<sup>1437</sup> observa que en algunos casos será posible basarse en evidencia directa consistente en los documentos de la empresa dominante, que demuestren una clara estrategia predatoria como un plan detallado para el sacrificio con el objeto de excluir a un rival, para impedir la entrada o para retrasar la emergencia de un mercado, o la evidencia de amenazas concretas de la acción predatoria.

En la jurisprudencia encontramos en *Wanadoo* que la empresa planteó que la intención de eliminar rivales es insuficiente para establecer que un esquema sea anticompetitivo (incluso cuando esto pueda ser visto como el objeto de una actividad competitiva legítima). El TPI rechazó el argumento que los documentos que demostraban esta

---

<sup>1437</sup> §65 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva. Véase también § 113-4 del Documento de la Comisión citado.



intención fuesen “informales y espontáneos”, estableciendo que en su contexto reflejaron las opiniones consideradas de un alto directivo.<sup>1438</sup>

En *Tetra Pak*<sup>1439</sup> el TPI fundamentó la predación en la presunción de que existía una intención eliminatoria, coherente con los informes elaborados por el Consejo de Administración de Tetra Pak Italia en 1979 y 1980, en los que se menciona la necesidad de realizar sacrificios financieros importantes en materia de precios y de condiciones de suministro para luchar contra la competencia, en especial, la de Pure-Pak.

En *AKZO*, el TJCE aceptó que hubo una evidencia clara en dos reuniones, de las amenazas de *AKZO* a ECS con fijar el precio por debajo del coste, si no se retiraba del mercado de los peróxidos orgánicos. Además hubo un plan detallado, con esquemas, describiendo las medidas que *AKZO* podría asumir si ECS no se retiraba del mercado.<sup>1440</sup>

La propuesta de utilizar la evidencia de la intención en los casos de predación se orienta en apoyar su posición estableciendo que los administradores, no las agencias gubernamentales, ni los jueces, están en mejor posición para determinar si un esquema de precio predatorio probablemente eliminará la competencia y si al final será rentable o no. Ya que estos administradores son actores racionales conscientes, y cualquier evidencia demostrando que intentaron implementar un plan predatorio o dañar a un competidor es más fiable que las conjeturas de quienes observan desde fuera sobre si es probable la recuperación.

Por el lado de quienes cuestionan la evidencia de la intención predatoria buscan rechazar el lenguaje severo y crítico que pueda figurar en la documentación de la empresa distinto del lenguaje corporativo para animar la competitividad, típico pero inocuo que es parte de la buena competencia: “Las empresas “tienen la intención” de hacer todo el negocio que puedan, para vencer a sus rivales si pueden ... Los emprendedores que trabajan duro para recortar sus precios harán el mayor daño a sus rivales y lo verán bien. ... Casi toda la evidencia relacionada con la “intención” se orienta en demostrar tanto el deseo codicioso de tener éxito y alegrarse del apuro de sus rivales. Las empresas a diferencia de sus competidores, necesitan desearles éxito; un deseo de extinguir definitivamente a un rival es consistente con ello, frecuentemente es el motivo que hay detrás de la competencia ... La intención no ayuda a separar la

---

<sup>1438</sup> Sentencia TPI *France Télécom* citada. § 201 -202

<sup>1439</sup> § 151 de la STPI *Tetra Pak II/Comisión* citada.

<sup>1440</sup> § 76-82, 115, y 131-140 de la STJCE *AKZO* citada.

competencia de la intención de monopolización, e invita a los jueces a penalizar la competencia dura.”<sup>1441</sup>

Un gran sector de la doctrina<sup>1442</sup>, rechazan la demostración de la intencionalidad de la predación a través de las amenazas documentales. Observan que cualquier doctrina que se base en la prueba de la intencionalidad va a ser aplicada a lo mejor equivocadamente. A quienes corresponde resolver las controversias, no entienden que lo disponible de la evidencia de la intención indebida es frecuentemente una función de la suerte y de la sofisticación legal del demandante, no de la realidad subyacente.

Una empresa con ejecutivos sensibles a los problemas antitrust no dejarán ningún rastro documental de la intencionalidad indebida; aquella cuyos ejecutivos carecen de esta sensibilidad frecuentemente crearán una considerable evidencia de esta intencionalidad simplemente mediante una torpe elección de palabras para describir comportamiento inocente.

Especialmente engañosa es la tendencia empedernida de los ejecutivos de ventas en fanfarronear a sus superiores sobre su fortaleza competitiva, utilizando frecuentemente metáforas de coacción que son evidencia poderosa de intención predatoria para el ingenuo.

Concordamos con esta doctrina y manifestamos nuestra oposición a considerar la intencionalidad como evidencia directa para acreditar el precio predatorio basado en las amenazas documentales, constituye una prueba cuestionable para el precio predatorio, al margen de que ocasiona que las empresas en posición de dominio tengan que verse enfrentadas insistentemente en procedimientos, dependiendo de la facilidad con que los rivales puedan acumular prueba documental en este sentido, sin que necesariamente se trate de un supuesto precio predatorio.

Si el objetivo político correcto es detener y penalizar toda intención de una empresa dominante de implicarse en el precio predatorio, entonces tiene sentido perseguir a toda empresa dominante que falle un test precio coste y un análisis de la intención, sin considerar específicamente si el plan predatorio realmente funcionará. Sin embargo, si el objetivo político correcto es promover el bienestar del consumidor protegiendo la competencia, entonces se necesita estar más seguro que la competencia será dañada más

---

<sup>1441</sup> *A. A. Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc.*, 881 F.2d 1396, 1401 -02 (7th Cir. 1989).

<sup>1442</sup> Richard Posner, *Antitrust Law: An Economic Perspective* 190 (1976) Richard Whish. *Competition Law* 5<sup>th</sup> Ed. Butterworths. 2003. Londres U.K. Valentine Korah. *An introductory guide to EC Competition, Law and practice*. Ed. Hart Publishing. Oxford 2.007. Jonathan Faull y Ali Nikpay. *The EC Law of Competition*. Oxford University Press. 1999 Massimo Motta. *Competition Policy, Theory and Practice*. 2004. Cambridge. U.K.

que sólo a través de las afirmaciones convincentes de un demandado que está perdiendo dinero.

Llegados a esta cuestión, nos planteamos si para ello será necesario acreditar el test de la recuperación.

Primero, los gerentes están lejos de ser impecables. No es inusual en los planes de negocio el fracaso, así, las empresas creen que pueden contener a la competencia con una estrategia de precio predatorio y todavía estar completamente equivocadas. El predator fácilmente puede incurrir en un error sobre las condiciones del mercado, sobre la resistencia o lo duro que la competencia resolverá su propia capacidad o la de sus competidores para sostener una guerra de precios, perdiendo dinero. Después de todo, el precio predatorio no será considerado como una estrategia de riesgo si fuera fácil de ejecutar.

Segundo, si la presencia de la intencionalidad predatoria basada en la documentación de la empresa, es un elemento del test para la predación, entonces la ausencia de prueba de esta intención sugiere que el demandado debe ser exonerado. Esto conduce a resultados indeseables para la competencia y el bienestar del consumidor ya que una empresa bien asesorada ejecutará un ataque predatorio exitoso sin dejar una sola prueba de ello<sup>1443</sup>.

Tercero, permitiendo la implicación basada en el precio coste y la evidencia de esta intención anima sólo a las demandas privadas, siendo por tanto cuestionable si cualquier objetivo político legítimo es servido animando demandas de competidores vencidos que creen que fueron intimidados pero no pueden demostrar ningún efecto en la competencia.

#### ***4.2. Segundo Elemento: La Aniquilación Anticompetitiva***

Después de aplicar el test del competidor hipotético igualmente eficiente, sabremos cuáles fueron los criterios de costes por los que la empresa dominante ha fijado sus precios. La Comisión considera que normalmente los precios por debajo del coste de incremento promedio a largo plazo LRAIC pueden aniquilar a competidores igualmente eficientes, por lo que completará el análisis con los efectos resultantes de la aniquilación anticompetitiva que conduce al daño al consumidor.<sup>1444</sup>

---

<sup>1443</sup> *Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp.*, 724 F.2d 227, 232 (1st Cir. 1983) (Breyer, J.)

<sup>1444</sup> §66 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

Tal como define la Guía de la Comisión<sup>1445</sup>, es necesario acreditar que a través de un precio por debajo del coste, la implicada, ha efectuado “aniquilación anticompetitiva”, es decir, ha conducido al mercado a una situación donde el acceso efectivo de los competidores reales o potenciales a los suministros o a los mercados es impedido o eliminado como resultado de la conducta de la empresa dominante y a través de la cual, la empresa dominante podrá después encontrarse en una posición de incrementar sus precios de forma rentable. En los precios predatorios, si el caso sugiere claramente que el precio fijado por la empresa dominante tiene el potencial de aniquilar a un competidor hipotético igualmente eficiente, entonces la Comisión integrará este elemento en la valoración general de la aniquilación anticompetitiva, tomando en cuenta la evidencia cuantitativa y/o cualitativa relevante.<sup>1446</sup>

Vamos a analizar entonces los elementos que deben examinarse para establecer que la aniquilación es anticompetitiva.

El umbral para presumir la posibilidad de la existencia de un efecto de aniquilación es el precio por debajo del Coste Promedio de Incremento a Largo Plazo LRAIC, capaz de aniquilar del mercado a un competidor igualmente eficiente.<sup>1447</sup>

La prueba de la aniquilación anticompetitiva requiere la demostración que la predación sea factible ex ante y probable ex post. La factibilidad ex ante es demostrada mediante la prueba de un esquema predatorio y la evidencia que lo apoye. La probabilidad ex post es demostrada por la prueba de la exclusión subsecuente de los rivales y las condiciones de mercado posteriores a la predación que hagan probable la recuperación futura.<sup>1448</sup>

Se trata de establecer cuál es la trama que ha implementado la implicada para infringir las leyes de competencia en el mercado. En palabras de Joskow y Klevorick<sup>1449</sup> en qué consistieron los planes construidos a largo plazo para mantener el precio de monopolio. Además, el grado de factibilidad del esquema predatorio afecta considerablemente el estándar de evidencia de prueba para la recuperación, debemos tener en cuenta que desde el punto de vista teórico, la recuperación es un elemento que forma parte de la definición del precio predatorio.<sup>1450</sup>

---

<sup>1445</sup> Ibidem §19.

<sup>1446</sup> Ibidem §26.

<sup>1447</sup> Ibidem §66.

<sup>1448</sup> Así hemos visto que en el derecho antitrust norteamericano, en los casos *Brooke* y *Matsushita* la prueba de un esquema predatorio, bajo las que el predador puede esperar recuperar sus pérdidas predatorias, es un elemento esencial en un caso de precio predatorio.

<sup>1449</sup> Joskow y Klevorick, ob. Cit.

<sup>1450</sup> Si el supuesto esquema predatorio sólo es débilmente factible, como estableció el Tribunal en *Brooke* y *Matsushita*, se requerirá de forma más persuasiva la evidencia de la recuperación. Especificando lo

Sin embargo, si la teoría predatoria es menos problemática, la prueba de las condiciones de mercado que hagan factible la predación, aunque todavía sea requerido, conduce más fácilmente a la conclusión de la probabilidad de la recuperación. En todo caso, tomados juntos, el supuesto esquema de predación y las condiciones de mercado posteriores a la predación deben cuadrar en una teoría consistente de predación.

En la jurisprudencia comunitaria, en los casos *Akzo*<sup>1451</sup>, *Tetra Pak II*<sup>1452</sup> y *Wanadoo*<sup>1453</sup>, quedó acreditado que las demandadas tenían poder de monopolio, el mercado o mercados tenían características que hacían al precio predatorio una estrategia racional factible. Sea que los precios estén por debajo del coste variable promedio AVC o coste promedio evitable AAC, debe demostrarse que existió un esquema de la predación factible, sea o no que la empresa implicada opere en más mercados que el de los competidores y los futuros entrantes, esta no sería una condición esencial para que el precio predatorio sea una práctica racional ya que puede tratarse de un caso de predación efectuada en diferentes tiempos.

Así, en *Tetra Pak II*<sup>1454</sup>, el TPI en concordancia con la Comisión, estableció que la estrategia quedó acreditada con la evidencia de las reuniones, la duración, continuidad y escala de las pérdidas incurridas por Tetra Pak, su comportamiento en comprar stock y venderlo por debajo del coste en el mercado Italiano (donde ocurrió el comportamiento predatorio), los precios más bajos fijados en Italia comparado con otros Estados Miembros, el incremento de las ventas de Tetra Pak en el mercado Italiano y el declive en ventas de su víctima competidora Elopak. A ello agregó el TPI, que la duración de estas prácticas es un elemento que debe tenerse en cuenta.<sup>1455</sup>

Según la Guía de la Comisión, una vez acreditado el umbral de coste sospechoso, es necesario acreditar el elemento de la aniquilación anticompetitiva, se trata de dos requisitos que deben concurrir en todos los casos, lo contrario llevaría a inseguridad jurídica.

Este planteamiento es idóneo, sobre todo porque bajo el derecho de competencia comunitario, la predación puede efectuarse a través de precios incluso superiores al

---

estricto de este requerimiento, el Tribunal en *Brooke* sometió la evidencia a un análisis requiriendo aquello que hace dudoso que cualquier demanda de predación por una empresa que es activa en múltiples mercados pudiese haber sobrevivido el escrutinio del Tribunal.

<sup>1451</sup> § 100 de la Sentencia TJCE *AKZO/Comisión* citada.

<sup>1452</sup> § 41 de la Sentencia TJCE *Tetra Pak II/Comisión*

<sup>1453</sup> § 197 de la Sentencia TPI *Wanadoo/Comisión*.

<sup>1454</sup> § 151 de la Sentencia TPI *Tetra Pak II/Comisión*, confirmada por el TJCE, véase su § 42.

<sup>1455</sup> *Ibidem* § 149.

coste promedio total y así también lo ha establecido la doctrina, tanto Scherer<sup>1456</sup> y Williamson<sup>1457</sup> demuestran que esto no necesariamente es el caso. Utilizando precio estratégico, la empresa dominante puede excluir a empresas igualmente eficientes indefinidamente y todavía puede obtener beneficios económicos positivos.

La estrategia de la empresa dominante sería construir una capacidad de producción lo suficiente considerable de modo que si considera que hay entrantes potenciales que pueden acceder al mercado, incrementará la producción considerablemente, de forma que reduzca de forma efectiva sus propios costes a corto plazo. El incremento en producción y consecuente caída en el precio que resultaría, haría la entrada no rentable para cualquier empresa. La disposición de capacidad de producción adicional ostentada por la empresa en posición de dominio hace así la amenaza de pérdidas creíble para el entrante potencial y entonces sería improbable que pueda producirse una entrada.

Si bien es cierto que las ventas a pérdida son ilegales cuando tienen carácter eliminatorio, está claro que debe demostrarse este carácter eliminatorio con otros elementos adicionales, consistentes en indicios serios y concordantes y diferentes de los costes y por consiguiente, no debe presumirse.

Concordamos en este sentido con Hovenkamp<sup>1458</sup>, en cuanto señala que existe una diferencia entre la estrategia o esquema de la predación que debe ser racional y factible y la prueba de la intención de eliminar a un competidor, en la primera, se tratan de elementos objetivos como podría ser el nivel de costes, el tiempo en el que rigieron estos precios, entre otros elementos, sin embargo, la intención de eliminar como podrían ser las amenazas documentales encontradas en la empresa, pueda que no tenga éxito y por tanto, no implicaría un daño a la competencia, es decir, la predación fallada ha sido descrita como un “regalo” a los consumidores, porque produce precios bajos hoy y ningún precio de monopolio en el futuro.

#### *4.2.1. La aniquilación anticompetitiva demostrada a través de la documentación interna de la implicada*

Según la Comisión, forma parte de la evidencia de la estrategia de exclusión de competidores, los documentos internos, como un plan detallado para implicarse en determinada conducta con el objeto de excluir a un rival para impedir su entrada,

---

<sup>1456</sup> F.M. Scherer. “Predatory Pricing and the Sherman act: a Comment”. 89 Harvard Law Review Pp.869 y ss. 1976

<sup>1457</sup> Oliver Williamson. “Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis”. The Yale Law Journal Vol. 87. 1977. pp. 286 y ss. En F.M. Scherer. Monopoly and Competition Policy. Vol. II. 1993

<sup>1458</sup> Herbert Hovenkamp, *ob. Cit.*

retrasar la aparición de un mercado, o la evidencia de amenazas concretas de acciones de exclusión. Para la Comisión, esta evidencia directa sería de ayuda para interpretar la conducta de la empresa dominante.<sup>1459</sup>

Este apartado no se refiere a la demostración del sacrificio, sino a la demostración del carácter anticompetitivo de la exclusión o aniquilación.

Por definición, hay ninguna evidencia directa de la intención predatoria y tampoco hay estrategias que sean capaces de tener sentido comercial independientemente de sus efectos predatorios. Entonces la cuestión es qué factores son suficientes para justificar el rechazo de la explicación comercial razonable a favor de un fundamento que la empresa dominante tiene una estrategia predatoria, cuando el precio está por encima del coste promedio evitable pero por debajo del coste promedio total.

Es cuestionable que la Comisión, efectúe una combinación inoportuna de los elementos “objetivos” como son los criterios de costes, con los elementos “subjetivos” de la conducta. Así, la Comisión considera que se puede completar el análisis, en el caso de que no haya evidencia directa de un caso de estrategia predatoria tendrá que ser construida sobre la evidencia de la intencionalidad en el uso de esta estrategia para preñar.

En el derecho norteamericano, en cuanto a la evidencia en la prueba de la intencionalidad predatoria, los tribunales empezaron a distinguir entre una simple intención de vencer a un rival en competencia, aunque vivamente expresado y un plan para eliminar rivales y luego elevar los precios<sup>1460</sup>. Por otro lado, otros tribunales infirieron la intencionalidad específica requerida por la ley de la relación del precio al coste<sup>1461</sup>. Hovenkamp<sup>1462</sup> observa que cuando los tribunales admiten la evidencia de la intencionalidad, invariablemente, encuentran difícil distinguir entre actos predatorios y actos competitivos, comentario que también se aplica al caso comunitario. Un buen ejemplo es *W.S. Philips Corp. V. Windmere Corp.*, donde el tribunal consideró precio predatorio sobre la evidencia que la empresa implicada recortó los precios al 40% en respuesta a un entrante nuevo, pero elevó los precios una vez que el entrante dejó el mercado. Vinculado con el caso hubo alguna evidencia que el demandado tuvo una “intencionalidad” de excluir rivales.

---

<sup>1459</sup> §20 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva. Véase también § 111 y siguientes del Documento citado.

<sup>1460</sup> *William Inglis & Sons c. Continental Baking*, 942 F.2d en 1337.

<sup>1461</sup> *Barry Whit Corp. C. ITT Grinnell Corp.*, 724 F.2d 227 (1<sup>st</sup> Cir. 1983)

<sup>1462</sup> *Herbert Hovenkamp, ob. Cit.*

El problema con la evidencia en el precio de este tipo es que es perfectamente consistente con la competencia tanto como con la predación. En cualquier momento en que una empresa accede a un mercado, la producción total del mercado se elevará. La cantidad del incremento depende de la proporción de la producción agregada del entrante a aquella del mercado como un todo. En respuesta al incremento de la producción, el precio bajará, con la cantidad dependiendo del porcentaje del incremento de producción y la elasticidad de la demanda del mercado. En un mercado altamente competitivo la entrada de una empresa única (tal como un agricultor adicional en el mercado para las semillas de soja) no tendría un efecto medible en los precios posteriores a la entrada. Por contraste, en un mercado concentrado –el tipo donde la predación es factible- una entrada de una única empresa puede tener un impacto más dramático en los precios posteriores a la entrada. Por ejemplo, si el nuevo entrante agregó un 20 por ciento a la producción total del mercado y la elasticidad de la demanda era uno, los precios posteriores a la entrada caerían por casi el 20 por ciento, asumiendo que los implicados simplemente mantuvieron la producción constante. La regla del tribunal realmente animaría a las empresas a reducir su propia producción en respuesta a la entrada con el objeto de mantener altos los precios posteriores a la entrada – difícilmente un resultado competitivo. Una regla mejor que aquella donde un incremento por la implicada de su producción en respuesta a la entrada por un competidor sea sospechoso y podría ser predatorio si los precios resultantes caen por debajo del coste promedio variable o del coste evitable de la empresa dominante. Por este motivo, la mayoría de los tribunales norteamericanos consideran ahora sus estándares no en la intencionalidad, sino en la relación del precio sospechoso respecto a los costes de la empresa. El Tribunal Supremo en la decisión *Brooke* va más lejos en la dirección de convertir la intencionalidad como una evidencia irrelevante –o al menos, convirtiéndola como un factor más limitativo que factor en expansión-. Esto es, en ausencia de intencionalidad anticompetitiva todavía desaprueba la predación, pero su presencia no se establecerá a menos que los factores estructurales estén también presentes.

Hovenkamp<sup>1463</sup> señala a la evidencia de la intencionalidad como lo peor de todas las reglas posibles agregado al supuesto donde se permita que los precios sean demostrados como predatorios incluso cuando excedan el coste promedio total.

Concluimos entonces que existe consenso en el derecho de competencia comunitario y norteamericano en cuanto que una vez demostrado el esquema de la predación, la

---

<sup>1463</sup> Herbert Hovenkamp, *ob. Cit.*



intencionalidad en excluir al rival se presume cuando los precios predatorios están por debajo del coste promedio evitable, salvo circunstancias excepcionales.

Sin embargo, no hay consenso cuando el precio está por encima del coste promedio evitable ya que bajo el derecho norteamericano, los precios por encima de este nivel se presumen legales. Mientras, para el derecho de competencia comunitario, estos precios son ilegales si se demuestra que fueron determinados como parte de un plan para eliminar al competidor<sup>1464</sup>.

Si bien, ahora el TJCE en *Wanadoo* denomina como factores objetivos:<sup>1465</sup> se trata de una estrategia de apropiación del mercado demostrable a través de factores objetivos como determinados documentos internos de la empresa; un plan de depredación, la existencia de una estrategia de «apropiación» del mercado de alta velocidad por parte de WIN<sup>1466</sup>

En consonancia con el pronunciamiento del TJCE, la Comisión da a la prueba documental el carácter de evidencia directa de una estrategia predatoria, que es lo mismo que los denominados ‘factores objetivos’ que menciona el TJCE, lo que implica inseguridad jurídica e indefensión ya que no es por sí misma demostrativa de un plan predatorio, si no está contrastado con elementos de hecho, el cómputo de la inversión predatoria, pasos concretos dirigidos hacia este fin, es decir, elementos objetivos que lo acrediten.

La doctrina cuestiona que se atribuya el carácter de evidencia directa a la documentación de la implicada, basar la prueba de la predación en la intención es problemática ya que en un sentido se diría que todas las empresas intentan eliminar a sus competidores por el hecho que están participando en la batalla por el cliente en el lugar del mercado.<sup>1467</sup> Sólo puede admitirse la “intencionalidad de excluir” como aquel que entienden los economistas, refiriéndose a conducta que no sería comercialmente sensible a menos que excluya y esta interpretación tiene la ventaja de ser objetiva.

Coincidimos con Hovenkamp, en que la intencionalidad no constituye prueba plena para acreditar la predación ya que es ambiguo considerando que también, la intencionalidad en excluir es benigna: todas las empresas al competir intentan eliminar a sus competidores.

---

<sup>1464</sup> Véase § 72 de la Sentencia TJCE *AKZO/Comisión* ya citada.

<sup>1465</sup> §98 STJCE *France Télécom c/ Comisión CE caso Wanadoo* cit.: “... si bien el Tribunal de Primera Instancia se refirió a una «estrategia de “apropiación”» del mercado por parte de WIN, dedujo ésta, sin embargo, de factores objetivos como determinados documentos internos de la referida empresa.”

<sup>1466</sup> *Ibidem* §§199 y 215

<sup>1467</sup> Alison Jones y Brenda Sufrim. *EC Competition Law. Text, Cases and Materials*. Oxford 2001  
Valentine Korah. *An introductory guide to EC Competition, Law and practice*. Ed. Hart Publishing. Oxford 2.007.

4.2.2. *La conducta reduce la posibilidad de competir por los rivales: el comportamiento estratégico de la implicada.*

La Guía de la Comisión<sup>1468</sup> establece que forma parte de la aniquilación anticompetitiva, los efectos generados por la implicada al reducir la posibilidad de competir por los rivales a través de la predación financiera, señales de obstrucción y reputación predatoria<sup>1469</sup>.

La Comisión no considera que sea necesario demostrar que los competidores han salido del mercado con el objeto de demostrar que hubo aniquilación anticompetitiva. No puede excluirse que la empresa dominante preferirá impedir al competidor que compita vigorosamente, más que eliminarla del mercado, reduciéndola al papel de seguidora de la política de precios de la empresa dominante. Disciplinar de esta forma al rival, evita el riesgo inherente de eliminar competidores, en particular el riesgo que los activos del competidor sean vendidos a un precio bajo y permanecer en el mercado, creando un nuevo coste bajo al entrante.

Los tres escenarios de predación mencionados por la Comisión son los siguientes:

a) *La predación financiera:*

El competidor es dependiente de financiación externa y las bajadas sustanciales de precio u otra conducta predatoria por la empresa dominante podría afectar adversamente el comportamiento del competidor, de modo que sea minado su acceso a financiación adicional

El competidor señalado puede ser dependiente de la financiación externa y las bajadas sustanciales en los precios u otra conducta predatoria por la empresa dominante puede afectar adversamente el comportamiento del competidor, de modo que su acceso a financiación adicional resultaría seriamente afectada.<sup>1470</sup>

---

<sup>1468</sup> §67 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

<sup>1469</sup> Véase Massimo Motta, *Competition Policy: Theory and Practice*, (2004), Cambridge University Press, Cambridge, U.K. Véase también página 20 y siguientes del Informe de los Economistas de la Comisión.

<sup>1470</sup> §67 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva. Véase también el §120 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

Tratándose de los precios predatorios, debe implicar sólo a empresas dominantes, que tengan capacidad para absorber la cuota de mercado de la víctima, una vez que ocasione su salida, la desanime, o la discipline.

El precio predatorio es simplemente no factible en mercados competitivos u oligopolísticos.<sup>1471</sup> Sería paradójico que las autoridades antitrust coloquen limitaciones a comportamientos de empresas no dominantes, destinados a incrementar su poder de mercado. Así por ejemplo, una empresa con una cuota de mercado considerable (digamos, 20%) en una industria oligopolística donde hay una empresa mucho más fuerte (digamos una con el 60% del mercado) que intenta incrementar su comercio mediante la bajada de su precio. Supongamos también que el precio más bajo le permite coger clientes tanto del líder del mercado y de un competidor más pequeño, uno que se diría que tiene el 5% del mercado. Entonces el último acusaría a la empresa que recorta su precio de precio predatorio y –si el precio es considerado de estar por debajo de alguna medida específica de coste, el tribunal establecería así la predación. Incluso más que comportarse de forma predatoria, el supuesto predador no dominante sólo está intentando incrementar su cuota de mercado a través de un comportamiento legal pero agresivo.

Por el contrario, si un predador tiene una cuota de mercado del 90% y tiene un único rival de 10% la figura es bastante diferente. En este caso una reducción de precio del 10% en un mercado con elasticidad de la demanda de 1 requeriría un incremento de producción del 10% para asumir a los clientes nuevos. Un incremento de producción del 20% virtualmente eliminaría al rival. Una vez que el rival ha sido eliminado, quedará nadie para coaccionar la capacidad del predador para elevar los precios.

La existencia del dominio debe referirse al período cuando el primer episodio supuestamente predatorio empieza, no en algunas fechas más posteriores. De lo contrario, en su lugar, puede encontrarse predación donde dos o más empresas estén compitiendo fieramente en un mercado caracterizado por los costes de cambio, efectos de red o economías de escala y estén inicialmente compitiendo sobre términos iguales

---

<sup>1471</sup> Herbert Hovenkamp. “Federal Antitrust Policy”. 2<sup>nd</sup>. Ed. Hornbook Series. Minesota. EEUU. 1999. Véase también Massimo Motta. “*Competition Policy. Theory and Practice*”. Cambridge University Press. 2004 También Antonio Creus. “Precios Predatorios (Principalmente en el sector aéreo)” en “*El Abuso de la Posición de Dominio*”. Directores: Santiago Martínez-Lage y Amadeo Petitbó Juan. Fundación Rafael del Pino, Madrid. 2006. Pág. 271-298. En 293. Véase también el § 98 del Documento de la Comisión: “Las empresas que son colectivamente dominantes son menos probables hacer predación, debido a que sería difícil para éstas distinguir la predación contra un competidor ajeno a la competencia en precios entre las empresas colectivamente dominantes y debido a que usualmente carecen del mecanismo (legal) para compartir la carga financiera que ocasiona la acción predatoria”

pero donde sólo una es exitosa *ex post*. Este hecho ha sido recogido por la Guía de la Comisión<sup>1472</sup>

En los casos comunitarios de *Akzo*, *Tetra Pak II* y *Wanadoo*<sup>1473</sup>, se determinó que sus víctimas tenían unas cuotas de mercado mínimas respecto a la dominante. Sin embargo, coincidimos con Bolton, Broadley y Riordan,<sup>1474</sup> quienes plantean que, dependiendo del caso, la prueba de una estructura de mercado que facilita no siempre requerirá de una demostración explícita de una alta concentración, de barreras a la entrada y a la reentrada. El poder de mercado también puede ser demostrado directamente a través de la tipificación de otros efectos anticompetitivos en el mercado. De modo que si la implicada está dispuesta a elevar los precios significativamente después que la víctima ha salido sin inducir la entrada nueva o la reentrada, el poder de mercado puede presumirse y por consiguiente la estructura de mercado que facilita la predación.

En la predación financiera, la empresa en posición de dominio sabiendo que tiene mayor capacidad financiera que su rival, socava seriamente su suministro de financiación adicional. En la demostración que un comportamiento de exclusión no es necesario que le cueste siempre al que excluye tanto como el que le repele. Pero debido a que el predador pierde mucho más dinero que la víctima, aproximadamente en la proporción de sus ventas respectivas, el coste del capital del predador tendría que ser mucho más bajo que el de la víctima para reducir las pérdidas iniciales por debajo de las últimas.<sup>1475</sup> Einer Elhauge<sup>1476</sup>, cuestiona que esta forma de predación financiera sea razonable ya que los activos de la víctima permanecen en el mercado y al no poder ser adquirida la víctima por la empresa dominante, son adquiridos por un rival, que se convierte más fuerte con estos activos de la víctima, adquiridos a precio de remate, o porque la víctima, declarada en quiebra, aún permanece en el mercado, aunque con otros administradores.

---

<sup>1472</sup> Véase nota al pie 43 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva: “Sin embargo, las empresas no serán penalizadas por incurrir en pérdidas *ex post* si la decisión *ex ante* de implicarse en la conducta fue asumida de buena fe, por ejemplo, si puede proporcionar evidencia coherente que podía esperar razonablemente que la actividad le sería rentable.

<sup>1473</sup> *Akzo* tenía entre el 50 y 55% de cuota de mercado de los peróxidos orgánicos. En el caso *Tetra Pak II*, ostentaba entre el 52-55% del mercado de maquinaria no aséptica, además de las conexiones que tenía con el mercado de la maquinaria aséptica, donde ostentaba un 90 % que reforzó su poder económico en el ámbito no aséptico. Por último, en *Wanadoo*, la Comisión estableció que las cuotas entre el 50 y el 80% constituían un indicativo de la existencia de una posición dominante.

<sup>1474</sup> *Ibidem*.

<sup>1475</sup> Richard A. Posner. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. 2da. Edición. The University of Chicago Press 2001.

<sup>1476</sup> Einer Elhauge. “Why Above-Cost Price Cuts to Drive Out Entrants Are not Predatory – and the Implications for Defining Costs and Market Power”. En *The Yale Law Journal* Volumen 112, N° 4, Enero 2003.pp. 681-827.

Coincidimos en este sentido, con el autor, no basta que la víctima tenga inferior capacidad competitiva, es necesario que la implicada haya socavado su situación financiera mediante actos concretos para que sea un elemento del esquema de predación.

*b) La reputación predatoria:*

Cuando la conducta y sus probables efectos son sentidos en mercados múltiples y/o en períodos sucesivos de la posible entrada, la empresa dominante se demostraría de estar buscando una reputación por la conducta predatoria.

Adquiriendo una reputación por la propensión en absorber las pérdidas durante el tiempo con el objeto de eliminar rivales y desanimar a los entrantes potenciales puede incrementar significativamente la probabilidad de la recuperación para un predador.

Cuando la industria tiene costes hundidos, es una barrera que constituye el único requisito que convierte al comportamiento predatorio en rentable, según Posner, tratándose de un escenario de reputación donde la salida del mercado debe ser costosa, es decir, barreras a la salida considerables y hay un número indefinido de entrantes potenciales cada uno con acceso razonable a los mercados financieros para financiar un período de venta por debajo del coste.

En este caso y sea o no que el monopolista pueda limitar sus pérdidas a aquel particular de sus mercados en el que podrían entrar los rivales potenciales, le puede convenir invertir en una reputación por ser un predador mediante precio por debajo del coste cuando el primer entrante aparece, incluso cuando sus pérdidas sean mayores que las del entrante. Esta es la importancia del aspecto de la inversión de la venta por debajo del coste: si las pérdidas ocasionadas en resistir al primer entrante disuaden la entrada adicional, el monopolista estará dispuesto a recuperarlas mediante la restauración y mantenimiento del precio del monopolio.

Si los entrantes potenciales están convencidos que esta estrategia de inversión sería racional para que el monopolista la adopte, ninguno de ellos entrará ya que alguien que lo haga será completamente vencido. El monopolista habrá disuadido la entrada a ningún coste en absoluto ya que una simple amenaza de incurrir en precio predatorio, es menos costosa.<sup>1477</sup>

---

<sup>1477</sup> Richard A. Posner. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. 2da. Edición. The University of Chicago Press 2001.

Sin embargo, la teoría económica considera la predación mediante el efecto de la reputación como una estrategia separada y distinta de la estrategia predatoria en precios, es muy difícil de demostrar, Broadley, Bolton y Riordan<sup>1478</sup> se limitan a casos donde el efecto de reputación aumenta o intensifica otro programa predatorio concreto.

Coincidimos entonces con la doctrina mencionada, en que la predación en un mercado tiene un efecto de reputación en otros mercados, ello sólo sería verdad en un mercado donde los costes hundidos son significativos, una empresa contemplando la entrada sería fácilmente disuadida; pero una empresa que ya está en el mercado probará de ser un poco tenaz. Tiene más que perder en el caso que falle. Por contraste, en un mercado donde los costes hundidos son triviales, es probable que las barreras a la entrada no sean lo suficiente altas para convertir a la predación en una estrategia factible para empezar.

Por estas razones, los tribunales deben sospechar profundamente de demandas por empresas competidoras que los precios de un competidor más grande totalmente rentables nunca deben ser considerados como “predatorios”.<sup>1479</sup>

Posner<sup>1480</sup> y Bishop y Walker<sup>1481</sup>, observan que primero, una reputación predatoria puede tener efectos que permanecen en el mercado en que el ataque predatorio es implementado. Si una estrategia de predación en el precio por una empresa tiene éxito en eliminar rivales y cualquier entrante potencial cree que el predador empleará la misma estrategia de nuevo, el entrante potencial estará menos decidido a entrar.

En otras palabras, siendo la salida costosa y hay un número indefinido de entrantes potenciales cada uno con acceso razonable a los mercados financieros para financiar un período de venta por debajo del coste. En este caso y sea o no que el monopolista pueda limitar sus pérdidas a aquel particular de sus mercados que los competidores hubiesen entrado, le beneficiará invertir en una reputación como predador mediante precio por debajo del coste cuando el primer entrante aparece, incluso si sus pérdidas son mayores que aquellas del entrante.

Esta es la importancia del aspecto de la inversión de la venta por debajo del coste: si las pérdidas ocasionadas en resistir al primer entrante disuaden la entrada adicional, el monopolista estará dispuesto a recuperarlas mediante la restauración y mantenimiento del precio del monopolio. Si los entrantes potenciales están convencidos que esta

---

<sup>1478</sup> Bolton, Patrick, Brodley, Joseph F. , Riordan, Michael H. *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy* En: *Georgetown Law Journal*. 2000. pág. 2239 y ss.

<sup>1479</sup> Herbert Hovenkamp. “Federal Antitrust Policy”. 2<sup>nd</sup>. Ed. Hornbook Series. Minesota. EEUU. 1999.

<sup>1480</sup> Richard Posner, *ob. Cit.* Pág. 187.

<sup>1481</sup> Simon Bishop y Mike Walker. *Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. 2000 Londres. 2<sup>a</sup> Edición, pág.

estrategia de inversión sería racional para que el monopolista la adopte, ninguno de ellos entrará ya que alguien que lo haga será completamente vencido. El monopolista habrá disuadido la entrada a ningún coste en absoluto ya que una simple amenaza de incurrir en precio predatorio es menos costosa.

Como resultado el predador realmente estará ganando muchas batallas a la vez cuando desanima a un rival en el momento presente. Su capacidad de obtener beneficios supra competitivos se extenderá entonces mucho más en el futuro que lo que sería el caso si no hubiera un beneficio de la reputación.

Esto no significa que los efectos de la reputación conviertan a la recuperación factible en todos los escenarios de precio predatorio. Sin embargo en combinación con otros factores una reputación convincente como un predador exitoso convierte en más probable la recuperación.<sup>1482</sup>

Posner<sup>1483</sup> observa que la reputación predatoria sólo se produce cuando existen en el mercado determinadas características estructurales, por ejemplo, si existiera un número finito y determinado de competidores reales o potenciales, no podría ser posible que la implicada pueda beneficiarse con este comportamiento, además las posibles víctimas, tienen cierta inclinación al riesgo y que podrían decidir entrar, a pesar de la reputación ganada por la implicada, por último, los efectos de la reputación son difíciles de medir y los tribunales son reacios a considerar un caso basado en estos efectos.<sup>1484</sup>

La reputación predatoria será de más ayuda para una empresa que opera en mercados múltiples. En esta situación, los efectos de notoriedad ganados en un mercado se reproducen a través de las empresas de los otros mercados. El predador entonces estará dispuesto a obtener ganancias de precio predatorio en los mercados múltiples mientras sólo en uno incurre en costes. Este es un concepto teórico potente porque significa que la recuperación adecuada no tiene que venir del mercado en el que ocurrió la predación. Las pérdidas predatorias nunca serían recuperadas del mercado en el que tomo lugar, porque los efectos de reputación en multi mercado, la estrategia todavía sería perfectamente racional. Sin embargo, es necesario observar que este escenario depende de que la implicada no tenga que incurrir en más pérdidas predatorias en sus

---

<sup>1482</sup> D.M. Kreps & R. Wilson, "Reputation and Imperfect Information," en *Journal of Economic Theory* Vol. 27 pág. 253 (1982); P. Milgrom & J. Roberts, "Predation, Reputation and Entry Deterrence," En *Journal of Economic Theory* Vol. 27 pág. 280 (1982); Patrick Bolton, Joseph F. Brodley & Michael H. Riordan, "Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy," En *Georgetown Law Journal* Vol. 88 pág. 2239 (2000).

<sup>1483</sup> Richard A. Posner. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. 2da. Edición. The University of Chicago Press 2001.

<sup>1484</sup> Herbert Hovenkamp, ob. Cit.

otros mercados porque si lo hizo, entonces aquellas pérdidas tendrán que ser recuperadas también.

Los efectos de reputación no son fáciles de medir, pero al menos pueden ser tomados en cuenta en una forma cualitativa y deben ser demostrados por el demandante.

Sin embargo, en el caso *U.S. v. American Airlines Corp.*, el tribunal de distrito sostuvo que una reputación predatoria no puede distinguirse de la reputación obtenida a través de conducta legal agresiva, que permitiendo estos argumentos podría desanimar la competencia y que el gobierno no demostró esta pretensión.

Hace falta por tanto, literatura económica de cómo llevar a cabo un test de predación a través de la conducta estratégica de la empresa, utilizando los mercados del mundo real. Hace falta de guías sobre el nivel de abstracción de las teorías económicas sobre la predación. La literatura sugiere por ejemplo que la predación por reputación sería posible, pero proporciona reducida discusión de las circunstancias sobre las que es más probable que ocurra. Hace falta más investigación en las cuestiones empíricas asociadas en analizar la predación y la recuperación. Si los economistas pueden conseguir algún consenso sobre cómo resolver la cuestión empírica, entonces quizás veremos un grado mayor de consenso en los casos reales de predación.<sup>1485</sup>

*c) La obstrucción predatoria:*

Cuando la implicada puede distorsionar las señales del mercado sobre la rentabilidad, al encontrarse mejor informada sobre los costes u otras condiciones del mercado, puede preñar y así influir las posibilidades de los entrantes potenciales y así disuadir la entrada, que equivale a las señales de obstrucción

Esto sucede cuando los competidores pequeños nuevos tienen información imperfecta sobre la rentabilidad del mercado, una estrategia segura requeriría entrada selectiva en segmentos de mercado específicos. Al evaluar el mercado la empresa puede alcanzar un conocimiento local mejor de la demanda en los alrededores de los precios prevalentes. En esta situación, la implicada puede reducir su precio, desarrollar su calidad o lanzar una campaña de publicidad local más allá del nivel de equilibrio y así impedir que el competidor aprenda de las características de la demanda en las condiciones relevantes. Las señales de obstrucción pueden en esta forma permitir a la implicada disuadir o retrasar la entrada.

---

<sup>1485</sup> Andrew Eckert y Douglas S. West. "Predation in Airline Markets, A Review of Recent Cases" en *Competition Policy and Antitrust*. Editado por Darin Lee. 2006



En contraste a la predación financiera, la predación de la evaluación del mercado basada en las señales de obstrucción no requiere necesariamente ninguna asimetría de información entre la víctima y los inversores de externos, o cualquier otra fuente de imperfección del mercado del crédito. La característica crucial es que el predador obstruye las señales del mercado en tal forma que la víctima es incapaz de formarse un estimado fiable de la demanda.

Esta señal de obstrucción conduciría a la disuasión completa de la entrada o retrasaría la entrada y así dañaría la competencia en esta forma. Entonces, la prueba de la predación de la evaluación del mercado requiere esencialmente de la evidencia que la reducción del precio predatorio impide a la víctima de aprender sobre la demanda bajo condiciones competitivas normales, sin limitar los instrumentos disponibles para el entrante por la adquisición de información.<sup>1486</sup>

El principal inconveniente de esta forma de predación es que no se puede acreditar que a través de ésta se ocasione un daño al bienestar del consumidor.<sup>1487</sup>

#### *4.2.3. Las barreras a la entrada y a la re entrada y la posibilidad de recuperar las pérdidas*

Señala la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva<sup>1488</sup>, que la Comisión no sólo intervendrá cuando la empresa dominante tenga posibilidades de incrementar sus precios por encima del nivel establecido en el mercado antes de que suceda la conducta. Por ejemplo, es suficiente que la conducta tenga la probabilidad de impedir o retrasar el declive en los precios que de otro modo habría ocurrido. Identificar el daño al consumidor no es un cálculo mecánico de beneficios y pérdidas y no es requerida la prueba de los beneficios globales. El probable daño al consumidor puede demostrarse al establecer el probable efecto de aniquilación de la conducta con la consideración de otros factores como las barreras a la entrada y a las barreras a la re entrada.

Implica establecer si la empresa disponía de alternativas racionales y factibles que, tomando en cuenta las condiciones de mercado y las realidades comerciales que enfrenta la empresa dominante, se pueda esperar que su conducta sea rentable.<sup>1489</sup>

---

<sup>1486</sup> Bolton, Broadley y Riordan, ob. Cit.

<sup>1487</sup> Ibidem.

<sup>1488</sup> § 70 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

<sup>1489</sup> Ibidem §64.

Igualmente, la Guía de la Comisión menciona a la recuperación cuando se refiere al sacrificio de los ingresos netos a corto plazo, con la esperanza racional de recuperarlos una vez logrado su objetivo.<sup>1490</sup> Además, expresamente reconoce que los consumidores estarán dañados si la empresa dominante después de que finalice su conducta predatoria, puede esperar razonablemente que su poder de mercado sea mayor que el que habría tenido si la empresa no se hubiese implicado primero en esta conducta, es decir, si la empresa es probable de encontrarse en una posición de beneficiarse del sacrificio.<sup>1491</sup>

En este sentido, factores como la posición de dominio y las barreras a la entrada no son suficientes para establecer que la recuperación es probable, sin embargo, en el derecho comunitario, el elemento se presume, cuando los precios están por debajo del coste variable promedio o coste promedio evitable y también se presume cuando están por encima de este nivel, el criterio es que al estar satisfecho el test estructural, la implicada continuará ostentando el dominio, lo que lleva a cuestionar si se está juzgando a la empresa por su conducta o por ostentar una posición de dominio.

Es necesario que el comportamiento produzca los efectos anticompetitivos en los rivales, es decir, que a través del comportamiento predatorio en el precio produzca la exclusión o amenace la exclusión del rival real o potencial, de lo contrario, si se trata de un factor menor, que no contribuye a la exclusión, no se podría decir que es un comportamiento anticompetitivo, es importante dejar que las empresas compitan en los precios, máxime cuando se trata de precios bajos.

La objeción básica al precio predatorio implícitamente asume que la capacidad para recuperar las pérdidas hará el precio a corto plazo tanto anticompetitivo y rentable porque los precios más altos pueden ser fijados una vez que se ha ocasionado la salida del mercado y los rivales son disuadidos de entrar otra vez. Si el recorte de precio no conduce a alguna recuperación por la empresa dominante, esto en casi todos los casos significará que los rivales han estado dispuestos a compensar los efectos de estos recortes de precio o re-entrar en una etapa posterior, o que la nueva entrada es posible y mantendrán los precios a niveles competitivos.

En este contexto, se consideran las barreras a la entrada y a la reentrada, esenciales para que el predador tenga posibilidades de asumir el sacrificio y la esperanza en recuperar las pérdidas en que incurrirá en una estrategia predatoria, una vez retirados sus rivales, o disuade a los entrantes potenciales, necesita elevar su precio lo suficiente alto para

---

<sup>1490</sup> Ibidem §64.

<sup>1491</sup> Ibidem §69.

obtener beneficios supra competitivos.<sup>1492</sup> Normalmente, estos beneficios atraen entrantes, que buscan bajar los precios al nivel competitivo, normal, que serán obstaculizados con barreras a la entrada altas.

Si es fácil y económico para un rival derrotado reagruparse y reanudar su negocio unos cuantos meses más tarde, cuando el probable predador haya elevado su precio, el período de recuperación del predador probablemente será de corta duración, el mercado entonces es contestable y no habrá abuso, por el contrario, si el mercado no es contestable, resulta que la implicada efectuó un sacrificio.

En este ámbito es importante considerar la posibilidad que la empresa no pueda recuperar su inversión debido a la existencia de barreras a la re entrada, cuando una empresa que ha dejado el mercado asume costes significativos para poder reabrir su negocio, por ejemplo, cuando es difícil y muy costoso para una empresa que ha dejado el mercado reparar el daño causado a su reputación cuando salió.

Por ejemplo, una aerolínea pequeña obligada a suspender sus operaciones en un mercado local cuando estaba empezando a establecer su nombre comercial, habría dañado su reputación como una alternativa fiable a la aerolínea establecida. Para volver a entrar tendrá que reconstruir lentamente su reputación y esto es costoso. En otros casos, será difícil para algunas empresas volver a contratar a los especialistas que perdieron su trabajo cuando la empresa se retiró del negocio, o encontrar nuevos que los reemplacen.

Se debe prestar atención no sólo en la probabilidad de la entrada, sino en el tiempo que será necesario para efectuarla. Si la entrada es probable, pero si toma muchos años, entonces una estrategia de precio predatoria todavía podrá ser rentable.

Las barreras a la reentrada, implican que las empresas excluidas pueden volver a entrar rápidamente, sin asumir costes considerables y sin posibilidad de que la empresa recupere lo invertido en la predación, por lo que no habría predación.

El análisis de las barreras a la entrada y a la reentrada, estaría mejor encuadrado si se analizaran en el contexto de la recuperación de las pérdidas como un elemento de la tipificación de la conducta, en la medida que se debe considerar si la implicada tendrá capacidad para absorber la cuota de mercado de la víctima.

En la jurisprudencia, en el caso *Tetra Pak II*, el TPI estableció que la prueba de la recuperación real no fue requerida. Más en general, señaló: en la medida que la

---

<sup>1492</sup> Bolton, Patrick, Brodley, Joseph F. , Riordan, Michael H. Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy En: *Georgetown Law Journal*. 2000.

predación resulte más difícil que lo que se esperó al principio de la conducta, los costes totales de la empresa dominante derivados de la predación podrían ser más que compensados por sus últimos beneficios y así convierten en imposible la recuperación real mientras, todavía sería racional decidir continuar con la estrategia predatoria que empezó hace algún tiempo.<sup>1493</sup>

El elemento de la recuperación como elemento integrante de la evidencia de la predación también fue propuesto por el Abogado General Fennelly en el caso *Compagnie Maritime Belge des Transports*<sup>1494</sup>: donde señaló que la recuperación era implícita en los pronunciamientos del TJCE en *Akzo y Hoffmann-La Roché* y que alguna forma de recuperación “debe ser parte del test para precio abusivamente bajo fijado las empresas dominantes”.

En *Wanadoo*, la Comisión estableció que mientras la recuperación de las pérdidas incurridas inicialmente pueden constituir un objetivo racional asociado con la predación, otros escenarios pueden ser perfectamente concebibles. En algunos casos específicos, la empresa puede embarcarse en una estrategia de predación con objetivos diferentes que conseguir márgenes de explotación más altos que aquellos que habrían prevalecido en un contexto competitivo. Por ejemplo, en algunos escenarios donde la implicada tiene un gran porcentaje de cuota, la empresa puede atribuir sólo una importancia secundaria a la recuperación de sus pérdidas. Abandonaría la idea de recuperar todas sus pérdidas iniciales y en su lugar se concentraría en balancear sus costes e ingresos futuros. Por último, se orientaría en recuperar en el largo plazo a través de medios diferentes que sus resultados de explotación.

Para la Comisión, era factible que *Wanadoo* podía recuperar sus pérdidas al considerar la estructura del mercado y los proyectos asociados de ingresos, acreditando que podía efectuarlo a largo plazo.<sup>1495</sup> Sin embargo, el TPI consideró que la recuperación de las pérdidas no era un elemento de la conducta, señaló que tal como establece la jurisprudencia comunitaria, era correcto que la Comisión en *Wanadoo* consideró abusivos los precios inferiores a la media de los costes variables, donde se presume el

---

<sup>1493</sup> §150 de la STPI *Tetra Pak II*.

<sup>1494</sup> Opinión del A.G. Fennelly en el caso *Compagnie Maritime Belge des Transports* ya citada §136

<sup>1495</sup> Decisión de la Comisión de 16 de julio de 2003, Asunto COMP/38.233 *Wanadoo Interactive*.

Impugnada ante el TPI el 10-08-2004, as. T-339/2004 § 367. “The Commission considers that there are indeed significant entry barriers and high entry costs to be paid for the acquisition of a critical size, even if these obstacles are not absolute in nature. Contrary to what *Wanadoo Interactive* maintains, entry (or reentry) into and the acquisition of a critical size on the relevant market are costly and time-consuming. These features create an environment conducive to the maintenance by *Wanadoo Interactive* of a position of very strong dominance and prevent the growth of competitors representing a danger to *Wanadoo Interactive*. The recoupment by *Wanadoo Interactive* of its initial losses is therefore a likely scenario. The predatory strategy introduced in 2000 appears pertinent in this context.”

carácter eliminatorio de esta práctica de precios<sup>1496</sup>. En lo que atañe a los costes totales, la Comisión, además debía aportar la prueba de que el comportamiento de precios predatorios de Wanadoo se inscribía en el marco de un plan destinado a “apropiarse” del mercado. En ambos supuestos no era necesario demostrar, como prueba adicional, que Wanadoo tenía una posibilidad real de recuperar sus pérdidas.

Sin embargo, los Economistas de la Comisión<sup>1497</sup>, han planteado que, debe acreditarse la recuperación señalan: En particular, la capacidad de la recuperación del predador tiene que ser valorada cuidadosamente. La autoridad antitrust debe explicar por qué la salida de la víctima o la disuasión de la entrada causa daño competitivo persistente.<sup>1498</sup> Debe tenerse en cuenta que el planteamiento de los economistas está basado en el comportamiento estratégico de exclusión y que la Comisión ha asumido como uno de los factores para acreditar la aniquilación anticompetitiva los escenarios de predación planteado por los economistas.<sup>1499</sup>

En la doctrina comunitaria, hay opiniones diferentes, para Korah<sup>1500</sup>, Temple y O’Donoghue<sup>1501</sup> el requisito sólo afecta a la carga de la prueba, plantea que la empresa dominante debe demostrar que no puede recuperar las pérdidas en la medida que tiene mejor información que la Comisión, consideran que siendo un requisito previo en demostrar que la empresa implicada ostenta una posición de dominio, el requisito de la recuperación ya está cumplido, sin embargo, observan que hay razones para analizar con cuidado un requerimiento estricto de recuperación.

Primero, es frecuentemente difícil demostrar que la empresa dominante efectuaría la recuperación de forma exitosa en un tiempo no especificado en el futuro. Sería necesario demostrar que habría ninguna entrada por rivales más y más competitivos y que cuando la empresa dominante incrementara su precio, no atraería nueva entrada.

---

<sup>1496</sup> STPI *Tetra Pak II* §148

<sup>1497</sup> Informe presentado por el Grupo de economistas consejeros para la política de competencia o Economic Advisory Group for Competition Policy. EAGCP “*An Economic Approach to Article 82*” Jordi Gual y otros. Julio 2005. Disponible en [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int).

<sup>1498</sup> Así por ejemplo, los economistas se refieren al caso de la predación conocida como “signal jamming” con el objeto de establecer convincentemente la predación del mercado de prueba basado en las señales de obstrucción los canales alternativos de adquirir información no deben estar disponibles, deben ser significativamente más caros o menos precisos: si los canales competitivos alternativos de adquisición de la información no están disponibles, el mercado de prueba de precio predatorio constituirá una barrera a la entrada estratégica que podría excluir rivales del mercado en una forma persistente y así daña a la competencia; si en lugar de las estrategias de señales de obstrucción fallan en excluir a otras empresas bajo condiciones de mercado similares el predador no estará dispuesto a recuperar y las condiciones de daño competitivo persistente no estarán satisfechas.

<sup>1499</sup> §67 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

<sup>1500</sup> Valentine Korah, *ob. Cit.*

<sup>1501</sup> Temple y O’Donoghue, *ob. Cit.*

También sería necesario demostrar que la elasticidad-precio del producto era tal que, aunque los compradores estaban acostumbrados a precios bajos, estarían deseando pagar precios significativamente más altos en el futuro. Todo esto sugiere que el límite de prueba es crucial. Si el límite de prueba fuese sobre la parte alegando precios bajos ilegales, haría difícil llevar un caso exitoso. Si el límite de prueba fuese sobre la empresa dominante, estaría obligada a demostrar una negativa, que es, demostrar que sería imposible recuperar sus pérdidas si intentara hacerlo.

Segundo, el precio predatorio por una empresa dominante tendría efectos anticompetitivos incluso cuando la empresa dominante pueda o no recuperar sus pérdidas. La forma más efectiva de precio predatorio es aquella donde una empresa desanima la entrada al mercado, o causa la salida, señalando a los competidores reales o potenciales que su rentabilidad en el mercado en cuestión será baja en la medida que la empresa dominante es líder en el precio (price leader) en este mercado. La señalización por la empresa dominante sería más efectiva y los efectos de ello duran más, si no tuviera que recuperar sus pérdidas, sino sostener sus precios sólo un poco por encima de los niveles competitivos. Este efecto de desanimar o señalar es particularmente probable de ser importante si la empresa dominante es activa en muchos mercados, porque el precio predatorio en un mercado desanimaría la entrada en otros mercados. Esto es particularmente importante en el transporte aéreo, donde el precio predatorio, si ocurrió en una ruta, desanimaría la entrada en las otras rutas sobre las que la aerolínea dominante estaba operando.

Sin embargo, el argumento no se cumple cuando se trata de producto único, por lo que no puede ser extrapolable a todos los casos, de ahí la necesidad de que en todos los casos se acredite el elemento de la recuperación, para evitar el riesgo de penalizar comportamiento competitivo.

Tercero y finalmente, el precio predatorio tendría efectos anticompetitivos incluso cuando el rival no es forzado a salir del mercado, pero en cambio decide elevar sus precios para aproximarse a los precios de la empresa dominante. En particular, en un mercado concentrado el precio predatorio demostraría la capacidad de la empresa dominante y la voluntad para asumir represalias contra precio agresivo por un competidor y así da origen a precio oligopolístico. En estas circunstancias, sería extremadamente difícil demostrar que ha ocurrido recuperación, incluso cuando la hubo. Concluyen que en estas circunstancias, un requerimiento expreso de recuperación complicaría el derecho más e impondría un límite desleal a la parte que sostenga este límite.

Nosotros planteamos que debe efectuarse un análisis concreto de la posibilidad que tiene la implicada de recuperar las pérdidas ocasionadas por la estrategia predatoria, lo contrario sería desnaturalizar la figura de la predación, convirtiendo en ilegal cualquier exclusión mediante precios bajos en que incurra una empresa en posición de dominio sobre un competidor que podría resultar ser ineficiente y por tanto no ser predación sino resultado de la dura competencia y que el ineficiente recurre a la denuncia en su intento de permanecer en el mercado. Las tácticas predatorias implementadas y por las que invierte el predador, sea que produzcan o no la exclusión deben formar parte de un concreto esquema de predación y por tanto, existe en este proyecto la recuperación de la inversión predatoria prevista.

Por otro lado la existencia de precios bajos, también es prueba de tratarse de un mercado notoriamente competitivo, en otras palabras en la recuperación radica la demostración de la ilicitud del comportamiento abusivo, dañando a la competencia y a los consumidores. El precio límite, no es ilegal y los economistas sostienen que no está acreditado que el precio límite cause un daño al bienestar del consumidor. Si el precio predatorio no tiene éxito, es un regalo para los consumidores, por lo que se estaría penalizando un comportamiento que beneficiaría al mercado.

La Comisión ha debido declarar en su Guía lo señalado como puerto seguro por el Informe del Departamento de Justicia Norteamericano: los precios por encima de alguna medida de coste deben permanecer legales *per se*.<sup>1502</sup>

En el derecho antitrust norteamericano, aunque de forma general no son aplicadas por los tribunales, las pautas teóricas del test de la recuperación, tienen mucho que elogiar a ellas, incluso cuando, en la práctica constituyen una barrera considerable a las demandas que intentan establecer una reclamación de precio predatorio. Después de la decisión *Brooke*, el Tribunal planteó que el precio predatorio requería de la prueba de la recuperación –una probabilidad peligrosa que el predador puede elevar los precios de modo suficiente para recuperar su inversión en precio por debajo del coste. La prueba de la recuperación requiere no sólo que el precio por debajo del coste excluya o discipline a la víctima predatoria, sino también la prueba que el predador estará dispuesto a elevar los precios por encima del nivel competitivo (capacidad de recuperación) suficiente para compensar al predador por su inversión predatoria (eficacia en la recuperación).

---

<sup>1502</sup> Pág. 60 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano.

El requerimiento de la recuperación distingue considerablemente al precio predatorio de otra conducta de exclusión, donde la inferencia del daño a la competencia es obtenida de la conducta de exclusión y de la estructura del mercado. La recuperación requiere la demostración agregada que la conducta predatoria será rentable.

Más específicamente, el demandante debe demostrar (1) la recuperación real de la inversión predatoria a través de precio supracompetitivo; o (2) este poder en el precio incrementado u otras condiciones económicas que conviertan en probable la recuperación.

Como una pre condición necesaria, el Tribunal subrayó que el requerimiento de la recuperación podía estar satisfecho sólo si la estructura de mercado facilitó la predación, que requería la concentración en el mercado, las barreras a la entrada y la capacidad de absorber la cuota de mercado de la víctima.

El elemento de la factibilidad de la recuperación fue planteado por Elzinga y Mills<sup>1503</sup> como un complemento del test de Areeda-Turner, si una estrategia predatoria determinada es una inversión económicamente no factible, juzgada por los parámetros del plan de la recuperación que implica, entonces el supuesto predador es exonerado. El test de la inversión equivale a una confirmación sobre la consistencia interna de las alegaciones de una demanda de predación. En el precio predatorio, la pérdida a corto plazo del predador es una inversión en beneficios monopólicos futuros. Consecuentemente, el precio predatorio es atractivo para una empresa que busca beneficios sólo si espera beneficio monopólico suficiente para obtener una ganancia sobre su inversión en predación que iguale o exceda el margen de interés que podría ser ahorrado en inversiones alternativas. En particular, si puede demostrarse que una empresa no tiene posibilidad razonable de recuperar sus pérdidas y beneficiarse de su inversión, entonces las demandas predatorias serán desestimadas.

La prueba de la posibilidad de la recuperación de las pérdidas, caracteriza al precio predatorio de las demás conductas de exclusión, porque las tácticas predatorias en el precio, son considerablemente caras para cualquier empresa, la implicada debe estar dispuesta en absorber la cuota de mercado de su víctima ya sea que la excluya, la

---

<sup>1503</sup> Kenneth G. Elzinga y David E. Mills, "Testing for Predation: Is Recoupment Feasible?" en *Antitrust Bulletin* Vol. 34 (1989) pág. 869. Los economistas siempre han reconocido que un dólar invertido hoy, requiere más que un dólar en beneficios futuros debido al valor tiempo del dinero. Cuando efectúa la estrategia de precio predatoria, también hay un coste de oportunidad para la inversión efectuada. Esto significa que las pérdidas que necesitan ser recuperadas de la predación, no lo son sobre las bases de dólar por dólar. El segundo punto que resulta del primero: mientras más largo sea el período de predación, mayor será la inversión en predación. Para que la predación sea exitosa, las empresas seleccionadas deben salir rápidamente, pero regresar lentamente, o idealmente, no volver a entrar nunca, así, debe haber una asimetría económica entre la entrada y las condiciones de salida en el mercado.



discipline, o la disuada del mercado, en proporción al tiempo en el que dura la predación, ello implicaría pérdida de beneficios considerables.

Así, la longitud de cualquier período denunciado es relevante. Los demandantes están casi naturalmente inclinados a alegar períodos largos de predación, porque sus daños están basados usualmente en la pérdida de beneficios durante el período predatorio superior a los cuatro años. Pero mientras más largo sea el período alegado de predación, es menos factible la demanda básica, simplemente porque el precio predatorio es una estrategia tan extraordinariamente cara.

Este factor es trascendental, bajo el derecho de competencia comunitario ya que los casos condenados, han sido largos períodos de predación, lo que lleva a cuestionar si la implicada realmente podía recuperar sus pérdidas.<sup>1504</sup>

El elemento de la recuperación forma parte del test en el derecho antitrust norteamericano, así lo ha confirmado el Informe del Departamento de Justicia norteamericano: para que prospere una demanda sobre precio predatorio, el demandante debe demostrar que (1) los precios estaban por debajo de una medida apropiada de coste del demandado en el corto plazo y (2) el demandado tenía una probabilidad peligrosa de recuperar su inversión en precios por debajo del coste.<sup>1505</sup>

Vemos que el requisito de la recuperación intenta servir como un umbral. Si se demuestra que la predación es improbable de eliminar o disuadir rivales, o que la recuperación de las pérdidas es en última instancia no factible, entonces este requisito permite a las agencias y a los tribunales desestimar las alegaciones de precio predatorio sin tener que efectuar un análisis del precio-coste.

Es útil porque el proceso de determinar si el precio es predatorio basado en su relación a alguna medida de coste es frecuentemente difícil. Sin embargo, si la recuperación demuestra que ésta es probable entonces debe ser utilizada en conjunción con un test de precio coste para establecer que el supuesto predador realmente está fijando precios predatorios.

Tratándose de que se propone retirar a un rival existente, que ha estado ejerciendo una influencia hacia abajo en el precio del predador. Después de un ataque exitoso en el precio predatorio, elimina o disciplina el comportamiento de precio del rival, el predador elevará su precio por encima del nivel anterior a la predación. Al hacerlo

---

<sup>1504</sup> Herbert Hovenkamp, *ob. Cit.*

<sup>1505</sup> Pág. 53 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano.

eventualmente recuperará las pérdidas ocasionadas durante el período predatorio y obtendrá mayores beneficios.

Es probable que el objetivo de la implicada no sea retirar al rival del mercado, sino disciplinarla, en realidad, disciplinar a los rivales es en sí mismo de exclusión ya que su propósito es excluir el crecimiento y la expansión de la víctima o la entrada de la víctima en mercados nuevos.

La prueba de este efecto de disciplinar requiere que el demandante demuestre: (1) que la víctima es un rival cuya competencia amenaza real o potencialmente los beneficios del predador; (2) siguiendo un período de precio por debajo del coste la víctima elevó sus precios, se convirtió menos agresiva o de otro modo disminuyó su conducta competitiva, o que el precio por debajo del coste fue capaz de producir este resultado; y (3) el precio por debajo del coste fue un factor sustancial en causar estos efectos de exclusión.

En el caso de la predación contra un entrante o entrante potencial, el predador baja su precio con el objeto de hacer parecer inviable la entrada, de modo que el entrante reciente sale y/o el entrante potencial es disuadido. Si y cuando esta estrategia tiene éxito, el predador elevará su precio a un nivel similar al período anterior a la predación. Intentará elevar su precio por encima de este nivel si pudiera hacerlo así de modo rentable, habría estado fijando su precio en este nivel antes que apareciera el entrante. Así, en este caso, la recuperación no es conseguida a través de una capacidad de obtener beneficios como nunca antes, sino a través de la restauración de una posición que le proporciona el nivel anterior a los beneficios supra competitivos.

#### *4.2.4. Cuando algunos clientes son elegidos selectivamente*

Hay que tener en cuenta también que la implicada puede reducir las pérdidas que le ocasiona la predación, cuando se dirige selectivamente a clientes específicos con precios bajos.<sup>1506</sup>

En *Akzo y Tetra Pak II*, las empresas implicadas eran dominantes en un amplio rango de productos, pero sólo incurrieron a recorte de precio selectivo para un producto que ofreció un competidor. Dado su dominio en una amplia cartera de productos, era probable que la amenaza de represalia en contra de un rival suministrando sólo uno de

---

<sup>1506</sup> §71 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva. Véase también el § 118 del Documento citado.

estos productos fuese un disuasivo creíble que habría permitido la recuperación porque otros rivales habrían sido disuadidos de entrar.

Cuando algunos clientes son seleccionados selectivamente, el elemento también puede confundirse con la conducta competitiva normal ya que puede tratarse de un entrante nuevo, respecto al cual, el resto de competidores incluida la dominante, reaccionarán a su entrada ya sea en precios o producción, para evitar que la misma les ocasione alguna pérdida.

Posner<sup>1507</sup> al tratar sobre la demostración del poder de mercado del predador, la característica adicional que predispone en la pregunta de precio predatorio son si hay muchos compradores, si hay sólo unos cuantos, son improbables de ayudar al monopolista a retener su monopolio a través de negociar con él más que con el probable competidor a quien está tarifando por debajo de su precio.

El requisito lleva a confusión ya que pertenece más a un comportamiento de exclusión anticompetitivo, como podría ser la discriminación de precio geográfica, que no necesariamente debe ser precio predatorio. Y en efecto la Comisión lo plantea así ya que establece que “esta evidencia sería considerada muy importante si pueden demostrarse también otros comportamientos de exclusión”.

#### *4.2.5. El período de tiempo relevante de aplicación de los precios predatorios.*

Bajo el derecho comunitario, el caso *Akzo* refiere comportamiento predatorio efectuado durante cuatro años y en el caso *Tetra Pak II*, durante siete años y en *Wanadoo*, también durante cuatro años. Dada la longitud de los períodos alegados de comportamiento abusivo, su demostración, debe quedar acreditada por otros factores adicionales, fundamentalmente referidos a la estrategia predatoria, diferentes de la simple alegación del test del coste, o que estuvo combinada con otros comportamientos de exclusión.

Este comportamiento se lleva a cabo durante un período de tiempo relevante en el que se miden los ingresos y los costes en cada caso. El período de tiempo relevante es usualmente aquel en el que el supuesto precio predatorio ha prevalecido. Sin embargo esto no descarta el uso de otros períodos de tiempo bajo determinadas circunstancias. Por ejemplo, supongamos que el período de la supuesta predación abarcó dos años y que en algunos meses los precios eran más bajos que los demás. En este caso, sería

---

<sup>1507</sup> Richard A. Posner. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. 2da. Edición. The University of Chicago Press 2001.

relevante considerar no sólo si la predación ocurrió durante la totalidad del período de la supuesta predación sino también si ocurrió durante períodos más breves de precio particularmente agresivo.

Como hemos señalado, la longitud de cualquier período denunciado es relevante. Los demandantes están casi naturalmente inclinados a alegar períodos largos de predación, sin embargo, mientras se alega un período más largo de predación, es menos factible, simplemente porque el precio predatorio es una estrategia extraordinariamente cara, sumado a la incertidumbre del mercado, lo que hace difícil planificar una estrategia predatoria y que ésta tenga éxito, siendo rentable.

La Comisión en su Documento<sup>1508</sup> señalaba que era necesario decidir el período de tiempo durante el que se medirán los costes, no planteando ninguna referencia al respecto, viniendo obligada a hacerlo, al ser el tiempo un elemento que ya consideró la jurisprudencia en el caso *Tetra Pak II*<sup>1509</sup>, donde se estableció que la duración del plan de eliminación era relevante.

La Comisión observaba además<sup>1510</sup>, que cuando no concurren al caso otros comportamientos de exclusión, al menos será necesario demostrar un efecto de exclusión en vista de la escala, duración y continuidad del precio bajo, pero no establece cuánto tiempo es necesario para considerar que la estrategia predatoria sea factible. Mientras más largo sea el período de tiempo alegado, más improbable es que se trate de precio predatorio, al ser imposible de acreditar la rentabilidad de la estrategia para una empresa en posición de dominio y por el contrario tratarse de un mercado en el que hay una dura competencia.

La Comisión en su Guía sólo señala que será menos probable que la empresa dominante haga predación si la conducta de precio bajo es aplicada de forma generalizada durante un período de tiempo largo.<sup>1511</sup> Sin concretar a qué período de tiempo se puede considerar en su terminología como “largo”.

Por otro lado, las historias de precio pueden revelar que una industria es cíclica y que los supuestos precios predatorios simplemente reflejan que se ha alcanzado el fondo del ciclo.<sup>1512</sup> Debe tenerse en cuenta también que el precio por debajo del coste es temporal en algunas industrias<sup>1513</sup>.

---

<sup>1508</sup> § 104 del Documento de la Comisión ya citado.

<sup>1509</sup> § 151 de la Sentencia TPI *Tetra Pak II/Comisión*, confirmada por el TJCE

<sup>1510</sup> § 117 del Documento de la Comisión ya citado.

<sup>1511</sup> §72 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

<sup>1512</sup> Valentine Korah. *An introductory guide to EC Competition, Law and practice*. Ed. Hart Publishing. Oxford 2.007.

<sup>1513</sup> §117 del Documento citado.

Los mercados tienen tantas incertidumbres que es generalmente difícil para las empresas planificar estas cosas más que unos cuantos meses por adelantado.

Hovenkamp<sup>1514</sup> observa que en el caso *Matsushita*, el Tribunal Supremo expresó su incredulidad que el esquema alegado de precio predatorio podía haber durado dos décadas, como cuestión general, el período correcto debe ser mucho más corto.

Considerado ex ante, parece casi inconcebible que una empresa se embarque en una estrategia de pérdida de venta por más de dos años, si anticipa que esta duración será necesaria para retirar a la víctima. En *Brooke* el Tribunal Supremo observó la no factibilidad de las demandas de predación largas, pero no indicó que los 18 meses del período de predación alegado en este caso fuese muy largo.

## **5. Los Tests Propuestos por la Doctrina para Establecer un Precio Predatorio.**

Vamos a analizar a continuación, los diferentes tests propuestos por la doctrina para tipificar un caso de precio predatorio.

### **5.1. Teorías Basadas en los Costes.**

Los principales criterios propuestos por la doctrina están basados en las medidas de coste:

#### *a) El Test de Areeda-Turner o el Test de los Costes a Corto Plazo*

Areeda y Turner propusieron sus influyente test en 1975<sup>1515</sup>, modificadas ligeramente en 1978<sup>1516</sup>. Luego Areeda las modificó de nuevo en 1982<sup>1517</sup>, y una vez más en 1986<sup>1518</sup>. Se enfoca en la conducta a corto plazo (cuando la planta es fija) y mediante la observación en estos precios en relación a los costes más que la intención de la implicada.

Es aparente que el enfoque de Areeda y Turner en la eficiencia en el corto plazo más que en el largo plazo, incluso aunque reconocen que las consideraciones “estratégicas” a largo plazo serían importantes para los predadores, porque encuentran la evaluación a largo plazo muy especulativa. Y una cuestión importante es que su interés es con el

---

<sup>1514</sup> Herbert Hovenkamp, ob. Cit.

<sup>1515</sup> Phillip Areeda and Donald F. Turner. Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act. *Harvard Law Review*. 1975. Pp.697 y ss. Vol. 88.

<sup>1516</sup> Areeda y Turner, *Antitrust Law*, Vol. 3 1978. pág. 148

<sup>1517</sup> Areeda y Turner, *Antitrust Law*, Suplemento de 1982, Vol. 3, pág. 114

<sup>1518</sup> Areeda y Hovenkamp, *Antitrust Law*, Suplemento de 1986, pág. 329

diseño de una regla que preserve sólo a las empresas que sean al menos tan eficientes como el supuesto predador; dejando claro que la máxima eficiencia en la distribución es un objetivo de su regla.<sup>1519</sup>

Los autores reconocen que, al menos en teoría, su regla permitiría el precio límite y la exclusión de algunas empresas que podrían incrementar más la competencia, pero consideran que estos beneficios son especulativos contra los beneficios concretos actuales del precio más bajo del monopolista y la mayor producción.

Además plantean que las dificultades administrativas de analizar el precio del monopolista serán mayores. Areeda y Turner consideran primero los costes marginales MC<sup>1520</sup> a corto plazo para determinar qué precio debe ser considerado predatorio. Luego plantean los costes variables promedio AVC como una aproximación más práctica para los propósitos de aplicación, dado que los registros contables son incapaces de proporcionar información significativa de los costes marginales<sup>1521</sup>.

Siendo los costes variables aquellos costes que pueden cambiar en el período de tiempo relevante, es decir, en función de la duración del episodio de precio bajo; mientras sea más largo el episodio predatorio, mayores costes se convertirán en variables. Bajo este test se considera que el período relevante, ausentes circunstancias especiales, es el medio plazo e incluiría, por ejemplo, los gastos generales de administración, la depreciación por el uso y los gastos de publicidad y promoción. Además, si la capacidad está siendo agregada, los costes de incremento de esta nueva capacidad, también deben ser incluidos.

Bajo el test se presupone que la empresa tiene poder de monopolio en el supuesto mercado -sin poder de monopolio no habría capacidad de obtener beneficios futuros-. También definen como legales *per se* todos los precios que son maximizadores del beneficio o minimizan la pérdida del beneficio para la empresa.

Las reglas fundamentales del test serían:

- Los precios por encima de AVC son legales *per se*.

La legalidad *per se* también se aplicaría a precios por encima del coste promedio total ATC, incluso aunque no sean de maximización de beneficio en el corto plazo. Esto es, no estarían implicados con el precio límite, argumentando que este precio resulta en precios más bajos y producción más alta que el precio que maximiza el beneficio y que sólo los entrantes potenciales menos eficientes son mantenidos fuera en cualquier caso.

---

<sup>1519</sup> Areeda y Turner “Predatory ...” pág. 711.

<sup>1520</sup> El coste marginal (en inglés el marginal cost “MC”).- Es el coste de producir la última unidad de producción.

<sup>1521</sup> Ibidem, pág. 716.

- Precios por debajo de AVC son ilegales *per se*

Con respecto a los precios por debajo del coste promedio total, Areeda y Turner considerarían predatorio sólo aquellos precios que también estaban por debajo del coste marginal. Esto es, precios por encima de los costes marginales pero por debajo del coste promedio total serían legales.<sup>1522</sup> Areeda y Turner entonces trasponen este grupo de reglas para un test de coste variable promedio AVC y, en la versión de 1975 de su regla, plantean que los precios iguales o por encima del coste variable promedio AVC, anticipados deben ser legales *per se* y los precios por debajo de este nivel, ilegales *per se*<sup>1523</sup>.

Además de estas reglas básicas, Areeda y Turner prohibirán a la empresa dominante que “iguale a la competencia” si ello significaría conducir a sus precios por debajo del coste variable promedio AVC y prohibirán asimismo el gasto promocional, especialmente promociones diseñadas para igualar la promoción de un competidor o de un nuevo entrante, si estos gastos adicionales llevan al coste variable promedio por encima del precio<sup>1524</sup>.

Este criterio también es utilizado en el derecho de competencia comunitario, aunque se debe entender el coste promedio variable AVC como equivalente al Coste Promedio Evitable AAC.<sup>1525</sup>

Posteriormente Areeda y Turner modificaron sus reglas *per se* en aspectos importantes. En particular para los precios por encima de los costes variable promedio AVC, sustituyen el estándar de legalidad *per se* con una presunción de legalidad. En los suplementos de 1982 y 1986 respecto al texto de 1978, el precio por debajo del coste variable promedio asimismo implicaría sólo una presunción de ilegalidad.<sup>1526</sup>

En cualquier caso, los precios por encima del coste total permanecen legales *per se*.<sup>1527</sup> Areeda y Turner no aclaran completamente sobre la cuestión, pero algunas respuestas pueden obtenerse de sus textos. Primero es el hecho que la medida del coste es definido como el coste variable promedio AVC razonablemente anticipado. Así un supuesto predador puede demostrar que los costes cambiados o las condiciones de la demanda causaron que el precio caiga por debajo del coste variable promedio AVC. Otro

---

<sup>1522</sup> Areeda y Turner “Predatory Pricing...”, págs. 709-10

<sup>1523</sup> Ibidem, pág. 733.

<sup>1524</sup> ibidem págs. 713-716.

<sup>1525</sup> Véase § 64 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

<sup>1526</sup> Areeda y Turner, *Antitrust Law*, Suplemento de 1982 pág. 119

<sup>1527</sup> Areeda y Hovenkamp, *Antitrust Law*, pág. 335-6

rechazo (aquí a la presunción de legalidad) se originaría cuando el precio estaba en o por encima del coste variable promedio AVC, pero “significativamente” por debajo del coste marginal, MC.

La regla basada en el coste de Areeda-Turner ha sido criticada en los siguientes fundamentos:

-Los costes y la información sobre el mercado: Cualquier test que depende sólo de los costes de la empresa dominante crearía un problema de información serio para cualquier entrante potencial. Estas empresas conocerán sus propios costes prospectivos y el precio de mercado actual. En la ausencia de la amenaza de reacción predatoria estarían dispuestos a efectuar un juicio razonable sobre el probable éxito de su propia entrada. Sin embargo, tendrían poca información sobre el nivel de costes de la empresas dominante y entonces considerarán muy difícil predecir a cuánto ascenderá el recorte del precio que fijarán si efectúan la entrada.

Algunas empresas potencialmente eficientes serán disuadidas por la incertidumbre circundante sobre a cuánto ascenderá los posibles recortes de precio.

-El análisis a corto o largo plazo: La regla permitirá la eliminación de entrantes más pequeños igualmente eficientes que tienen muy reducidos recursos financieros en comparación con la empresa en posición de dominio. Este punto es parte de una crítica más general que su análisis era esencialmente a corto plazo, cuando la esencia del problema del precio predatorio es a largo plazo. Cualquier empresa que se embarca en una estrategia predatoria supone que tendrá beneficios reducidos o pérdidas en el corto plazo, pero espera retornar a beneficios de monopolio en el largo plazo. Entonces, para un análisis correcto, necesitan ser consideradas las posibilidades en ambos períodos.

-Elementos del análisis estático y elementos del análisis estratégico: La crítica anterior conduce directamente a una tercera crítica y más fundamental del análisis de la regla de Areeda-Turner y su política. Un número de economistas, sobre todo Scherer<sup>1528</sup> y Williamson,<sup>1529</sup> plantearon que el análisis estaba basado en un modelo estático muy simple del comportamiento de las empresas dominantes. No toma en cuenta las estrategias más complejas que podrían adoptar para proteger y reforzar su posición en el mercado y entonces proponen reglas que analizaremos a continuación.

---

<sup>1528</sup> F.M. Scherer. “Predatory Pricing and the Sherman act: a Comment”. 89 Harvard Law Review Pp.869 y ss. 1976

<sup>1529</sup> Oliver Williamson. “Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis”. The Yale Law Journal Vol. 87. 1977. pp. 286 y ss. En F.M. Scherer. Monopoly and Competition Policy. Vol. II. 1993



Estas mismas críticas fueron formuladas por la Comisión en el caso *Akzo*, cuando Akzo argumentó que se debiera utilizar el test Areeda-Turner al juzgar su comportamiento.

La mayoría de los comportamientos efectuados por las empresas dominantes que tienen el efecto de disuadir la entrada o debilitar a competidores más pequeños así está más allá del alcance de la regla y es efectivamente inmune de la persecución de las normas de competencia.

En otras palabras, consideran al precio predatorio como parte de una cuestión más amplia del comportamiento estratégico de las empresas dominantes. El punto inicial para esta crítica del enfoque del test Areeda-Turner es su sugerencia que si el precio está cercano al coste marginal (o incluso por debajo de él) no debe ser considerado predatorio porque sólo las empresas técnicamente ineficientes en comparación con la empresa dominante serán entonces excluidas del mercado.

Tanto Scherer<sup>1530</sup> y Williamson<sup>1531</sup> demuestran que esto no necesariamente es el caso. A través de un cuidadoso precio estratégico, la empresa dominante puede excluir a empresas igualmente eficientes indefinidamente y todavía puede obtener beneficios económicos positivos.

La estrategia de la empresa dominante es construir una capacidad de producción lo suficiente considerable de modo que si hay la posibilidad de entrada, no sólo incrementa la producción considerablemente, sino que lo hace en una forma que realmente reduce sus propios costes a corto plazo. El incremento en la producción y consecuente caída en el precio que resultaría, haría la entrada no rentable para cualquier empresa. La disposición de capacidad de producción adicional ostentada por la empresa en posición de dominio hace así la amenaza de pérdidas creíble para el entrante potencial y entonces es improbable que la entrada tome lugar.

Por estas cuestiones, podemos ver por qué aquellos que prefieren un análisis estratégico, han argumentado que la regla estaría lejos de ser restrictiva y deja sin condenar muchos casos de disuasión de la entrada y la eliminación de rivales pequeños.

La estrategia de la empresa dominante puede ser introducida sin infringir la regla de coste y sin recortar los precios. Por esta razón un número de comentaristas han argumentado que una regla simple basada en el coste es inadecuada y debe ser asumido en cualquier caso un análisis más complejo donde se invoquen alegaciones de precio predatorio.

---

<sup>1530</sup> F.M. Scherer. "Predatory Pricing and the Sherman act: a Comment". 89 Harvard Law Review Pp.869 y ss. 1976

<sup>1531</sup> Oliver Williamson. "Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis". The Yale Law Journal Vol. 87. 1977. pp. 286 y ss. En F.M. Scherer. Monopoly and Competition Policy. Vol. II. 1993

-Idoneidad del uso del coste variable promedio. AVC: La afirmación implícita que el coste variable promedio es relativamente fácil de medir es dudosa. Utton<sup>1532</sup> plantea dos objeciones respecto al hecho que el coste variable promedio sea un sustituto al coste marginal a corto plazo. Primero, observa que haciendo una comparación entre ambos, el ámbito para una gran producción ineficiente es incrementado considerablemente, pero no podría ser clasificado como predatorio. Aunque hay evidencia considerable que al menos en la industria de fabricación a corto plazo, el coste marginal permanecería constante durante un rango significativo de producción, incluso a corto plazo. En este caso, el coste variable promedio coincidiría con el coste marginal y entonces el efecto práctico de la sustitución en los casos antitrust no será mayor. Segundo, causaría confusión y complejidad indebida en casos donde la defensa argumente que, para el caso concreto, los costes variables no sean un buen sustituto para los costes marginales. Entonces, la simplicidad para la que la regla fue diseñada se evaporaría.

Por último, una crítica significativa es que el coste variable promedio favorece a los demandados con costes fijos altos y costes variables bajos, como las empresas en el sector de transportes y del software. En estas industrias, es relativamente fácil que los precios bajos permanezcan por encima del coste variable promedio. Entonces, utilizando el coste variable promedio permitirá a las implicadas impedir a los entrantes nuevos la posibilidad de recuperar sus costes de capital (fijos) por un período muy largo de tiempo y de este modo disuade la entrada.

-Idoneidad del uso de los costes: La afirmación que el coste marginal a corto plazo y el coste variable promedio son casi equivalentes sólo se sostienen en el largo plazo. En el corto plazo puede haber diferencias considerables entre ellos.

Así, es discutible si cualquier concepto de coste puede proporcionar una definición no impugnabile de precio predatorio. El rol de los precios en el modelo del precio límite considerado arriba es para señalar los costes a los entrantes potenciales. Bajo este modelo el precio predatorio es el precio que establece un nivel particular (bajo de costes). Este precio puede estar cerca del coste variable promedio o el coste marginal a corto plazo, pero fácilmente puede del mismo modo, estar muy por encima o por debajo de estos costes.

Además, es perfectamente posible predar a un rival menos eficiente fijando los precios por debajo del coste variable promedio del rival. Sobre estas bases, un test basado en

---

<sup>1532</sup> Utton, Michael A. *Market dominance and Antitrust Policy*. Edward Elgar Publishing. 1995. Inglaterra. Pág. 105-6.

los costes del predador no tendría sentido. Sin embargo, un test basado en los costes del rival tampoco tendría sentido.

También hay un grupo de razones benignas a por qué los precios estarán por debajo del coste variable promedio. Estas incluyen precio promocional, utilizar capacidad adicional en un período de dificultad económica, learning by doing, antigüedad del producto y demás.

Una dificultad particular se origina al tratar de entender si la respuesta de un competidor a un nuevo entrante es predatoria o no. La nueva entrada naturalmente elevará la curva de demanda del competidor hacia el origen. Esto es, el competidor enfrentará menos demanda en cualquier precio dado después que la entrada que antes de la entrada. La respuesta de maximización de beneficio del competidor a esta probabilidad será precios más bajos. Así si un competidor reduce precios después de la entrada, esto será una respuesta competitiva perfectamente legítima. Pero también será una intención de preñar al nuevo entrante. Distinguir entre estas dos posibilidades puede ser muy difícil. Hay ámbito considerable para un diagnóstico poco elaborado de una respuesta de precio competitiva como predación o una respuesta de precio predatorio como una respuesta de precio competitiva.<sup>1533</sup>

Al margen de las críticas, el test de Areeda-Turner probablemente tuvo más influencia mundial en los casos judiciales del precio predatorio. Muchos tribunales han considerado que lo que le falta al test en agudeza es compensado por su uso relativamente fácil. Un precio que esté persistentemente por debajo del coste variable promedio, indica que la empresa no está cubriendo todos sus costes variables. Normalmente, cuando una empresa tiene pérdidas en el tiempo, cierra porque si continúa operando creará pérdidas superiores que si se retira. Entonces la empresa que permanece en el negocio en estas circunstancias, puede ser un predador (a menos que tenga una justificación legítima.)

La influencia del test aún persiste ya que el Informe del Departamento de Justicia Norteamericano, si bien asume el parámetro del coste promedio evitable AAC, sin embargo concluye que si el incremento predatorio es indeterminado y cuando el coste promedio evitable sea difícil de establecer, el Departamento considerará otras medidas de coste, con el coste variable promedio AVC típicamente como la siguiente mejor alternativa para establecer si los precios son predatorios.<sup>1534</sup> Del mismo criterio es la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva, aunque con matizaciones,

---

<sup>1533</sup> Bishop y Walker, ob. Cit. Págs. 129-130.

<sup>1534</sup> Pág. 67 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano.

ya que considera que el coste promedio evitable y el coste promedio variable pueden resultar iguales, en la medida que sólo los costes variables pueden ser evitados, sin embargo, si éstos difieren sólo el AAC refleja el posible sacrificio.<sup>1535</sup>

b) *El Test del Coste Promedio Evitable AAC (“average avoidable cost”)*

El uso del AAC en los test precio-coste ha ganado adherencia en los años recientes, lo propuso William Baumol<sup>1536</sup>, plantea la sustitución del coste promedio evitable AAC en lugar del coste promedio variable: AVC. Se trata de una variable del test de Areeda Turner.

El precio es comparado al promedio del coste variable más el coste fijo específico del producto, pero no del coste hundido, que son los costes ocasionados durante un rango de producción dado. El objetivo es determinar cuánto puede ahorrar una empresa al no producir un determinado rango de producción. Siendo que el coste promedio evitable AAC es el coste promedio por unidad que el predador habría evitado durante el período de precio por debajo del coste si no hubiera producido el incremento predatorio de las ventas.

A diferencia del AVC, el AAC no requiere una distribución controvertida entre los costes fijos y los costes variables y también se aproxima más estrechamente al coste marginal ya que AAC incluye todos los costes que han sido evitados si el demandado no hubiera efectuado las ventas predatorias, sea el coste fijo o variable. Mientras AAC contiene sus propias complejidades, teóricamente es más correcto que AVC y probablemente más fácil de calcular.

Es un estimado mejor que AVC del coste verdadero en que incurre una empresa cuando produce producción que es vendida a un supuesto precio predatorio.

Cuando una empresa incrementa su producción en una campaña predatoria (las empresas que incurren en estrategias de precio predatorio, necesitan incrementar la producción por dos razones principales: primero, su precio más bajo estimulará a la demanda global del mercado; segundo, el predador debe absorber la demanda extra que fue suministrada anteriormente por su víctima.), tendría que incurrir en más costes que sólo aquellos que resultan de variar con cada unidad de producción vendida, que mide el test del AVC.

---

<sup>1535</sup> Véanse las notas al pie 18 y 40 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

<sup>1536</sup> William Baumol, “Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test,” 39 *Journal of Law and Economics* 49 (1996). Ver también Bolton, Patrick, Brodley, Joseph F., Riordan, Michael H. *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy* En: *Georgetown Law Journal*. 2000, pág. 2239.

Algunas veces un predador también incurrirá en costes fijos sustanciales cuando incrementa su capacidad en absorber la demanda extra. Por ejemplo, un panadero tendría que comprar otro horno. Aquellos tipos de gastos son incurridos en cada línea más que incrementar con cada producto concreto adicional. Así, también puede verse que al incorporar costes fijos específicos del producto, el test AAC descarta las críticas que el test Areeda-Turner sea muy fácil de establecer en industrias con costes fijos altos. Alternativamente un predador puede redistribuir un insumo de coste fijo de una de sus otras líneas de producto a la línea en que está implementando su plan predatorio. El concepto de coste evitable captura esta posibilidad, así como, que es apropiado cuando este insumo puede haber sido utilizado de modo rentable cuando lo fue.

Otra ventaja del test AAC es su flexibilidad. Puede ser utilizado para el estudio de muchas dimensiones de precio de una empresa. Por ejemplo, podría ser utilizado para comprobar el precio de la producción global de un producto. En este caso, las ganancias totales de las ventas de este producto serían comparadas con los costes en que la empresa no habría incurrido si hubiera retirado completamente el producto del mercado.

El test AAC es igualmente capaz de comprobar el precio en un grupo de clientes, en cuyo caso las ganancias de las ventas del producto a sólo aquellos clientes comparadas a los costes que la empresa habría ahorrado al no suministrar a aquellos clientes.

Precisamente lo que debe considerarse como un coste evitable depende también, en parte del período de tiempo considerado. Normalmente, mientras más largo sea el período de tiempo, mayores serán los costes promedio totales y evitables. Esto es verdad porque más y más costes hundidos se convierten en costes evitables en el tiempo. Está claro entonces, que el test AAC se convierte más difícil de comprobar en la medida que transcurra más tiempo en el que persistió el recorte del precio predatorio.

En consistencia con la doctrina económica reciente, que marca al AAC un mejor aproximado a los costes que la empresa en posición de dominio hubiera evitado si no se hubiera embarcado en una campaña predatoria, la Guía de la Comisión<sup>1537</sup>, utiliza el coste promedio evitable AAC como equivalente al coste variable promedio y como parámetro de coste para evaluar los casos de abusos en precios donde está incluido el precio predatorio. Asimismo, el Informe del Departamento de Justicia Norteamericano lo asume como parámetro de coste para establecer si un precio es predatorio.<sup>1538</sup>

---

<sup>1537</sup> §25 y 63 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva, véase también §108-110 del Documento de la Comisión.

<sup>1538</sup> §67 del Informe del Departamento de Justicia norteamericano.

c) *El Test del Coste Promedio de Incremento a Largo Plazo: (“long run average incremental cost”). LAIC*

Siendo que el coste promedio evitable AAC sería la medida de coste más baja del test, en el otro lado estaría el coste de incremento promedio a largo plazo LAIC<sup>1539</sup>, que debería sustituir al coste promedio total ATC, una propuesta originalmente efectuada por Joskow y Klevorick<sup>1540</sup> y a la que se adhieren Bolton, Broadley y Riordan<sup>1541</sup>

El test del coste promedio de incremento a largo plazo, LAIC incluye todos los costes específicos de producto incurridos en la investigación, desarrollo y comercialización del producto predatorio o el incremento de las ventas incluso si estos costes fuesen hundidos antes del período del precio predatorio<sup>1542</sup>. Además, LAIC incluye lógicamente cualquier coste incurrido en efectuar el esquema predatorio, siguiendo la formación de la estrategia predatoria. LAIC es una medida de coste superior al coste promedio total ATC, para una empresa multi producto porque no requiere a los tribunales distribuir los costes conjuntos y comunes, una empresa que carezca de una metodología precisa y sea particularmente inadecuada para la resolución judicial. Además, LAIC mide el valor actual de los activos productivos mediante los costes de reemplazo y no por costes históricos que daría poca indicación de su valor actual.

El coste promedio de incremento a largo plazo LAIC es una referencia necesaria agregada al coste a corto plazo porque las ventas por debajo de LAIC pueden reflejar una estrategia de sacrificar beneficios actuales con el objeto de excluir o disciplinar un rival más eficiente y entonces mantener el precio en el nivel de monopolio. Esta conducta, si no se puede justificar de algún modo, es predatoria y una regla de precio predatorio que la excluya sería una aplicación deficiente.

El riesgo de aplicación deficiente es particularmente agudo para la propiedad intelectual. Un test de coste a corto plazo que proporcione una protección reducida contra el precio predatorio que implique la propiedad intelectual ya que después que el

---

<sup>1539</sup> El coste promedio de incremento a largo plazo (en inglés long run average incremental cost “LAIC”).- Es el coste por unidad de producir el incremento predatorio de producción siempre que estos costes son incurridos. A diferencia del coste promedio evitable, incluye todos los costes fijos específicos de producto, incluso cuando estos costes fuesen hundidos antes del período de precio predatorio. Esto es, el coste promedio de incremento a largo plazo por definición incluye tanto los costes hundidos y los costes recuperables.

<sup>1540</sup> Joskow y Klevorick, ob. Cit.

<sup>1541</sup> Bolton, Patrick, Brodley, Joseph F. , Riordan, Michael H. Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy En: *Georgetown Law Journal*. 2000, pág. 2239.

<sup>1542</sup> LAIC en esencia es un concepto de coste evitable a largo plazo ya que abarca cualquier coste que no habría incurrido si el producto no se hubiera producido.

producto es desarrollado y lanzado, AAC o AVC pueden estar cercanos a cero. En el software de ordenadores, por ejemplo, el coste de incremento a corto plazo de bajarse un programa de Internet, es nulo. Como resultado habría ninguna venta por debajo de AAC. Un estándar de AVC tampoco ayuda ya que el coste variable promedio del software de ordenador está en declive constante y se aproximaría insignificadamente ya que el volumen de ventas se convierte suficientemente alto. Así, el único estándar de coste defendible para la propiedad intelectual debe ser una medida de coste a largo plazo. LAIC es superior al ATC como una medida en los casos sobre la propiedad intelectual porque LAIC hace hincapié que los costes relevantes se relacionan a la investigación, desarrollo, comercialización y producción del producto o servicio predatorio, más que alguna categoría mayor de ventas.

Una cuestión igualmente importante en propiedad intelectual y generalmente en las empresas multi producto, es el cálculo del precio. Es necesario saber si el precio incluye el valor de los beneficios indirectos recibidos en el último momento. En la predación por una empresa única el hecho que el predador efectúe ventas de incremento en el futuro como resultado de las ventas predatorias actuales no impide una acusación de precio predatorio si los precios de las ventas actuales están por debajo del coste. La misma conclusión resultaría si la predación permite ventas futuras incrementadas en otro mercado. Juzgado en términos de eficiencia dentro del mercado esta conducta podría vencer a una empresa más eficiente. Así si un productor de software vende su producto por debajo de AAC o LAIC y así incrementa sus ventas futuras de un bien complementario, las ganancias de estas ventas futuras incrementadas no debe ser agregado al precio en determinar si el precio está por debajo del coste. Sin embargo estas conclusiones no se aplicarían si el producto y su complemento constituyen un producto único.

Bolton, Broadley y Riordan<sup>1543</sup> plantean que aplicando los costes de AAC y LAIC, se diría que un precio por encima de ATC es concluyentemente legal, pero de lo contrario, sustituirían el ATC, por el LAIC, medida similar pero económicamente más aguda. Un precio por debajo de AAC sería presumiblemente ilegal (asumiendo que los demás elementos de prueba de responsabilidad están satisfechos). Cuando el precio esté por debajo de este nivel, el demandado tendría entonces, toda la carga de la prueba en

---

<sup>1543</sup> Bolton, Patrick, Brodley, Joseph F. , Riordan, Michael H. Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy En: *Georgetown Law Journal*. 2000, pág. 2239.

demostrar que el precio bajo era necesario para conseguir eficiencias de fomento de la competencia.

Consistente con el estándar de prueba de responsabilidad, la defensa de eficiencia sería aplicada desde una perspectiva *ex ante*: Es decir si una empresa representativa en la industria ha anticipado la conducta para ser maximizadora de beneficio en la ausencia de los efectos de exclusión.

Si el predador ha fijado su precio por debajo de LAIC (pero por encima de AAC), la carga de la prueba estaría dividida entre demandante y demandados. Primero, el demandado tendría una carga de prueba inicial de producción –de formular alguna evidencia tangible de eficiencia o propósito comercial legítimo. Segundo, una vez que el demandado ha ofrecido esta explicación, la carga de persuasión entonces cambiaría al demandante para persuadir al tribunal que la conducta de precio fue predatoria.

Colocar una carga inicial de producción de prueba en el demandado para demostrar las eficiencias cuando el precio está por encima del coste promedio de incremento (average incremental cost AIC)<sup>1544</sup> (pero por debajo de LAIC) está justificada porque los primeros cuatro elementos habrán establecido no sólo que el precio esté por debajo de alguna medida de coste, sino también que la estructura de la industria convierte en factible al precio predatorio, las condiciones específicas del mercado facilitan y permiten la supuesta estrategia predatoria, la víctima ha sido excluida o disciplinada y como resultado el precio se ha incrementado o puede haberse incrementado.

Este antecedente coloca adecuadamente alguna carga de explicación en el demandado incluso cuando su precio esté por encima del LAIC coste promedio de incremento a largo plazo. Al mismo tiempo, la presencia de condiciones específicas dependiendo del caso, aseguran que los demandados no serán requeridos de justificar todos los recortes precios ya que las precondiciones limitan posiblemente el recorte de precio sospechoso a un grupo reducido de casos. Además, el demandado está bien colocado en proporcionar esta explicación ya que seguramente tiene mejor conocimiento de las eficiencias y motivos comerciales para sus acciones.

---

<sup>1544</sup> *El coste de incremento promedio (AIC)*, es definido por Bolton como: “ el coste por unidad de producir la producción agregada para servir las ventas predatorias. AIC difiere del coste variable promedio en al menos dos formas. Primero, no es medida sobre la producción total de la empresa, sino sólo sobre aquel incremento de producción utilizado para suministrar las ventas predatorias adicionales. Segundo, el coste de incremento incluye no sólo el coste variable, sino cualquier coste fijo incurrido en expandir para servir las ventas nuevas. El coste de incremento es un estándar mejor que el coste variable promedio o los costes totales porque refleja más agudamente los costes de efectuar las ventas predatorias.” [AIC es un concepto que está muy cerca de la medida del *coste variable evitable* sugerido por Baumol (1996)]

Entonces, estos autores presumirían ilegal un precio por debajo del AIC y uno legal por encima del ATC con un área gris en medio.



Plantean como primer paso y siguiendo el derecho existente, que el precio predatorio debe estar por debajo de alguna medida de coste y en la mayoría de los casos por debajo del coste a corto plazo. Así, un precio por encima del coste proporciona un puerto seguro a las empresas en posición de dominio, cualquiera que sea su estrategia de precio. Esto proporciona una guía efectiva ya que presumiblemente una empresa sabe sus propios costes, si no precisamente, al menos de modo suficiente para saber si este precio está en la zona de peligro.

Segundo, siguiendo también el derecho existente, se debe establecer el poder de mercado.

Tercero, al aplicar el análisis estratégico se requiere el umbral de prueba de muchas pre condiciones demostrando que la teoría predatoria particular es factible bajo los hechos específicos del caso. Estas pre condiciones operan como pantallas de aplicación y su ausencia conduce al rechazo inmediato de la teoría predatoria.

Cuarto, incluso cuando es establecido un caso prima facie de predación permiten una defensa detallada de eficiencias y en la mayoría de los casos la defensa se sostiene cuando el demandado demuestre eficiencias sustanciales y ausencia de una alternativa práctica y significativamente menos restrictiva.

Además, intentan simplificar la aplicación de la defensa de eficiencia clasificando los varios tipos de eficiencia y proponiendo una forma ordenada de analizarlas.

La Comisión en su Guía<sup>1545</sup>, se pronuncia en sentido similar a este test respecto al coste de incremento promedio a largo plazo LRAIC, que estará generalmente por encima del coste promedio evitable AAC porque contrario a este último (que sólo incluye los costes fijos si son ocasionados durante el período bajo análisis), incluye los costes fijos específicos del producto efectuados antes del período de predación. Si el precio no cubre LRAIC indica que la empresa dominante no cubre todos los costes fijos

---

<sup>1545</sup> §25 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva. El enfoque de la Comisión en su Documento era ciertamente diferente, señalaba que ésta utilizará el LAIC como umbral demostrativo de la predación en algunos sectores como aquellos protegidos por un monopolio legal, impidiéndole que las ganancias obtenidas por el monopolio protegido, puedan subsidiar a otro mercado relacionado y que esté abierto a la competencia. También lo hará en casos de empresas en sectores liberalizados recientemente o que están en proceso de liberalización, como el sector de las telecomunicaciones. § 124 – 126 del Documento. Muestra de ello es que la Comunicación sobre la Aplicación de las Normas de Competencia a los Acuerdos de Acceso en el Sector de las Telecomunicaciones (DOCE C265/2) sugiere que los estándares de AKZO no son apropiados en una industria de red como las telecomunicaciones (§ 113-115 de la Comunicación citada.) y que un estándar basado en el coste de incremento a largo plazo sería preferible. En efecto, incluso un precio por encima del coste de incremento a largo plazo sería considerado predatorio, si no recupera alguno de los costes comunes en que son incurridos si una empresa suministra un rango de productos diferentes por esta razón, un enfoque “combinado” sería asumido hacia la valoración del coste, donde un coste de incremento a largo plazo es combinado con sus ‘costes por un producto único’, es decir el coste en que incurriría si no tuviera otras actividades.

(atribuibles) de producir el bien o servicio en cuestión y que un competidor igualmente eficiente será aniquilado del mercado.

*d) El Test de los Costes Marginales a Largo Plazo*

Teoría propuesta por Richard Posner<sup>1546</sup>, quien plantea una perspectiva a largo plazo y enfatiza el comportamiento estratégico del presunto predador; únicamente dos tipos de niveles de precios deberían reconducirse a la calificación de prácticas predatorias: en primer lugar, las ventas por debajo de los costes marginales a corto plazo y, en segundo lugar, las ventas por debajo de los costes marginales a largo plazo con la intención de excluir a un competidor, lo interesante del test es qué factores considera el autor como integrantes de la intención de excluir.

Plantea que los costes marginales a largo plazo son un test mejor para la predación que los costes a corto plazo ya que el predador, al fijar sus precios en el coste marginal a corto plazo, elimina a un competidor igual o más eficiente (más eficiente al tener costes marginales a largo plazo más bajos) pero que carecen de la capacidad o voluntad para sostener las pérdidas en el corto plazo.

Para este test agrega algunos prerequisites, un elemento de intencionalidad y una defensa. Como prerequisites requiere que el demandante haga una demostración inicial que el mercado estaba predispuesto para el precio predatorio efectivo. Entre los indicios que enumera son que el predador opere en múltiples mercados, que la víctima opere en un reducido número de mercados en comparación al predador, que los mercados estén concentrados, la entrada sea muy lenta, las empresas marginales sean muy reducidas en número, los compradores sean numerosos y el producto sea homogéneo.<sup>1547</sup>

Además requerirá que el predador tenga la intencionalidad de excluir, pero no aclara cómo puede demostrarse esta intencionalidad ya que Posner considera que un requerimiento de la intencionalidad puede conducir a una aplicación de una regla desigual -los predadores sofisticados crearán ningún daño, pero las empresas no sofisticadas y agresivas (o sus celosos empleados) pueden esperar hacer exactamente esto.<sup>1548</sup>

---

<sup>1546</sup> Richard A. Posner. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. The University of Chicago Press 1976. Págs. 191-192 Véase también Richard A. Posner. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. 2da. Edición. The University of Chicago Press 2001. págs. 215

<sup>1547</sup> ibidem pág. 191. Y pág. 217 en la versión 2001.

<sup>1548</sup> ibidem, pág. 189-190 y pág. 221 en la versión 2001.

Además Posner permitiría a una empresa la defensa sobre las bases de cambios en la oferta o demanda, así a la luz de la capacidad en exceso (es decir, un cambio en la demanda) la empresa demandante fijará sus precios al nivel del coste marginal a corto plazo y la salida del mercado que seguirá será socialmente deseable.<sup>1549</sup>

## ***5.2. Propuestas basadas en parámetros de no coste***

Estas propuestas pretenden reflejar la aparente simplicidad de la regla de Areeda-Turner, enfocándose en un parámetro único de no coste para identificar la predación.

### *a) La regla del incremento de la producción*

Propuesta Williamson<sup>1550</sup>, planteó un grupo complejo de reglas que gobernarían tanto la producción permisible de las empresas dominantes respondiendo a la entrada nueva y el precio permisible para todas las empresas. Sus reglas de precio basado en el coste se resumen a continuación, después de revisar su propuesta relativa a las restricciones en la producción de la empresa en posición de dominio. Plantea que las reglas puras basadas en el coste fallan en tomar en cuenta que las empresas adoptarán su conducta, incluyendo su inversión en capacidad de planta, respecto a los ambientes legales.

Williamson plantea que estos efectos pueden ser evitados mediante una regla que prohíba a las empresas dominantes expandir su producción en respuesta a la entrada de un competidor durante un período de 12-18 meses, además el precio no debe caer por debajo de los costes variable promedio. La prohibición va contra la libertad de la empresa de fijar sus criterios de coste y producción.

### *b) La regla de la inversión del precio*

Se trata de una propuesta de Baumol<sup>1551</sup>. Se considera precio predatorio si éste obligó al rival a dejar el mercado y el predador luego recuperó la inversión en el recorte del precio en los años siguientes. Sugiere que incluso en un escenario multiproducto,

---

<sup>1549</sup> ibidem pág. 193. Pág. 223 en la versión 2001.

<sup>1550</sup> Oliver Williamson. "Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis". *The Yale Law Journal* Vol. 87. 1977. pp. 286 y ss. En F.M. Scherer. *Monopoly and Competition Policy*. Vol. II. 1993. Calvo Caravaca y Rodríguez Rodrigo, clasifican este test dentro de la escuela de la teoría del juego. Véase: Alfonso Luis Calvo Caravaca y Juliana Rodríguez Rodrigo: "Precios Predatorios" en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. La Ley. N° 1, Año 2007. Pág. 39 -77

<sup>1551</sup> William J. Baumol, *Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test*, 39 *Journal of Law and Economics* 49,58 (1996)

multimercado, ningún coste suplementario es necesario. Al requerir que cualquier recorte de precio sea cuasi permanente, las empresas estableciendo los precios por debajo del coste enfrentarán “una penalidad automática suficiente para hacer que eviten voluntariamente el precio predatorio”

Sin embargo, reconoce que este argumento “dejaría a algunos observadores incómodos”, porque quizás “creerán que la gestión de una empresa muy rentable puede preferir, incluso durante largos períodos, en utilizar algunos de los beneficios contribuidos por otras producciones como una fuente para subsidiar precios bajos socialmente inaceptables de productos amenazados por la entrada”. Así, Baumol sugiere que su política de reducciones de precio cuasi permanentes estaría suplementada por un test de coste para impedir el subsidio cruzado.

### ***5.3. Propuestas basadas en los costes y en la conducta estratégica de la empresa.***

Bolton, Broadley y Riordan <sup>1552</sup> observan que aunque los economistas todavía no han demostrado rigurosamente que el precio predatorio pueda ser rentable, las críticas observan que la regla del coste promedio variable a corto plazo propuesta por Areeda-Turner no tiene en cuenta la naturaleza esencial de la predación, que es el comportamiento estratégico de la implicada en el tiempo.

Los recortes de precio por las empresas dominantes deben ser considerados como una comunicación estratégica implicando amenazas y sanciones. Entonces, la política efectiva requiere una regla de precio predatorio que considere los factores estratégicos y los efectos de bienestar a largo plazo, que no estén basadas en los costes.

Estas propuestas posteriores a Areeda-Turner intentaron establecer la conducta estratégica directamente, combinando uno o más indicadores económicos, normalmente incluyendo el coste y la estructura del mercado, a menudo combinado con una evaluación del propósito o la intención corporativa. Por ejemplo, en la más detallada de las propuestas es la de Joskow y Klevorick<sup>1553</sup> o regla de los dos niveles analizada a continuación.

#### *a) La Regla de los Dos Niveles.*

---

<sup>1552</sup> Bolton, Patrick, Brodley, Joseph F. , Riordan, Michael H. Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy En: *Georgetown Law Journal*. 2000.

<sup>1553</sup> Paul Joskow & Alvin Klevorick, “A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy,” 89 *Yale Law Journal* 213 (1979), en 252.

Incorpora explícitamente aspectos de muchas de las reglas descritas arriba es el enfoque de los dos niveles (o “two-tiered ‘structuralist’ rule-of-reason approach”: enfoque de la regla de la razón estructuralista de dos-niveles.) de Joskow y Klevorick<sup>1554</sup>, que busca limitar el enfoque de la ley contra la predación a aquellos mercados donde la predación sea una amenaza seria y luego someter la conducta de precio en este ámbito estrecho a una investigación más concienzuda.

La esencia de su enfoque es que la estructura de mercado determina si la predación es una estrategia funcional. Cuando la predación es invocada, la cuestión de la estructura del mercado así debe estar dispuesta en primer lugar, en un procedimiento bifurcado, antes de abrir una investigación en la conducta del implicado. Este enfoque de los “dos niveles” conduce a una eliminación rápida de las demandas de hostigamiento por los competidores, limitando su capacidad para utilizar las leyes de competencia para propósitos proteccionistas. Para quienes aplican la ley, este enfoque reduciría la frecuencia de errores “falso positivos”<sup>1555</sup> es decir, identificar equivocadamente la competencia dura como predación.

-Primer nivel: La primera selección que propone consistiría en tres componentes -poder de monopolio a corto plazo, condiciones de entrada y algo denominado como los “efectos dinámicos de los competidores y los entrantes”.

El poder de monopolio a corto plazo es medido por la cuota de mercado del predador, la distribución del número y tamaño de empresas que ya están en el mercado, la estabilidad de las cuotas de mercado en el tiempo y la evidencia histórica sobre los beneficios obtenidos por la empresa dominante deben ser útiles en establecer el poder de monopolio de la empresa dominante y en proporcionar guía respecto a si este poder de monopolio ha sido explotado en el tiempo.

Las “condiciones de entrada” se refieren a la velocidad con que la competencia potencial puede convertirse en competencia real en el caso de precio supracompetitivo. Entre los factores a ser considerados aquí son los requerimientos de capital, la fidelidad del consumidor, las curvas de aprendizaje, la secuencia de la entrada (mercado por mercado o considerando todos los productos) y la calidad de la información sobre los riesgos de la entrada.

---

<sup>1554</sup> Ibidem. pág. 213. Véase también Luis Miguel Hinojosa Martínez. “Predatory Pricing Literature under European Competition Law: the Akzo Case” en *Legal Issues of European Integration*. 1993/2 pp. 95- 128, el autor hace un estudio detallado de la propuesta de Joskow y Klevorick

<sup>1555</sup> Los errores “falso positivos” (o errores del Tipo I), significan la condena equivocada de la conducta que beneficia la competencia y a los consumidores.

El componente final observa en la dinámica del mercado. Los mercados caracterizados por un crecimiento rápido o por el declive se dice que implican menos interés que los mercados que están más en equilibrio. La predación también debe ser de menor interés donde el progreso tecnológico y la innovación provienen de la empresa dominante que del resto de las empresas. Finalmente, la presencia de oscilaciones en precios en respuesta a cambios en la oferta o la demanda, se dice que significa un mercado donde hay menos riesgo para la predación.

Si el análisis de los factores del primer nivel, revela un mercado donde la predación no debe originarse, Joskow y Klevorick permiten todo y cualquier recorte en el precio; se aplicará ninguna regla en el precio.

En este respecto se hacen eco de otros tratadistas como Posner, que hizo las condiciones apropiadas de mercado como prerrequisito para la aplicación de su regla.

Areeda y Hovenkamp también consideran que esta revisión del primer nivel podría ser útil para desestimar casos donde los prerrequisitos de predación son “obviamente ausentes”, pero les preocupa que el primer nivel en si mismo sea complicado en situaciones menos claras<sup>1556</sup>. Sin embargo, enfatizan que algunos prerrequisitos deben considerarse antes que el precio deba ser considerado predatorio, enumerando factores como una gran cuota de mercado para el supuesto predador (sugiriendo el 60 por ciento como un mínimo), que se trate de una víctima que sea un competidor menor y las barreras a la entrada.

-Segundo nivel: El segundo nivel de la regla de Joskow y Klevorick incluye una investigación amplia en el precio, esencialmente un enfoque de la regla de la razón, en donde la intencionalidad sería un factor relevante aunque no necesariamente e incorporan un número de tests basados en el coste.

Considera al precio por debajo del coste promedio variable AVC ilegal per se. Es *suficiente* para demostrar la predación. Un precio por debajo de AVC y por este motivo un precio por debajo del coste promedio total ATC, posiblemente no podría ser sostenida en el largo plazo ya que, para sobrevivir, las empresas deben cubrir los costes totales en el largo plazo. Una empresa con poder de mercado sólo tiene el incentivo de imponer pérdidas a si mismo cuando se encuentre enfrentada con un entrante, considerando la posibilidad de ganancias de monopolio futuras que conviertan esta táctica en rentable desde una perspectiva a largo plazo.

El precio entre AVC y ATC, se presume predatorio. Los precios entre el coste variable promedio AVC y el coste promedio total ATC serán presumidos de ser predatorios; la

---

<sup>1556</sup> Areeda y Hovenkamp, *Antitrust Law*, pág. 341.

empresa puede defenderse demostrando que maximiza sus beneficios en el corto plazo, en el caso de que exista en la industria una producción sustancial de exceso de capacidad. Lo que sólo puede darse en dos supuestos: que la industria estaba en declive, o que la escala de la nueva entrada era tan grande que la capacidad total de la industria estaría sub utilizada, lo que llevó abajo a los precios. Sin embargo, si el exceso de la capacidad fue creado antes de la entrada por el implicado, entonces, no puede ser invocada la defensa del exceso de capacidad.

Un precio por debajo de ATC retiraría a un competidor igualmente eficiente y quizás incluso los rivales más eficientes del mercado o disuadirá a estas empresas de entrar; frente a los retrasos en la entrada, entonces la empresa dominante podría continuar su comportamiento de precio monopólico. Aunque una empresa dominante maximizando sólo beneficios a corto plazo probablemente bajará su precio en respuesta a la entrada o la amenaza de entrada, pero no disminuirá su precio en un nivel por debajo del ATC. Entonces la empresa implicada deberá demostrar que esta estrategia maximiza beneficios a corto plazo

Los precios por encima del ATC, legales per se. Los precios que permanecieron por encima del coste promedio total ATC se presumen legales, a menos que un recorte del precio en respuesta a la entrada haya sido suspendido y elevado a los dos años sin una razón basada en el coste. El mensaje de su propuesta de requerimiento en el comportamiento transmitiría a las empresas con poder de monopolio que no deben utilizar este poder para mantener sus posiciones dominantes. Sabrán que los recortes de precio por debajo del AVC serán vistas como claros actos predatorios, que los precios por debajo del ATC establecerán una presunción de predación y que otros recortes de precio serán cuestionados sólo si los incrementos subsecuentes no están justificados por cambios en el coste o las condiciones de demanda. Además, su implementación no requiere una investigación extensiva en la intención de las varias respuestas de precio a la entrada.

El elemento de la intencionalidad a través de la documentación de la implicada. Respecto a la intención, el enfoque de este test no impide el análisis de otra evidencia que podría informar al tribunal sobre la intención y los efectos del comportamiento en el precio, especialmente si el precio y el análisis del coste se convierte ambiguo. Aunque son renuentes a considerar como prueba las relativas al uso de memorándums internos y declaraciones de ejecutivos en demostrar la “intención”.

Invocan a Posner en cuanto señala que la disponibilidad de evidencia de intención impropia es frecuentemente una función de la suerte y la sofisticación legal del

demandado, no de la realidad subyacente; la empresa con “ejecutivos sensibles a los problemas antitrust, no dejarán ninguna prueba documental de intención impropia. Sin embargo, el uso de esta información debe estar estructurado alrededor de dos cuestiones básicas: Primero, si la evidencia documental indica claramente que la empresa con poder de monopolio planea incrementar sus precios una vez que la competencia ha sido retirada del mercado, equivalente a la recuperación; y Segundo: Si la evidencia documental indica claramente un esfuerzo en utilizar los recortes de precio como un mecanismo para incrementar artificialmente la dificultad de acceder al mercado.

No se refieren aquí a documentos aleatorios indicando un deseo de “eliminar” o “matar” competidores. Sino que buscan cuidadosamente planes contruidos a largo plazo para mantener el precio de monopolio mediante la reducción del número de las empresas en el mercado y haciendo la entrada de las empresas nuevas más difícil. Ponen en duda que estas vías claras sean dejadas con frecuencia por la empresa dominante, pero si lo son, los tribunales no deben ignorarlas.

El requerimiento constitutivo de la segunda etapa de su análisis en dos niveles está dirigido sólo en el comportamiento de precio de la empresa demandada ya que el establecimiento del precio ha sido el enfoque de su discusión. Aunque, como subrayan, la política de precio es sólo un instrumento de comportamiento estratégico que puede ser utilizado para establecer y mantener el poder de monopolio.

Subrayan que cada estándar de precio predatorio originará una adaptación estratégica por la empresa dominante, que debe ser considerada cuando se evalúan los costes de implementar una determinada política. Las alegaciones de precio predatorio frecuentemente han sido acompañadas por acusaciones que la empresa demandada también se ha implicado en otras actividades predatorias de naturaleza de no precio, como por ejemplo, gastos de publicidad “apuntada o dirigida”, “falsos” lanzamientos de productos y “manipulaciones” de producto”. Sin embargo ya que las empresas sujetas al cuestionamiento del segundo nivelan sido pre seleccionadas de modo que los únicos contextos de mercado considerado son aquellas en que el poder de monopolio es un problema serio, los tribunales deben admitir y evaluar la evidencia respecto a los efectos de este comportamiento en el bienestar del consumidor.

El planteamiento de Joskow y Klevorick difiere del test de Areeda y Turner en el planteamiento del recorte de precio en un punto por debajo del coste marginal MC a corto plazo es tanto una condición necesaria y suficiente para demostrar la predación. Debido a que el MC a corto plazo es casi imposible de medir en el contexto de una



demanda antitrust, Areeda y Turner recomendaron que el AVC anticipado sea utilizado como un sustituto. El test se enfoca en la conducta a corto plazo (cuando la planta es fija) y mediante la observación en estos precios en relación a los costes más que la intención del que fija los precios, la propuesta de Joskow y Klevorick analiza el comportamiento en el precio de la empresa dominante en el corto plazo para inferir la intención a largo plazo y lo que ello originaría.

Areeda y Turner fijaron dos calificaciones: que discutieron razonablemente como parámetros a ser considerados como costes variables y que sobre los cuales se les permite invocar a los demandados, sólo cuando ofrezcan evidencia indicando que el AVC no está significativamente por debajo del MC. Muchos tribunales que han aplicado el Test Areeda-Turner han utilizado la aproximación AVC y no dedicaron mucha atención a medir el MC a corto plazo. El AVC siempre estará por debajo del ATC y, excepto cuando haya exceso de capacidad sustancial, por debajo del MC a corto plazo también.

Para Joskow y Klevorick, un precio por debajo del AVC nunca será maximizador de beneficio en el corto plazo para una empresa con poder de monopolio existente y es probable de estar por debajo del AVC y MC a largo plazo de un competidor igualmente eficiente. Así, un recorte de precio en un punto por debajo de AVC puede tener ningún propósito diferente que el sacrificio de beneficios a corto plazo para ganancias de monopolio a largo plazo. Aquí está la diferencia entre ambos test: respecto al estatuto de precio por debajo de AVC.

Vemos entonces, que el análisis y conclusión del test Areeda-Turner están basados en modelos macroeconómicos estáticos y cuestiones asociadas con consideraciones de eficiencia a corto plazo. Sin embargo, debido a que la esencia del problema del precio predatorio es dinámica, una perspectiva estática es inadecuada. Joskow y Klevorick utilizan el comportamiento estático a corto plazo para inferir la intención a largo plazo y las consecuencias.

Entonces, para Joskow y Klevorick, la adopción de una estrategia de precio por debajo AVC por una empresa dominante confrontada con la entrada es suficiente para demostrar la predación. Un precio por debajo de AVC y por este motivo un precio por debajo de ATC, posiblemente no podría ser sostenida en el largo plazo ya que, para sobrevivir, las empresas deben cubrir los costes totales en el largo plazo.

Así, se entiende que una empresa con poder de mercado –la capacidad de controlar el precio– sólo tendría un incentivo de imponer pérdidas a si mismo cuando esté

enfrentada con un entrante y la promesa de ganancias de monopolio futuras hacen esta táctica rentable, desde una perspectiva a largo plazo.

Vemos que Joskow y Klevorick, invocan en su propuesta, la intención a largo plazo y por consiguiente, el elemento de la recuperación de las pérdidas, además la intención se puede demostrar a través de la documentación de la empresa que acredite planes contruidos a largo plazo para mantener el precio de monopolio mediante la reducción del número de las empresas en el mercado y haciendo la entrada de las empresas nuevas más difícil

Massimo Motta<sup>1557</sup>, se adhiere al enfoque de Joskow y Klevorick, en cuanto se refiere al segundo nivel, con los inconvenientes de estos umbrales antes anotados. La diferencia es respecto a la presunción de legalidad, cuando el precio está por encima de AVC, la carga de la prueba cambia al demandante: Primero, Un precio por encima del coste promedio total ATC debe ser definitivamente considerado legal, sin excepciones. Segundo, un precio por debajo del coste promedio total, ATC pero por encima del coste variable promedio AVC debe ser presumido legal, con el límite en demostrar lo opuesto por el demandante o la autoridad anti trust. Tercero, un precio por debajo del coste variable promedio AVC debe ser presumido ilegal, con el límite en demostrar lo opuesto por el demandado.

#### *b) La regla de la razón global*

Scherer<sup>1558</sup> requiere una regla de la razón global en todos los factores económicos relevantes, pero con enfoque particular en el supuesto comportamiento predatorio, los probables efectos de su comportamiento, es decir la intención y las consecuencias estructurales que realmente fluyen del comportamiento.

Plantea que una política estricta implicaría al menos dos costes serios, animaría a los monopolistas a mantener o aceptar capacidad en exceso costosa; y a menos que los tribunales se decidan a explorar las percepciones y motivaciones (por ejemplo la intención) sobre los que se basa el comportamiento del monopolista, conduciría a la condena de empresas cuyo peor error fue mantener un precio bajo.

Una evaluación más comprensiva demuestra que el bienestar económico a largo plazo es maximizado en algunos casos cuando el precio del monopolista excede su coste marginal y en otros casos cuando el coste marginal es menor.

---

<sup>1557</sup> Massimo Motta. *Competition Policy, Theory and Practice*. 2004. Cambridge. U.K.

<sup>1558</sup> F.M. Scherer. "Predatory Pricing and the Sherman act: a Comment". 89 *Harvard Law Review* Pp.869 y ss. 1976

Las variables clave en determinar el punto en el que ocurre la minimización de la pérdida de bienestar a largo plazo incluyen la relación de las posiciones de coste del monopolista y del resto de las empresas, la escala de entrada requerida para asegurar los costes mínimos, si el resto de empresas son retiradas totalmente o simplemente suprimidas, si el monopolista expande su producción para reemplazar la producción de los rivales excluidos o limita la oferta de nuevo cuando los rivales se retiran y si el monopolista efectúa una expansión compensatoria a largo plazo que implica la inversión en las economías de escala que implican una planta nueva.

c) *La regla basada en los costes y en el comportamiento estratégico de la empresa implicada.*

Bolton, Broadley y Riordan<sup>1559</sup> plantean además de la regla de alguna medida de coste, que en la mayoría de los casos será precio por debajo de coste a corto plazo, debe acompañarse con otras herramientas derivadas del análisis estratégico, que demuestren que la supuesta predación es económicamente racional. Plantean que la premisa clave en el desarrollo de una política de aplicación hacia el precio predatorio debe basarse en una guía doble de evidencia empírica y evidencia teórica.

Primero, el precio por encima del coste proporciona un puerto seguro, cualquiera que sea la estrategia de precio de la empresa. Esto proporciona una guía efectiva ya que una empresa presumiblemente conoce sus propios costes, sino lo sabe de un modo preciso, al menos de un modo suficiente como para saber si su precio está en la zona de peligro. Segundo, también siguiendo el derecho existente se debe tener en cuenta el poder de mercado.

Tercero, propone la aplicación del análisis estratégico que requiere un ámbito de prueba de muchas pre condiciones que demuestren que la teoría predatoria particular es factible bajo los hechos específicos del caso. Estas pre condiciones, operan como unas pantallas de aplicación y su ausencia conduce a un rechazo inmediato de la teoría predatoria.

Cuarto, incluso cuando se establece un caso *prima facie* de predación, permite a la empresa una defensa de eficiencia y en la mayoría de los casos, la defensa se sostiene si la demandada ha demostrado eficiencias sustanciales y ausencia de un medio alternativo práctico y significativo menos restrictivo.

---

<sup>1559</sup> Bolton, Patrick, Broadley, Joseph F. , Riordan, Michael H. Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy En: *Georgetown Law Journal*. 2000. pág. 2239 y ss.

Los autores proponen la regla mediante determinadas pruebas por las que debe considerarse la predación.

El comportamiento estratégico debe entenderse siguiendo tres escenarios principales de la exclusión, que serían denominados como la reputación, “señales de obstrucción” – signal jamming- y predación financiera. Hay que tener en cuenta que, mientras el criterio para la exclusión difiere en estos tres escenarios, muchas herramientas estratégicas diferentes (por ejemplo, precio, publicidad, diferenciación del producto) pueden ser utilizadas para implementar cualquiera de ellas.<sup>1560</sup>

En el primer escenario, bajo la predación del mercado financiero<sup>1561</sup>, puede ser conseguida a través de muchos comportamientos diferentes que crean las pre condiciones para un comportamiento negativo del competidor.

La teoría tradicional del deep pocket de la predación, simplemente asume que la empresa implicada tiene una ventaja financiera sobre el entrante, que le permite asumir las pérdidas de una guerra de precios hasta que el competidor es retirado del mercado. Sin embargo, hoy la teoría de la moderna organización industrial desafía esta historia simplista, en la medida que no considera la posibilidad que un competidor eficiente obtenga financiación externa durante la fase de predación, restaurando la simetría entre las dos empresas y haciendo la predación no rentable para la implicada.<sup>1562</sup>

Consecuentemente, una teoría de predación, tiene que explicar por qué esta solución no se origina, invocando las imperfecciones del mercado del capital que afectan la relación entre el entrante y sus inversores. En efecto, incluso si la implicada no hace un ataque de exclusión, el competidor tiene que basarse en los inversores, que tienen una capacidad limitada para controlar el esfuerzo de la empresa, el riesgo asumido, los beneficios privados obtenidos y demás. Esto es particularmente importante si el competidor es una empresa nueva.

Entonces, el contrato financiero tiene que proporcionar incentivos para inducir a la empresa a devolver a los inversores. Amenazando liquidar la empresa, o denegar extensiones de préstamos en caso de comportamiento insuficiente son ejemplos de estas cláusulas.

---

<sup>1560</sup> Ver Motta, Massimo. 2004 *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press. Véase también el § 54 del Informe presentado por el Grupo de economistas consejeros para la política de competencia o Economic Advisory Group for Competition Policy. EAGCP “*An Economic Approach to Article 82*” Jordi Gual y otros. Julio 2005. Disponible en [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int).

<sup>1561</sup> Véase el § 57 del Informe anteriormente citado.

<sup>1562</sup> Ver por ejemplo Bolton, P. y D. Scharfstein (1990) “A Theory of Predation Based on Agency Problems in Financial Contracting” *Am. Econ. Rev.* 80: 93-106

Desafortunadamente, los contratos financieros que son diseñados para aliviar los problemas de agencia ofrecen también oportunidades de predación a la implicada. La conducta agresiva que reduce el efectivo y los beneficios del competidor en realidad endurecerán las condiciones para su financiación externa, reduciendo la capacidad del rival para sostener una guerra prolongada de precios.

En el otro lado de este dilema, cualquier intención de reducir la exposición a la predación, por ejemplo mediante el aseguramiento de la financiación al competidor incluso si se comporta de forma pobre, exacerbaría los problemas de agencia del inversor.

En el segundo escenario, bajo la predación mediante la reputación<sup>1563</sup> depende de la falta de información del competidor sobre los incentivos de la implicada para adoptar una estrategia de mercado agresiva. Cuando los incentivos de la implicada son inciertos, las creencias del competidor juegan un rol crucial en predecir las reacciones de la implicada y la rentabilidad de la entrada.

Al reaccionar agresivamente antes, la implicada entonces puede inclinarse a la valoración probable de competidores pequeños o potenciales (reputación), con el objeto de impedir la entrada adicional o inducir la salida; los beneficios de la implicada en el largo plazo son consecuentemente protegidos.

Por tanto, incluso cuando la empresa dominante tendría incentivos para adoptar un comportamiento menos agresivo en el corto plazo, las oportunidades de recuperación ofrecidas por la reputación pueden conducir a la implicada a adoptar una estrategia de exclusión.

En el tercer escenario, en la predación a través de la señalización del coste, señalización de la demanda<sup>1564</sup>, signal jamming o ‘señales de obstrucción’, se produce cuando los competidores pequeños o nuevos tienen información imperfecta sobre la rentabilidad del mercado, una estrategia segura requeriría la entrada selectiva en segmentos de mercado específicos.

Al examinar el mercado la empresa puede alcanzar un conocimiento local mejor de la demanda alrededor de los precios prevalentes. En esta situación, la implicada puede reducir su precio, desarrollar su calidad o lanzar una campaña de publicidad local más allá del nivel de equilibrio como para impedir al competidor que aprenda de las características del mercado en las condiciones relevantes. Las ‘signal jamming’ pueden en esta forma permitir a la implicada retrasar o disuadir la entrada.

---

<sup>1563</sup> Véase § 55 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano antes citado.

<sup>1564</sup> Ibidem § 56.

Entre los inconvenientes del test, respecto de estos escenarios de exclusión, tal y como reconocen Bolton, Broadley y Riordan, todavía no está correctamente establecido el enfoque legal del comportamiento estratégico basado en tácticas predatorias.

En coherencia con esta propuesta está el enfoque del Informe presentado por el Grupo de Economistas Consejeros para la Política de Competencia<sup>1565</sup>, donde observan que el precio predatorio tiene efectos anticompetitivos potenciales, distinguiendo los tres escenarios principales de exclusión anteriormente citados y que plantean Bolton Broadley y Riordan, para el precio predatorio.

Sin embargo, la Guía de la Comisión reconoce los efectos de reputación tanto en el ámbito general del efecto de la aniquilación anticompetitiva, en cuanto se refiere a la posición de la empresa dominante respecto de los competidores cuando la empresa en posición dominante tiene la reputación de recortar sistemáticamente los precios, entendemos con el objeto de inducir la salida o desanimar a los entrantes reales o potenciales.<sup>1566</sup>

Ya en concreto respecto a la aniquilación anticompetitiva en los precios predatorios, la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva hace referencia a la señalización o signal jamming y al efecto de reputación en mercados múltiples y a la predación financiera.<sup>1567</sup>

#### ***5.4. Resumen de los test propuestos.***

Son importantes los tests basados en el análisis de los costes ya que proporcionan la base fundamental sobre la que analizar el comportamiento, sobre todo el propuesto por Areeda y Turner, del Coste Variable Promedio AVC.

Sin embargo, el test más importante en la actualidad es el propuesto por Baumol del Coste Promedio Evitable AAC, bajo el test AAC el precio es comparado al promedio del coste variable más el coste fijo específico del producto, pero no del coste hundido, que son los costes ocasionados durante un rango de producción dado. Proporciona el coste promedio por unidad que el predador habría evitado durante el período de precio por debajo del coste si no hubiera producido el incremento predatorio de las ventas.

---

<sup>1565</sup> Jordi Gual y otros. Informe presentado por el Economic Advisory Group for Competition Policy. “*An Economic Approach to Article 82*” . Julio 2005. Disponible en [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int).

<sup>1566</sup> §20 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

<sup>1567</sup> Ibidem §67.

Mientras AAC contiene sus propias complejidades, teóricamente es más correcto que AVC y más fácil de calcular. Sin embargo, uno de sus inconvenientes es que el test AAC se convierte más difícil de comprobar en la medida que transcurra más tiempo en el que persistió el recorte del precio predatorio.

El mismo ha sido asumido por el derecho de competencia comunitario en la Guía de la Comisión como parámetro para la ilegalidad de los abusos en precios y por el derecho antitrust norteamericano por el Departamento de Justicia Norteamericano para los casos de precio predatorio.

El test propuesto por Bolton, Broadley y Riordan, tiene trascendencia en cuanto partiendo de los costes, también consideran la conducta estratégica de exclusión por la empresa en posición de dominio en los tres escenarios de predación financiera, signal jamming u obstrucción y reputación, que también ha sido asumida por la Guía de la Comisión para analizar el efecto de exclusión anticompetitivo en los casos de precio predatorio.

Por su parte, el Departamento de Justicia Norteamericano, ha considerado sólo el efecto de la reputación al analizar la predación, al construir una reputación por la implicada en reducir el precio en un mercado para inducir a la víctima para que crea que el predador recortará el precio en sus otros mercados o en el mismo mercado de la predación en un momento posterior, así permite la recuperación multimercado de las pérdidas predatorias. De este modo desanima a los futuros entrantes de acceder al mercado por temor a sufrir la misma suerte que las víctimas iniciales. La reputación de la empresa dominante, opera como una barrera a la entrada. Existe un consenso en que los efectos de la reputación deben ser considerados cuando se analiza una demanda sobre precio predatorio, aunque existan problemas de administrabilidad. A diferencia del caso comunitario, que analiza estos efectos como factores que reducen la probabilidad de que los rivales compitan; la evaluación de los efectos de la reputación se efectúan al considerar la probabilidad de la recuperación.<sup>1568</sup>

## **6. Las Justificaciones comerciales o Comportamientos eficientes**

Las justificaciones comerciales legítimas son utilizadas para exonerar a los demandados de la imputación de los precios predatorios, debido a circunstancias especiales que convierten la conducta en razonable.

---

<sup>1568</sup> Pág. 67 -9 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano.

Sin preocuparse en cuál de los test han sido utilizados para detectar el precio predatorio, el análisis será incompleto a menos que considere alguna justificación comercial legítima factible porque hay razones válidas, incluso pro competitivas por las que las empresas ocasionalmente fijan sus precios por debajo del coste. “Es difícil de imaginar que una empresa que nunca haya tenido que vender productos durante al menos un período breve a un precio por debajo del coste, por razones que van desde la introducción del producto a ventas de productos en peligro que son perecibles o propensos a ser obsoletos.”<sup>1569</sup>

Típicamente, la carga de establecer una justificación comercial legítima reside en el supuesto predador, en el entendido que tiene acceso superior a la información que está bajo su control.

Así, la carga de la prueba reside en el demandado cuando el precio está por debajo del coste a corto plazo. Motivo por el que el comportamiento no debe ser considerado predatorio porque no hay posibilidad real de exclusión de los rivales.

Para efectuar su defensa, la empresa necesitará demostrar que estaba colocando su precio por debajo del coste por razones legítimas, no predatorias. Debe estar dispuesta a sostener la conclusión que habría establecido los mismos precios incluso si haciéndolo no habría dañado la competencia. Específicamente, la empresa debe tener que demostrar ya sea que las circunstancias la obligaron a colocar su precio por debajo del coste, o que sus precios eran parte de un comportamiento comercial normal implicando un breve período de pérdidas.

La defensa sirve así como una protección necesaria contra una regla legal demasiado inclusiva. Bajo el derecho norteamericano, los casos de precio predatorio han reconocido una defensa de justificación comercial en una variedad de escenarios de hechos diferentes, pero no han creado estándares claros para guiar la aplicación de la defensa.

Además, cuando la empresa efectúa esta demostración, incluso las críticas de la evidencia de la intencionalidad predatoria probablemente concordarán que esto es apropiado para una agencia en utilizar cualquiera de estas evidencias que tiene para rechazar la justificación comercial legítima propuesta.

En el derecho de competencia comunitario, donde la carga de la prueba se transfiere a la empresa demandada ya se trate del caso que los precios estén por debajo del coste

---

<sup>1569</sup> William Baumol, “Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test,” 39 *Journal of Law and Economics* 49 (1996) en 54.



promedio variable, o por encima de este umbral, son más estrictos los criterios por los que se podría admitir una justificación legítima.

La Guía de la Comisión<sup>1570</sup> plantea que en general se considera improbable que la predación cree eficiencias. Sin embargo, en el entendido que se cumplan las condiciones para una defensa de eficiencia, la Comisión considerará las alegaciones de la empresa dominante que el precio bajo le permite conseguir economías de escala o eficiencias relacionadas a expandir el mercado y que compensan cualquier efecto anticompetitivo en los consumidores.

Al analizar las eficiencias que son suficientes para garantizar que no se originará un daño neto a los consumidores, la empresa dominante deberá demostrar con un grado suficiente de probabilidad y sobre las bases de evidencia verificable que se cumplen la totalidad de las siguientes condiciones:

- Las eficiencias se obtienen o pueden obtenerse como resultado de la conducta. Por ejemplo incluiría el desarrollo técnico en la calidad de los bienes o una reducción en el coste de producción o distribución.
- La conducta es indispensable en la realización de estas eficiencias: no deben haber alternativas menos competitivas para la conducta que sean capaces de producir las mismas eficiencias.
- Las probables eficiencias conseguidas por la conducta implicada compensan cualquier efecto negativo probable en la competencia y en el bienestar del consumidor en los mercados afectados; la conducta no elimina competencia efectiva al remover todas o la mayoría de las fuentes existentes de competencia real o potencial. La rivalidad entre las empresas es un conductor esencial de la eficiencia económica, incluyendo las eficiencias dinámicas en la forma de la innovación. En su ausencia, la empresa dominante carecerá de los incentivos adecuados para continuar en crear y convertir en ganancias de eficiencia. En opinión de la Comisión, la conducta de exclusión que mantiene, crea o refuerza una posición de mercado cercana a la del monopolio, normalmente no puede estar justificada sobre la base que también crea ganancias de eficiencia.

Recae sobre la empresa dominante en proporcionar toda la evidencia necesaria para acreditar que la conducta implicada está objetivamente justificada. Luego recae en la Comisión hacer la última valoración sobre si la conducta examinada no es objetivamente necesaria y basado en una evaluación de todos los aparentes efectos

---

<sup>1570</sup> §73 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

anticompetitivos contra todas las eficiencias expresadas y sustanciadas, que resulte probable un daño al consumidor.

Pueden ser defensas de eficiencia:

*a) El “Loss leading” o precios de reclamo*

Algunas veces una empresa puede colocar el precio de uno o más de sus productos por debajo del coste para atraer a los clientes para comprar productos adicionales vendidos por la empresa a márgenes más altos de beneficio. Esto es conocido como una estrategia de “loss leader.”

Por ejemplo, una tienda de comestibles puede hacer publicidad ofreciendo zumo de naranja a un precio por debajo del coste, razonando que la publicidad atraerá clientes que quieran comprar otros productos de margen más alto una vez que estén en la tienda. El “loss leading” debe ser permitido en la medida que no es utilizado para destruir a un competidor (o competidor potencial) que venda sólo el producto que la implicada está vendiendo por debajo del coste y así reducir la competencia en este mercado.

El mismo principio se aplica para producir la gestión por las aerolíneas, que les conduce a vender el último asiento en un avión justo antes de que salga por un mínimo precio porque si no venden a este precio, el asiento estaría vacío. En el caso de producir gestión, como en el caso de otras ventas de sistemas o loss leaders conduciendo a ventas de otros productos, el precio no es predatorio a menos que la empresa pueda hacer una pérdida completa.<sup>1571</sup> De este modo, la empresa está aprovechando las economías de escala.

En la medida que la empresa a través del precio promocional está aprovechando de las economías de escala, podría ser admitido como una defensa de eficiencia, si los demás requisitos se cumplen.

*b) Introducción del producto o precio promocional.*

Las promociones a corto plazo<sup>1572</sup>: implican frecuentemente la venta incluso por debajo del coste variable promedio durante un período de tiempo limitado y son utilizadas ampliamente en muchos mercados, especialmente si un producto nuevo es introducido en un mercado.

En este sentido, la empresa está expandiendo el mercado. Una empresa dominante que adopta una promoción excepcional a corto plazo de este tipo es improbable de ser

---

<sup>1571</sup> John Temple Lang y Robert O’Donoghue. “Defining Legitimate Competition: How to clarify pricing abuses under article 82 EC”. En *Fordham International Law Journal*. Vol. 26. Pág. 83-162. 2002.

<sup>1572</sup> Alison Jones y Brenda Sufrim. *EC Competition Law. Text, Cases and Materials*. Oxford 2001. También Temple y O’Donoghue, *ob. Cit.*

considerada de haber incurrido en predación. Sin embargo, una serie de promociones a corto plazo, consideradas juntas, podrían constituir una estrategia predatoria. El período de tiempo en que sería considerado como corto plazo inevitablemente varía de caso a caso y no es posible proporcionar una guía general sobre qué constituiría abuso.

La defensa del precio promocional no es admitida por el Informe del Departamento de Justicia norteamericano, señala que no sería factible cuando la empresa y atiende poder de monopolio o una probabilidad peligrosa de adquirir poder de monopolio en el producto o servicio promovido. En contraste a los entrantes nuevos o rivales pequeños, el monopolista tiene poca necesidad de recurrir a reducciones extremas de precios para hacer conocer a los consumidores existentes con los méritos de su marca. Sólo se entiende precio promocional si es efectuado por entrantes nuevos o empresas establecidas que carecen de poder en el producto o servicio promovido, no constituyen amenaza a la competencia<sup>1573</sup>

El precio promocional es particularmente probable que ocurra en los mercados con efectos de red<sup>1574</sup>, donde un entrante nuevo debe compensar a los clientes por el hecho que todavía no tenga una red importante, o pagarles por ayudar a establecer una.<sup>1575</sup> La inversión inicial de la empresa en atraer a clientes es recuperada durante un tiempo más largo cuando la empresa tiene una cuota de mercado más considerable. Desafortunadamente, frecuentemente será difícil distinguir precio promocional por debajo del coste inocuo que sea necesario para ganar viabilidad en el mercado, del precio predatorio que termina inundando por completo el mercado y eliminando a competidores más eficientes. En realidad se trata de uno de los desarrollos relativamente recientes en la teoría económica que ha ayudado a contradecir el fundamento en contra del escepticismo de la Escuela de Chicago sobre la existencia de precio predatorio se refiere a los efectos de red.

Resulta que el precio predatorio por debajo del coste puede demostrarse que es una estrategia rentable perfectamente racional en los mercados con efectos de red, si el predador ya es un monopolista que está luchando contra los entrantes potenciales, o está aspirando a ser monopolista intentando eliminar a su competidor. El ejemplo más

---

<sup>1573</sup> Página 71 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano.

<sup>1574</sup> Un mercado con efectos de red es aquel en el que el valor de un bien o servicio a un cliente potencial depende del número de clientes que ya utilizan este bien o servicio. Una consecuencia de un efecto de red es que la compra de un bien por una persona beneficia a otros que poseen el bien –un ejemplo común es la compra de un teléfono. Al hacerlo, una persona hace que más útil el uso de los otros teléfonos.

<sup>1575</sup> Kenneth Elzinga & David Mills, “Predatory Pricing and Strategic Theory,” 89 En *Georgetown Law Journal* 2475, 2485 (2001).

famoso es la guerra de navegadores de Microsoft con Netscape, en el que Microsoft fijó el precio de su producto en cero (entre otras tácticas) para eliminar a Netscape<sup>1576</sup>. Aunque no sorprende, -y consistente con el concepto que debe haber una exención para algún comportamiento de precio promocional- el trabajo teórico también demuestra que las estrategias por debajo del coste en los mercados con efectos de red son algunas veces de fomento del bienestar más que dañinas.

El punto clave es que en estos mercados el precio por debajo del coste sería necesario para establecer la masa crítica. En realidad, sólo sería la única forma que una empresa puede subsistir en lo que se convertirá en una situación donde el ganador se lo lleva todo. Algunos modelos demuestran que las empresas en los mercados con efectos de red fijarán el precio por debajo del coste incluso si enfrenten a ningún competidor o competidor potencial. Esto significa que su comportamiento no debe ser denominado predatorio porque no puede decirse que su precio sea racional sólo porque eliminará competencia. Si las autoridades de competencia fueran a intervenir contra este comportamiento, frustrarían el desarrollo de la red y así daña a los consumidores. Además, incluso si el mercado se desarrolla, si hay efectos de red considerables luego al final hay probabilidad de ser sólo una empresa que gane de todos modos. Asumiendo todos estos factores en cuenta, resulta que la lección más sabia es dejar que esta forma severa de competencia determine en si misma quién sobrevive.<sup>1577</sup>

La defensa derivada de las externalidades de red, es también rechazada por el Informe del Departamento de Justicia Norteamericano, cuando una empresa intenta construir una base instalada y ganar un estándar de competencia, el precio inicial por debajo del coste fomentaría el valor del producto y su demanda. Cuando un monopolista ya ha construido una gran red de base instalada, estos criterios no se sostienen.

### *c) El Precio del sistema*

Esta estrategia puede ser una forma efectiva de incrementar las ventas globales y beneficios cuando hay complementariedades de la demanda entre dos o más de los productos de la empresa. Las impresoras de los ordenadores personales frecuentemente son vendidas a precios relativamente bajos, por ejemplo, cuando los fabricantes venden

---

<sup>1576</sup> *United States v. Microsoft*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001). Es interesante que la recuperación de Microsoft preservando su monopolio provenía de un mercado de producto diferente, no de elevar su precio al final en el mercado de los navegadores. Microsoft supo que si permitía que Netscape permanezca como un navegador popular, habría sido una amenaza para el monopolio del sistema operativo de Microsoft.

<sup>1577</sup> Derek Ridyard, "Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses under Article 82 - An Economic Analysis," 23 *European Competition Law Review* 286, 299 nota 47 (2002).

también los cartuchos que funcionan con ellos y los márgenes de precios de los cartuchos son mucho más altos.

Esta táctica denominada el precio del sistema, es una forma de discriminación en el precio que permite al fabricante percibir ganancias mayores de los clientes que utilizarán la impresora más que otros y así están deseando pagar más por los cartuchos. La discriminación en el precio tiene efectos indeterminados en el bienestar del consumidor.

Un precio por debajo del coste en un componente de un sistema sería parte de una estructura de precio competitivo.

Como con el loss leading, si un supuesto predador puede demostrar que su precio del sistema no está siendo utilizado para destruir a un competidor que vende sólo el producto que la implicada está vendiendo por debajo del coste, entonces el precio del sistema debe ser permitido.<sup>1578</sup>

En todo caso, el precio del sistema es normalmente fácil de distinguir del precio predatorio porque una estrategia de sistema de precio genuino debe permanecer en efecto en la medida que los productos estén en el mercado. En contraste, una estrategia de precio predatorio usualmente implica un período obvio de precios bajos seguidos por un nivel de precio–recuperación en un componente único en el sistema.

#### *d) El Inventario Obsoleto.*

Algunas veces el precio por debajo del coste sería necesario para deshacerse de productos antiguos y hacer lugar para el nuevo stock. En general, ello debe ser permisible.<sup>1579</sup> Denominado también el loss-minimizing es también las bases para la defensa que los bienes están siendo vendidos por debajo del coste promedio total porque son obsoletos, deteriorados o costará mucho restaurarlos hasta que puedan ser vendidos a un precio más alto que la pérdida sería minimizada por la venta inmediata<sup>1580</sup> También cuando los costes de almacén sobre el largo plazo resultarían en alguna venta por debajo del coste promedio total, sería más racional vender por debajo del coste promedio total inmediatamente para hacer algún ahorro.<sup>1581</sup>

---

<sup>1578</sup> Bill Bishop y Mike Walker, *ob. Cit.*

<sup>1579</sup> Jonathan Faull y Ali Nikpay, *ob. Cit.*, Alison Jones y Brenda Sufrim. *EC Competition Law. Text, Cases and Materials.* Oxford 2001, también Valentine Korah, *ob. Cit.* Otra forma de considerar la disposición de productos obsoletos y así evitar el peligro de precio predatorio sería tomar en cuenta el coste de oportunidad más que el coste histórico. Si el valor de un producto es menor que lo que fue pagado por él, el coste de la oportunidad de venderlo estará por debajo del coste histórico de adquisición.

<sup>1580</sup> John Temple Lang y Robert O'Donoghue. "Defining Legitimate Competition: How to clarify pricing abuses under article 82 EC". En *Fordham International Law Journal.* Vol. 26. Pág. 83-162. 2002.

<sup>1581</sup> *Ibidem.*

*e) Bajada generalizada en la Industria.*

Las bajadas relativamente imprevistas en la demanda pueden crear capacidad en exceso que puede causar que las empresas tarifen por debajo del coste incluso cuando no tienen intención de incurrir en precio predatorio. Este es el caso de una “industria enferma”. Las empresas en estos mercados pueden decidir permanecer en el negocio y absorber pérdidas durante un tiempo. Sin embargo, al hacerlo, no están aguardando un período de precio al nivel del monopolio; simplemente intentan sobrevivir en la esperanza que la demanda se incrementará en el futuro. En el tiempo, si la demanda no se recupera, algunas empresas se retirarán del mercado con el objeto de recortar sus pérdidas, resultando en un realineamiento de capacidad con la demanda. Así, los precios por debajo del coste en una industria enferma probablemente no sean predatorios, pero son parte del proceso competitivo normal del mercado.

Hovenkamp<sup>1582</sup> observa que una industria enferma, plagada con capacidad en exceso no es un candidato factible para que ocurra el precio predatorio.

Temple y O’Donoghue<sup>1583</sup> plantean que en estas condiciones, ningún proveedor del producto o servicio estará dispuesto a vender a un precio suficiente para cubrir su coste promedio total. Una empresa dominante en estas circunstancias debe ser libre de vender a cualquier precio que pueda obtener por razones de efectivo.

*f) Industrias Cíclicas.*

La demanda es cíclica en algunas industrias y las empresas pueden necesitar vender por debajo del coste durante el desplome para mantener las relaciones con los clientes, evitar cerrar, evitar los costes de volver a empezar y/o los costes de almacenamiento.<sup>1584</sup>

*g) Las Curvas de aprendizaje o “Learning by Doing”*

La eficiencia como la curva de aprendizaje o learning-by-doing que ocurre cuando el coste de producción de una empresa disminuye en la medida que produce más porque aprende cómo producir el producto más eficientemente. Es una fuente importante del proceso de innovación. Este comportamiento es realmente pro competitivo cuando una curva de aprendizaje está claramente presente y los precios no están sostenidos por debajo del coste el tiempo suficiente para dañar la competencia. Si las empresas nuevas

---

<sup>1582</sup> Herbert Hovenkamp. “Federal Antitrust Policy”. 2<sup>nd</sup>. Ed. Hornbook Series. Minesota. EEUU. 1999.

<sup>1583</sup> John Temple y Robert O’Donoghue, *ob. Cit.*

<sup>1584</sup> Simon Bishop y Mike Walker. *Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. 2000 Londres. 2<sup>a</sup> Edición

en estas industrias no les fuese permitido fijar su precio por debajo de sus costes iniciales, quizás nunca se convertirían en competitivas el tiempo suficiente para bajar sus costes y convertirse en viables<sup>1585</sup>.

Para el Departamento de Justicia norteamericano, la defensa sería factible para un producto nuevo incluso cuando la empresa haya conseguido poder de monopolio como para productos diferentes; el precio por debajo del coste de hoy se puede convertir en precio por encima del coste futuro y la posibilidad de reducir costes en el futuro, puede justificar bajar el precio como una inversión importante para la empresa.<sup>1586</sup>

#### *h) La Defensa de Igualar la Competencia.*

La defensa de “igualar la competencia” fue desarrollada bajo el derecho americano en el contexto del precio discriminatorio bajo la Ley Robinson-Patman<sup>1587</sup>, pero también ha sido aplicada en los casos de precio predatorio bajo la Ley Sherman. En los tribunales americanos han establecido que “una empresa no debe ser culpable de precio predatorio al margen de sus costes, cuando reduce sus precios para igualar los precios más bajos que ya están siendo fijados por sus competidores” y que “obligar a una empresa a mantener precios no competitivos resultaría en poner las leyes antitrust de su lado.”<sup>1588</sup>

Más recientemente, un tribunal norteamericano diferente rechazó la idea que la defensa de igualar la competencia sea disponible a los demandados en los casos de la Ley Sherman, estableciendo un conflicto entre los tribunales de circuito.<sup>1589</sup>

El Informe del Departamento de Justicia norteamericano no admite esta defensa, señala que es difícil de administrar y podría proteger precio por debajo del coste que daña a la competencia y a los consumidores, por lo que considera que no debe aplicarse en los casos de precio predatorio.<sup>1590</sup>

En Europa, mientras el TJCE ha establecido de modo más general que si una empresa dominante es atacada, podría asumir decisiones razonables y proporcionadas para proteger sus propios intereses comerciales.<sup>1591</sup> En *CEWAL*, el TJCE estableció que si una conferencia de línea en una posición dominante recorta selectivamente sus precios

---

<sup>1585</sup> Alison Jones y Brenda Sufrim. *EC Competition Law. Text, Cases and Materials*. Oxford 2001, también Simon Bishop y Mike Walker, *ob. Cit.*

<sup>1586</sup> Página 72 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano.

<sup>1587</sup> 15 U.S.C. § 13(b).

<sup>1588</sup> *ILC Peripherals v. IBM*, 458 F. Supp. 423, 433 (N.D. Cal. 1978), *affirmed*, *Memorex v. IBM*, 636 F.2d

1188 (9th Cir. 1980); *Richter Concrete v. Hilltop Concrete*, 691 F.2d 818, 826 (6th Cir. 1982)

<sup>1589</sup> *United States v. AMR Corp.*, 335 F.3d 1109, 1121 n.15 (10th Cir. 2003).

<sup>1590</sup> Página 71 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano.

<sup>1591</sup> Sentencia TJCE *United Brands/Comisión*, §189

con el objeto de igualar aquellos de un competidor, elimina el principio de competencia.<sup>1592</sup> Ante el interrogante de si la empresa puede legítimamente fijar precios más bajos con el objeto de competir con sus rivales, la Comisión y el TPI en *Wanadoo*<sup>1593</sup> han establecido que si bien no está prohibido de alinear sus precios a los de los competidores, esta opción no está permitida cuando resulte que no está recuperando los costes del servicio en cuestión. La empresa no puede igualar al competidor, si sus precios están por debajo del coste.<sup>1594</sup> El TJCE ha ratificado el pronunciamiento que *Wanadoo* no podía invocar un derecho absoluto a equiparar sus precios a los de sus competidores para justificar su comportamiento cuando éste constituye un abuso de su posición dominante.

En el caso que el rival esté fijando un precio más bajo que la empresa dominante, la empresa dominante puede invocar la defensa de “igualar la competencia”, sólo en la medida que su nivel de precios no impliquen precios predatorios, es decir por debajo del coste promedio evitable. En cuyo caso sólo se aplicará si está demostrado que la respuesta es recomendable, indispensable y proporcionada<sup>1595</sup>. Esto requiere que no haya otros medios menos anticompetitivos para minimizar las pérdidas y que la conducta sea limitada en el tiempo al mínimo absoluto y no retrase, o impida significativamente la entrada o expansión por los competidores.

Se diría que según lo establecido por la Guía de la Comisión en la medida que no niega expresamente la posibilidad de alegar esta defensa, y lo establecido por la jurisprudencia en *Wanadoo*, que la defensa de igualar la competencia sólo será admisible cuando se haya establecido en el caso, que los costes de la implicada están por encima del coste promedio evitable.

Desde un punto de vista económico, las decisiones aceptando la defensa de igualar la competencia no parecen estar bien razonadas. La cuestión clave en determinar si un precio es predatorio tiene nada que hacer con su relación a los precios de los competidores. En su lugar, la cuestión es si el precio está por debajo del supuesto coste del predador, al margen de si el precio “simplemente” igualó el precio de un rival.

## **7. El Precio Predatorio al Alza.**

---

<sup>1592</sup> STJCE *CEWAL* §117.

<sup>1593</sup> Decisión de la Comisión *Wanadoo* ya citada, §315

<sup>1594</sup> § 176 y 187 Sentencia TPI *Wanadoo/Comisión*. Confirmada por la STJCE *Wanadoo/Comisión* §47

<sup>1595</sup> §28 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.



Si consideramos que el precio predatorio es el precio por debajo de alguna medida de coste para un producto, fijado por una empresa en posición de dominio, entonces cualquier predación a través de precios altos, quedaría no detectada, es lo que se denomina el precio predatorio al alza que es condenado por el derecho de competencia comunitario.

El precio predatorio al alza, es el inverso del precio predatorio. Cuando una empresa se implica en precio predatorio, baja su precio a los consumidores, en detrimento de los vendedores competidores. Cuando una empresa incurre en subasta predatoria, eleva su precio a los proveedores de insumos, en detrimento de los competidores compradores de insumos. En la medida que los consumidores se benefician en el corto plazo de los precios bajos fijado por una empresa que persigue una estrategia de precio predatorio, los proveedores de insumos se benefician en el corto plazo de precios más altos pagados por los insumos por una empresa que persigue una estrategia de subasta predatoria.

El o los monopsonistas demandados, que tienen poder de mercado en el mercado de la producción, pagan un precio alto por algún recurso escaso con el resultado que los rivales no puedan obtenerlo y son retirados del negocio. El gasto predatorio anticompetitivo tiene consecuencias sobre el bienestar similares al precio predatorio. Los riesgos de la sobredisuasión y los falso positivos son equivalentes a los casos de precio predatorio. Además, las demandas son incluso más difíciles de evaluar, magnificando la posibilidad de error.

Al obtener poder de monopsonio y así la capacidad de comprar sus insumos a precios por debajo de niveles competitivos, el comprador predatorio recuperará todas las pérdidas en que habrá incurrido de “pagar demasiado” en el corto plazo. Se trata de precios excesivos que son anticompetitivos.<sup>1596</sup>

Los casos pueden ser agrupados aproximadamente en dos tipos –aunque tienen considerable similitud entre ellos–.

Un tipo es el más conocido como inversión predatoria y se refiere a situaciones en que el demandado supuestamente invierte, o edifica en exceso en instalaciones con el objeto de denegar el acceso al mercado a los rivales.

La Comisión específicamente establece en el párrafo 97 de la Comunicación sobre la Aplicación de las Normas de la Competencia a los Acuerdos de Acceso al Sector de las Telecomunicaciones<sup>1597</sup>, que los precios excesivos para el acceso a las facilidades

---

<sup>1596</sup> Richard Whish. *Competition Law* 5<sup>th</sup> Ed. Butterworths. 2003. Londres U.K. pág. 692.

<sup>1597</sup> DOCE 265/2, 1998.

esenciales pueden ser abusivos<sup>1598</sup>. En la práctica es inmensamente complejo determinar cuál es el precio apropiado para el acceso a una facilidad esencial, un problema particular es que una empresa que controla esta facilidad y hace el uso de ésta en un mercado hacia abajo, no implicaría un precio interno a si mismo para el servicio en cuestión; esto convierte en particularmente difícil en determinar qué precio debe fijar a un tercero para su acceso.<sup>1599</sup>

Los casos de precio excesivo anticompetitivo, por si mismos se presentan en numerosas variedades, incluyendo las demandas en que el demandado invirtió en una planta grande más que lo necesario<sup>1600</sup>, que construye instalaciones al detalle en exceso, estableciéndolas en tal forma como para denegar a los rivales el acceso adecuado al mercado<sup>1601</sup>, o similarmente, que una aerolínea respondió a la entrada de un rival, inundando el mercado con aviones adicionales<sup>1602</sup>. El segundo tipo de caso, que es más análogo al precio predatorio convencional, las alegaciones de que la implicada incurrió en compra en exceso de algunos insumos de coste variable en su proceso de producción<sup>1603</sup>.

En el derecho comunitario, tenemos el caso de acuerdos de los cinco grandes fabricantes de discos<sup>1604</sup> y sus detallistas, sobre precios mínimos de publicidad.

---

<sup>1598</sup> §197 de la Comunicación citada.

<sup>1599</sup> Richard Whish. *Competition Law* 5<sup>th</sup> Ed. Butterworths. 2003. Londres U.K. págs. 692-3

<sup>1600</sup> En la jurisprudencia norteamericana: DuPont (Titanium-Dioxide), 96 F.T.C. 653 (1980).

<sup>1601</sup> Photovest Corp. v. Fotomat Corp., 606 F.2d 704 (7th Cir. 1979), *cert. denied*, 445 U.S. 917 (1980)

(El demandado construyó los canales al detalle en exceso del número que sus propios estudios indicaban que eran los necesarios. ) En el derecho comunitario, la Comisión consideró que British Plasterboard Plc, tenía capacidad suficiente para satisfacer la demanda en todo momento, pero este hecho no fue motivo de infracción bajo el artículo 82 TCE. véase § 45 de la Decisión de la Comisión CE 5-12-1988. *British Plasterboard Plc*. DOCE L052/42

<sup>1602</sup> *Spirit Airlines*, caso citado (la parte separada de opinión denegando el juicio sumario de la demanda de transferencia predatoria de un avión en las rutas del demandante, sin requerir precios por debajo del coste.)

<sup>1603</sup> Por ejemplo, *Confederated Tribes of Siletz Indians of Oregon v. Weyerhaeuser Co.*, 411 F.3d 1030 (9th Cir.2005), *pet. for cert. filed*, \_\_\_ S.Ct. \_\_\_ (2005); *Reid Bros. Logging Co. v. Ketchikan Pulp Co.*, 699 F.2d 1292, 1298 n. 5 (9th Cir. 1983). Ver también *Am. Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781, 801-04 (1946) (los demandados conspiraron para comprar tabaco más barato a precios altos con el objeto de denegar el acceso a los rivales que fabricaban cigarrillos de coste más bajo); *United States v. Aluminum Co.(Alcoa)*, 148 F.2d 416, 432-433 (2d Cir. 1945) (referido a acusaciones que Alcoa había comprado bauxita y energía eléctrica con el objeto de denegar el acceso a los rivales.). Cf. *Syufy Enters. v. American Multicinema*, 793 F.2d 990 (9th Cir. 1986), *cert. denied*, 479 U.S. 1031 (1987) (el demandado compró autorizaciones exclusivas en exceso para exhibir películas, denegando así el acceso a los exhibidores rivales); en contraste con *Houser v. Fox Theatres Management Corp.*, 845 F.2d 1225 (3d Cir. 1988) (rechazando la demanda que el demandado exhibidor había comprado reservas de películas en exceso con el objeto de denegar el acceso a los rivales); *Potters Med. Center v. City Hosp. Assn.*, 800 F.2d 568 (6th Cir. 1986) (denegando el juicio sumario sobre una demanda que el demandado utilizó las garantías salariales y otras ventajas de trabajo para inducir a los médicos a aceptar privilegios exclusivos en su hospital).

<sup>1604</sup> Los cinco grandes fabricantes eran: Bertelsmann Music Group, EMI, Sony Music, Universal Music y Warner Music. Véase la Nota de Prensa IP/01/1212 de 20/08/2001

La investigación de la Comisión estableció que tres grandes fabricantes estaban incluyendo precios mínimos de publicidad en sus acuerdos de publicidad cooperativa en Alemania. Estas empresas subsecuentemente terminaron estas actividades. El mismo comportamiento se produjo en Inglaterra, con el objeto de mantener los precios altos al detalle.

Los casos de inversión predatoria no son tan fácilmente caracterizados como los casos de precio predatorio tradicional. En algunos, como en *Du Pont*, la inversión en exceso en una facilidad de producción habría sido una forma de disuasión estratégica de la entrada. Al construir una planta muy grande con una capacidad en exceso bien publicitada, la empresa dominante podía amenazar a los entrantes nuevos con un incremento de producción inmediato y reducción en el precio, induciéndoles así a no entrar en primer lugar. En la medida que una empresa dominante todavía puede mantener su precio significativamente por encima de sus costes, incluyendo los costes de mantener la capacidad adicional.

En la medida que el resultado de exonerar al demandado en el caso *Du Pont* sugiere, tomando en cuenta las implicaciones a largo plazo en los casos de inversión predatoria es sólo tan difícil como en los casos habituales de precio predatorio. Con respecto a los precios de venta, se originan cuestiones de largo plazo principalmente con respecto a las demandas donde los precios por encima del coste promedio total son predatorios. Incluso cuando estos precios produzcan beneficios a corto plazo, la reclamación es que incluso un precio más alto podría ser más rentable durante un plazo más largo –o más específicamente, que el precio es principalmente rentable como un dispositivo de disuasión de la entrada. En el caso *Brooke*, el Tribunal Supremo rechazó categóricamente estas demandas. Como resultado, los precios por debajo del coste son un elemento esencial de un caso de precio predatorio.

Las cuestiones de largo plazo se convierten relevantes en una situación de gasto predatorio cuando se reclama, por ejemplo, que la empresa invirtió en una planta más grande que lo necesario, con el objeto de disuadir la entrada; que se dirigió intencionalmente a los mercados ocupados por los rivales más débiles al decidir dónde desplegar sus activos y similar.

Sin embargo, los precios son presumiblemente sostenibles y el demandado está obteniendo un beneficio, ha construido en exceso de su capacidad en alguna forma que excluye a los rivales y permite así un flujo de beneficios de monopolio suficientes para compensar el desarrollo adicional de los costes. Las cuestiones de largo plazo pueden

combinarse con las de corto plazo cuando los activos durables son fácilmente transferibles.

La estrategia más pura de gasto predatorio a corto plazo implica que la empresa dominante que compra insumos a coste variable a un precio predatorioamente alto, haciéndoles así no disponible a los rivales más débiles. *Weyerhaeuser*<sup>1605</sup>, una empresa de aserraderos que había conseguido un monopsonio en la compra de alisos de Oregón al pagar por éstos precios excesivos, aproximadamente el 75% del coste de la madera terminada constituía el precio pagado por los alisos de Oregón, de modo que vendía los productos de su fábrica de alisos a pérdida –precio predatorio- y de este modo la explotación de su monopsonio le permitió recuperar sus pérdidas, lo que implicó que el Noveno Circuito confirmó un veredicto de jurado que *Weyerhaeuser* había infringido la Sección 2 ya que era incapaz de elevar los precios para los aserraderos de alisos debido a la competencia de otros de madera noble. El tribunal sostuvo que este estándar era suficiente y no requería que el demandante demuestre ya sea que el precio de compra era demasiado alto como para conducir al precio de re venta del demandado por la madera terminada por debajo de sus costes, o que el demandante no podía recuperar su inversión en maderas de precio alto mediante el pago de precios más bajos después que los aserraderos rivales fueron excluidos del mercado.

El precio predatorio que excluye a otros competidores y resulta en un monopsonio es condenado por la Ley Serman en la misma medida que la Ley condena el precio predatorio que excluye a competidores y obtiene un monopolio. Con ambos (monopsonio y monopolio) la conducta es ilegal porque es destruida la competencia. Señaló que la protección del bienestar del consumidor es el objetivo principal de la Ley Sherman, pero es su único objetivo. La Ley Sherman protege al consumidor al proteger el proceso competitivo. El proceso competitivo, no puede ser socavado más claramente que cuando los compradores que compiten conspiran en eliminar la competencia entre ellos mismos y esto es lo que preocupa ... es suficiente que la conspiración amenace el bienestar de los socios comerciales explotados por la conspiración. El daño a éstos implica daño a aquellos protegidos por la Ley Sherman<sup>1606</sup>.

Parecen relevantes tres observaciones<sup>1607</sup>. Primero, la instrucción del jurado que el Noveno Circuito aprobó es un desastre antitrust de enormes proporciones. Los cuellos de botella de suministro a corto plazo son relativamente comunes y el precio es el

---

<sup>1605</sup> *Weyerhaeuser Co. V. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 127 S. Ct. 1069 (2007)

<sup>1606</sup> Gregory J. Werden. "Monopsony and the Sherman Act: Consumer Welfare in a New Light", en *Antitrust Law Journal*. Vol. 74, 2007. págs. 707-736

<sup>1607</sup> Herbert Hovenkamp. "The Law of Exclusionary Pricing" en *Competition Policy International*. Volumen 2, N° 1, Primavera 2006. págs. 21-39.

dispositivo principal de control de los insumos escasos. Los grandes compradores sujetos a la ley del Noveno Circuito operan ahora bajo la amenaza que si apuestan agresivamente por insumos escasos un jurado establecerá que pagaron “más de lo necesario” y sometidos a condena por daños considerables. No hay una razón obvia para considerar que esto será un supuesto raro. Es esencial algún tipo de estándar con más sustancia

Segundo, el rechazo del Noveno Circuito en requerir la prueba que las ventas del demandante estaban por debajo de una medida de coste relevante es incorrecta en un mercado donde los costes son definidos fácilmente y suponen una proporción significativa del precio de compra –en este caso particular, casi el 75% del coste de la madera terminada. En esta situación, debe ser fácil concluir que un precio de compra de insumo no es “muy alto” a menos que una empresa no esté dispuesta a obtener un beneficio sobre sus ventas. Esto parece doble verdad en un caso como *Weyerhaeuser*, donde el demandado vendió troncos en un mercado competitivo y no tuvo discreción en el precio. En estas circunstancias, es económicamente imposible decir que un demandado está pagando demasiado por un insumo si está obteniendo una ganancia competitiva sobre lo que vende.

Sobre los motivos administrativos, un test de precio/coste es más difícil de defender si el insumo en cuestión constituye sólo un porcentaje pequeño del coste del producto terminado. Por ejemplo, supongamos que las hojas cortadas de madera dura fuesen en suministro breve y Weyerhaeuser las adquirió apostando en el precio en una subasta.

Supongamos que una tabla cortada es una cuestión de coste variable porque se agota y su coste se amortiza a menos que  $\frac{1}{2}$  por ciento del coste total de la madera terminada. Incluso si el demandado pagó el doble del precio del mercado por las maderas cortadas, la diferencia es probable de estar dentro de sus márgenes. Sería casi imposible demostrar que el sobre pago por las tablas cortadas conduzca a los precios del demandante por debajo de sus costes.

En estos casos, los tribunales necesitan observar otra evidencia importante de comportamiento de exclusión. Por ejemplo, el demandado había comprado hojas cortadas y almacenado en períodos muy largos, o incluso destruirlas, simplemente para denegar el acceso a las serrerías rivales. Sin embargo, incluso aquí los tribunales deben ser cuidadosos. Por ejemplo, el almacenamiento de inventarios en momentos de escasez anticipada es comportamiento perfectamente competitivo. Una empresa que tenga una posibilidad razonable, en el momento de la compra, que realmente utilizará un insumo

en su propia producción nunca debe ser condenada por comportarse de forma predatoria.

En todo caso, el fundamento aquí fue que Weyerhaeuser estuvo revendiendo la madera terminada en un mercado competitivo.<sup>1608</sup> En este caso, si quería, podría haber vendido todo al precio competitivo. Por la misma razón, esta empresa no tendría incentivo para la sobre compra y destruir el exceso –en un mercado de reventa competitivo no habría exceso.

Tercero, la prueba de la recuperación parece esencial en todos los casos de gasto predatorio. Sea o no que los costes del demandado son colocados más altos que sus precios, una estrategia anticompetitiva de sobre compra no será rentable a menos que la compensación sea mayor que la inversión. En la gran mayoría de casos que parece ser la sobre compra será nada más que defenderse de un futuro incierto. Por ejemplo, los fabricantes de ordenadores que almacenan los chips de RAM en la posibilidad de una escasez futura es simplemente implicarse en la auto protección.

El Tribunal Supremo ha anulado el fallo del Noveno Circuito y ha ordenado que emita nuevo fallo, ha planteado que en los casos de precio predatorio al alza, se aplica el test del precio predatorio del caso *Brooke Group*, según el cual se requieren dos prerequisites para la recuperación: primero, el demandante debe demostrar que los precios cuestionados están por debajo del coste porque permitir la recuperación para el recorte del precio por encima del coste podría desanimar la conducta –recorte del precio- que beneficie directamente a los consumidores. Segundo, un demandante debe demostrar que el supuesto predador tenía “una probabilidad peligrosa de recuperar su inversión en precio por debajo del coste”, porque sin esta probabilidad, es considerablemente improbable que una empresa incurra en precio predatorio.

Los costes de pronunciamientos erróneos de precio predatorio son altos porque el mecanismo por el que una empresa incurre en precio predatorio –bajando los precios- es el mismo mecanismo por el que una empresa estimula la competencia y entonces los fundamentos erróneos pueden desanimar la conducta que el derecho antitrust quiere proteger.

---

<sup>1608</sup> La explicación más probable para el poder significativo en el mercado de la compra y la falta de poder en el mercado de la venta en este caso fue que las economías de la compra y transporte de los troncos limitado al mercado geográfico en el lado de la compra a un rango ciertamente pequeño. Todas las serrerías estaban ubicadas en un lugar cercano a los bosques que los producían. Sin embargo, las maderas terminadas eran vendidas en un mercado que era nacional, o incluso mercados más amplios. Ver por ejemplo. *Mandeville Island Farms v. Am. Crystal Sugar Co.*, 334 U.S. 219 (1948) (el vendedor compró remolacha azucarera en un área geográfica pequeña, pero vendía el azúcar refinada en el mercado nacional).

La venta predatoria implica el ejercicio del poder de mercado en el lado de la compra o del insumo. Para incurrir en compra predatoria, un comprador sube el precio de mercado de un insumo, tal alto que los compradores rivales no pueden sobrevivir, adquiere así poder de monopsonio, que es poder de mercado en el lado de la compra del mercado. Una vez que el comprador predador causa que los compradores competidores se retiren del mercado, intentará llevar hacia abajo el precio del insumo para obtener beneficios supracompetitivos que al menos compensarán las pérdidas sufridas al subir los precios del insumo.

Para el Departamento de Justicia Norteamericano, una demanda de subasta predatoria debe demostrar (1) que el demandado sufrió (o puede sufrir) pérdidas a corto plazo como un resultado de su subasta más alta y (2) tenía una probabilidad peligrosa de recuperar sus pérdidas.

El enfoque del análisis precio-coste debe estar en la producción adicional generada por las compras de insumos incrementadas.

El Departamento también cree que, en la mayoría de los casos, el coste promedio evitable es probable de ser la mejor medida de los cambios de incremento en el coste asociada con la compra incrementada de los insumos resultantes de la supuesta campaña predatoria.

Aunque el ejercicio del poder de monopsonio contra los proveedores de insumos puede estar asociada con el ejercicio del poder de monopolio en el mercado de insumos, esto no tiene que ser el caso y *Weyerhaeuser* fue un caso en que los efectos potenciales anticompetitivos estuvieron limitados al mercado de insumos. El Departamento cree que la Ley Sherman no limita su protección a los consumidores, o a compradores, o a competidores, o a vendedores. La relación entre monopolio y monopsonio sugiere que estándares legales similares deben aplicarse a las demandas de monopolización y monopsonización, de este modo, cuestionará la conducta que daña el proceso competitivo sea que el daño ocurra hacia arriba o hacia abajo en el ámbito del mercado. Como el Tribunal Supremo ha reconocido en *Weyerhaeuser*, los precios más altos de los insumos por si mismos no indican daño al proceso competitivo. Al contrario, a menudo son indicadores de competencia vigorosa, elevar el peligro que valoraciones defectuosas pueden desanimar actividad procompetitiva. Por ejemplo, una empresa puede adquirir insumos en exceso como un fin contra el riesgo de elevaciones futuras en el coste de los insumos o escasez futura de los insumos, o para asegurar que obtiene el insumo de un proveedor particularmente fiable y de alta calidad. En estas situaciones,

el proceso competitivo no ha sido dañado y la aplicación antitrust no debe desaminar la conducta. Además incluso si puede demostrarse el daño potencial a la competencia, las defensas de eficiencias apropiadas también deben ser consideradas.<sup>1609</sup>

---

<sup>1609</sup> Pág. 75 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano.



## **CAPÍTULO VI: EL ABUSO ANTICOMPETITIVO EN PRECIOS: LAS REBAJAS CONDICIONALES**

Esquema:

1. Introducción
2. Tipos de rebajas y descuentos
3. Potencial pro competitivo de las rebajas y descuentos
4. Las rebajas y descuentos en el derecho antitrust estadounidense y en el derecho de competencia comunitario
5. Elementos utilizados para establecer la ilegalidad de los sistemas de rebajas o descuentos anticompetitivos.
  - 5.1. Primer elemento: La aniquilación anticompetitiva
  - 5.2. Segundo Elemento: La obstaculización a los competidores igualmente eficientes
  - 5.3. Otros elementos.
6. Los tests propuestos por la doctrina para establecer la ilegalidad de las rebajas y descuentos.
  - 6.1. El test de la exclusión del rival igualmente eficiente y el enfoque de la Guía de la Comisión.
  - 6.2. El test del balance entre los efectos pro y anticompetitivos o la regla de la razón.
  - 6.3. El test del daño posible
  - 6.4. Opinión sobre los tests planteados
7. Justificaciones de eficiencia

### **1. Introducción**

En este capítulo, analizaremos los esquemas de rebajas o descuentos, que no resultan predatorios. A diferencia de lo que sucede con los anteriores, la ilegalidad de los descuentos, no reside en el precio bajo y consiguiente sacrificio de los beneficios, sino en los efectos de exclusión anticompetitivos.

Se trata de rebajas o descuentos diseñados para premiar determinados comportamientos de compra orientados a que el cliente acepte la totalidad o casi totalidad de sus requerimientos del producto de la empresa en posición de dominio. Algunas veces tendrán efectos perjudiciales a la competencia y en otras podrán tener efectos pro competitivos.

Veremos entonces que hay muy pocos motivos por los que se condene de forma automática a las rebajas y descuentos, incluso cuando la prohibición se limitara a una categoría de actos aparentemente sospechosos. Sin embargo, las empresas dominantes que quieran efectuar una estrategia de exclusión son conscientes de que los esquemas de precios si son diseñados inteligentemente, mediante el uso de rebajas o descuentos de fidelidad poseen muchas ventajas sobre el precio predatorio simple ya que pueden conseguir la exclusión a un coste más bajo. Así sucede por ejemplo, cuando los esquemas de fidelidad son utilizados por los fabricantes para vender sus productos a detallistas y distribuidores, dándoles incentivos fuertes para promocionar los productos de la empresa dominante en perjuicio de los productos de los demás competidores, peligrando de este modo la estructura de competencia efectiva en el mercado.

El interés del capítulo no está en los programas de fidelidad utilizados para vender bienes y servicios a los usuarios finales, es decir, consumidores, porque estos esquemas no producen efectos de exclusión de competidores a nivel horizontal, que sí lo producen los esquemas de fidelidad aplicados en la negociación con detallistas y distribuidores, es decir aquellos operadores que no son los consumidores o usuarios finales<sup>1610</sup>.

En estos casos la dificultad para quienes aplican las normas de derecho de competencia radica en distinguir aquellos esquemas de rebajas y descuentos que constituyen un comportamiento genuinamente pro competitivo de aquellos que son anticompetitivos. Vamos a analizar qué rebajas y descuentos han sido condenados por la jurisprudencia e identificar los elementos utilizados por ésta para tipificarlos y por tanto, considerarlos como abuso de posición de dominio y estudiaremos cuáles son los elementos esenciales que acreditan la ilegalidad de un esquema de rebajas y descuentos y cuándo este

---

<sup>1610</sup> La Guía de la Comisión sobre la aplicación del artículo 82 TCE, define en su Nota al Pie 15 el término “consumidores” abarca a todos los usuarios directos o indirectos de los productos afectados por la conducta, incluyendo productores intermedios que utilizan los productos como un insumo, así como distribuidores y consumidores finales tanto del producto inmediato y de los productos proporcionados por productores intermedios. Tratándose del supuesto que los usuarios intermedios son los competidores reales o potenciales de la empresa dominante, la valoración se enfoca en los efectos de la conducta sobre los usuarios hacia más abajo.

comportamiento, a pesar de producir efectos de exclusión, no infringe la norma, siendo por tanto completamente legal, todo ello contrastado con la sección respectiva de la Guía sobre las Prioridades de Aplicación de la Comisión al Aplicar el Artículo 82 TCE a los Comportamientos Abusivos de Exclusión por las Empresas Dominantes, en el que se produce un avance cualitativo en el enfoque de la ilegalidad de estas conductas.

- **Concepto.**

Una rebaja o descuento es una forma de promoción de las ventas, utilizado por las empresas inicialmente como incentivos o suplementos, que se basa en la reducción de los precios.

Los descuentos pueden entenderse como reducciones respecto de un precio básico. El precio de mercado (también denominado precio efectivo) es la cantidad realmente pagada.

A semejanza de las rebajas, el propósito de los descuentos es múltiple, así, puede servir para incrementar las ventas a corto plazo, sacar stock que está destemporizado, premiar a clientes leales, o animar a los miembros de un canal de distribución a promocionar su producto. Algunos descuentos son formas de promoción de ventas.

Es difícil conseguir una cifra del margen de capital amortizado de la empresa, que puede obtener de la mayoría de las rebajas o descuentos, en parte debido a la reticencia de las empresas en revelar información confidencial y también porque la mayoría de “márgenes de amortización” no distinguen si los esquemas son calculados como parte de las ventas totales o de las ventas adicionales.

A lo largo del trabajo denominaremos los términos “rebajas” y “descuentos” como equivalentes, en consonancia con la jurisprudencia comunitaria y la doctrina<sup>1611</sup>, que los considera indistintamente como equivalentes ya que la ilegalidad de la conducta reside en establecer sus efectos de exclusión anticompetitivos.

## **2. Tipos de rebajas y descuentos.**

---

<sup>1611</sup> Ver Damien Gerardin. “Separating pro-competitive from anti-competitive loyalty rebates: A conceptual framework” en Documento preparado para la *Asia International Competition Conference*, Seul, 04-09-2008. Ver también Herbert Hovenkamp, “Discounts and Exclusions”, University of Iowa Legal Studies Research Paper, No 05-18, Agosto 2005 (“Los descuentos son la forma Antigua en que los comerciantes inducen a sus clientes a comprar sólo de ellos o inducirles a comprar más”).

No existe una lista determinada de cuáles serían las rebajas y descuentos que podrían ser utilizadas por las empresas, por el contrario, hay libertad sobre la forma en que las empresas procuran que se incremente la demanda de sus productos por los clientes, para ello idean una serie de ventajas económicas para premiar la preferencia de los compradores por sus productos o servicios.

Las rebajas o descuentos que vamos a analizar por sus efectos de aniquilación anticompetitivos, implican un precio no lineal<sup>1612</sup>. En los esquemas que implican precio no lineal, el tamaño del descuento no se incrementa en relación al tamaño absoluto del pedido, sino en proporción a la cuota de las compras incrementadas del comprador individual efectuadas al proveedor durante determinado período de referencia.<sup>1613</sup>

Las rebajas y descuentos pueden ser clasificados en diferentes categorías, Albhorn y Bailey<sup>1614</sup> clasifican las rebajas de acuerdo a: (i) el tipo de umbrales: se pueden definir en términos de objetivos volumen (rebajas de cantidad) o un porcentaje de los requerimientos totales (rebajas cuota de mercado). Cuando el porcentaje requerido es del cien por cien, podemos denominarlas rebajas exclusivas.; (ii) el ámbito de aplicación: si son progresivas, es decir si se aplican sobre las unidades de incremento por encima del umbral (rebajas en incremento) o hacia atrás es decir, que se aplican tanto a unidades por debajo y por encima del umbral (rebajas sobre todas las unidades); (iii) el producto o grupo de productos sobre los que se aplica la rebaja: sea que se apliquen a una categoría de productos (rebajas de producto único) o abarcan muchos productos distintos (rebajas multiproducto o rebajas en paquete)

La Guía de la Comisión sobre los abusos de exclusión, clasifica las rebajas de acuerdo al tipo de efectos de exclusión que pueden producir. La Guía distingue entre rebajas de producto único o multi producto, también distingue entre rebajas condicionales y no condicionales y aquellas que se refieren a las rebajas condicionales entre rebajas de incremento y sobre todas las unidades.

---

<sup>1612</sup> El precio no lineal ocurre cuando el gasto total del comprador sobre un determinado producto, no se eleva de forma lineal con la cantidad adquirida. Ver Dennis W. Carlton y Jeffrey M. Perloff. *Modern Industrial Organization*. Harper Collins College Publishers. Nueva York 1.994. Es decir, el precio no lineal es aquel que se desvía de fijar un precio constante por unidad

<sup>1613</sup> Robert O'Donoghue. "Over-Regulating Lower Prices: Time for a Rethink on Pricing Abuses under Article 82 EC". En *European Competition Law Annual 2003: What is an Abuse of a Dominant Position?* Hart Publishing

<sup>1614</sup> Christian Ahlborn and David Bailey, "Discounts and Selective Pricing by Dominant Firms: A Trans-Atlantic Comparison", en *European Competition Journal* Vol. 2 (2006) pág. 101, 1004

Como se verá a continuación, estas distinciones son importantes en la medida que varía su potencial anticompetitivo.<sup>1615</sup>

a) Rebajas o descuentos por volumen o cantidad.

Un descuento o rebaja por volumen es una reducción directa en el precio durante un período de tiempo determinado. Los suministradores utilizan los descuentos o rebajas para ajustar los precios en función de sus diferentes situaciones de compra. Así por ejemplo, se ofrecen para estimular la compra en grandes cantidades y permiten venderle al cliente más productos, aminorar los costes de envío y de venta, la compra fuera de temporada, la compra de un mayor volumen o todo ello al mismo tiempo. Así, el suministrador puede acceder a más clientes y obtener mayor participación en el mercado. A través de la aplicación de estos esquemas, se obtiene la compra de cantidades mayores por lo que los costes del proveedor son usualmente más bajos, su stock es incrementado en una gran medida y resulta facilitada su producción.

Las rebajas o descuentos de volumen o cantidad son ofrecidos sobre bases no discriminatorias a todos los clientes potenciales, es decir, los clientes pueden obtener descuentos superiores en función de que se incremente el tamaño de sus pedidos, durante un determinado período de referencia. El incremento de los umbrales del esquema se produce sobre bases lineales<sup>1616</sup>. Un ejemplo lo constituyen los programas de viajes frecuentes utilizado por las compañías aéreas. El margen de incremento promedio del descuento es lento con respecto a la cantidad de crecimiento de la oferta hasta que se estabiliza cuando se acerca al margen máximo de la rebaja.

Los efectos de las rebajas o descuentos por volumen, si están relacionados únicamente al volumen de compras del productor dominante, son benignos: a mayor cantidad comprada, la transacción en promedio es más barata.<sup>1617</sup> Pueden reflejar eficiencias asociadas con el suministro de grandes pedidos a los clientes o, por ejemplo en el caso de venta a un detallista, sería una forma legítima de proporcionar incentivos al detallista para promover el producto del distribuidor.

---

<sup>1615</sup> §36 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

<sup>1616</sup> En la relación más simple posible entre dos agentes, uno compra de otro sobre las bases de una regla de “precio lineal”, es decir, el pago total es proporcional al número de unidades implicadas en la transacción. Si uno compra una unidad o cien unidades, el precio por unidad será el mismo. Massimo Motta. *Competition Policy, Theory and Practice*. 2004. Cambridge. U.K.

<sup>1617</sup> Massimo Motta, *ob. Cit.*

Los descuentos de cantidad pueden relacionarse con la cantidad adquirida en una sola compra (descuentos de cantidad en sentido estricto) o con las que son suministradas en varias entregas durante un determinado período de tiempo (descuentos de cantidad en sentido más amplio). En el último caso, pueden generar efectos de fidelidad y de exclusión si crean incertidumbre en el cliente, como podría ser, hacer imposible al cliente saber el precio final de compra, que le permita luego compararlo con la competencia.

b) Rebajas y Descuentos por objetivos, o rebajas retroactivas.

Son concedidos sobre la base del cómputo de las compras totales del cliente durante un determinado período de referencia, y deben exceder una cuota objetivo que es fijada individualmente por el proveedor para cada cliente. Pueden aplicarse a empresas pequeñas y grandes.

El cliente no califica para la rebaja a menos que venda como mínimo la prefijada cantidad objetivo del producto del proveedor. Si la rebaja es sustancial y el objetivo ha sido establecido muy cerca de los requerimientos de los insumos totales del cliente, tendrá un “efecto de inducción a la fidelidad” en la medida que el cliente será animado a incrementar las compras del proveedor a costa de los demás proveedores, y esa cantidad se incrementará en cada período.<sup>1618</sup> Así, los clientes que tienen un nivel similar de compras de un proveedor dado (pero objetivos diferentes) reciben descuentos diferentes. Tratándose de un mercado estancado, el objetivo determinado de compra se incrementa en cada período y la rebaja o descuento, incrementa la cuota de mercado de la empresa dominante, en comparación con un mercado en crecimiento o en expansión, donde estos efectos no generan la exclusión anticompetitiva de competidores.

c) Descuentos de cuota de mercado o descuentos de incremento.

El descuento es concedido si las compras del cliente exceden una cuota determinada de las compras totales del cliente ya que reflejan lo que un proveedor querría conseguir con estos descuentos: desarrollar el comportamiento de compra del cliente, con respecto a sus competidores.

---

<sup>1618</sup> Dr. Hans-Georg Kamann y Ellen Bergmann. “The Granting of Rebates by Market Dominant Undertakings under Article 82 of the EC Treaty”. En *E.C.L.R.* 2005, págs. 83-89. Pág. 88.

Se trata de una rebaja en crecimiento donde el cliente obtiene un descuento sustancial sólo si incrementa la cantidad adquirida de un proveedor en un porcentaje sobre sus compras efectuadas durante el período anterior. Si el crecimiento natural de sus compras en el mercado del cliente es insuficiente para requerir este volumen incrementado, este tipo de descuento puede proporcionar un incentivo en el cliente para incrementar sus compras (o su fidelidad) de este proveedor a costa de los demás.

La diferencia principal con respecto a los descuentos objetivo es que los descuentos cuota de mercado son mucho más inciertos tanto para los competidores y los clientes en términos del nivel de descuentos que serán concedidos al detallista que ha alcanzado el objetivo. Esto es porque las compras totales no pueden ser conocidas con certidumbre hasta el final del período de referencia. Sin embargo, la experiencia que gana una empresa por estar en el mercado año tras año puede reducir considerablemente esta incertidumbre.

Los descuentos cuota de mercado por una empresa dominante pueden generar exclusión anticompetitiva cuando un competidor, deseando competir hacia una cuota pequeña pero significativa respecto de las ventas de la empresa dominante (en principio, las ventas de incremento que se originan de la política de descuento), tiene que igualar los descuentos perdidos por el cliente (que opta por el competidor) hasta un descuento que lleve por debajo de sus costes sus ganancias totales con este cliente. La pérdida resultante del entrante es denominada “descuentos perdidos”, porque al menos iguala los descuentos que el cliente pierde al comprar del entrante en lugar de la empresa dominante.

#### d) Descuentos a margen progresivo

Los descuentos a margen progresivo son concedidos para que el cliente alcance un nivel predeterminado de compras. Estos descuentos no están personalizados para cada cliente, sino que son establecidos como un esquema general y son comunicados a todos los clientes de la empresa dominante al principio del año.

La incertidumbre que los clientes enfrentan es que, por adelantado, no saben a cuál será la producción límite en la que se encontrarán en el final del año y así permanecen también en la incertidumbre sobre los ahorros reales que conseguirán. Si este es el caso, entonces es difícil para un competidor igualar un resultado incierto. Sin embargo, esta incertidumbre no debe ser subrayada porque los clientes están en el mercado período tras período y las compras de un proveedor dado son, en una cierta medida, predecibles.

Estos descuentos son mucho menos exclusionarios que las rebajas objetivo porque lo son sólo en la medida que las ventas que un competidor necesita para competir consistentemente conducen al cliente a moverse en un umbral de descuento más bajo. Además, el descuento perdido que un competidor tiene que igualar depende sólo de la diferencia entre los márgenes de descuento de los dos umbrales –los umbrales en el que el cliente habría accedido con y sin la entrada.

e) Las rebajas de fidelidad y descuentos de lealtad.

Las rebajas de fidelidad y descuentos de lealtad se originan cuando un proveedor (o fabricante) ofrece a un cliente (un minorista o un detallista) un descuento que no está condicionado por el tamaño del pedido del cliente, sino por la exclusividad total o parcial en la compra de los requerimientos del cliente durante un determinado período de referencia, lo que implica entonces la renuncia expresa o tácita a comprar a terceros. Así, cuando un cliente pequeño adquiere la mayoría de sus requerimientos de un proveedor, podría obtener el mismo descuento que un cliente más grande, incluso cuando las cantidades varíen considerablemente.

Los descuentos de fidelidad son una forma particular de precio no lineal donde el precio por unidad de producto disminuye cuando las compras de los clientes alcanzan un umbral de requerimiento mínimo, específico del cliente. En general, la elección de la forma particular de umbral está determinada por los costes relativos y los beneficios asociados con cada tipo de umbral.

Las rebajas de fidelidad pueden implicar efectos de aniquilación o exclusión de competidores, sin embargo sólo serán anticompetitivas si esta exclusión es perjudicial para la estructura de competencia efectiva en el mercado y por tanto para a los consumidores. Y ello porque la empresa en posición de dominio no puede justificar que su esquema de rebajas produzca eficiencias que compensen el daño a la competencia.

La mayoría de rebajas de fidelidad comparten las características de que el porcentaje del descuento se incrementa, usualmente en saltos discretos, cuando los volúmenes de compra del período de referencia actual exceden las compras en un período de referencia previo; las empresas que los conceden utilizan mecanismos para verificar que el cliente está cumpliendo con su compromiso de exclusividad en la compra. Usualmente, el período de referencia es considerablemente más largo que el que transcurre entre las compras sucesivas en el mercado pertinente.



#### f) Rebajas y Descuentos multiproducto

Los descuentos multiproducto se aplican cuando el descuento sobre un producto es obtenido al comprar cantidades suficientes de otro. Por ejemplo, si una empresa es dominante en el mercado para el producto A y ofrece a los clientes descuentos sobre sus compras del producto B, basados en el comportamiento de compra de A. Ya que los clientes pagan precios diferentes para el producto B dependiendo de cuánto compran del producto A, los descuentos multiproducto frecuentemente son una forma de discriminación en el precio (a menos que los precios diferentes reflejen diferencias de coste). Como sucede la discriminación en general, un esquema de descuento multiproducto ofrecido por una empresa dominante tendría efectos beneficiosos, efectos de explotación o efectos de exclusión, de modo que deben ser analizados caso por caso. Un ejemplo lo constituye el bundling mixto, o venta por paquetes de productos, se refiere a la situación donde dos o más productos que pueden ser ofrecidos a precios por separado son ofrecidos simultáneamente juntos a un precio menor que la suma de los precios de los productos individuales. Estas modalidades no son objeto de este estudio.

#### g) Otras categorías

Son considerablemente variadas las formas en que las empresas idean los esquemas para conseguir la venta de sus productos, a modo enunciativo, podemos enumerar los (i) Descuentos en efectivo por pronto pago: efectuados para proporcionar liquidez al fabricante, utilizados también como una forma de promoción; (ii) Descuentos en efectivo por el método escogido de pago, para evitar comisiones bancarias por la transacción; (iii) Descuentos comerciales, también denominados descuentos funcionales: Son pagos a los miembros del canal de distribución por desarrollar alguna función. Ejemplos de estas funciones son el almacenaje y espacio para la venta en sus locales. Los descuentos comerciales son combinados frecuentemente para incluir unas series de funciones acumuladas, por ejemplo de almacenamiento, más transporte, más espacio en las estanterías. Los descuentos comerciales son más frecuentes en las industrias donde los detallistas ostentan la mayor parte de poder en el canal de distribución; Descuentos de temporada, Son reducciones de precio concedidas cuando un pedido es colocado en período de escasez. (v) Deducciones promocionales: Son reducciones de precio concedidas al comprador por desarrollar alguna actividad promocional. Estas incluyen una deducción por crear y mantener un espacio en su

estantería o una acción de publicidad. (vi) Deducciones por la sustitución de artículos caducados por otros nuevos, anima el reemplazo de los productos por el detallista sin alterar la lista de precios o su valor. El efecto neto es reducir el precio efectivo obtenido por el vendedor. Estas modalidades mencionadas en este apartado, no son objeto de este estudio.

### **3. Potencial pro competitivo de las rebajas y descuentos.-**

Los descuentos de volumen y precio no lineal son un resultado en equilibrio en una variedad de modelos económicos donde están ausentes los motivos de exclusión. Para que un esquema de rebajas y descuentos constituya abuso, no sólo debe tener efectos de exclusión, sino también debe dañar la competencia.

Especialmente si buscan difundirse a través del mercado, los descuentos típicamente llevan a los precios más en línea con los costes marginales y canalizan las compras hacia las empresas más eficientes. Así, la ventaja más obvia es que las rebajas de fidelidad o las rebajas por objetivos permiten al vendedor recuperar los costes fijos más eficientemente que con la aplicación de los descuentos de cantidad normales<sup>1619</sup>. Los resultados son mayor eficiencia en la distribución (al reducir las pérdidas de peso o costes hundidos) y el incremento de las eficiencias técnicas (ahorros de recursos tanto en producción o distribución). También se producen incrementos en la eficiencia dinámica ya que los descuentos serán útiles para convencer a los compradores de probar productos nuevos.

#### **a) Reducen los costes de producción.**

Si los descuentos de fidelidad o por objetivo reducen los costes de producción, por ejemplo, si estas rebajas son introducidas con el objeto de mantener una cuota de mercado del vendedor más o menos estable, se conseguirán eficiencias en muchos niveles.<sup>1620</sup> También pueden proporcionar seguridad en la producción del volumen de productos suficientes para permitir al productor conseguir economías de escala y así, reducir los costes de producción y los precios de venta resultantes<sup>1621</sup>. A este respecto,

---

<sup>1619</sup> Robert O'Donoghue. "Over-Regulating Lower Prices: Time for a Rethink on Pricing Abuses under Article 82 EC". En *European Competition Law Annual 2003: What is an Abuse of a Dominant Position?* Hart Publishing, p. 9

<sup>1620</sup> Derek Ridyard. "Article 82 Price Abuses – Toward a More Economic Approach". En *European Competition Law Annual 2003: What is an Abuse of a Dominant Position?* Hart Publishing

<sup>1621</sup> Pág. 36 del Report by the EAGCP .An economic approach to Article 82, citado.

también pueden ser un factor importante que proporcione un incentivo para la nueva entrada.<sup>1622</sup>

Concretamente en cuanto a los costes, las decisiones del cliente (sea un consumidor final o un detallista) dependen principalmente de los precios que pagan sobre su beneficio y en general, las decisiones eficientes son inducidas cuando el precio enfrentado por los clientes sobre sus compras, es igual al coste marginal de su proveedor. Sin embargo, la maximización del beneficio requiere que el precio promedio esté por encima del coste promedio –y así, por encima del coste marginal en los muchos casos en que el coste marginal es constante. A menos que el precio promedio y marginal sea permitido de diferir, hay una tensión entre el objetivo legítimo del proveedor de maximizar el beneficio y el objetivo de inducir decisiones eficientes.<sup>1623</sup>

Así, los descuentos de cuota de mercado pueden incrementar la competencia, colocando a todos los consumidores “en juego” opuesto a sólo aquellos en el margen, que sucede cuando las empresas emplean precio lineal

El Informe del Departamento de Justicia Norteamericano observa este potencial procompetitivo, las rebajas o descuentos de fidelidad de producto único pueden beneficiar a los consumidores al reducir los precios e incrementar la producción más allá de lo que el monopolista no podría fijar o producir de otro modo, conduciendo a una distribución más eficiente de los recursos.<sup>1624</sup>

Más generalmente, el precio no lineal (precio que se desvía de fijar un precio constante por unidad) puede reflejar ahorros económicos reales que son difíciles de medir o simplemente serían una forma que las empresas escogen para competir por los clientes más deseables del mercado.<sup>1625</sup>

b) Permiten la recuperación de los costes fijos

---

<sup>1622</sup> Jonathan M. Jacobson. “Exclusive Dealing, ‘Foreclosure’ and Consumer Harm” en *Antitrust Law Journal*, Vol. 70, (2002) págs. 311-369. Pág. 359.

<sup>1623</sup> Por una cuestión de simplicidad, este argumento ignora la cuestión de la competencia entre los detallistas. Cuando los detallistas compiten unos contra otros, el argumento se convierte más complejo porque los proveedores desearán tener los precios marginales por encima del coste marginal con el objeto de inducir que los precios al detalle estén cerca del precio que establecería un monopolio verticalmente integrado. Véase B. David Spector. “Loyalty Rebates: An Assessment of Competition Concerns and a Proposed Structured Rule of Reason”. *Competition Policy International* Volumen 1 N° 2 Otoño 2005. P.93.

<sup>1624</sup> Pág. 106 y 110 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano

<sup>1625</sup> Dennis W. Carlton. “A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal –Why *Aspen* and *Kodak* are Misguided”. En *Antitrust L.J.* Vol. 68, 2001 págs. 659 y ss. En 664.

Las rebajas de fidelidad y rebajas objetivo permiten al vendedor recuperar los costes fijos más eficientemente que los descuentos normales de cantidad. Entre los economistas, el precio marginal –el precio en el nivel del extra coste de producir la última unidad de producción –no es posible o deseable en industrias que se basan en la recuperación de coste fijo. Los costes fijos, llamados también “coste hundido o perdido” están integrados por conceptos como el equipo o maquinaria, los intereses pagados por las deudas, las cuotas de amortización por créditos hipotecarios, etc., son costes que deben pagarse incluso cuando la empresa no produzca y no varíe la producción.

A través de las rebajas y los descuentos de fidelidad, la empresa puede recuperar una inversión sustancial en capacidad adicional que le resultaría rentable sólo si el comprador se compromete en adquirir todos sus requerimientos de la empresa dominante por el importe suficiente para recuperar lo gastado.

Este potencial procompetitivo ha sido considerado también por los Economistas de la Comisión<sup>1626</sup>: En el entendido que las rebajas permiten que la elasticidad de la demanda de los consumidores alta y baja sea tratada de forma diferente, los segmentos elásticos de la demanda tienden entonces a generar márgenes más bajos. Los consumidores con una elasticidad de demanda alta se benefician así del comportamiento, aunque los consumidores con una elasticidad baja sufrirían por ella; el efecto global en el bienestar del consumidor es así a priori ambiguo. Pero, en el espíritu del precio Ramsey<sup>1627</sup>, en esta forma las rebajas permitirían también la recuperación de los costes fijos y así animan a la inversión en investigación y desarrollo (I + D) que implican estos costes

---

<sup>1626</sup> Página 36 del Report by the EAGCP .An economic approach to Article 82, citado.

<sup>1627</sup> Los precios de Ramsey son los precios de una empresa multiproducto que maximizan el bienestar social, sujeto a la restricción de que la empresa tiene beneficios no negativos (cubre sus costes o tiene beneficios positivos). Estos precios también se denominan precios óptimos de segundo orden para una empresa multiproducto ya que son los precios que generan más bienestar si establecemos la condición de que la empresa debe ser viable. Por el contrario, los precios óptimos de primer orden simplemente maximizan el bienestar, sin preocuparse por la sostenibilidad de la empresa. Los precios óptimos de primer orden son iguales a los costes marginales y su problema es que no permiten a la empresa financiar sus costes fijos. En cambio, los precios de Ramsey muestran en qué medida se debe aumentar el precio de cada servicio por encima del coste marginal para maximizar el bienestar garantizando que la empresa cubre todos sus costes. Los precios de Ramsey son los precios de una empresa multiproducto que maximizan el bienestar social, sujeto a la restricción de que la empresa tiene beneficios no negativos (cubre sus costes o tiene beneficios positivos). Estos precios también se denominan precios óptimos de segundo orden para una empresa multiproducto ya que son los precios que generan más bienestar si establecemos la condición de que la empresa debe ser viable. Por el contrario, los precios óptimos de primer orden simplemente maximizan el bienestar, sin preocuparse por la sostenibilidad de la empresa. Los precios óptimos de primer orden son iguales a los costes marginales y su problema es que no permiten a la empresa financiar sus costes fijos. En cambio, los precios de Ramsey muestran en qué medida se debe aumentar el precio de cada servicio por encima del coste marginal para maximizar el bienestar garantizando que la empresa cubre todos sus costes.

fijos considerables. Como resultado, las rebajas son más probables de tener un efecto pro competitivo cuando los costes fijos altos están implicados.

Así, para recuperar su inversión, la empresa tendrá que alejarse de su coste marginal y fijar precios altos. La probabilidad que los beneficios de monopolio obtenidos por la empresa, se fomentarán si su dominio proviene de un derecho de propiedad intelectual, exhibe este desvío entre el coste promedio y marginal. Los costes de la empresa en crear sus invenciones, se convierten en hundidos, donde el coste marginal de las copias adicionales es mínimo, haciendo cada venta adicional considerablemente rentable

En el caso extremo, es similar a algunos mercados de software, donde el coste marginal está cercano a cero, las ganancias obtenidas por la empresa estarán destinadas a recuperar sus costes fijos.<sup>1628</sup>

c) Permiten un diseño eficiente del producto

Relacionado con la recuperación de coste fijo, los esquemas de rebajas y descuentos, en algunos casos, pueden evitar las transacciones ineficientes en el corto plazo y permitirles a los dueños del producto, apropiarse de los beneficios de su inversión y así crear incentivos de inversión a largo plazo.<sup>1629</sup> La empresa que ha invertido en investigación, diseñando nuevas patentes para desarrollar la calidad de sus productos, para recuperar su inversión, necesitará asegurarse la compra exclusiva por los clientes durante un cierto tiempo.

Los efectos de la eficiencia en la protección de los secretos comerciales dependerán del caso particular. Por ejemplo, una empresa que tiene un monopolio actual de un mercado adecuadamente definido en virtud de una patente que expira en 5 años, no podría justificar un contrato de suministro exclusivo de veinte años alegando que el acuerdo da a los distribuidores el incentivo en dedicarse completamente al éxito de los productos de la empresa. De forma transparente, el objetivo del monopolista en esta situación sería extender su monopolio más allá del punto en que le confiere la patente y ninguna exclusividad sería necesaria para inducir a los distribuidores en concentrarse en

---

<sup>1628</sup> Javier Ruiz Calzado. “Los Descuentos y su Problemática” en “*El Abuso de la Posición de Dominio*”. Directores: Santiago Martínez-Lage y Amadeo Petitbó Juan. Fundación Rafael del Pino, Madrid. 2006. Págs. 313-338

<sup>1629</sup> A. Douglas Melamed. “Exclusive Dealing Agreements and Other Exclusionary Conduct –Are There Unifying Principles?” en *Antitrust Law Journal*, Vol. 73, págs. 375 y ss. En 378. Véase también Dennis W. Carlton. “A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal –Whay *Aspen* and *Kodak* are Misguided”. En *Antitrust L.J.* Vol. 68, 2001 págs. 659 y ss. En 671

los productos de la empresa por la simple razón que la empresa no enfrenta ninguna competencia real en ningún caso.<sup>1630</sup>

d) Induce esfuerzos promocionales por los detallistas que benefician al consumidor.

Como parte del análisis empírico, Kobayashi<sup>1631</sup> y Spector<sup>1632</sup>, observan que los descuentos de cuota de mercado pueden ser utilizados por los fabricantes para inducir esfuerzos promocionales por los detallistas que permiten a los consumidores asumir decisiones de compra más informadas. Específicamente, el esfuerzo promocional proporciona a los consumidores no informados con información sobre la disponibilidad de una marca de alta calidad que es de más valor, siendo las demás cosas iguales, respecto de la marca alternativa. Como resultado de la promoción, más consumidores escogen una marca de calidad más alta y de más valor en equilibrio.<sup>1633</sup>

El Informe del Departamento de Justicia Norteamericano observa este potencial procompetitivo, señalando que un fabricante puede utilizar estos descuentos para inducir al detallista a proporcionar una comercialización específica de marca.<sup>1634</sup>

Además, debido a que incrementa la proporción de los consumidores que efectúan una decisión informada, el uso de descuentos de cuota de mercado incrementa el bienestar. Mientras estos descuentos incrementan la cuota de mercado de la empresa que los ofrece y disminuyen la cuota de otras empresas, su uso no excluye del mercado a las competidoras, excepto bajo condiciones extremas.

Resulta entonces en un incremento de la competencia entre marcas<sup>1635</sup>, animando a los compradores a concentrar todas o casi todas sus compras en un vendedor. El Informe de los Economistas, observa en este sentido que se producen economías de costes de transacción para los clientes.<sup>1636</sup>

Las rebajas serían utilizadas como un mecanismo incentivo para inducir comportamiento eficiente de los detallistas. Por ejemplo, las rebajas pueden ser

---

<sup>1630</sup> Willard K. Tom, David A. Balto y Neil W. Averitt. “Anticompetitive Aspects of Market – Share Discounts and other Incentives to Exclusive Dealing”. En *Antitrust Law Journal*, Vol 67, 2000, págs. 615-639, ver nota al pie N° 7 en pág. 617

<sup>1631</sup> Ob. Cit. p.122.

<sup>1632</sup> B. David Spector. “Loyalty Rebates: An Assessment of Competition Concerns and a Proposed Structured Rule of Reason”. *Competition Policy International* Volumen 1 N° 2 Otoño 2005. P.93.

<sup>1633</sup> Véase también Mills, D. (2004), Market-Share Discounts, working paper, Universidad de Virginia

<sup>1634</sup> Pág. 106 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano.

<sup>1635</sup> Robert O’Donoghue. “Over-Regulating Lower Prices: Time for a Rethink on Pricing Abuses under Article 82 EC”. En *European Competition Law Annual 2003: What is an Abuse of a Dominant Position?* Hart Publishing. Pág. 9. También Javier Ruiz Calzado. “Los Descuentos y su Problemática” en “*El Abuso de la Posición de Dominio*”. Directores: Santiago Martínez-Lage y Amadeo Petitbó Juan. Fundación Rafael del Pino, Madrid. 2006. Págs. 313-338

<sup>1636</sup> Pág. 36 del Report by the EAGCP .An economic approach to Article 82, citado.

utilizadas para incrementar los márgenes al detalle en los volúmenes adicionales y así animar a los detallistas a promover el producto. Mientras una reducción uniforme en el precio minorista tendría el mismo impacto en los incentivos de los detallistas, sería más costoso para el proveedor. Entonces, las rebajas permiten a los proveedores proporcionar incentivos a un coste más bajo, animando así a los proveedores a proporcionar más incentivos y así competir más intensamente. Más generalmente, los esquemas de rebajas pueden promover la eficiencia al resolver problemas de elección adversa o problemas de riesgo moral.<sup>1637</sup>

La Guía de la Comisión y el Informe del Departamento de Justicia Norteamericano, coinciden en señalar que los descuentos pueden inducir al detallista a incrementar sus esfuerzos en ventas<sup>1638</sup>, en comparación con los esquemas de rebajas retroactivas<sup>1639</sup>.

Puede haber mercados donde un tipo de descuento de fidelidad, puede fomentar la eficiencia económica sin promover la competencia entre marcas. Así por ejemplo, un parque temático vendiendo productos de helados en puestos de refrescos ubicados en todo el parque. Si ninguno de los proveedores de helado están obteniendo beneficios supra competitivos, en estas circunstancias, el parque temático no podría obtener un descuento de un proveedor, sin preocuparse cuánto poder negociador puede reunir al prometer conducir sólo una línea de helado de un proveedor durante un determinado período de tiempo. Siendo esto así, el parque temático usualmente obtendrá más beneficios, dependiendo de los costes de transacción e inventario, que mediante la compra a un número de proveedores diferentes. El ejemplo del helado cambia considerablemente si los proveedores tienen poder de mercado significativo y están implicados en alguna forma de rivalidad oligopolística. En este caso, mediante el acuerdo por un período de tiempo (análogo al período de referencia), para vender sólo el rango de productos de un solo proveedor, el parque temático estaría dispuesto a negociar un precio más bajo. Este precio más bajo puede constituirse en un descuento de fidelidad. En la medida que el parque temático carezca de poder de mercado en el lado de la venta, cualquier descuento de fidelidad que reciba, presumiblemente será transmitido en la forma de precio más bajo por helado vendido en el parque. Sea o no

---

<sup>1637</sup> Jordi Gual y otros. Informe presentado por el Economic Advisory Group for Competition Policy. “*An Economic Approach to Article 82*” . Julio 2005. Disponible en [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int). en p.26

<sup>1638</sup> Pág. 106 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano.

<sup>1639</sup> §45 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

que produzca un desarrollo neto en el bienestar del consumidor, depende entre otras cosas, del “coste” de la diferenciación del producto en el mercado pertinente.<sup>1640</sup>

e) Impide el free riding por los competidores

A través de los esquemas de rebajas de lealtad o fidelidad, la exclusividad reduce los costes por el proveedor en mantener la reputación y calidad de su producto, después que éstos han pasado al comprador, lo que también impide el free riding<sup>1641</sup> por los competidores.<sup>1642</sup>

En concreto, tratándose de los descuentos de cuota de mercado, pueden ser utilizados como un medio de premiar a los detallistas que ofrecen beneficios promocionales y así pueden mitigar el free riding.<sup>1643</sup>

A menos que la empresa sea titular de los derechos de autor, o en el caso de la piratería, los imitadores pueden producir copias baratas y los detallistas pueden ofrecerlos al público consumidor junto con los originales de la empresa que creó el producto, pero a un precio atractivo más bajo. Esto haría difícil para la empresa en recuperar sus costes hundidos ocasionados por la creación de nuevos modelos. El ofrecimiento de rebajas a cambio de la fidelidad, no tiene motivaciones monopolísticas, aunque limita la competencia en el corto plazo, porque sólo permite a la empresa conseguir los beneficios de su inversión efectuada y no reduce la eficiencia económica.<sup>1644</sup>

Por ejemplo, una gran campaña de publicidad por un fabricante de ordenadores personales tendría éxito en convencer a los consumidores para visitar a su cliente local, pero si el cliente obtiene un margen de beneficio mejor de no hacer publicidad a los fabricantes, dirigirá a los nuevos buscadores a otras marcas. Este potencial procompetitivo también ha sido mencionado por el Departamento de Justicia Norteamericano.<sup>1645</sup>

---

<sup>1640</sup> Gary Hewitt, ob. cit. pág. 155.

<sup>1641</sup> Los free riders son empresas que consumen más que lo que equivale a su cuota de recursos, o absorben menos que su correspondiente cuota de costes de producción. El problema del free rider es la cuestión de cómo impedir que se produzca el pillaje o al menos limitar sus efectos negativos. Tiene sus raíces en el ámbito comercial, donde los jugadores a menudo apuestan menos que lo que están preparados a pagar en la esperanza de desarrollar su propia posición. Esto crea problemas porque no es posible establecer la verdadera curva de demanda y beneficio y entonces puede resultar una distribución ineficiente de los recursos.

<sup>1642</sup> Thomas G. Krattenmaker and Steven C. Salop. *Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals’ Costs to Achieve Power over Price*. En *The Yale Law Journal* Vol. 96, N1 2 Dec. 1986. En 228.

<sup>1643</sup> Mills, D. (2004), *Market-Share Discounts*, working paper, University of Virginia.

<sup>1644</sup> Richard A. Posner. “Vertical Restraints and Antitrust Policy”. *University of Chicago Law Review*. 2005. Vol. 72 págs. 229 y ss.

<sup>1645</sup> Pág. 110 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano.



f) Inversiones específicas para suministrar a un cliente particular

Para la Comisión<sup>1646</sup>, las rebajas pueden ser pro competitivas cuando un proveedor, con el objeto de suministrar a un cliente particular, efectúa una relación de inversión específica. Con el objeto de estar dispuesto a recuperar la inversión, el proveedor puede requerir que el comprador adquiriera una determinada cantidad mínima del producto, que puede ser asegurada por un sistema de rebajas.

La razón es que una empresa fabricante no estaría motivada en asesorar a sus detallistas con el objeto de hacerlos más eficientes en promover bienes u ofrecer servicios complementarios si hay un riesgo que éstos utilizarán sus capacidades resultantes en beneficio de proveedores competidores –en efecto expropiando a la empresa de arriba su inversión en asesoramiento-. Ausente cualquier mecanismo de compromiso, esta falta de motivación resulta en un nivel sub óptimo de asesoramiento.

Una forma de superar este problema podría ser proporcionar a los detallistas fuertes incentivos financieros para que dediquen una gran cuota de sus esfuerzos en promocionar los productos de la empresa suministradora proporcionando el asesoramiento, favoreciendo a ésta, en comparación a los productos de los competidores.<sup>1647</sup> De este modo, reflejan ahorros de eficiencia de suministrar a clientes particulares, creando incentivos para el asesoramiento y promoción del producto<sup>1648</sup>.

La Comisión en su Guía<sup>1649</sup>, se refiere a este potencial procompetitivo que puede invocar la implicada como justificación de eficiencia.

g) Asegura precio marginal bajo cuando la demanda agregada es incierta

Los descuentos de cuota de mercado o descuentos sobre todas las unidades, simplemente podrían ser utilizados por todos los proveedores para inducir un precio marginal bajo cuando la demanda agregada es incierta.

Puede ser más conveniente para el cliente definir sus compromisos como una proporción de los requerimientos totales que en términos de volumen absoluto. Al definir los requerimientos por adelantado bajo condiciones de incertidumbre comercial, los clientes típicamente no estarán seguros de cuántas unidades necesitarán comprar de

---

<sup>1646</sup> § 138 del Documento de la Comisión.

<sup>1647</sup> B. David Spector. “Loyalty Rebates: An Assessment of Competition Concerns and a Proposed Structured Rule of Reason”. *Competition Policy International* Volumen 1 N° 2 Otoño 2005

<sup>1648</sup> Dennis W. Carlton. “A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal –Whay *Aspen* and *Kodak* are Misguided”. En *Antitrust L.J.* Vol. 68, 2001 págs. 659 y ss. En 671.

<sup>1649</sup> §45 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

un insumo, de modo que un compromiso basado en la cuota de este total (incierto) frecuentemente serán las bases más eficientes sobre las que negociar.<sup>1650</sup>

Por ejemplo, asumiendo que los proveedores A y B no saben si las ventas totales del detallista serán de 1.000 o 10.000 (que depende de un shock de demanda impredecible), pero saben que al margen de las elecciones que haga el detallista, las preferencias del consumidor implican que cada empresa tendrá al menos un 40% de cuota de mercado. Entonces, una forma muy simple para que cada proveedor proporcione incentivos buenos al detallista es establecer un precio por unidad alto por todas las unidades por debajo del 40% de las ventas totales y un precio por unidad bajo para las unidades por encima de este umbral. El detallista enfrenta entonces un precio marginal bajo para ambos productos y sucederá que es probable que los precios al detalle sean bajos. En este ejemplo, los descuentos de cuota de mercado no se dirigen a inducir a los detallistas a que alcancen un umbral por encima del que los descuentos toman efecto. Simplemente aseguran que el precio de sus unidades marginales es más bajo que aquel de uno infra marginal.<sup>1651</sup> De este modo, expanden la demanda y ayudan a cubrir los costes fijos de forma eficiente desde el punto de vista del fabricante y desde el punto de vista del minorista, bajan los costes de los insumos y así les animan a competir más efectivamente en el precio.

#### h) Reduce los problemas de la doble marginalización.

Los descuentos sobre todas las unidades o descuentos por objetivos pueden ser utilizados para tratar de forma eficiente los problemas de la doble marginalización, es decir, cuando la demanda es predecible en el momento de suscribir el contrato en el que ambas partes tienen poder de negociación, en la presencia de monopolio bilateral y por tanto, en ausencia de motivos de exclusión. Es decir, si en las etapas posteriores de la cadena de valor, las empresas tienen poder de mercado, los beneficios totales serán más reducidos de lo que, en conjunto, resultaría óptimo para ellas. El motivo es que cada empresa, al utilizar su poder de mercado, limita su producción para aumentar los precios y, por tanto, los beneficios. Con este comportamiento, sin embargo, no tienen en cuenta el efecto que estas medidas tienen sobre otras empresas en la cadena de valor. De este

---

<sup>1650</sup> Derek Ridyard. "Article 82 Price Abuses – Toward a More Economic Approach". En *European Competition Law Annual 2003: What is an Abuse of a Dominant Position?* Hart Publishing, pág. 12. Véase también Kolay, S., Shaffer, G., and J. Ordober (2004), All-Units Discounts in Retail Contracts, *Journal of Economics & Management Strategy*, 13: 429-459.

<sup>1651</sup> B. David Spector. "Loyalty Rebates: An Assessment of Competition Concerns and a Proposed Structured Rule of Reason". *Competition Policy International* Volumen 1 N° 2 Otoño 2005

modo, conjuntamente, estas empresas ejercerían demasiado poder de mercado para su propio beneficio.

En lugar de vender su producto al detallista al coste marginal más una cuota fija, que es una forma de resolver el problema, el fabricante puede ofrecer al detallista un contrato de descuento sobre todas las unidades y elimina así la doble subida de precio, al escoger la cantidad objetiva para inducir el precio al detalle maximizador del beneficio conjunto y el porcentaje de descuento de la rebaja en el precio para dividir el excedente. Los contratos de descuentos sobre todas las unidades, en este caso están desarrollando el bienestar, comparado a los esquemas de precio lineal,<sup>1652</sup> que beneficia a las empresas con altos beneficios y a los consumidores con precios más bajos, desarrollando así el bienestar.<sup>1653</sup> Entonces, las rebajas y descuentos pueden animar un pedido de tamaño eficiente.<sup>1654</sup>

Así, pueden inducir de forma rentable la discriminación en el precio de segundo grado cuando los detallistas tienen información privada sobre la demanda de los consumidores.

El precio no lineal (del que las rebajas de fidelidad son una modalidad) sería así utilizado por la empresa para discriminar entre los consumidores. Por ejemplo una tarifa en dos partes (comprendiendo en cada unidad, un margen fijo y un margen variable) ayudaría a explotar la heterogeneidad en el deseo de sus clientes en pagar por su producto. El precio no lineal basado en estos motivos, puede incrementar o disminuir el bienestar total y el bienestar del consumidor.<sup>1655</sup>

Entonces, aunque la discriminación en el precio no es siempre de fomento del bienestar, no hay razones de política pública para desanimar el uso de los descuentos de fidelidad para estos propósitos.<sup>1656</sup>

Así, los efectos de prohibir los descuentos sobre todas las unidades son ambiguos para el bienestar del consumidor: el uso del descuento sobre todas las unidades puede

---

<sup>1652</sup> Con el precio lineal, el precio promedio por unidad del detallista es independiente de la cantidad adquirida, en otras palabras, un detallista paga el mismo precio constante por unidad (y no una cuota fija), al margen de cuánto compre.

<sup>1653</sup> Janusz A. Ordover, Sreya Kolay y Greg Shafer, "All Unit Discounts in Retail Contracts" Mimeo U.S. Department of Justice. Division Antitrust. Agosto 2002. Disponible en internet.

<sup>1654</sup> Dennis W. Carlton. "A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal –Whay *Aspen* and *Kodak* are Misguided". En *Antitrust L.J.* Vol. 68, 2001 págs. 659 y ss. En 672

<sup>1655</sup> B. David Spector. "Loyalty Rebates: An Assessment of Competition Concerns and a Proposed Structured Rule of Reason". *Competition Policy International* Volumen 1 N° 2 Otoño 2005. P.92.

<sup>1656</sup> Robert O'Donoghue. "Over-Regulating Lower Prices: Time for a Rethink on Pricing Abuses under Article 82 EC". En *European Competition Law Annual 2003: What is an Abuse of a Dominant Position?* Hart Publishing, p 9.

incrementar el bienestar respecto al uso de una tarifa en dos partes –que también elimina el problema de la doble marginalización.<sup>1657</sup>

#### **4. Las rebajas y descuentos en el derecho antitrust estadounidense y en el derecho de competencia comunitario**

Con el objeto de enriquecer el análisis, vamos a analizar cuál es el enfoque que aplican a las rebajas y descuentos las jurisdicciones norteamericana y comunitaria.

Bajo el derecho antitrust estadounidense, hay consenso que las rebajas condicionadas a la compra exclusiva por los clientes, ausentes eficiencias concretas, serían ilegales. Ha habido un número muy reducido de casos que impliquen un análisis judicial similar para el caso de las rebajas supeditadas a la compra por el cliente de gran parte de sus requerimientos de una empresa dominante. Estas estrategias pueden ser investigadas por infracción de la Sección 2 de la Ley Sherman y también de la Ley Robinson Patman, que prohíbe algunos esquemas de precios discriminatorios y promocionales en conexión con la venta y distribución de productos.<sup>1658</sup>

Los tribunales norteamericanos se plantean primero establecer si el precio cuestionado es predatorio; si no lo es, simplemente se trata de un precio más bajo que los competidores deben ser libres a igualar en ausencia de un requerimiento de compra exclusiva o que el descuento esté condicionado a la compra exclusiva.<sup>1659</sup> Entonces, bajo el derecho antitrust norteamericano, las rebajas de cuota de mercado, son legales.<sup>1660</sup>

Mientras tanto, bajo el derecho de competencia comunitario la cuestión fundamental a establecer es si la rebaja constituye competencia sobre los méritos o si excluye artificialmente a los competidores.

Es entonces, en el campo de las rebajas de fidelidad anticompetitivas, donde existen las mayores divergencias que en otros campos, entre el derecho antitrust estadounidense y el derecho de competencia comunitario, vamos a establecer si con el Informe del

---

<sup>1657</sup> Bruce H. Kobayashi. “The Economics of Loyalty Discounts and Antitrust Law in the United States”. En *Competition Policy International*. Volumen 1, Número 2. Otoño 2005. P. 121.

<sup>1658</sup> Véase Barbara O. Bruckmann. “Discounts, Discrimination, and Exclusive Dealing: Issues under the Robinson-Patman Act”. En *Antitrust Law Journal* Vol. 8, 2000, págs. 253 – 295, en 256

<sup>1659</sup> John Temple Lang y Robert O’Donoghue. “Defining Legitimate Competition: How to clarify pricing abuses under article 82 EC”. En *Fordham International Law Journal*. Vol. 26. Pág. 83-162. 2002. Pág. 92. .

<sup>1660</sup> Philip Lowe. “DG Competition’s review of the policy on abuse of dominance” en *Fordham Corporate Law Institute*. 30th. Annual Conference on International Antitrust Law and Policy. En [www.eu.int](http://www.eu.int).

Departamento de Justicia Norteamericano y la Guía de la Comisión sobre las Prioridades de Aplicación en la aplicación del artículo 82 TCE a los abusos de exclusión, si se han unificado de algún modo los criterios, o si persisten las divergencias.<sup>1661</sup>

#### **4.1. *Ilegalidad de las rebajas y descuentos en el derecho antitrust norteamericano***

##### **a) *Virgin Atlantic***

Virgin Atlantic Airways Limited (en adelante Virgin) es una empresa privada que opera los servicios de vuelos programados de pasajeros en un número de rutas internacionales. British Airways Plc. (en adelante BA), constituida con arreglo al derecho británico que ofrece una amplia gama de servicios nacionales e internacionales de vuelos regulares y de vuelos chárter.<sup>1662</sup>

- 1) En *Virgin Atlantic*<sup>1663</sup>, BA ofreció descuentos de fidelidad a los agentes de viajes y clientes corporativos que cumplieran un requerimiento de compra mínimo en un grupo de rutas servidas por BA fuera del Aeropuerto de Heathrow. Virgin demandó ante las autoridades norteamericanas, reclamando que estos descuentos habían contribuido a la “aniquilación predatoria” de Virgin de muchas rutas de Heathrow. BA ganó una moción de juicio sumario, que fue confirmada en apelación sobre la base que Virgin no había ofrecido la prueba adecuada para demostrar un caso de precio predatorio. Mientras BA exitosamente defendió así su política de descuentos en los tribunales americanos, la Comisión Europea estableció que sus programas de comisiones violaron el artículo 82 TCE.
- 2) El Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos desestimó la apelación de Virgin contra el un juicio sumario a favor de BA. Consideró que Virgin había proporcionado evidencia insuficiente para establecer que BA había incurrido en predación. Además, el determinó que Virgin “...falló en demostrar cómo la competencia de British Airways dañó a los consumidores”. El caso se concentró en los efectos competitivos de cinco rutas en las que Virgin planteó que le

---

<sup>1661</sup> Philip Lowe. “DG Competition’s review of the policy on abuse of dominance” en *Fordham Corporate Law Institute*. 30th. Annual Conference on International Antitrust Law and Policy. En [www.eu.int](http://www.eu.int).

<sup>1662</sup> Véase § 2 de la Decisión *Virgin/British Airways* cit.

<sup>1663</sup> *Virgin Atlantic Airways Ltd. V. British Airways PLC*, 257 F.3d 256 (3rd Cir. 2001); Case No. IV/D-2/34.780, *Virgin/British Airways* (1999).

produjo el perjuicio competitivo: los vuelos entre Londres (Heatrow) y Nueva York, Washington DC, Chicago, Los Angeles y San Francisco.

- 3) El Tribunal también desestimó la demanda de Virgin respecto al hecho que BA había incurrido en una acción concertada que tenía el efecto de restringir irrazonablemente el comercio, al considerar que violó la Sección 1 de la Ley Sherman. El Tribunal rechazó esta cuestión con dos argumentos. Primero, observó que Virgin admitió en apelación que el caso se trataba del comportamiento unilateral de BA. Segundo, el Tribunal estableció que Virgin no había proporcionado evidencia que la competencia, como opuesta a los competidores había sido adversamente afectada.
- 4) Aplicando un análisis de la Sección 1 a los descuentos corporativos de BA y a las comisiones para las agencias de viajes (estableciendo si resultaron de un acuerdo) el Tribunal estableció:
- 5) “Estos tipos de acuerdos permiten a las empresas premiar a sus clientes más leales. Premiando la fidelidad del cliente se promueve la competencia sobre los méritos. Ya que los acuerdos incentivo sirven un propósito pro competitivo, Virgin debe demostrar que el mismo propósito podía ser conseguido sin restringir la competencia.”
- 6) El Tribunal no explicó por qué concluyó que “premiando la fidelidad del cliente se promueve la competencia sobre los méritos”. Respecto a un medio de conseguir los mismos beneficios sin restringir la competencia, el Tribunal concluyó que: “...el fallo de Virgin en fundamentar este punto, deja intacta la evidencia que los acuerdos incentivos de BA son buenos para la competencia.” La evidencia de BA parece haber contribuido a la presunción de que los descuentos son ipso facto pro competitivos. En cualquier caso, el Tribunal concluyó su análisis bajo la Sección 1 señalando:
- 7) “Aunque Virgin cree que fue perjudicada por estos acuerdos, el daño a un competidor no puede decirse que es *sine qua non* una violación de la Sección 1. La Ley Sherman y otras leyes antitrust han sido diseñadas para proteger la competencia, no a competidores individuales.”
- 8) En lo que se refiere a la infracción de la Sección 2 de la Ley Sherman, Virgin se basó en un estudio del Dr. B. Douglas Bernheim<sup>1664</sup> sobre la teoría de exclusión

---

<sup>1664</sup> B. Douglas Bernheim “Affidavit of B. Douglas Bernheim” in Virgin Atlantic Airways c. British Airways 93 Civ. 7270 (MGC), 25 de Noviembre, citado por Gary Hewitt, ob. cit. pág. 158.

predatoria de los descuentos de BA, que lo aportó al Tribunal de Apelaciones norteamericano<sup>1665</sup>, el documento señala:

“Concretamente, BA utiliza los acuerdos incentivo predatorios (incentivos que resultan en la venta de BA de cierta producción de incremento por debajo de sus costes de incremento) para crear una inducción poderosa para algunos clientes corporativos y agentes de viajes para considerar las rutas individuales de BA como una sola, el producto supeditado en vez de estar dispuesto por el cliente a comprar el servicio en cada ruta de BA separadamente.

Las barreras a la entrada en Heathrow impiden que los competidores de BA puedan replicar, o incluso aproximarse a la red de BA. Debido a que los incentivos de BA son predatorios, Virgin no puede inducir rentablemente de forma frecuente a los agentes de viajes o clientes corporativos a separar las rutas individuales donde Virgin compite con BA del resto de la red de BA.

Para hacerlo, Virgin tendría que igualar o exceder los incentivos de BA basados en la red y esto requiere que Virgin venda sus servicios por debajo de los costes de BA. Así, incluso cuando Virgin es tan eficiente o más eficiente que BA en una ruta particular, es excluida y comercialmente es incapaz de competir por el negocio de incentivos de BA en igualdad de condiciones.

Debido al incentivo predatorio de los acuerdos, induce anticompetitivamente a muchos clientes a contratar las rutas de la red de BA más como una venta supeditada, que en la compra de servicio en las rutas individuales, BA ha estado dispuesta a desviar los ingresos sustanciales de sus competidores, incluidos los de Virgin, que sólo puede competir en un conjunto limitado de rutas.

Estos ingresos desviados ha reducido los beneficios potenciales que corresponderían a Virgin, causando así que retrase o difiera su entrada o expansión en numerosas rutas entre Estados Unidos-Reino Unido. Debido a que Virgin es una aerolínea de bajo precio o “low-cost carrier”<sup>1666</sup> y mejor calidad y debido a que la entrada de Virgin causa que los precios de BA se reduzcan y que la calidad se desarrolle, los consumidores han sido dañados.

Específicamente, los consumidores han sido obligados a pagar precios supra competitivos y haber recibido un servicio de calidad más baja como resultado de la conducta de BA. Si BA no hubiera excluido la entrada de Virgin, los consumidores

---

<sup>1665</sup> Ya hemos comentado que bajo el derecho norteamericano, las rebajas y descuentos sólo pueden ser declaradas anticompetitivas si están supeditadas a la compra exclusiva y en los demás casos, sólo pueden ser declaradas ilegales cuando sean predatorias.

<sup>1666</sup>Una aerolínea de bajo coste o “low-cost carrier” es aquella que ofrece generalmente billetes a bajo precio a cambio de eliminar los servicios tradicionales proporcionados a los pasajeros.

habrían pagado precios más bajos y disfrutado de servicios de mejor calidad. La conducta predatoria de BA ha beneficiado su poder de monopolio y ha excluido la competencia en detrimento de los consumidores.”

Bernheim concluyó que la “exclusión predatoria” de BA probablemente retrasó a Virgin en expandir u ofrecer sus servicios desde Londres (Heathrow) a muchas ciudades de Estados Unidos, por ejemplo, Nueva York, Washington, Chicago, Los Angeles y San Francisco y que esto tuvo efectos negativos en los consumidores.

Bernheim se refirió sustancialmente a una asimetría importante, relacionada con la extensa red de rutas que ofrece BA utilizando al aeropuerto de Heathrow como su base. Debido a la falta de slots, Virgin no podía replicar esta red de rutas. Si la competencia hubiera sido conducida sobre las bases de comprar los servicios en cada ruta de BA separadamente, esta asimetría presumiblemente no habría implicado una barrera crítica a la expansión para competidores como Virgin. Los descuentos de fidelidad de BA han tenido el efecto de reemplazar la situación donde los clientes podían comprar los servicios en cada ruta de BA separadamente con la red de rutas, hacia la competencia en red. Magnificando considerablemente de este modo, el significado competitivo de la asimetría observada en detrimento de Virgin y también de los consumidores.

El Tribunal de Apelación al respecto estableció que los esquemas de descuento de BA no habrían tenido un efecto anticompetitivo considerable:

“Los gráficos preparados por British Airways demuestran que en 1995-1996 los negocios corporativos implicaron el 1,96% de billetes del Reino Unido en rutas entre el Reino Unido y Estados Unidos. Ninguna figura se ha proporcionado para los negocios corporativos que implicaban las ventas en Estados Unidos. Las agencias de viajes que vendieron el 80 por ciento de sus billetes entre los Estados Unidos y el Reino Unido de BA se contabilizaron en el 3.01 por ciento de billetes vendidos en los Estados Unidos y el 0.33 por ciento de billetes vendidos en el Reino Unido.

Con respecto a las rutas individuales para las que Virgin alega que le fue retrasada la entrada, los negocios corporativos se contabilizaron en los siguientes porcentajes de billetes vendidos en el Reino Unido en 1995-1996: 2.42 entre Heathrow y Nueva York; 0.71 entre Londres y Los Angeles; y 3.79 entre Londres y Washington, DC. Para las ventas del Reino Unido a través de las agencias de viajes en la misma estructura de tiempo, aquellas agencias que vendieron el 80 por ciento o más en una ruta particular a través de BA contabilizaron por los porcentajes siguientes: 25 entre Heathrow y Nueva York; 34 entre Londres y Los Angeles; 1.05 entre Londres y Chicago; 1.3 entre Londres y San Francisco; y 3.11 entre Londres y Washington DC.



Para las ventas en Estados Unidos, las agencias de viajes que vendieron el 80 por ciento o más de sus billetes a través de BA contabilizaron por los siguientes porcentajes de billetes desde Londres: 1.12 para Nueva York; 1.82 para Los Angeles; 2.65 para Chicago; 1.85 para San Francisco; y 2.53 para Washington DC.

- 9) El Tribunal de Apelaciones señaló que para tener éxito en la demanda de intención de monopolización bajo la Sección 2 de la Ley Sherman: "... Virgin debe establecer:
  - 10) 1) que (BA) ha incurrido en conducta predatoria o anticompetitiva con 2) una intención específica de monopolizar y 3) una probabilidad peligrosa de conseguir poder de monopolio". Luego procedió a diseñar los elementos esenciales de la teoría de exclusión predatoria de Bernheim.
  - 11) Observando que estaba derivada de la teoría del precio predatorio, el Tribunal señaló que para tener éxito en esta demanda: "...un demandante debe demostrar dos elementos: 1) "que los precios alegados están por debajo de una medida apropiada de los costes de los rivales"... y 2) que el rival predatorio tiene una "probabilidad peligrosa" de recuperar su inversión a través de un esquema por debajo del precio de coste..."
  - 12) El Tribunal estableció que la evidencia era insuficiente para establecer que BA había incurrido en precio por debajo del coste. Esto fue debido primeramente a una falta de evidencia real, opuesta a una simple deducción, demostrando que BA habría agregado vuelos extra sólo debido a que los pasajeros que volaban en respuesta a sus varios programas incentivo.
  - 13) Habiendo formulado este fundamento crucial, el Tribunal estuvo dispuesto a rechazar los cálculos de Virgin que los vuelos extra presumidos no eran compensatorios en el margen y que constituía la evidencia del precio por debajo del coste.
  - 14) A pesar de no ser estrictamente necesario para la decisión, el Tribunal consideró la cuestión de la recuperación. Resumió el argumento de Virgin al respecto como sigue:
  - 15) "La teoría de Virgin de exclusión predatoria tiene un segundo fundamento para propósitos de demostrar la intención de monopolizar, el hecho que British Airways recuperó inmediatamente las pérdidas de un billete por debajo del coste, mediante el sobreprecio de un billete supeditado vendido al mismo tiempo en una ruta del monopolio.

- 16) El Dr. Bernheim define “bundling” (venta por paquete) como “el comportamiento comercial de vender dos o más bienes distintos a través de sólo un “bundle” o un paquete, con un precio único fijado para la totalidad del bundle o “paquete”.
- 17) British Airways supuestamente supeditó la venta de los billetes en sus vuelos mediante la oferta de precios descontados a los clientes corporativos e incrementó las comisiones a las agencias de viajes que ingresaron en los acuerdos de incentivos.
- 18) El Dr. Bernheim opina que para inducir a estas entidades para “no supeditar” las rutas individuales y considerar la compra de billetes en otra aerolínea por una ruta de un vuelo multi ruta, Virgin tendría que igualar el valor monetario de los acuerdos incentivos de British Airways, que entonces ocasionaría que Virgin venda sus servicios por debajo del coste.
- 19) Ya que esta opción no es comercialmente viable y Virgin no puede replicar la red que ofrece British Airways, Virgin demanda que no puede competir lealmente por los pasajeros que desean volar la parte trasatlántica de su vuelo en una aerolínea diferente de British Airways.”
- 20) El Tribunal, en efecto amplió la definición de Bernheim de bundling (puro) para incluir el bundling mixto, como los descuentos para la compra de un grupo de productos supeditados con el deseo de vender los artículos separadamente y referido al último como simplemente “bundling”.
- 21) Rechazó la demanda de Virgin debido a la evidencia insuficiente que respalde la noción que el bundling había coaccionado a un número suficiente de pasajeros para no comprar billetes de Virgin en las cinco rutas a que se relacionaba la demanda o al menos, que lo fuera económicamente irracional.
- 22) En lo referente a la demostración de la recuperación de las pérdidas, el Tribunal consideró si el bundling de BA implicó un subsidio de los precios bajos en algunas rutas, donde BA enfrentaba competencia, de los beneficios extra elevados por el incremento de los beneficios en rutas donde enfrentaba una competencia mucho menor o competencia cero.
- 23) El tribunal consideró que la evidencia era insuficiente para apoyar esta posibilidad. También observó que antes de su bundling, BA estaba fijando sus precios presumiblemente tan altos como pudo en los mercados donde disfrutaba de poder de mercado de modo que presumiblemente no estaría dispuesto a elevar

los precios más en algunas rutas como parte de una estrategia para hacer el subsidio de precios bajos en otro sector.

24) Resumiendo la discusión de la recuperación, el Tribunal dijo:

25) “En ausencia de la prueba de la recuperación, sólo se puede concluir que British Airways redujo los precios bajo sus acuerdos incentivos, pero no que fueron violadas las leyes antitrust ... Sin la prueba de la recuperación, el precio predatorio produce precios agregados más bajos, beneficiando a los consumidores.”

26) En la sección final de su sentencia el Tribunal regresó a la influencia del monopolio en otro mercado, que inicialmente describió como “...el uso del poder de monopolio en un mercado para reforzar una cuota de monopolio en otro mercado”. El Tribunal cuestionó si la influencia del monopolio se extendía a utilizar “... el poder del monopolio en un mercado para ganar una ventaja competitiva en otro, incluso sin una intención de monopolizar el segundo mercado”. Al final el Tribunal no tuvo que decidir sobre este punto porque señaló que el daño competitivo, es decir, los precios más altos, o la cantidad reducida, o la calidad de la producción, es un elemento esencial de la influencia del monopolio bajo el derecho antitrust norteamericano. El Tribunal consideró que Virgin falló en proporcionar esta evidencia.

#### b) El caso *Barry Wright vs. ITT Grinnell*

Los descuentos por volumen cercanos a la exclusividad fueron el objeto del caso *Barry Wright vs. ITT Grinnell*. Fue decidido antes de los casos *Brooke Group* y *Matsushita* por el Tribunal Supremo<sup>1667</sup> que también fueron casos sobre precios en niveles por debajo del coste o predatorios. Mientras su fundamentación es consistente con estos últimos casos, su análisis del potencial anticompetitivo del comportamiento de precio por encima del coste y su tratamiento de los umbrales cercanos a la exclusividad son útiles para evaluar si la existencia de estos factores proporcionan razones potenciales para desviarse del estándar del caso *Brooke Group*<sup>1668</sup>.

En este caso, Pacific Scientific era el único fabricante del mercado local de productos aislantes, que son utilizados en la construcción de sistemas de tuberías para las plantas

---

<sup>1667</sup> *Barry Wright v. ITT Grinnell*. 724 F.2d 227 (1983) [en adelante *Barry Wright*] y *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993) [en adelante *Brooke Group*]

<sup>1668</sup> Téngase en cuenta que el caso *Brooke Group*, se refiere a un caso de predación y a la aplicabilidad del test del coste a los casos de rebajas y descuentos anticompetitivos.

de energía nuclear, con un ochenta por ciento del mercado. Grinnell se encargaba de construir estos sistemas de tuberías y cubría por tanto la demanda de casi la mitad de los productos aislantes de Pacific. Enfrentado con la falta de una alternativa de suministro viable diferente de Pacific, Grinnell acordó un contrato por el que ayudaría a Barry Wright Corporation a desarrollar una línea global de los aislantes. Bajo el contrato, Grinnell acordó contribuir a los costes de desarrollo del producto de Barry Wright y a utilizarlos, comprometiéndose a ser su comprador exclusivo durante dos años (1977 y 1978). Mientras Barry Wright estuvo desarrollando su producto, Grinnell continuó comprando estos productos de Pacific en el porcentaje normal del 20% de rebaja de precio.

En algún momento, Pacific se enteró que Grinnell estaba intentando desarrollar una fuente de suministro alternativa, le ofreció a Grinnell descuentos mayores del 30% de rebaja en el precio para los aislantes pequeños y del 25% para los grandes si Grinnell aceptaba una compra considerable por 5.7 \$ millones –que habría satisfecho las demandas de Grinnell para los aislantes hasta el final de 1977-. Grinnell inicialmente rechazó la oferta de Pacific y colocó un pedido pequeño de 1 \$ millón en el estándar de rebaja del 20%. Subsecuentemente, Barry Wright falló en alcanzar el acuerdo sobre los programas de producción y anunció que no estaba dispuesta en producir aislantes pequeños hasta agosto de 1977 y los grandes hasta febrero de 1978. Como resultado en enero de 1977 Grinnell aceptó la oferta de Pacific y acordó un contrato en adquirir 4.3 \$ millones de los aislantes de Pacific suficientes para cubrir sus demandas durante 1977. El precio contractual especificado por los aislantes grandes del 30/25 % de rebaja y dio a Grinnell una opción, abierta hasta julio de 1977, para comprar sus requerimientos de 1978 a estos precios. Grinnell también acordó una cláusula de no cancelación e informó a Barry Wright que había incumplido su contrato.

Al final de mayo de 1977, Grinnell acordó comprar 6.9 \$ millones de producto de Pacific en 1978, (calculados de ser su demanda total para este año) y 5\$ millones de mecanismos en 1979 de Pacific, ambos en el descuento del 30/25%. De forma inmediata, Grinnell notificó a Barry Wright que su colaboración se había terminado. Barry Wright subsecuentemente abandonó sus esfuerzos en desarrollar el producto.

Barry Wright interpuso una demanda antitrust contra Grinnell y Pacific, alegando que los contratos entre Pacific y Grinnell violaron las secciones 1 y 2 de la Ley Sherman y la Sección 3 de la Ley Clayton y que Pacific había interferido tortuosamente en el contrato de Barry Wright con Grinnell para desarrollar los aislantes. El tribunal de distrito y el Tribunal de Apelaciones del Primer Circuito emitió sentencia a favor de los

demandados, rechazando la demanda. Una de las reclamaciones centrales de Barry Wright bajo la Sección 2 de la Ley Sherman fue que los descuentos del 30/25% eran “irracionalmente bajos”. El Tribunal estableció que este argumento no era convincente, porque el 30/25 % de descuento, aunque “más bajo de lo normal” no resulta en precios que fuesen por debajo del coste promedio total.

El Tribunal luego examinó el argumento de Barry Wright que los descuentos que dejan los precios por encima del coste promedio total todavía permanecen ilegales. El tribunal observó que los economistas habían demostrado que era teóricamente posible que los recortes de precio por encima del coste “podían ser considerados que estaban fuera del rango del proceso competitivo normal, o deseable” si estos recortes de precio eran no rentables debido a su capacidad en:

27) Retirar competidores

28) Permitir a la empresa fijar posteriormente precios más altos.

El Tribunal también consideró si los contratos entre Grinnell y Pacific fueron contratos a largo plazo con efectos de exclusión. El tribunal observó que los contratos incluyeron cantidades fijas de dólares y no verdaderos contratos de requerimientos. Y, aunque los contratos para 1977 y 1978 eran por cantidades de dólares que habrían cubierto la demanda global y habrían resultado en casi exclusividad –el contrato para 1979 era significativamente menor que la demanda total estimada de mercado para ese año (aproximadamente 72,4% de la demanda total estimada)-. Así, cualquier exclusividad de facto fue de una secuencia de contratos y estos contratos casi-exclusivos durarían dos, no tres años. El tribunal no consideró problemática esta casi exclusividad. Además, el tribunal observó que tanto Grinnell y Pacific tuvieron razones comerciales legítimas para acordar estos contratos para los períodos siguientes. Porque frecuentemente era necesario un periodo de tiempo significativo entre los pedidos y su entrega, la norma eran los contratos especificando la entrega en un período más tardío. Además el contrato daría a Grinnell una fuente estable de suministro a un precio favorable para permitir a Pacific tomar ventaja de las eficiencias de producción.<sup>1669</sup>

c) El caso *Concord Boat*

Los descuentos de cuota de mercado fueron considerados por el Tribunal de Apelaciones para el 8vo. Circuito en *Concord Boat Corporation v. Brunswick*

---

<sup>1669</sup> Ver también *Barr Labs, Inc. v. Abbot Labs*, 978 F.2d 98 (3rd Cir. 1992) (sosteniendo que el descuento por volume a grandes compradores con el 15% de mercado no constituye compra exclusiva ilegal.

*Corporation*<sup>1670</sup>. Brunswick producía maquinaria para barcos y era el líder del mercado con un 75% de cuota de mercado en 1983. Al principio de 1984, Brunswick ofreció descuentos de cuota de mercado. Para recibir estos descuentos, los constructores de barcos podían aceptar comprar un determinado porcentaje de su maquinaria de Brunswick por un período de tiempo fijo. Estos acuerdos especificaron un descuento del 3% a los constructores de barcos que se comprometieran en adquirir el 80% de sus máquinas de Brunswick, un descuento del 2% para una cuota del 70% y un 1 % de descuento para una cuota del 60%. En 1994, Brunswick quiso incrementar su requerimiento de cuota de mercado al 95%, pero no tuvo éxito debido a las demandas de los constructores de barcos. Al inicio de 1995, los dos requerimientos de cuota más altos fueron bajados. El programa fue cambiado a un 3% de descuento para una cuota del 70% y un 2% para un 65% de cuota. El programa fue discontinuado en la mitad de 1997.

Los demandantes, que eran constructores de barcos, interpusieron una demanda antitrust en 1995 alegando, entre otras cosas que la cuota de mercado de Brunswick y los descuentos por volumen fueron acuerdos de exclusividad de facto y que violaron la sección 1 de la Ley Sherman. Además los demandantes plantearon que los programas de descuento y porcentajes de compra violaron la sección 2 de la Ley Sherman porque formaban parte de un plan deliberado de excluir competidores del mercado de maquinaria de barcos y que esta exclusión permitiría a Brunswick fijar altos precios supracompetitivos para su maquinaria.

La evidencia primaria que utilizaron los constructores de barcos para establecer la implicación antitrust de Brunswick fue el testimonio de su experto económico. Testificó que Brunswick tenía poder de mercado y que su programa de descuentos de cuota de mercado fue utilizado para imponer un “impuesto” a los constructores de barcos y clientes que compraron máquinas de otros fabricantes equivalentes a los descuentos sobre todas las unidades que estos compradores dejaron de percibir por no comprar de Brunswick. Este impuesto obligó a los competidores de Brunswick a fijar precios sustancialmente más bajos con el objeto de convencer a los clientes en comprar de ellos y olvidar los descuentos cuota de mercado. Testificó que los programas de descuento, combinado con el poder de mercado de Brunswick, le permitieron capturar una gran cuota del mercado de maquinaria de barcos, que así disuadió la entrada en el mercado.

---

<sup>1670</sup> *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp.*, 207 F.3d 1039 (8th Cir. 2000) [en adelante *Concord Boat*].

Un jurado se pronunció a favor del demandante en todas sus reclamaciones. Sin embargo, el Tribunal de Apelaciones para el 8vo. Circuito, se pronunció a favor del demandado. El tribunal evaluó el testimonio del experto económico del demandante y estableció que debió haber sido excluido. Específicamente, estableció que el testimonio del experto “no estaba basado en la realidad económica del mercado de maquinaria de barcos, por lo que ignoró la evidencia inconveniente”. Debido a las deficiencias en la fundamentación de la opinión y debido a que la opinión del experto no separó la conducta legal de la ilegal, el tribunal concluyó que las conclusiones resultantes del experto fueron “simple especulación”. Como resultado, el tribunal sostuvo que el demandante falló en implementar su carga de la prueba y que las alegaciones en defensa de Brunswick, por esta razón debió haber sido admitida. En contraste, bajo el derecho de competencia comunitario se ha condenado de forma general el uso de los descuentos de cuota de mercado por las empresas en posición de dominio o monopolios en la terminología antitrust.

De interés particular es el análisis del Tribunal de la legalidad de los recortes de precio por encima del coste, el tribunal observó que no se había planteado que los descuentos condujeron los precios de Brunswick por debajo del coste y que las “decisiones del Tribunal Supremo en *Brooke Group* y *Matsushita* –sobre precio predatorio- ilustran la regla general que los descuentos por encima del coste no son anticompetitivos”. El tribunal luego se refirió a la teoría de Brunswick que “cualquier comportamiento en precio que conduzca a precios por encima del coste es *per se* legal bajo las leyes antitrust”. Al discutir muchos casos que habían sido explícitamente rechazados *per se*, el tribunal observó que estos casos “examinados por el tribunal del distrito todos implicaban bundling o tying”. Porque “un solo producto, el de la maquinaria para barcos, está en cuestión aquí y no hay alegaciones de tying o bundling con otro producto”, el tribunal no estableció que estos casos fuesen persuasivos.

#### d) El caso Tyco

En *Masimo Corp. V. Tyco Health Care Group, L.P.*<sup>1671</sup>, Tyco había ofrecido descuentos incrementados a los hospitales por la compra de sensores del pulso denominados también oxímetros a cambio de su compromiso en la adquisición de un porcentaje mayor de sus requerimientos de oxímetros de Tyco. Una oferta típica implicó el 40 por ciento de sus requerimientos si el hospital compraba el 90 por ciento o más de sus

---

<sup>1671</sup> No. CV 02-4770 MRP, 2006 WL 1236666 (C.D. Cal. Mar. 22, 2006)

suministros de Tyco y un 16-18 por ciento de descuento si era menos del 90 por ciento. Masimo planteó que la pérdida posible de los descuentos máximos de Tyco sobre todas las compras de los sensores de un hospital funcionó como una penalidad, obligando a los hospitales a comprar exclusivamente con Tyco. El tribunal planteó que el jurado razonablemente podría haber concluido que los descuentos cuota de mercado “fueron diseñados y mantuvieron el poder de monopolio” en infracción de la sección 2 y que constituyó una contratación exclusiva ilegal infringiendo así la sección 1 y 3 de la Ley Clayton. El tribunal no analizó ni estableció si los precios de Tyco estaban por encima de cualquier medida relevante de sus costes.

e) El caso *J.B.D.L.*

En *J.B.D.L. Corp. V. Wyeth-Ayerst Laboratories Inc.*<sup>1672</sup> el tribunal concedió juicio sumario a favor del demandado Wyeth sobre la Sección 1 y 2 de la Ley Sherman, por la aplicación de contratos exclusivos y rebajas de fidelidad anticompetitivas en las ventas de Wyeth de Premarin, un producto de “estrógeno conjugado” y el más grande productor vendedor para la terapia de reemplazo de estrógeno. La alegación clave fue que los contratos de Wyeth con los beneficios de farmacia de los gerentes (PBMs) aniquilaron de forma efectiva la competencia de Cenestin, un producto conjugado de estrógeno que aprobó la FDA en 1999 para su uso a corto plazo. Los contratos de Wyeth con PCS Health Services, un PBM y con algunos otros PBM, colocaron a Premarin en su Formulario Común y en el entendido que todas las rebajas pagadas bajo los contratos estaban condicionadas a ser remuneradas por Premarin como el Formulario Común de “estrógeno conjugado exclusivo” (la cláusula CE única).

Wyeth alegó que sus contratos PBM no infringían la sección 2, ausente precio predatorio y que sus precios no fueron predatorios en el “sentido clásico del precio por debajo del coste para ocasionar la salida a un competidor. El tribunal concluyó que “la conducta de Wyeth en ejecutar los contratos PBM, era un comportamiento que es ampliamente utilizado en el mercado farmacéutico único y considerable en Norteamérica y por tanto no le es aplicable la sección 2, el Tribunal cree que a semejanza del enfoque adoptado por el Octavo Circuito en *Concord Boat*, es correcto el comportamiento en precios de Wyeth, por lo que no se produjo infracción de la sección 2 de la Ley Sherman.

---

<sup>1672</sup> Nos. 1:01-CV-704, 1:03-CV-781, 2005 WL 1396940 (S.D. Ohio June 13, 2005) resuelto sobre otros fundamentos, 485 F. 3d 880 (6th.Cir.2007)



f) El caso *3M/LePage's*

Aunque se trata de un supuesto de rebajas en paquete o “bundling” el caso es trascendental por los efectos anticompetitivos por los que fue condenada y que tienen trascendencia a los efectos de este estudio.

3M fue acusada de utilizar descuentos de fidelidad en un número de productos diferentes para excluir de forma ilegal a LePage's en el mercado para cinta transparente.<sup>1673</sup>

La decisión fue vista un número de veces en los tribunales, donde la opinión final del Tercer Circuito fue confirmar el veredicto del jurado que estableció que 3M utilizó rebajas en paquete que violaron la Sección 2 de la Ley Sherman. Las rebajas en paquete de 3M dieron a los grandes detallistas (como Wall-Mart, K-Mart y Target) descuentos si adquirían determinados volúmenes de los varios productos 3M.

El tamaño de las rebajas en paquete se incrementaba cuando los detallistas alcanzaban objetivos de volumen a lo largo de seis categorías de productos –con las mayores rebajas concedidas a detallistas que alcanzaban los objetivos de volumen la totalidad de las categorías.

El uso de las rebajas en paquete fue cuestionado por LePage's, el principal fabricante de cinta transparente sin marca. LePage's alegó que el uso de 3M de las rebajas en paquete causó que los detallistas excluyan a LePage's como proveedor, no debido a la competencia sobre los méritos, sino por la posibilidad que podían fallar en calificar para las rebajas más grandes de 3M.

Algunos tratadistas critican que la decisión se basó en un registro incompleto y una teoría del daño económico débilmente articulada, el Departamento de Justicia, pidió que el Tribunal Supremo no asumiera el caso como precedente. Mientras reconoció que “la comunidad de empresarios y consumidores deben beneficiarse de guías claras y objetivas sobre la aplicación de la Sección 2 a las rebajas en paquete”, tuvo poca confianza en que este caso pudiese proporcionar al tribunal con un “vehículo cómodo para proporcionar estas guías”. Agregado “a los defectos identificados del caso y de la decisión, la posición del Departamento de Justicia estuvo influenciada por la relativa falta de experiencia judicial sobre esta cuestión y la naturaleza sub desarrollada de la literatura académica “relativamente reciente y escasa sobre las rebajas en paquete.”

---

<sup>1673</sup> LePage's Inc. v. 3M Co. 324 F.3d 141 (3rd Cir 2003), cert. denegado, 124 S.Ct. 2932 (2004).

El Tribunal Supremo declinó revisar el caso. Al aplazar la consideración de las cuestiones presentadas en *LePage's*, el Tribunal escoge implícitamente esperar un caso que tenga una historia mejor adaptada al desarrollo de un estándar apropiado y, como pidió el Departamento de Justicia, uno que permita “que la jurisprudencia y el análisis económico se desarrolle más”. En principio el enfoque cuidadoso planteado por el Departamento de Justicia en su planteamiento, -e implícitamente escogido por el Tribunal- es entendible y es consistente con el enfoque cuidadoso asumido por los tribunales generalmente en expansión de la aplicabilidad de la Sección 2 a estos casos. Incluso en casos donde la literatura económica sobre las restricciones verticales está desarrollada relativamente, la capacidad de los tribunales para distinguir entre restricciones verticales pro y anti competitivas no es tan fácil en la práctica. Y sin una forma fiable de distinguir usos pro y anti competitivos, cualquier regla que condene comportamientos comerciales omnipresentes sin la demostración del daño probable a la competencia resultaría en la amplia condena de comportamientos eficientes. Este resultado dañaría particularmente a la economía y desanimaría la conducta que las leyes antitrust deben proteger.

g) El Informe del Departamento de Justicia Norteamericano.<sup>1674</sup>

El Informe subraya que los descuentos (o rebajas) sobre todas las unidades de un producto único condicionadas en el nivel de compras, tienen una serie de características de eficiencia, sin embargo, en algunas circunstancias limitadas, pueden ser anticompetitivas, como cuando el precio resultante de todas las unidades vendidas al cliente están por debajo de una medida apropiada de coste y existe la probabilidad de la recuperación, aplicándosele por tanto la regla del precio predatorio. Efectuando para ello la comparación del precio (después que todos los descuentos son tomados en cuenta) respecto del coste de todas las unidades vendidas a un cliente.<sup>1675</sup>

El Informe observa que este estándar tiene un número de ventajas ya que es relativamente fácil de administrar para los tribunales y proporcionaría a las empresas la claridad necesaria para conformar su conducta a la ley utilizando información para ellos disponible. Además tiene un riesgo relativo bajo en desanimar la deseable competencia pro competitiva en el precio que beneficia de forma inmediata a los consumidores.

---

<sup>1674</sup> Pág. 111-117 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano.

<sup>1675</sup> Aunque reconociendo que habrán circunstancias en que un descuento de fidelidad por encima del coste (cuando es medida respecto de todas las unidades vendidas a un cliente) resulta denegando a los rivales economías de escala. Los tribunales no podrían, aplicar estas teorías sin crear un riesgo intolerable de desanimar comportamiento procompetitivo.

Sin embargo a la luz de lo planteado, en cuanto que pueden ser anticompetitivos los descuentos de fidelidad de producto único incluso cuando resulta que el precio sobre todas las unidades vendidas está por encima de una medida apropiada de coste y del número relativamente limitado de casos y estudios sobre estos tipos de descuentos, el Departamento cree que antes de concluir este estándar de análisis de precio predatorio a todos los casos, es necesaria una valoración adicional del impacto generado por estos descuentos en el mundo real.

Observa que en cualquier situación en que sea utilizado un enfoque basado en la aniquilación, al demandante se le requerirá que demuestre que el descuento aniquila una cantidad significativa del mercado y daña a la competencia, en cuyo caso, el descuento será ilegal sólo cuando no tenga beneficios procompetitivos y cuando los haya, donde el descuento produce daños sustanciales desproporcionados respecto a estos beneficios. El Departamento no cree que un beneficio trivial pueda compensar los efectos anticompetitivos sustanciales.

#### **4.2. *Ilegalidad de las rebajas y descuentos anticompetitivos en el derecho de competencia comunitario***

La ilegalidad de las rebajas y descuentos anticompetitivos se ha tipificado bajo la jurisprudencia y la doctrina al amparo del artículo 82 TCE, en función de su potencial de excluir o aniquilar a los rivales de primera línea al no poder tener acceso a los clientes<sup>1676</sup> ya que afecta a la estructura de competencia en el mercado<sup>1677</sup>.

---

<sup>1676</sup> En alguna jurisprudencia [§526 Sentencia TJCE de 16-12-1975. *Société Anonyme Générale Sucrière y otros*. Asuntos acumulados 40-48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73 RJ 1977 p. 445. Sentencia TJCE de 13-2-1979. *Hoffman-La Roche & Co. A.G. c/ Comisión de la CE*. Caso 85/76. RJ 1979 p. 459. Apartado 134] se ha considerado también que la conducta afecta el apartado b) del artículo 82 TCE, limitación de la producción, los mercados o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores. La norma, si bien no contiene ninguna referencia a un efecto del comportamiento de la empresa dominante en la competencia, la jurisprudencia señaló que podía por supuesto ser aplicable en los supuestos de aplicación de rebajas de fidelidad, en que haya este efecto. Si bien, recientemente, en la STJCE *British Airways* la tipificación ha quedado establecida sólo en la infracción del artículo 82 TCE en su conjunto. Véase §57 de la STJCE *British Airways Plc c/ Comisión CE y Virgin Atlantic Airways Ltd*. De 15-03-2007. Así aquellos esquemas de rebajas o descuentos que son ofrecidos a determinados clientes por sus determinadas características, por ejemplo, por estar situados en una zona geográfica en la que también operan otros rivales, porque aquellos a los que son ofrecidos los esquemas son clientes de otros rivales a los que la empresa en posición de dominio quiere excluir del mercado, o porque les ofrece descuentos a cambio del compromiso del cliente de no comprar de los rivales; los efectos de exclusión son muy claros, el objeto es ocasionar el retiro del competidor. Así, las consecuencias netas del consumidor derivadas del comportamiento pueden ser difíciles de determinar y entonces no son necesariamente pro competitivas. [Willard K. Tom, David A. Balto y Neil W. Averitt. “Anticompetitive Aspects of Market – Share Discounts and other Incentives to Exclusive Dealing”. En *Antitrust Law Journal*, Vol 67, 2000, págs. 615-639.] A *grosso modo*, el daño afecta al consumidor en el corto plazo, en la medida que no se pueden beneficiar de precios más bajos ya que como consecuencia de la ralentización de la eficiencia de los rivales gracias al uso de los esquemas, éstos no pueden efectuar una coacción competitiva efectiva a la

Al considerar la ilegalidad, es necesario, en primer lugar, verificar si estos descuentos o incentivos pueden producir un efecto de exclusión, es decir, si pueden, por un lado, dificultar o imposibilitar el acceso al mercado de los competidores de la empresa en posición dominante y, por otro, dificultar o imposibilitar la elección entre varias fuentes de aprovisionamiento, para sus otras partes contratantes, o sus socios comerciales.<sup>1678</sup>

Los esquemas de rebajas y descuentos cuando son fijados por una empresa en posición de dominio, infringen el artículo 82 TCE en cuanto producen o amenazan la aniquilación o exclusión de las empresas competidoras reales o potenciales de la empresa en posición de dominio, que se produce en el momento en que como consecuencia de la aplicación del esquema de rebajas o descuentos, la ventaja financiera que implica el precio ofrecido por los productos o servicios, es tan considerable, que los rivales no pueden ofrecer el producto o servicio en las mismas condiciones que la dominante<sup>1679</sup>.

---

empresa dominante y es probable que al final tengan que retirarse del mercado, o persistir en condiciones menos eficientes, asumiendo el incremento de sus costes de producción. A largo plazo, los consumidores estarían afectados porque la empresa en posición de dominio, una vez que ha constatado la debilidad de sus competidores, o que ha conseguido eliminarlos, elevará los precios aún más. Véase M. Siragusa. "Application of article 86: tying arrangements, refusals to deal, discrimination and other cases of abuse". en Van Damme. "*Le réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire.*" Bruges de Tempel. Tempehoff. 1977. Pág. 399 y ss. Véase también John Temple Lang. "Monopolisation and the Definition of 'Abuse' of a Dominant Position under article 86 EEC Treaty". *C.M.L.R.* 1979 pp.345 y ss pág. 352. Véase también Braun-Gleiss-Hirsch. *Droit des Ententes de la CEE* 1.977. pág. 342. Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*. Editorial Colex. Madrid 2003. M.Waelbroeck y A. Frignani. *Derecho de la Competencia* Tomos I y II. Edit. Bosch. Barcelona. 1998. Versión española por Ignacio Sáenz Cortabarría Fernández y Marta Morales Isasi. Pág. 750. "Defining Legitimate Competition: How to clarify pricing abuses under article 82 EC". John Temple Lang y Robert O'Donoghue. En *Fordham Internatinal Law Journal*. Vol. 26. Pág. 83-162. 2002.

<sup>1677</sup> Es decir, aquella consagrada en el apartado g) del artículo 3 del TCE

<sup>1678</sup> §68 de la STJCE *British Airways Plc c/ Comisión CE y Virgin Atlantic Airways Ltd.* De 15-03-2007

<sup>1679</sup> § 518 y 527 de la STJCE *Suiker Unie*: Mediante la aplicación de rebajas de fidelidad, la empresa consolidaba su posición dominante por medios anticompetitivos, que es incompatible con el artículo 82 TCE, por lo que el Tribunal condena las rebajas de fidelidad, al distorsionar la competencia, debido al efecto ocasionado por la privación de la libertad de los clientes de escoger sus fuentes de suministro y consiguiente exclusión de competidores. En el mismo sentido STJCE de 13-2-1979. *Hoffman-La Roche & Co. A.G. c/ Comisión de la CE*. Caso 85/76. RJ 1979 p. 459. Apartados 89 y 90. Sentencia TJCE de 9-11-1983. *Caso NV Nederlandsche Baden Industrie Michelin v. Comisión de la CE*. Causa 322/81. RJ 1983 p. 3461 y ss.§71. En los casos subsiguientes tanto la Comisión como los Tribunales comunitarios, han aplicado el mismo criterio invocando al efecto la jurisprudencia de los casos citados. Véase: Decisión de la Comisión CE 5-12-1988. *British Plasterboard Plc.* DOCE L052/42. Apartado 122 Sentencia TPI de 1-4-1993. *British Plasterboard Plc. /Comisión.* Caso. T-65/89. RJ 1993p. II-0389, apartado 120 Sentencia TJCE 6-4-1995. *BPB Industries Plc y British Gypsum Ltd.* Asunto C-310/93P. RJ 1995 P. I-0865. Que confirma la sentencia del TPI; Decisión de la Comisión CE de 13-12-2000. *Ceniza de Sosa---ICI*. Nº 33.133-D. DOCE L 10 pág.33-50 de 15-1-2003, apartado 137. Decisión de la Comisión CE de 13-12-2000 *Ceniza de sosa---Solvay* Nº 33.133-C. DOCE L 10 pag. 10-32 de 15-1-2003, apartado 149. Decisión de la Comisión CE de 14-5-1997. *Irish Sugar Plc.* DOCE L258/1 de 22-9-1997 apartado 152. Sentencia TPI 7-10-1999. *Irish Sugar Plc c/ Comisión CE* As. T-228/97. RJ 1999-II-2969, apartado 197. Decisión de la Comisión de 20-3-2001 *Deutsche Post AG.* 2001/354/CE. DOCE L 125/27 de 5-5-2001, apartado 33; Decisión de la Comisión CE de 14-7-1999. *Virgin/British Airways.* DOCE L030 de 04-02-2000 p. 1-24. Apartado 96. Sentencia del TPI de 17-12-2003, As. T-219/99 *British Airways Plc. c/ Comisión CE y Virgin Atlantic Airways Ltd.*. RJ 2004. Apartado 244. STJCE *British Airways Plc c/*

Los costes marginales o costes de incremento de los competidores reales o potenciales para conseguir un contrato de suministro a estos clientes, se elevan considerablemente y al final es probable que no les resulte rentable suministrar a los clientes en las mismas condiciones que la dominante.

El precio si bien no llega a ser predatorio, es una conducta predatoria en cuanto le permite a la empresa dominante a través de medios poco costosos mantener su poder de mercado, sin necesidad de esperar a recuperar sus pérdidas, donde el resto de empresas, no pueden hacer una pugna competitiva efectiva.

La estructura del mercado estará caracterizada por unas asimetrías considerables, así tratándose de la cuota de mercado, la de la empresa dominante es un múltiplo de su más inmediato competidor.

Es probable que el producto de la dominante sea un producto 'must stock': que por sus determinadas características, es tan demandado, que los clientes consideran que deben contar con él en sus existencias, en comparación con los productos de sus rivales que aunque de similares características, son menos requeridos por los clientes.

También puede haber casos donde la empresa en posición de dominio gracias a que produce una amplia cartera de productos, en comparación con sus competidoras que suministran sólo una parte limitada de la cartera de productos de la empresa dominante, le permite una mayor preferencia en la compra por los clientes.

Entonces, el efecto general que tiene cualquiera de estos esquemas, reside en las condiciones que la posición dominante impone al esquema lo que genera efectos de exclusión anticompetitivos en los rivales reales en diferentes grados, así como en los competidores potenciales y la limitación de la libertad de los clientes, lo que está condenado bajo el artículo 82 del Tratado CE.

Aquí están incluidas las rebajas diseñadas para cubrir las necesidades totales de los clientes, o sus mayores requerimientos, a través de objetivos de venta individualizados, o descuentos de cuota de mercado, los clientes se encuentran irremediamente supeditados y los que no tienen posibilidades de acceder a estas ventajas considerables, se encuentran discriminados, son los denominados clientes marginales, quienes tienen que efectuar sus compras a un precio superior. También están incluidas las rebajas

---

*Comisión CE y Virgin Atlantic Airways Ltd.* De 15-03-2007§62. Decisión de la Comisión de 20 de junio de 2001. *Michelin*. N°36.041 (2002/405/CE). DOCE L143/1 de 31.5.2002. Sentencia TPI de 30-09-2003. *Caso Manufacture française des pneumatiques Michelin c/ Comisión CE*. As. T-2003/01. Decisión de la Comisión de 20 de junio de 2001. *Michelin*. N°36.041 (2002/405/CE). DOCE L143/1 de 31.5.2002. apartado 227 y Sentencia TPI de 30-09-2003. *Caso Manufacture française des pneumatiques Michelin c/ Comisión CE*. As. T-2003/01. Apartado 56.

disponibles a todos los clientes, que tienen un menor efecto restrictivo ya que sólo ocasionará que debido al efecto de absorción de los clientes, generado por las ventajas económicas que implican estos esquemas, los competidores rivales de la empresa en posición de dominio, no pueden acceder a esos clientes, privándoles de las economías de cuota disponibles en el mercado, elevando sus costes. Sin embargo, no se trata por tanto de establecer la ilegalidad de los esquemas por su categoría o denominación, sino que procede examinar los programas de remuneración controvertidos a la luz de los elementos sobre los que se ha basado hasta ahora la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y que son extrapolables al caso enjuiciado.<sup>1680</sup>

La doctrina está de acuerdo con el criterio sentado por la jurisprudencia, respecto a que los esquemas de rebajas o descuentos a través de los cuales los clientes son obligados a comprar todo o gran parte de sus requerimientos, están prohibidos en la medida que hacen más difícil a los fabricantes más pequeños competir con la empresa en posición de dominio.<sup>1681</sup>

A continuación analizaremos los casos de rebajas y descuentos que han sido considerados por la jurisprudencia, debido a sus efectos de exclusión de competidores generados por las características de estos esquemas y que producen la exclusión de primera línea, es decir de los competidores y que por si mismos son abuso. No analizaremos los efectos anticompetitivos de otra naturaleza, como podrían ser, los efectos de exclusión de segunda línea, que también puede producir como efecto la exclusión de los clientes, cuando a éstos se les discrimina de forma anticompetitiva<sup>1682</sup>, ocasionándoles una desventaja competitiva, o los efectos de vinculación de productos anticompetitiva, ocasionados por rebajas ofrecidas por la compra de dos o más productos.

a) El caso *Suiker Unie*:

---

<sup>1680</sup> §64 de la STJCE *British Airways Plc c/ Comisión CE y Virgin Atlantic Airways Ltd.* De 15-03-2007

<sup>1681</sup> Valentine Korah. *An introductory guide to EC Competition, Law and practice.* Ed. Hart Publishing. Oxford 2.000. M. Siragusa. "Application of article 86: tying arrangements, refusals to deal, discrimination and other cases of abuse". en Van Damme. "*Le réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire.*" Bruges de Tempel. Tempehoff. 1977. Pág. 399 y ss. John Temple Lang. "Monopolisation and the Definition of 'Abuse' of a Dominant Position under article 86 EEC Treaty". *C.M.L.R.* 1979 pp.345 y ss. Véase también Eleanor M. Fox. "What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect". EN *Antitrust Law Journal* 2002, Vol. 70 pág. 372 y ss. en 393

<sup>1682</sup> Infracción al artículo 82 TCE párrafo 2 apartado c). Véase el §58 de la STJCE *British Airways Plc c/ Comisión CE y Virgin Atlantic Airways Ltd.* De 15-03-2007

La Comisión condenó a Suedzucker Verkaufs GMBH (SZV)<sup>1683</sup>, en adelante *Suiker Unie*, por infringir el artículo 82 del TCE, al conceder rebajas de fidelidad, que no eran concedidas en función de las cantidades adquiridas, sino con la condición de que todos los requerimientos anuales de los clientes sean suministrados exclusivamente por SZV,<sup>1684</sup> se aplicaron independientemente de que estuviesen fijadas o no en virtud de los contratos.<sup>1685</sup>

SZV alegó ante la Comisión que la rebaja concedida era muy pequeña, del 0.3% del precio de venta. Sin embargo, la Comisión estableció que la rebaja podía producir efectos de exclusión: La pérdida de la rebaja de fidelidad implicaba que clientes con un requerimiento anual de 30.000 toneladas métricas, representaba 90.000 marcos alemanes y para un requerimiento de 50.000 toneladas métricas, la rebaja representaba 150.000 marcos alemanes. Si el cliente quería comprar de 3.000 a 5.000 toneladas métricas de los proveedores extranjeros, éstos tenían que compensar al cliente por la pérdida de la rebaja anual, aquí residía el efecto de exclusión que ocasionó la condena.

SZV alegó además que las ofertas de los exportadores franceses eran igual de ventajosas por lo que su aceptación habría compensado con creces la pérdida de la rebaja anual. La Comisión admitió que los precios extranjeros eran de 10 a 20 marcos alemanes por tonelada métrica más bajos que SZV.

Sin embargo observó: “SZV ha explotado impropiaamente su posición dominante al conceder rebajas de fidelidad. ... Los compradores dependen al menos de parte de sus suministros de SZV ya que tienen insuficientes facilidades de almacenamiento y necesitan suministros regulares, la desventaja de perder la rebaja es usualmente mayor que la ventaja de comprar azúcar del extranjero incluso si las ofertas son a precios más favorables... Si una rebaja de fidelidad de este tipo es concedida por una empresa que ostenta una posición dominante para limitar más las oportunidades para las importaciones y reforzar esta posición dominante, constituye un abuso, que puede afectar el comercio entre los Estados miembros.”<sup>1686</sup>

La Comisión consideró que a través del comportamiento de *Suiker Unie*, se estaban obstaculizando las posibilidades de acceso al mercado por los competidores extranjeros.

---

<sup>1683</sup> Decisión de la Comisión CE de 2-1-1973. *Société Anonyme Générale Sucrière y otros*. “*Suiker Unie*”. DOCE L140/17 de 26-5-73, § II.E.3

<sup>1684</sup> La Comisión condenó además a RT, quien era una de las empresas que conformaban la posición dominante, bajo el artículo 82 TCE por ejercer presión sobre los exportadores belgas para que éstos limiten sus exportaciones de azúcar a Alemania, además de las infracciones al artículo 81. Véase la Decisión al respecto ya citada.

<sup>1685</sup> § 510 de la Sentencia TJCE de 16-12-1975. *Société Anonyme Générale Sucrière y otros*. “*Suiker Unie*” Asuntos acumulados 40-48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73 RJ 1977 p. 445.

<sup>1686</sup> § II.E.3 de la Decisión *Suiker Unie* ya cit.

El TJCE confirmó el criterio de la Comisión: "...este método de conceder una rebaja también disuade a los clientes implicados de obtener sus suministros de otros productores ya que tienen temor de hacerlo, si no, serán requeridos de devolver el importe del descuento, o que la rebaja será discontinuada en el futuro. El sistema aplicado por SZV era probable de afectar el comercio entre los Estados miembros ya que el efecto disuasivo mencionado arriba relacionado no sólo al azúcar que los clientes de SZV podían comprar de otros productores alemanes, sino también al azúcar que estos clientes habrían podido importar de otros Estados miembros"<sup>1687</sup>

La exclusión resultaba de la naturaleza concreta del caso ya que si bien, los competidores extranjeros podían superar la ventaja financiera concedida por SZV, las rebajas de fidelidad, implicaban que debían suministrarse en el cien por ciento de sus requerimientos de SZV ya que no podían solucionar la falta de instalaciones para el almacenamiento del azúcar que tenían los compradores, por lo que éstos dependían de SZV quien les podía hacer suministros frecuentes. El efecto de fidelización entonces no radicaba en la ventaja financiera del esquema.

La rebaja de fidelidad, implicaba que los clientes debían renunciar a cubrir al menos parte de sus compras de productores competidores. De modo que este no es un caso típico de rebaja anticompetitiva, donde es la ventaja financiera concedida por la empresa posición dominante, que no puede ser igualada por los competidores. El comportamiento estaba destinado a impedir que los competidores extranjeros pudieran vender su azúcar a los clientes de SZV. La Comisión señaló que en algunos casos al menos la rebaja de fidelidad fue abolida o su continuación fue supeditada al cese de las importaciones por sus clientes, por lo que éstos procedieron a poner fin a las importaciones.<sup>1688</sup>

En defensa de su esquema de rebajas, SZV alegó ante el TJCE que esta rebaja era una reducción de precio normal que es legal considerando la importancia de las ventas racionalizadas en una economía competitiva. El TJCE señaló que esta forma de concebir una rebaja olvida el hecho que la rebaja en cuestión no puede ser considerada como una rebaja de cantidad relacionada exclusivamente con el volumen de compras del productor implicado, sino que ha sido clasificada correctamente por la Comisión como una rebaja de "fidelidad" diseñada, mediante la concesión de una ventaja

---

<sup>1687</sup> § 513, 514 (b) y 521 de la STJCE. *Suiker Unie* ya cit.

<sup>1688</sup> § II.E.3 de la Dec. *Suiker Unie* ya cit.



financiera, para evitar que los clientes obtengan sus suministros de productores competidores.<sup>1689</sup>

b) El caso *Hoffmann-La Roché*:

La Comisión condenó a la empresa Hoffmann-La Roché por infringir el artículo 82 TCE al concluir acuerdos que contenían una obligación de exclusividad sobre los compradores, o por la concesión de rebajas de fidelidad ofreciéndoles un incentivo, para comprar todos o la mayoría de sus requerimientos exclusivamente de Hoffmann-La Roché.<sup>1690</sup> El TJCE confirmó este aspecto de la Decisión.<sup>1691</sup>

Se trataba del uso de dos modalidades de rebajas: rebajas de fidelidad y rebajas a margen progresivo. El porcentaje de rebajas concedidas por Hoffmann-La Roché, difería de cliente a cliente y variaba entre 1% y 5%, aunque el cliente Merck recibía las mayores rebajas de 12,5% a 20%, dependiendo de cada grupo de vitaminas. Las rebajas se concedían sobre el suministro total efectuado por Roché (por ejemplo: Dawe's, Organon, Provimi, Radar, Purina) y otros contratos establecen la concesión de la rebaja en función de la adquisición de una proporción particular de los requerimientos del cliente (por ejemplo: Cyanamid, Animedica, Guyomarch, Protector, Ramikal, Trouw) Habían dos tipos de fijación de las rebajas<sup>1692</sup>: En algunos casos la rebaja se fijaba sobre las compras de cada grupo de vitamina y; en otros casos, la rebaja se fijaba sobre todas las compras, de modo que las compras de vitaminas de un grupo se agregaban con las compras de vitaminas de otros grupos. (rebajas agregadas o rebajas por todo el rango de vitaminas).<sup>1693</sup>

Por otro lado, las rebajas de fidelidad, fueron establecidas en los contratos bajo dos métodos de cálculo:

A margen fijo<sup>1694</sup>, es decir no variaban en el porcentaje anual establecido, así los contratos con Dawe, Organon, Provimi, Ralston Purina, American Cyanamid y Trouw;

Y a margen progresivo<sup>1695</sup>: Un grupo de los contratos analizados: suscritos con Beecham, Isaac Spencer, Nitrovit, Pauls and Whites contenían una cláusula con un

---

<sup>1689</sup> § 518 de la STJCE. *Suiker Unie* cit.

<sup>1690</sup> Decisión de la Comisión CE de 9-6-1976. *Hoffmann-La Roche*. DOCE L223/27 de 18-8-1976.

<sup>1691</sup> Sentencia TJCE de 13-2-1979. *Hoffman-La Roche & Co. A.G. c/. Comisión de la CE*. Caso 85/76. RJ 1979 p. 459. Opinión del Abogado General Reischl de 19-9-1978

<sup>1692</sup> § 109 de la S.TJCE *Hoffmann-La Roché* citada.

<sup>1693</sup> Estas rebajas además tenían efectos de tying al vincular la venta de unas vitaminas con otras y el hecho de que cada vitamina formaba parte de un mercado separado.

<sup>1694</sup> *Ibidem* §§ 94-96.

<sup>1695</sup> *Ibidem* §§ 97-101.

compromiso relacionado a “la mayor parte” de los requerimientos del comprador y, por otro lado, una cláusula de rebaja que prevé un descuento, el porcentaje se incrementa – en general del 1 al 2% y luego al 3%- dependiendo de si durante el período de un año, se ha cubierto un porcentaje mayor o menor de los requerimientos estimados del comprador, cada uno de los contratos contenía un valor estimado (en libras esterlinas) de los requerimientos totales y, a la que se suma, en el caso de dos de los contratos (Pauls and Whites desde 1972 y Beecham desde 1972) un estimado cuantitativo de cada uno de los tipos de vitaminas referidos en el contrato.

Por ejemplo, puede hacerse referencia al contrato de Beecham (1-4-1972 a 31-3-1973) donde ya que los requerimientos anuales fueron estimados en un máximo de 300.000 libras, la rebaja proporcionada fue de 1% si la producción alcanzaba el 60%, esto es 180.000 libras, 1,5% si alcanzaba el 70%, esto es 210.000 libras y el 2% si alcanzaba el 80%, esto es 240.000 libras. Hay una fórmula similar en cada uno de los demás contratos, el estimado de los requerimientos difiere de contrato a contrato y de año a año, obviamente para permitir la mayor capacidad de absorción del cliente.

Por otro lado, acordó contratos con el grupo Unilever, en virtud del cual, Roché se comprometía a suministrar cantidades fijas en relación a sus requerimientos.

Con Merck, Roché se comprometió a suministrar la totalidad de sus requerimientos, a cambio, recibía el precio más bajo y las mejores condiciones.

Respecto a las rebajas a margen progresivo, el TJCE señaló que aunque a primera vista parecían rebajas de cantidad, sin embargo observó: en primer lugar era notable que esta forma particular de rebaja esté incorporada en aquellos contratos en los que el compromiso por el comprador de obtener sus compras fueron diseñadas de tal forma que les colocó bajo la menor restricción, esto es que el comprador se comprometía a obtener “la mayoría de sus requerimientos”, así el comprador referido era dejado con considerable libertad de acción.

La naturaleza indeterminada del compromiso redactado así estaba promovido en gran medida por un estimado de los requerimientos anuales y por la concesión de una rebaja que se incrementaba en concordancia con el porcentaje de los requerimientos que eran cubiertos por el proveedor y este margen progresivo es claramente un incentivo poderoso para obtener el porcentaje máximo de los citados requerimientos de Roché.<sup>1696</sup>

De este modo, debido a la considerable ventaja financiera ofrecida por Roché, aplicable sólo si los clientes cumplían con la exclusividad durante un año, éstos se encontraban supeditados, impidiendo que los clientes en cualquier momento, puedan acudir a otros

---

<sup>1696</sup> § 99 de la STJCE *Hoffmann-La Roché* citada.

proveedores, en el caso que éstos pudieran ofrecer una oferta más favorable. La rebaja se cancelaba si el cliente hacía algún pedido de la misma vitamina a otro competidor. La cancelación de la rebaja podía implicar no sólo la rebaja que le hubiera correspondido por esta compra, sino respecto de todas sus compras de Roché. Las ventajas de precio otorgadas no estaban basadas en diferencias en costes generados por Roché en relación a las cantidades vendidas, sino en la venta exclusiva de todos o una gran proporción de los requerimientos de un cliente.

Roché argumentó que las rebajas no eran de importancia para los clientes. El TJCE señaló que debido a la existencia de una empresa en posición de dominio en un mercado donde por esta razón la estructura de competencia ya ha sido debilitada, cualquier debilitamiento adicional de la competencia puede constituir un abuso de posición dominante.<sup>1697</sup>

Al igual que en *Suiker Unie, Hoffmann-La Roché* alegó en su defensa, que las rebajas concedidas eran de cantidad y no rebajas de fidelidad o que éstas correspondían a una transacción económica con el cliente justificando la consideración de este tipo.<sup>1698</sup>

El TJCE rechazó la defensa señalando: “Este método de calcular las rebajas difiere de la concesión de rebajas de cantidad, solamente relacionadas con el volumen de compras de los productores implicados en que las rebajas en cuestión no dependen de cantidades fijadas objetivamente y aplicables a cualquier posible comprador, sino en estimados efectuados de caso a caso, para cada cliente de acuerdo a la última supuesta capacidad de absorción, el objetivo que se quiere conseguir no es la cantidad máxima, sino los requerimientos máximos.”<sup>1699</sup>

### c) El caso Deutsche Post AG:

Aunque este caso, es muy posterior al caso *Hoffmann-La Roché* es similar a éste, en cuanto se refiere a la aplicación de descuentos de fidelidad y sus métodos de cálculo: a margen fijo y a margen progresivo o escalonado, como veremos.

La Comisión estableció que entre 1974 y 2000, Deutsche Post AG (en adelante DPAG)<sup>1700</sup> infringió lo dispuesto en el artículo 82 del Tratado CE al exigir a los clientes de sus servicios de paquetería en el ámbito de la venta a distancia, como contrapartida

---

<sup>1697</sup> Ibidem § 124.

<sup>1698</sup> § 92 de la STJCE *Hoffmann-La Roché* ya citada.

<sup>1699</sup> Ibidem § 100.

<sup>1700</sup> Decisión de la Comisión de 20-3-2001 *Deutsche Post AG*. “DPAG”. N° 2001/354/CE. DOCE L 125/27 de 5-5-2001.

de la aplicación de un precio especial, que se comprometieran a despachar a través de DPAG la totalidad –o el mayor porcentaje posible- de su demanda de envío de paquetes no voluminosos de un peso de hasta 20 o 31,5 kilos o de catálogos de peso superior a un kilo (envíos publicitarios pesados).

Se trataba de dos modalidades de rebajas: Las rebajas de fidelidad y rebajas a margen progresivo. La Comisión señaló: Los regímenes acordados por DPAG desde 1974 en el ámbito de la paquetería, contenidos en unos contratos tipo aplicables a todos los clientes, constituían descuentos de fidelidad a tenor de la jurisprudencia en el asunto *Hoffmann-La Roché* <sup>1701</sup>:

a.-) Calificó como descuentos cuyo método de cálculo estaba relacionado exclusivamente a la totalidad de la demanda del cliente, o descuentos a margen fijo, descritos por el TJCE en su Sentencia *Hoffmann-La Roché* <sup>1702</sup> a los siguientes contratos<sup>1703</sup> :

Los contratos de operación de 19-12-1974, 3-8-1984, 13-2-1987 y 16-4-1987 contenían una disposición por la que la empresa se comprometía a confiar a DPAG todos sus paquetes no voluminosos de hasta 10 o 20 kg. El contrato de cooperación de 25-6-1995 que contenía una disposición por la que el precio especial se supeditaba a que el cliente cediera a DPAG el volumen de envíos despachado el año anterior a través de un competidor para que viniera a sumarse en el ejercicio siguiente al volumen de envíos ya despachado por DPAG.

Los cuatro contratos de cooperación suscritos desde noviembre de 1997 contenían una disposición que no estaba relacionada con un determinado volumen, sino exclusivamente a la demanda del cliente en cuestión y que concedía el descuento como “contrapartida” al recurso exclusivo a DPAG. Además, esta política de descuentos también obstaculizó la competencia en el propio ámbito de la venta a distancia.<sup>1704</sup>

El contrato de 28-9-1.998 supeditaba la reducción del precio unitario a que la empresa entregara la totalidad de sus envíos publicitarios pesados.

b.-) Calificó como descuentos a margen progresivo o descuentos escalonados, aquellos contratos que el TJCE en su sentencia *Hoffmann-La Roché* calificó de contratos de descuentos crecientes (rebajas a margen progresivo). Conforme a dicho método, el

---

<sup>1701</sup> Ibidem § 33.

<sup>1702</sup> §s 94 a 97 de la S TJCE *Hoffmann-La Roché* cit.

<sup>1703</sup> § 34 de la Dec. DPAG cit.

<sup>1704</sup> Ibidem § 38.

descuento aumenta en función del porcentaje de la demanda estimada del cliente que se satisface a lo largo de un año.<sup>1705</sup>

El contrato de 2-11-1998, que supeditaba el descuento a que el cliente confiase a DPAG al menos un porcentaje de sus envíos publicitarios pesados. Apunta, asimismo, a una supeditación exclusiva con la demanda –y no a la cantidad- el hecho de que el cliente también obtuviera la reducción de un porcentaje aunque su volumen anual fuese inferior a un porcentaje mínimo de su demanda, siempre y cuando la demanda despachada a través de DPAG representara un porcentaje de su demanda global.

Los contratos de cooperación de 26-3-1999 y 3-1-2000 condicionaban el descuento a que el cliente entregase como mínimo un porcentaje de sus envíos publicitarios pesados. Este descuento aumentaba en función del incremento del porcentaje que el cliente despachara a través de DPAG. También apunta a una recompensa de la fidelidad el hecho de que el contrato de 26-3-1999 contuviera una disposición sobre un pago por adelantado de descuentos que se devengaban en un momento posterior por una cantidad de millones de marcos alemanes. Este pago por adelantado ya devengó a los 3 días de la firma del contrato, el 30-3-1999 –con anterioridad a la entrada en vigor el 1-6-1999 del contrato propiamente dicho-, antes de que DPAG prestara servicio alguno y sin que el beneficiario tuviera que realizar a cambio, una prestación económicamente valiosa para DPAG. La Comisión estableció que estos descuentos de fidelidad pueden repercutir en las posibilidades competitivas de otros proveedores de servicios de paquetería para la venta a distancia. Un acceso exitoso al mercado de los servicios de paquetería para la venta a distancia presupone un volumen de envíos determinado (unos 100 millones de paquetes o catálogos), o sea, el volumen de envíos de al menos dos socios de cooperación de este sector.

Con los descuentos de fidelidad aplicados a los socios de cooperación más importantes, DPAG impedía de forma consciente que los competidores alcanzaran la “masa crítica” de unos 100 millones de volumen anual.<sup>1706</sup> El efecto de absorción de los clientes, hacía que se mantuviera una oferta no rentable.

La política de los descuentos de fidelidad iba en detrimento de la competencia, pues el efecto de “absorción” derivado de los descuentos de fidelidad en los servicios de paquetería para la venta a distancia hacía que se mantuviera una estructura de la oferta no rentable con las siguientes características:

---

<sup>1705</sup> §s 97 a 100 de la S TJCE *Hoffmann-La Roché* cit.

<sup>1706</sup> § 37 de la Dec. DPAG. Cit.

.- Se despilfarraban recursos porque el operador dominante no cubría sus costes adicionales relacionados a la prestación y, por tanto, generaba la necesidad de proceder a “subvenciones cruzadas” permanentes desde el ámbito reservado.

.- Se imposibilitaban otras alternativas más rentables que cubrieran los costes sin recurrir a tales “subvenciones”

.- Como consecuencia de ello, se empleaba una cantidad de bienes escasos superior a la estrictamente necesaria para la prestación de los servicios de paquetería para la venta a distancia y

.- Los consumidores del ámbito reservado se veían obligados a financiar un despilfarro evitable de recursos escasos.

La Comisión señaló que de la jurisprudencia reiterada de los tribunales comunitarios<sup>1707</sup> se deduce que los esquemas de descuentos supeditados al cumplimiento de un porcentaje de la demanda del cliente generan, por la mera lógica de su cálculo, un efecto de “absorción” que va en detrimento de la competencia. Los clientes que aceptan un acuerdo de descuentos de este tipo por regla general terminarán despachando sus envíos exclusivamente a través de la empresa que concede dichos descuentos.

Además, un régimen de descuentos supeditado a la compra de un porcentaje de la demanda del cliente surte, debido a su lógica de cálculo, un efecto obstaculizador ajeno a la prestación propiamente dicha. Este efecto se deriva del hecho de que los competidores se ven obligados a ofrecer descuentos para compensar las pérdidas que soportan los clientes al reducir el porcentaje que despachan a través de DPAG y al aplicárseles, por tanto, un descuento menor.<sup>1708</sup>

Aunque la Comisión no establece concretamente en qué consistía la ventaja financiera concedida a través de los descuentos de fidelidad a los clientes –reforzada entre 1990 y 1995 por unos precios inferiores a los costes adicionales supeditados a la prestación de los servicios para la venta a distancia-, observa el efecto de absorción de los clientes que impedía que el sector alemán de la venta a distancia recurriera a proveedores de otros Estados miembros ya que ningún proveedor de servicios de paquetería de otro Estado miembro logró consolidarse con un volumen digno de mención en el mercado alemán, que le permitiese efectuar pugna competitiva efectiva a Deutsche Post.

---

<sup>1707</sup> Citó las sentencias del TPI en los casos *Irish Sugar* y del TJCE *Hoffmann-La Roché* § 90 y *Michelin NV*, § 85. Las citas de esta jurisprudencia se refieren a los efectos de los descuentos anticompetitivos: la privación de la libertad de los clientes de seleccionar un proveedor, a la luz de la situación de mercado más favorable sin sufrir una desventaja económica apreciable. Y el efecto de hacer el acceso al mercado más difícil para los competidores. La posición de dependencia en que se encuentran los clientes y que es creada por el sistema de descuentos anticompetitivos no está basada en ninguna ventaja de contrapeso que pueda estar económicamente justificada.

<sup>1708</sup> § 38 de la Decisión. *DPAG* cit.

Estos esquemas además fueron considerados como predatorios, ofrecían el servicio por debajo de su precio de coste con el objeto de expulsar a las empresas competidoras o de impedir que éstas accedan al mercado, de tal manera que la empresa dominante podía aumentar aún más su poder global en el mercado. La Comisión señaló que estos precios injustificadamente bajos infringen lo dispuesto en la letra a) del apartado 2 del artículo 82 del Tratado CE. Según la jurisprudencia de los tribunales comunitarios, el precio es abusivo cuando se sitúa por debajo de los costes variables medios de la empresa dominante.<sup>1709</sup>

Entre las defensas alegadas por DPAG invocó el poder de negociación de los clientes, alegó que puso en funcionamiento el sistema de descuentos de fidelidad debido al poder negociador de los grandes clientes. La Comisión contestó los mismos argumentos establecidos por el TJCE en *Hoffmann-La Roché*<sup>1710</sup>, señaló que una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado no puede imponer a sus clientes, ni siquiera por deseo expreso de éstos la obligación de satisfacer toda su demanda o una parte considerable de la misma recurriendo a dicha empresa dominante.<sup>1711</sup>

d) Los casos *ICI* y *SOLVAY*:

Una variedad de los esquemas de rebajas de fidelidad, son las rebajas ‘top slice’ que fueron aplicadas por ICI y Solvay.

La Comisión estableció que ICI y Solvay infringieron el artículo 86 (actual artículo 82 TCE), sin embargo, por defectos de forma, las decisiones fueron anuladas por el TPI, el fallo fue confirmado por el TJCE. Si bien las decisiones de 1990 permanecen invariables, han tenido que ser re adoptadas en una forma propia y debida.<sup>1712</sup>

1).- El caso *Imperial Chemical Industries Plc* (en adelante *ICI*).

---

<sup>1709</sup> Ibidem § 35.

<sup>1710</sup> § 89 de la S TJCE *Hoffmann-La Roché* cit.

<sup>1711</sup> § 41 de la Dec. DPAG cit.

<sup>1712</sup> Decisión de la Comisión CE de 19-12-1990. IV/33.133-D, *Ceniza de Sosa---ICI*. N° 91/300/CEE DOCE L152/40 de 15-6-1991 y Decisión de la Comisión CE de 19-12-1990 IV 33-133-C, *Ceniza de sosa---Solvay* N° 91/299/CEE DOCE L152/21 de 15-6-1991. Sentencia TPI 29-06-1995 *Ceniza de Sosa-ICI c/. Comisión* As. T-37/91 RJ I-1901. Sentencia del TPI de 29-6-1995 *Ceniza de Sosa- Solvay c. Comisión*. As. 32/91 RJ II-1825. Sentencia TJCE de 6-4-2000 *Imperial Chemical Industries Plc (ICI) c. Comisión*. As. C-286/95 P, RJ 2000 Sentencia TJCE de 6-4-2000 *Solvay c. Comisión*, As. C-287/95 P y C-288/95 P RJ 2000. Comunicado de Prensa de la Comisión IP/00/1449 de 13-12-2000. Las decisiones fueron anuladas por el TJCE y han sido sustituidas por : Decisión de la Comisión CE de 13-12-2000. *Ceniza de Sosa---ICI*. “ICI” N° 33.133-D. DOCE L 10 pág.33-50 de 15-1-2003 Decisión de la Comisión CE de 13-12-2000 *Ceniza de sosa - Solvay* “Solvay” N° 33.133-C. DOCE L 10 pag. 10-32 de 15-1-2003.

La Comisión estableció que Imperial Chemical Industries Plc. (ICI) infringió desde aproximadamente 1983 hasta como mínimo finales de 1989 lo dispuesto en el artículo 86TCE, en la actualidad artículo 82 TCE, al adoptar un modo de proceder destinado a excluir o limitar drásticamente la competencia.

Antes de analizar el abuso, hay unas características especiales en este caso que se deben tener en cuenta:

En circunstancias favorables a la exportación, los productores estadounidenses de ceniza de sosa natural comenzaron a penetrar el mercado Europeo a finales de los años setenta, sin embargo, en 1982, la industria europea solicitó ante la Comisión con éxito medidas de protección antidumping frente a las importaciones de ceniza de sosa de alta densidad procedente de Estados Unidos.

Entre las medidas de protección antidumping, al competidor de ICI, Allied (posteriormente General Chemical) fue obligado a mantener los precios por encima del mínimo de 112,26 libras esterlinas/tonelada franco almacén.

Durante la mayor parte del período a que se refiere la Decisión, el precio mínimo de General Chemical fue de unas 119 libras esterlinas/tonelada franco almacén. Partiendo de 112,26 libras esterlinas.<sup>1713</sup>

Si General Chemical infringía las medidas, excediéndose de estos precios, implicaba la aplicación de derechos antidumping prohibitivos. Las medidas antidumping establecidas expiraron en noviembre de 1989.

Para ICI, la supresión de las medidas de protección antidumping contra las importaciones de Estados Unidos podía haber comprometido hasta la mitad de sus beneficios.<sup>1714</sup>

Considerando este precio mínimo al que estaba limitado el único competidor: General Chemical, ICI concedió a todos los clientes, un descuento de 5 a 20 libras esterlinas/tonelada sobre el volumen adicional.

Al no poder situar realmente General Chemical sus precios por debajo de 112,26 (si no de 119 libras esterlinas, el precio acordado no oficial), debido a los compromisos antidumping, ICI, pudo asegurarse de que su presencia en el mercado quedaba minimizada mediante el sistema de descuentos sobre el tramo superior.

El otro competidor de ICI era Brenntag (anteriormente TR Internacional), era importador de ceniza de sosa de Polonia, no existían derechos antidumping sobre la

---

<sup>1713</sup> Véase el § 52 de la Dec. *ICI* ya citada.

<sup>1714</sup> *Ibidem* § 36-45.



ceniza de alta densidad procedente de Europa del Este, pero la ceniza no comunitaria importada al Reino Unido estaba sujeta a unos derechos de aduana del 10%.

El efecto entonces fue impedir a otros productores de acceder a una competencia genuina con ICI. Para competir, habrían tenido que ofrecer grandes descuentos en todo el volumen de sus compras, donde ICI estaba aplicando sólo (a la parte restante) el “top slice”.

Los principales clientes eran los fabricantes de vidrio, para sus suministros de ceniza de sosa, era importante tener el abastecimiento de ceniza garantizado, por lo que en la mayor parte de los casos, los fabricantes tenían contratos de duración relativamente larga, con uno de los grandes proveedores, con lo que cubrían la mayor parte de sus necesidades y otro proveedor que les servía de fuente complementaria. Para reducir el impacto competitivo del segundo proveedor de este tipo, ICI (y también Solvay como veremos más adelante) desarrollaron un sistema de precios ‘two-tier’. El tonelaje esencial era vendido al precio normal, pero las cantidades adicionales que el cliente de otro modo podía adquirir de otro proveedor, el ‘top slice’, era ofrecido a un descuento sustancial (y secreto).

ICI aplicó los llamados “descuentos sobre el tramo superior” de hasta 30 libras esterlinas por tonelada sobre el volumen marginal. Eran incentivos financieros que se concedían a los clientes en forma de importantes descuentos para inducirles a comprar a ICI, no sólo el volumen “principal” que habrían adquirido normalmente de su principal proveedor, sino también el volumen marginal que podrían comprar o comprarían si no a un segundo proveedor, que en el Reino Unido habría sido TR (posteriormente Brenntag) o Allied (posteriormente General Chemical)<sup>1715</sup>

Así, uno de los mayores clientes de ICI fue Pilkington, ICI concedía a Pilkington un descuento de entre 20 hasta 30 libras/tonelada sobre su “tramo superior” (es decir a partir de 120 kilotoneladas). ICI ofrecía para las cantidades suministradas por General Chemical (cuyo precio creía que era de 128,50 libras esterlinas) la cantidad de 108,75 libras esterlinas. La política de Pilkington consistía en no pasar a depender de un único productor, por lo que estaba pagando efectivamente un recargo de casi 20 libras esterlinas/tonelada para contar con un segundo abastecedor. Posteriormente, ICI se hizo con la mayor parte del negocio. General Chemical, para incrementar los pedidos del cliente Pilkington habría tenido que ofrecer a precios superiores al compromiso de precios mínimos establecidos en los procedimientos antidumping.

---

<sup>1715</sup> Ibidem § 61 y 62.

ICI tenía otro gran cliente que era Rockware, con quien llegó a un acuerdo para suprimir todas sus compras a Brenntag y mantener un volumen constante de pedidos de 7 kilotoneladas a General Chemical. Para Rockware seguir tratando con Brenntag en vez de ICI hubiese supuesto un recargo de unas 100.000 libras esterlinas (4.500 toneladas x 22 libras esterlinas de descuento).

La Comisión concluyó que las importantes variaciones en el tramo superior que activaban el mecanismo del descuento entre los diferentes clientes demostraron que el sistema de descuentos sobre el tramo superior y los beneficios en los precios que llevaba consigo no dependían de las diferencias en los costes de ICI en relación con las cantidades suministradas, sino de que el cliente comprara el tramo superior a ICI.

La Comisión condenó las rebajas, invocando primero los anteriores casos de rebajas de fidelidad<sup>1716</sup>: Consideró que ICI había supeditado a los clientes con el objeto de lograr la exclusión a través de los descuentos sobre el tramo superior entre otros comportamientos condenados.<sup>1717</sup>

2).- El caso *Solvay* .- La Comisión estableció en su Decisión que Solvay et Cie SA, ahora Solvay SA (en adelante *Solvay*), infringió lo dispuesto en el artículo 86 del Tratado CEE, (actual artículo 82 TCE, desde 1983 hasta finales de 1990 aproximadamente al adoptar un comportamiento para excluir o restringir considerablemente toda competencia; entre los varios comportamientos considerados abusivos, uno de ellos consistió en la concesión de descuentos importantes y otros incentivos económicos con referencia a un volumen marginal que exceda del volumen básico contratado por el cliente con el fin de garantizar que éste compre a Solvay los suministros para satisfacer todas o la mayor parte de sus necesidades;

Con arreglo al sistema de descuentos que se aplicaba a los principales clientes, el volumen “principal”, que suele corresponder aproximadamente al 80% de las necesidades anuales del cliente, Solvay facturaba al precio establecido con el descuento por cantidad habitual (o sea, el 10%) por el volumen marginal por encima de las necesidades básicas del cliente, éste obtenía un descuento del 20% y además, se realizaba un importante pago mediante cheque.<sup>1718</sup>

Así, a su cliente Vegla, en 1989, le aplicaba un descuento del 10% en concepto del volumen de cantidad habitual por 85 kilotoneladas; otro descuento del 20% sobre el

---

<sup>1716</sup> Ibidem § 137.

<sup>1717</sup> Las cláusulas de suministro exclusivo y (en un caso al menos) otras ventajas económicas supeditadas a que el cliente compre todos sus suministros a ICI.

<sup>1718</sup> § 59 de la Dec. *Solvay* ya cit.

volumen “marginal” de 43 kilotoneladas y un cheque en función del volumen marginal de 3.349.000 marcos alemanes.

Considerando el precio de catálogo ex fábrica: 403 marcos alemanes, el precio con el descuento del último tramo  $(403 - 20\%) = 322,40$  marcos alemanes. A ello hay que agregar el pago especial mediante cheque de 3.349.000 marcos alemanes = 77,16 marcos alemanes por tonelada. El precio neto por tonelada por el volumen marginal era de 245,24 marcos alemanes.  $(322,40 - 77,16)$

La consecuencia del sistema de descuentos era que todo competidor que trataba de convertirse en el segundo suministrador, arrebatando a Solvay una parte del abastecimiento de un cliente (es decir, el volumen marginal), tenía que ofrecer un precio por dicha cantidad por lo menos igual, sino inferior al de Solvay; 245 marcos alemanes en el ejemplo anterior.

Pero, mientras que el competidor tenía que ofrecer ese bajo precio no rentable por todo el volumen ofrecido, Solvay sólo tenía que hacerlo por el último tramo. De esta forma, aunque la cantidad marginal no se suministrara más que a 245 marcos alemanes por tonelada, el precio medio por tonelada de Solvay en todo el volumen suministrado era de 320 marcos alemanes.

Dicho de otra forma, si el competidor quería arrebatar una actividad marginal a Solvay, tenía que compensar al cliente por la pérdida de la ventaja financiera que debía soportar al no comprar el producto a Solvay. En el ejemplo presente, esas ventajas ascendían a 6.850.000 marcos alemanes. El segundo suministrador tenía que absorber el coste del descuento en algo más de 43.000 toneladas mientras que Solvay podía repartir el descuento en una cantidad tres veces superior.<sup>1719</sup>

El precio de 245 marcos alemanes era muy inferior a cualquier precio económico que hubieran podido ofrecer los demás productores comunitarios. Cualquier productor de ceniza natural que hubiera vendido a ese precio habría incumplido todo compromiso de precios mínimos establecido en los procedimientos antidumping.

La Comisión señaló que el esquema de rebaja hizo “difícil o imposible para un proveedor existente o potencial acceder como un segundo proveedor para el tonelaje marginal ya que con el objeto de igualar las ventajas sustanciales económicas ofrecidas por Solvay y obtener una orden del tramo máximo de negocio, habría tenido que vender a un precio no rentable o a “dumping”.<sup>1720</sup>

---

<sup>1719</sup> Ibidem § 64-5.

<sup>1720</sup> Ibidem § 52.

Con las favorables condiciones que ofrecía Solvay para las cantidades marginales, el cliente estaba poco motivado para buscar un segundo suministrador y éste no tenía ningún interés en hacer una oferta para satisfacer las necesidades marginales del cliente ante la nula rentabilidad del precio que habría tenido que ofrecer.<sup>1721</sup>

También fue relevante el período de tiempo ya que los contratos no tenían fecha de finalización y únicamente se estableció que el cliente debía informar su decisión de cancelar los pedidos como mínimo con dos años de anticipación.

Se trataba de rebajas en las que el objetivo era que el cliente concentrara la totalidad de los requerimientos en la empresa en posición de dominio.

La defensa alegada por *Solvay* fue igual que la invocada en *Suiker y Hoffman-La Roché*, *Solvay* adujo que los descuentos no pretendían ser un incentivo a la fidelidad, sino que simplemente constituían un tipo de descuento por volumen cuya concesión dependía de que los clientes hubiesen alcanzado en sus compras un volumen mínimo concreto y previamente determinado. La Comisión señaló que de los diversos documentos y las ventajas económicas concedidas, no estaban relacionados con ningún ahorro de costes relacionado con las cantidades suministradas. El importe de los descuentos variaba de forma considerable de un país a otro y, dentro de cada Estado miembro, el volumen “umbral” a partir del cual se activaba el descuento por el volumen marginal variaba de un cliente a otro en función de su consumo total.<sup>1722</sup>

e) El caso *Hilti*:

Hilti<sup>1723</sup>, el fabricante y proveedor más importante del mercado común de pistolas grapadoras, grapas y cartucheras utilizadas en el ámbito de la construcción de edificios, la Comisión estableció que al mantener frente a los productores independientes de grapas compatibles con las pistolas grapadoras Hilti una conducta dirigida a impedir su entrada y su penetración en el mercado de grapas compatibles con Hilti, o dirigida a perjudicar directa o indirectamente sus actividades o ambas cosas, constituyeron un abuso de posición dominante con arreglo al artículo 82 TCE. Entre las ocho infracciones enumeradas en la Decisión, la Comisión estableció que Hilti clasificó a sus clientes, las compañías de alquiler de material, como favorecidos y no favorecidos,

---

<sup>1721</sup> Ibidem § 66.

<sup>1722</sup> § 159 y 160 de la Dec. *Solvay* cit.

<sup>1723</sup> Decisión de la Comisión CE de 22-12-1987. *Eurofix-Bauco contra Hilti*. DOCE L65/19 11.03.1988. confirmada por Sentencia del TPI de 12-12-1991. *Hilti c/. Comisión*. As. T-30/89. RJ 1991 p. II-1439. Confirmada por Sentencia TJCE de 2-3-1994. *Hilti c/ Comisión*. As. C-53/92P. RJ 1994 p. I-0667.

según este régimen, las primeras recibían un porcentaje de descuento del 15 al 20%, mayor que las segundas, quienes recibían unos descuentos del 0% al 10%, incluso en pedidos de similar magnitud.

La decisión de un cliente en comprar los artículos correspondientes de los competidores, constituía un elemento esencial del proceso de clasificación, aunque los criterios para la selección se mantenían en secreto y no se dio ninguna explicación a la política aplicada unilateralmente por Hilti y sin consultar a sus clientes.

Entre los requisitos que debían cumplir los clientes ayudados, además de algunos criterios cualitativos, las empresas favorecidas debían cumplir en mostrar la fidelidad de marca con respecto a una familia de productos, estar dispuestas a suscribir un contrato con Hilti y aceptar la política de ventas directas continuadas.<sup>1724</sup>

La Comisión reconoció que algunos criterios aplicados en la selección de los comerciantes para la concesión de los descuentos más altos, eran objetivos, como por ejemplo, que impliquen un período de prácticas o un mayor volumen de pedidos; sin embargo, el empleo de productos independientes en los SFAP, [SFAP: Sistemas de Fijación Accionados mediante Pólvora.] implicaba que se retirase la cláusula de favor y la consiguiente reducción de los descuentos.

La Comisión estableció además que esta política específica, el hecho que la decisión por parte del distribuidor de comprar los artículos correspondientes que no sean de Hilti, constituía el criterio en la decisión para conceder un descuento más alto o más bajo, como parte de una intención general, sistemática y organizada de Hilti de discriminar a los fabricantes independientes de grapas y, por lo tanto, de impedir la competencia de estos rivales.

La Comisión concluyó que la política de descuentos más bajos para los comerciantes no ayudados cuando no estaba basada en consideraciones de cantidad uniformemente aplicada, o cuando no está objetivamente justificada, constituye un abuso de posición dominante.<sup>1725</sup>

Hilti recurrió la decisión de la Comisión, basándose fundamentalmente en negar su posición de dominio, manifestando que si no se admitía este fundamento, admitía que había incurrido en infracción del artículo 82 del Tratado CE y así fue, ambos tribunales confirmaron la decisión.<sup>1726</sup>

#### f) El caso *British Plasterboard*: Los Descuentos de Fidelidad

---

<sup>1724</sup> § 42 de la Decisión CE *Hilti* ya citada.

<sup>1725</sup> *Ibidem* § 82 y 83.

<sup>1726</sup> Véase § 101 de la S. TPI *Hilti* ya citada.

La Comisión declaró que BPB Industries Plc<sup>1727</sup>, a través de su filial en el Reino Unido, British Gypsum, o su filial en Irlanda del Norte Gypsum Industries, había infringido el artículo 82 del Tratado al abusar de su posición de dominio en el suministro de planchas de yeso en Gran Bretaña, en Irlanda e Irlanda del Norte.

Entre los comportamientos abusivos British Gypsum (BG) a efectos de nuestro análisis, se pueden mencionar las siguientes:

a.- “En el período comprendido entre julio 85 y agosto 86, BG infringió lo dispuesto en el art. 86 [actual artículo 82 TCE] al abusar de su posición dominante en el suministro de planchas de yeso en Gran Bretaña, estableciendo un programa de pagos a los comerciantes del sector de la construcción que se comprometieron a comprar el producto exclusivamente de esta empresa.”

b.- “Aplicó una serie de descuentos sobre productos BG suministrados a comerciantes del sector de la construcción en Irlanda del Norte entre junio y diciembre de 1985, que se concedían bajo la condición de que dichos comerciantes no vendieran ningún tipo de planchas de yeso de importación.”

Este aspecto de la Decisión fue confirmado por el TPI y el TJCE.<sup>1728</sup>

En la decisión encontramos además, la aplicación del Descuentos tipo “Extra A”, que fue admitida su legalidad por la Comisión y por tanto que no constituían abuso:

a.- Los pagos de promoción:

BG decidió ofrecer un plan de pagos regulares a sus clientes importantes para recompensar la lealtad de los clientes que cubrieran todas sus necesidades de planchas de yeso a través de BG, a aquellos que estaban siendo presionados para reconsiderar su política de compras a la vista de la competencia a la que se enfrentaban sus establecimientos por parte de otros comerciantes que vendían material de Lafarge o Iberian, o comerciantes que vendían o habían vendido material de Lafarge o Iberian. Los pagos mensuales comenzaron a realizarse en agosto de 1985.<sup>1729</sup> Desde septiembre de 1986, se fueron eliminando progresivamente los pagos a los comerciantes en la medida en que BG introdujo un plan de incentivo de almacenamiento (Super Stockist Scheme) que fue objeto de una Comunicación por la Comisión, emitiendo una

---

<sup>1727</sup> Decisión de la Comisión CE 5-12-1988. *British Plasterboard Plc.* DOCE L052/42.

<sup>1728</sup> Sentencia TPI de 1-4-1993. *British Plasterboard Plc. /Comisión.* Caso. T-65/89. RJ 1993p. II-0389, y Sentencia TJCE 6-4-1995. *BPB Industries Plc y British Gypsum Ltd.* Asunto C-310/93P. RJ 1995 P. I-0865. Conclusiones del Abogado General P.Leger de 31-12-1994.

<sup>1729</sup> § 60-9 de la Decisión de la Comisión CE *British Plasterboard* citada.

declaración que tenía la intención de adoptar una posición favorable con respecto al sistema de descuento notificado por BG.<sup>1730</sup>

La oferta de realizar pagos de promoción a comerciantes individualmente escogidos en lugar de establecer un programa general basado en criterios objetivos sirvió para reforzar aún más la estrecha relación comercial entre BG y los beneficiarios, fortaleciendo los vínculos entre la empresa y estos clientes, así como la naturaleza excluyente del programa. BG argumentó que los pagos realizados a los comerciantes estaban destinados para fines de promoción de ventas.

Por tanto, BG negó que el único propósito del plan fuera conseguir la exclusividad de los comerciantes e impedir las importaciones de planchas de yeso como había sugerido la Comisión. La Comisión aceptó estos argumentos. Su conclusión es que al realizar estos pagos, BG perseguía dos objetivos con un único fin.

La Comisión no aceptó que la exclusividad fuera únicamente una medida de la estrategia de BG de estimular los esfuerzos de promoción de los comerciantes, induciéndoles a concentrarse en sus productos de planchas de yeso. La exclusividad o lealtad constituía un fin en si mismo, cuyo objetivo era evitar que los comerciantes afectados adquirieran y vendieran planchas de yeso de importación.

Es evidente que son muchos los factores que pueden haber influido en los comerciantes a la hora de decidir si almacenaban o no planchas de yeso importadas. Sin embargo, se ha demostrado que diversos comerciantes que sí lo estaban almacenando ordenaron a sus sucursales que dejaran de hacerlo en el momento en que aceptaron los pagos de promoción ofrecidos por BG.

Ante el TPI BG alegó que el plan fue fijado en un contexto en el que la fidelidad a la marca era débil, incluía una oferta de efectuar pagos regulares a los comerciantes mediante contribuciones a sus gastos de publicidad y de promoción, sin perjuicio del respeto a determinados requisitos, entre ellos almacenar una amplia gama de placas de yeso y realizar actividades de promoción. El plan fue una respuesta dirigida a clientes de BG con el fin de recompensar su fidelidad y su principal objetivo era establecer vínculos estrechos con clientes valorados desde hacía mucho tiempo, en un entorno competitivo inestable debido al creciente poder adquisitivo de estos clientes.

Negó que los comerciantes quedaran supeditados a BG para el futuro. A su juicio, los comerciantes tenían libertad para resolver en cualquier momento sus acuerdos

---

<sup>1730</sup> Comunicación efectuada de conformidad con el § 3 del artículo 19 del Reglamento 17 del Consejo y relativa a una solicitud de declaración negativa o de exención con arreglo al § 3 del artículo 85 del Tratado CEE. Asunto N° IV/32.929 –*British Gypsum* “Super Stockist Scheme”. DOCE 8.12.92, N° C 321/9.

contractuales con BG o para rechazar los pagos de promoción y continuar vendiendo placas de yeso importadas. Negó además que se impidiera a los comerciantes almacenar existencias suficientes de los productos competidores. A su juicio, los pagos de promoción no tenían relación alguna con acuerdos relativos a descuentos. En la medida que su finalidad era recompensar a los comerciantes por los esfuerzos promocionales que habían realizado, dichos pagos no son asimilables, en su opinión, a la concesión de condiciones más ventajosas a esos comerciantes.

Alegó además que era incorrecto afirmar que el plan de pagos de promoción constituía una reacción frente a la amenaza de las importaciones, o que su finalidad fuese disuadir a Iberian de importar o debilitarla. El plan pretendía consolidar la situación de los productos a base de yeso, en perjuicio de otros productos alternativos y no de las planchas de yeso importadas como tales, dado que la fidelidad a la marca era débil.

El TPI ratificó la condena, encuadrando el comportamiento como un acuerdo de exclusividad y no como una rebaja o descuento. Rechazó el resto de alegaciones.<sup>1731</sup>

b.- Descuentos aplicados en Irlanda:

Entre Junio y diciembre de 1985, BG retiró los descuentos del 4% sobre el cartón yeso a los comerciantes de Irlanda del Norte de los que tuvo noticia que importaban este producto de España. Luego ofreció a todos los comerciantes descuentos adicionales del 5% con la condición de que compraran exclusivamente a BG y que no negocien con las planchas de yeso importadas.<sup>1732</sup>

El descuento ofrecido a los comerciantes que no importaban planchas de yeso, fue la medida que demostró ser más eficaz para obligar a los importadores a terminar con las compras de material extranjero.<sup>1733</sup>

BG planteó a los importadores que si terminaban con las importaciones, pondría fin a los descuentos de fidelidad. BG admitió que el descuento no tenía como fin entrar en una competencia de precios con otros comerciantes.<sup>1734</sup>

Estos descuentos tenían como fin penalizar aún más a los importadores y bloquear su acceso a los otros comerciantes para la distribución de sus productos. Además les invitó a que abandonaran sus actividades ofreciéndoles un descuento confidencial sobre cantidad al que podían acogerse y un pago posterior como clientes fijos si se suspendían

---

<sup>1731</sup> §s 65-68 de la STPI *British Plasterboard* citada.

<sup>1732</sup> § 92 de la Decisión de la Comisión *British Plasterboard*, citada.

<sup>1733</sup> *Ibidem* § 94.

<sup>1734</sup> *Ibidem* § 98.



las importaciones; algunos de los comerciantes afectados dejaron de importar y se comprometieron a no seguir haciéndolo en el futuro.

La Decisión califica el conjunto de las medidas invocadas de abuso de posición dominante en la medida en que, por una parte, su objeto y efecto fue poner fin a las importaciones y, por otra parte, reforzaron los vínculos de exclusividad entre BG y los comerciantes.<sup>1735</sup>

Aunque la Decisión no detalla al respecto cuál era el plazo que se fijaba como condición para la concesión de estos descuentos y de este modo quedaran supeditados los clientes a la posición dominante, una condición de fidelidad aplicada a los clientes a través de una rebaja como es el caso, está condenada por el derecho de competencia comunitario, por los efectos de exclusión de competidores.

El TPI señaló que la finalidad de los descuentos concedidos entre junio y diciembre de 1985 a los comerciantes de materiales de construcción de Irlanda del Norte era efectivamente impedir que se abastecieran de los proveedores rivales, dado que había quedado suficientemente acreditado que dichos descuentos supeditados a una condición de exclusividad, implicaban necesariamente que sus beneficiarios no comercializaran placas de yeso importadas.<sup>1736</sup>

Defensa.- Derecho a defender sus intereses comerciales.-

BG planteó que incluso una empresa dominante tiene un derecho de legítima defensa frente a actividades gravemente desestabilizadoras del mercado. En su opinión era imposible luchar contra los precios atractivos propuestos por comerciantes poco escrupulosos que se habían procurado una fuente de suministro, en perjuicio de sus competidores.<sup>1737</sup>

BG acusó a los competidores extranjeros de fijar precios de reclamo para los productos importados de Francia y España que ofrecieron a los comerciantes. El TPI rechazó la defensa y señaló no correspondía a BG adoptar medidas por iniciativa propia, como represalia contra los comportamientos comerciales que considere ilícitas o desleales. Lo que importa es si al recurrir a medios diferentes de los que rigen una competencia normal de los productos en función de las prestaciones de los operadores económicos, el comportamiento tuvo por objeto o pudo tener por efecto influir en la estructura de un mercado en el que, a raíz precisamente de la presencia de la empresa de que se trata, el nivel de competencia estaba ya debilitado.<sup>1738</sup>

---

<sup>1735</sup> Ibidem § 149-151.

<sup>1736</sup> § 120 de la S. TPI *British Plasterboard* citada.

<sup>1737</sup> Ibidem § 111.

<sup>1738</sup> Ibidem § 118.

Para justificar su comportamiento, respecto al Descuento “tipo Extra A”<sup>1739</sup> PBP alegó que era una medida defensiva y que también obtenía ahorros en los costes de transporte: La Comisión estableció que desde agosto de 1984 hasta abril de 1987, BG puso en funcionamiento un plan de descuentos para los comerciantes que adquiriesen planchas de yeso “tipo Extra A” en cargas de 25 toneladas en los condados de Hampshire y Dorset, donde la empresa se enfrentaba a una especial competencia de precios con Lafarge (un competidor francés).

BG justificaba que el motivo era para permitir a la empresa valorar las ventajas de coste de utilizar camiones grandes de 38 toneladas, que habían sido autorizados en el Reino Unido desde mayo de 1983, elevando el límite de 32 toneladas.

Las cargas tipo Extra A contienen 2.900 m<sup>2</sup> de planchas para muros, de 9.5 mm. O sus equivalentes en otros tamaños y grosores. La mayor carga anterior de 2.400 m<sup>2</sup> era equivalente a unas 20 toneladas. BG argumentó que hasta ese momento no conocía el ahorro de costes de transporte que podía esperarse, sobre todo por las dudas que existían sobre aspectos fiscales, la configuración de los camiones y otras cuestiones. Se dijo que la oferta del tipo Extra A se limitaba a los dos condados, para que BG pudiera adquirir experiencia y tener mejores costes de acceso en la utilización de camiones más grandes antes de extender el ámbito del proyecto. Las reducciones de los precios introducidos con arreglo al programa eran del orden del 4% en Hampshire y del 5,5 en Dorset. La Comisión estableció que el plan no podía generar ahorros de coste superiores al 1,5% como máximo ya que compensaba sólo una parte de la reducción de precio adoptada. Otra parte de dicha reducción podía haberse logrado si BG hubiera ampliado el plan a nivel nacional.

En estos aspectos, la Comisión consideró objetivamente justificado el comportamiento, durante la fase experimental inicial. BG reconoció que el régimen aplicado limitado a ambos condados no podía generar ahorros proporcionales a la reducción del precio, sin embargo, mantuvo el programa como respuesta a los precios inferiores que ofrecía Lafarge a un cliente importante de esa zona.

La Comisión señaló que aunque la parte de la reducción de precios que no se justificaba objetivamente ni en la fase inicial ni posteriormente que era pequeña (del 4 al 5,5%), era disponible a todos los clientes y aplicada en una zona geográfica bastante limitada,

---

<sup>1739</sup> §s 70-73 y 131-134 de la Decisión de la Comisión CE *British Plasterboard Plc* ya citada.

donde estaba haciendo frente a la competencia de precios más bajos ofrecidos por Lafarge y que tampoco formaban parte de un plan de alineamiento sistemático.<sup>1740</sup>

g) El caso *Irish Sugar*:

La Comisión consideró que Irish Sugar Plc. había infringido el artículo 86 TCE(actual 82 TCE)<sup>1741</sup>, al haber recurrido a métodos diferentes de aquellos que configuran la competencia normal por lo que respecta a los productos y servicios basados en el rendimiento comercial, como parte de una estrategia duradera y global de protección de su posición dominante en el mercado del azúcar en Irlanda y que habían tenido por efecto la obstaculización del mantenimiento del grado de competencia aún existente en el mercado o el crecimiento de la competencia.

A tal efecto, Irish Sugar (y/o Sugar Distributors Limited) (SDL) -en el período anterior a febrero de 1990-, incurrió en varios comportamientos abusivos en el mercado irlandés del azúcar granulado al detalle e industrial en Irlanda entre las conductas abusivas relativas a descuentos anticompetitivos tenemos:

a.- En el período comprendido entre 1986 y 1988, concedió un descuento especial a determinados minoristas establecidos en la zona fronteriza entre Irlanda e Irlanda del Norte.

b.- Aplicó en 1988, un descuento de fidelidad a los clientes potenciales, es decir, un descuento supeditado a la adquisición a Irish Sugar, por parte de los clientes, de la totalidad o de gran parte del azúcar al detalle necesario;

c.- A partir de 1993, aplicó una estrategia que afectaba negativamente a la posición competitiva de otros envasadores de azúcar irlandeses en el mercado del azúcar al detalle, en particular:

c.- i) mediante la concesión de descuentos a grupos mayoristas en Irlanda durante períodos concretos del año 1994 que se supeditaban al incremento de sus compras de azúcar al detalle a Irish Sugar y que tenían por efecto supeditar a los clientes a la empresa en detrimento de los envasadores de azúcar competidores;

c.- ii) mediante la concesión de descuentos selectivos a determinados clientes de los envasadores de azúcar competidores durante el mes de diciembre de 1994 y febrero de

---

<sup>1740</sup> Ibidem § 134.

<sup>1741</sup> Decisión de la Comisión CE de 14-5-1997. *Irish Sugar Plc.* DOCE L258/1 de 22-9-1997. Confirmada en los comportamientos analizados por Sentencia TPI 7-10-1999. *Irish Sugar Plc c/ Comisión CE* As. T-228/97. RJ 1999-II-2969.

1995, que se supeditaban al incremento de sus compras de azúcar al detalle a Irish Sugar.

a.- La concesión de un descuento especial a determinados minoristas establecidos en la zona fronteriza entre Irlanda e Irlanda del Norte.

La Comisión condenó por el comportamiento de Irish Sugar y SDL consistente en la adopción de medidas encaminadas a restringir las importaciones procedentes de Irlanda del Norte, durante 1985-1988, mediante una política de fijación de precios selectivos o discriminatorios en el mercado irlandés del azúcar, incluía la concesión de ventajas especiales a clientes específicos. En particular se establecía un descuento especial a determinados clientes establecidos en la zona fronteriza con Irlanda del Norte (descuentos fronterizos). Su objetivo era reducir las importaciones de paquetes al detalle más baratos procedentes de Irlanda del Norte hacia Irlanda.

El descuento fronterizo se concedía independientemente de factores económicos objetivos como el volumen de ventas de los clientes, sino que se utilizaba y adaptaba siempre que se considerara que la diferencia de precios entre Irlanda del Norte e Irlanda podía inducir a efectuar ventas transfronterizas. La medida se aplicaba, tratándose de importaciones de azúcar de los competidores de Irish Sugar o reimportadores de su propio azúcar. Así pues, los descuentos fronterizos formaban parte de una estrategia de división de mercados y exclusión de los competidores. El descuento no se concedía basándose en razones económicas objetivas, sino exclusivamente en el lugar de establecimiento del minorista y, en particular, si el cliente estaba o no establecido en una zona fronteriza con Irlanda del Norte.<sup>1742</sup>

Si analizamos este comportamiento sin considerar los efectos de la estrategia de exclusión de competidores implementada por Irish Sugar, la condena se debe a los efectos de división del mercado y exclusión de la competencia extranjera.

A diferencia de los descuentos analizados en casos anteriores, el comportamiento también es abusivo porque creaba obstáculos al libre comercio. Así lo señaló también el TPI: “la influencia de la política de precios de operadores principalmente activos en un mercado limítrofe, en este caso en el mercado británico y de Irlanda del Norte, sobre la de los operadores activos en otro mercado nacional, es algo consustancial a un mercado común. Así pues, los obstáculos a tal influencia deben considerarse obstáculos a la realización de dicho mercado común, perjudiciales a efectos de una competencia efectiva y no falseada, sobre todo en lo que atañe a los consumidores. Por consiguiente,

---

<sup>1742</sup> § 128 y 129 de la Decisión de la Comisión CE *Irish Sugar* ya citada.

cuando tales obstáculos sean obra de una empresa que ocupe una posición dominante en una medida comparable a la de la demandante, deberá considerarse que se trata de un abuso...»<sup>1743</sup>

Si bien en *British Plasterboard*, la Comisión aceptó su defensa en responder a la competencia, o *meeting competition*, en este caso, la alegación no fue admitida. *Irish Sugar* alegó ante el TPI que so pena de perder una parte de su clientela y de su volumen de negocios, hubo de decidir hacer frente a la competencia allí donde ésta se manifestaba y que los precios de que se trata no eran predatorios.

El TPI señaló que el carácter defensivo del comportamiento no puede alterar su carácter abusivo a efectos del artículo 82 TCE ya que no demostró que los descuentos tuvieran una justificación económica objetiva, sino que fueron concedidos a determinados clientes en el mercado del azúcar destinado a la venta al por menor en función únicamente de su exposición a la competencia derivada de las importaciones a bajo precio procedentes de otro Estado miembro y, en su caso, en función de su establecimiento a lo largo de la frontera con Irlanda del Norte. Por otro lado, quedó acreditado que financiaba dichos descuentos por medio de sus negocios en el resto del territorio de Irlanda.<sup>1744</sup>

b.-) Aplicación de descuentos de fidelidad:

ASI, competidor de SDL (*Irish Sugar*), llegó a un trato con ADM (*Allied Distribution Merchants*, un grupo mayorista irlandés), uno de los principales clientes de este producto para venderle una gran cantidad de su producto: paquetes de un kilo marca “Eurolux”. Para evitar esta situación, SDL llegó a un acuerdo con ADM para venderle el mismo producto en condiciones más ventajosas que respecto al otro competidor, si las compras alcanzaban un cierto nivel; si se reducía la cantidad de azúcar comprada, el acuerdo quedaría sin efecto y no se aplicaría el precio ventajoso pactado.<sup>1745</sup>

La Comisión señaló que el acuerdo entre SDL y ADM era un descuento de fidelidad, cuyo efecto era supeditar al cliente con el proveedor dominante.<sup>1746</sup>

El TPI confirmó el parecer de la Comisión subrayando que *Irish Sugar* a través de SDL no negó que concedió en abril de 1988 un descuento especial a ADM, que no se basaba en el volumen de las ventas de ADM sino que se determinaba en función de los

---

<sup>1743</sup> § 185 de la STPI. *Irish Sugar* citada.

<sup>1744</sup> *Ibidem* § 175-189.

<sup>1745</sup> § 49 de la Decisión de la Comisión CE *Irish Sugar* citada.

<sup>1746</sup> *Ibidem* § 127 .

objetivos de venta. Recordó la jurisprudencia del TJCE sobre la ilegalidad de los descuentos de fidelidad<sup>1747</sup>, que tienden a impedir, mediante la concesión de ventajas financieras, el abastecimiento de los clientes en otros productores competidores.<sup>1748</sup>

Observó el TPI que la defensa invocada por Irish Sugar, confirma el carácter abusivo del descuento: que ADM, se abastecía de SDL antes de que ASI le ofreciera suministrarle azúcar confirma que la concesión del referido descuento, tuvo como efecto supeditar al cliente con el proveedor en posición dominante, o en otros términos, recuperar a un cliente que estaba tentado a pasarse a la competencia.<sup>1749</sup>

Por último, el TPI observó que el descuento de fidelidad formaba parte de una estrategia de la empresa demandante destinada a proteger su mercado interior y su posición en dicho mercado frente a la competencia del azúcar importado.<sup>1750</sup>

c.-) i.- En la primavera de 1994, Irish Sugar, ofreció descuentos por objetivos, sobre la compra de sus paquetes de 1 kilo de su marca “Siucra” a lo largo de un período de tres meses. Aplicado a los principales mayoristas del sector de la alimentación de Irlanda, condicionado al incremento porcentual en comparación a las anteriores compras efectuadas durante las 26 semanas de abril a septiembre de 1993. El efecto de exclusión de competidores y fidelización de los clientes se practicaba al incrementar las existencias de los clientes, reduciendo las compras a otros competidores:

Los clientes obtenían un descuento de aproximadamente el 3% del precio medio de venta al por mayor si conseguían un incremento del 8% en las ventas en comparación con la media semanal. Con la concesión de estos descuentos, Irish Sugar pretendía supeditar a sus clientes. La concesión de los descuentos coincidía con el lanzamiento de nuevas marcas al por menor que habían efectuado cinco competidores nacionales y la fijación de los descuentos estaban muy próximos a las necesidades totales de los clientes.<sup>1751</sup> Por lo que la concesión de estos descuentos debió afectar negativamente a las compras a los envasadores competidores.

La Comisión declaró ilegales estos descuentos por objetivo supeditados a un período de tres meses. Señaló: el hecho de que la concesión de los descuentos dependiera del logro de una serie de objetivos en materia de volumen no los convertía en descuentos por volumen, que normalmente son incuestionables. Los descuentos por volumen, se conceden generalmente por pedidos individuales (es decir individualmente de las adquisiciones de los clientes durante un período de tiempo) y en respuesta a los ahorros

---

<sup>1747</sup> Casos *Michelin/Comisión* y *BPB Industries y British Gypsum/Comisión* citados.

<sup>1748</sup> § 197 de la S. TPI *Irish Sugar* citada

<sup>1749</sup> *Ibidem* § 198.

<sup>1750</sup> *Ibidem* §§ 200-1.

<sup>1751</sup> § 153 de la Decisión de la Comisión CE *Irish Sugar* citada.

de costes logrados por el proveedor. No era éste el caso de los descuentos de Irish Sugar.

Comentario.- Si analizamos este comportamiento por separado y teniendo en cuenta la jurisprudencia, la Comisión ha admitido a otras empresas en posición de dominio, la concesión de descuentos por objetivos de una duración de tres meses en el caso *Coca-Cola*<sup>1752</sup>, por otro lado, el plazo mínimo de los descuentos que ha condenado el TJCE, era superior a un año, así por ejemplo, el caso *Michelin*.

Entonces vemos que en este caso, la fidelización de los clientes, no es por el plazo, o considerable período de referencia, sino que los clientes quedaban supeditados por que el acopio de azúcar durante la promoción de 1994, estaba muy cercano a las necesidades totales de los clientes por lo que respecta al azúcar al detalle, lo que redujo sus compras de azúcar y por tanto afectó negativamente a las compras de los envasadores competidores, en palabras de la Comisión: “los objetivos se fijaron para que estuvieran muy próximos a las necesidades totales de los clientes”, así los clientes ya no tendrían necesidad de efectuar compras a los competidores, aún cuando sus ofertas fuesen más ventajosas que las de Irish Sugar.

La fidelización de los clientes fue por que sus efectos son equivalentes a los de las rebajas de fidelidad condicionadas a la totalidad o al máximo porcentaje posible de la demanda del cliente, del caso *Hoffmann-La Roché*<sup>1753</sup>, los descuentos no estaban supeditados a la máxima cantidad posible, sino al máximo porcentaje posible de la demanda del cliente; de este modo, se privaba a los clientes de obtener sus suministros de los productores rivales<sup>1754</sup>, aunque el período de referencia en este caso sea de tres meses.

A los efectos anteriores, hay que agregar otro muy importante ya que los descuentos fueron establecidos en un momento en que se producía la entrada de cinco competidores y se concedieron para buscar excluirlos. Señaló la Comisión: El período de referencia utilizado para calcular los descuentos por objetivos de que se trata, a saber, de abril a septiembre de 1993, comenzó antes de que, en el verano de 1993, envasadores de azúcar competidores de la empresa demandante lanzaran nuevas marcas de azúcar, la elección de tal período implicaba que los descuentos por volumen concedidos por Irish Sugar

---

<sup>1752</sup> Decisión de la Comisión de 22 de enero de 1997. As. IV/M.794 –*Coca Cola/Amalgamated Beverages GB*. N° 97/540/CE DOCE L 218/15 de 9-8-1997

<sup>1753</sup> §§ 95 y 96 de la S TJCE *Hoffmann-La Roché* ya citada.

<sup>1754</sup> *Ibidem* § 90.

durante la primavera de 1994 y en octubre de 1994 debían haber estado muy próximos a las necesidades totales de los clientes.<sup>1755</sup>

El TPI confirmó los anteriores fundamentos de la Comisión.<sup>1756</sup>

c.-) ii.- Irish Sugar también concedió descuentos por objetivos con carácter selectivo.

A principios de diciembre de 1994, Irish Sugar propuso a otro minorista un descuento por objetivo o “incentivo por crecimiento” para lograr un incremento de sus adquisiciones de paquetes de azúcar de 1 kilo Siucra en 1995, en un momento en que Irish Sugar estaba compitiendo con su rival Burcom.<sup>1757</sup>

En febrero de 1995, ofreció un descuento por objetivos anual a otro cliente importante de su competidor Gem Pack en el envasado de azúcar.

La Comisión señaló que al proponer a los clientes de otros competidores mucho menos importantes precios que en general estos últimos no podían ofrecer, Irish Sugar estaba restringiendo la competencia y se inscribían en una política de restricción del crecimiento de la competencia de los envasadores de azúcar nacionales.<sup>1758</sup>

El TPI confirmó lo señalado por la Comisión: constituye jurisprudencia que tal comportamiento es abusivo a efectos del artículo 82 del Tratado, en la medida en que tiene por objeto impedir, mediante la concesión de una ventaja financiera, que sus clientes se abastezcan acudiendo a competidores.<sup>1759</sup>

Irish Sugar no negó la concesión de estos descuentos por objetivos a los principales clientes de los envasadores de azúcar y que tenían como efecto perjudicar a sus otros proveedores de azúcar, competidores de Irish Sugar, lo que constituía un abuso.<sup>1760</sup>

Para justificar su comportamiento, Irish Sugar alegó ante el TPI que una parte de los descuentos concedidos eran descuentos de promoción ya que se convino que NWGA cliente de uno de sus competidores, que aumentaría sus compras de azúcar a Irish Sugar. El TPI señaló que la mera calificación como descuento de promoción de una parte de los descuentos concedidos, no es suficiente, si no existen otras pruebas, para demostrar la distinción alegada ni, por consiguiente, para justificar la concesión de tal descuento a efectos del artículo 86 TCE. (actual artículo 82 TCE)

#### h) El caso *Michelin I*:

---

<sup>1755</sup> § 152 de la Decisión de la Comisión CE *Irish Sugar* citada.

<sup>1756</sup> § 214 de la S. TPI *Irish Sugar* citada.

<sup>1757</sup> § 82 y 83 de la Decisión de la Comisión CE *Irish Sugar* citada.

<sup>1758</sup> *Ibidem* § 154.

<sup>1759</sup> § 221 de la S. TPI *Irish Sugar* citada.

<sup>1760</sup> *Ibidem* § 224 .



La Comisión declaró que *Nederlandsche Baden Industrie Michelin* (en adelante NBIM)<sup>1761</sup>, durante el período 1975-1980 había infringido el artículo 82 TCE por supeditar a sus clientes de neumáticos en los Países Bajos a sí mismo a través de la concesión de descuentos selectivos sobre bases individuales condicionados a los ‘objetivos’ de compras y porcentajes descuento, que no fueron claramente confirmados por escrito. Estos fundamentos fueron confirmados por el TJCE.<sup>1762</sup> Michelin fue condenada sólo por la aplicación de los descuentos por objetivo.<sup>1763</sup>

Los descuentos por objetivos.-

La Comisión señaló que el sistema de descuentos por objetivo, estaba dirigido claramente a supeditar estrechamente a los clientes a Michelin y hacer difícil a otros productores la posibilidad de ganar un espacio en el mercado.

Michelin concedió un bono anual, que dependía de un ‘objetivo’, negociado individualmente con cada cliente al inicio de cada año, que se fijaba en función de la cantidad de neumáticos adquiridos durante todo el año, es decir el ‘objetivo’. Si el cliente no alcanzaba el ‘objetivo’, Michelin se reservó el derecho de alterar los términos del bono o requerir al cliente la devolución de los adelantos por los descuentos ya recibidos.

Por otro lado, si el cliente excedía su ‘objetivo’, la rebaja podía ser incrementada. Eran fijados de tal modo que el ‘objetivo’ más alto para un año determinado era superior a la cantidad de compras efectuadas en el año previo. La presión era así colocada sobre el cliente para que se esfuerce en vender más neumáticos Michelin cada año para no perder el importe de la rebaja anual.<sup>1764</sup>

Esta presión se incrementaba especialmente al final del año, donde el cliente buscaría conseguir su ‘objetivo’ de compras para conseguir el descuento más alto posible. La presión se incrementaba aún más con las visitas regulares a los clientes por los

---

<sup>1761</sup> Decisión de la Comisión de 7-10-1981. *NV Nederlandsche Baden Industrie Michelin* (NBIM o “*Michelin*”). DOCE L353/33 9.12.81

<sup>1762</sup> Sentencia TJCE de 9-11-1983. *Caso NV Nederlandsche Baden Industrie Michelin v. Comisión de la CE “Michelin”*. Causa 322/81. RJ 1983 p. 3461 y ss.

<sup>1763</sup> El TJCE anuló los fundamentos de la Comisión respecto a la aplicación del bono extra anual en 1977 así como respecto al hecho que la aplicación de los descuentos por objetivo supuso la aplicación a los clientes de condiciones diferentes a transacciones equivalentes, es decir el TJCE anuló los fundamentos que se referían al carácter de abuso discriminatorio de las rebajas por objetivos, que no los tienen. Véase la sentencia *Michelin* cit.

<sup>1764</sup> Decisión de la Comisión de 7-10-1981. *NV Nederlandsche Baden Industrie Michelin*. DOCE L353/33 9.12.81 § 24.

representantes de Michelin, quienes informaban al cliente de las pérdidas en que incurriría si no alcanzaba el objetivo.<sup>1765</sup>

El TJCE ratificó el parecer de la Comisión, consideró la ilegalidad, primero, basándose en el grado de presión que era colocado en el cliente para alcanzar el objetivo de compras, cualquier sistema bajo el que los descuentos son concedidos de acuerdo a cantidades vendidas durante un período de referencia relativamente largo, tiene el efecto inherente, en el final de este período, de incrementar la presión en el comprador para alcanzar la figura de compras necesaria para obtener el descuento o para evitar sufrir la pérdida por todo el período.

En este caso, las variaciones en el margen del descuento durante un año como resultado del último pedido, incluso una cantidad pequeña, afectó el margen de beneficio del cliente por las ventas de todo el año. En estas circunstancias, incluso variaciones ligeras pondrían a los clientes bajo una presión apreciable. Este era el efecto de supeditar a los clientes.<sup>1766</sup>

El TJCE consideró que aquí se producían los mismos efectos anticompetitivos que en el caso de las rebajas de fidelidad: los descuentos por objetivo privan a los clientes de la posibilidad de escoger libremente en cualquier momento a la luz de la situación más favorable en el mercado, las ofertas efectuadas por otros competidores y la posibilidad de cambiar de proveedor sin sufrir ninguna desventaja económica apreciable.<sup>1767</sup>

La situación de dependencia de los clientes creada por el sistema de descuentos no estaba basada en ninguna justificación económica objetiva. Michelin supeditó a los clientes a sí misma a través del sistema de descuentos por objetivo en el mercado para el reemplazo de neumáticos nuevos para vehículos pesados.<sup>1768</sup>

El efecto fue acentuado aún más, por la amplia divergencia de la cuota de mercado de la empresa en posición de dominio con la de sus principales competidores, si un competidor desearía ofrecer a un cliente, una inducción competitiva para colocar un pedido, especialmente al final del año, tendría que tomar en cuenta el valor absoluto del descuento por objetivos anual de Michelin y fijar su propio descuento en un porcentaje que, cuando esté relacionado a la menor cantidad de compras del cliente de este competidor, sería muy alto. Al margen del aparentemente bajo porcentaje del descuento de Michelin, era entonces muy difícil para sus competidores compensar los beneficios o

---

<sup>1765</sup> Ibidem § 38.

<sup>1766</sup> § 81 de la STJCE *Michelin NV* citada.

<sup>1767</sup> Ibidem § 83.

<sup>1768</sup> Ibidem § 84.

pérdidas resultantes para los clientes de conseguir o fallar en conseguir los objetivos de Michelin, como el caso sería.<sup>1769</sup>

Incremento de los efectos anticompetitivos: La falta de transparencia.-

Los ‘objetivos’ eran comunicados a los clientes sólo de forma oral. La Comisión consideró que en cuanto a la fijación de los ‘objetivos’, los clientes eran fuertemente dependientes de la interpretación literal de Michelin y que la falta de notificación escrita, era fuente de incertidumbre. La Comisión señaló que aunque la notificación puramente oral de los términos de venta es normal en un mercado competitivo, no es permisible a una empresa en posición de dominio, debido al hecho que los clientes no podían efectuar una comparación precisa entre el precio de compra neta de este proveedor con el de otros competidores. Limitando de esta forma todavía más la libertad de elección de proveedor por los clientes.<sup>1770</sup>

Ni el sistema de descuentos en su totalidad, ni la escala de descuentos fue dada a conocer a todos los clientes por Michelin. Estos fundamentos fueron confirmados por el TJCE.<sup>1771</sup>

Michelin invocó en su defensa que se trataba de un porcentaje mínimo de descuento. El TJCE observó que si bien la variación entre un cliente grande y uno pequeño, eran del 0,2 al 0,4% en los descuentos basados en la consecución del objetivo de compras, era ligero, sin embargo, los efectos del descuento no podían ser valorados únicamente considerando este parámetro.<sup>1772</sup>

Por otro lado Michelin alegó ante la Comisión y el TJCE que sus descuentos eran una variante de los descuentos de cantidad, la Comisión dijo al respecto que a diferencia de los descuentos de cantidad, los descuentos estaban supeditados a la consecución de un objetivo de compras claramente definido en números y/o en florines. Los descuentos analizados no son comparables a los descuentos de cantidad, que son habituales en el comercio y que constituyen una recompensa calculada subsecuentemente de acuerdo al criterio objetivo fijado por anticipado y dado a conocer a todos sus clientes.<sup>1773</sup>

El TJCE rechazó el argumento, un descuento basado en el uso de objetivos de ventas, no es un descuento de cantidad conectado sólo al volumen de compras ya que la escala

---

<sup>1769</sup> Ibidem § 82.

<sup>1770</sup> § 46 de la Decisión de la Comisión CE *Michelin* citada.

<sup>1771</sup> §s 83-84 de la STJCE *Michelin* citada.

<sup>1772</sup> Ibidem § 80.

<sup>1773</sup> § 42 de la Decisión de la Comisión CE *Michelin* ya citada.

progresiva de la cifra de compras del año anterior indica sólo los límites sobre los que el sistema de aplica.<sup>1774</sup>

Por último, Michelin argumentó ante la Comisión que su sistema de descuentos era legal porque permitía una mejor planificación de las actividades del proveedor, la Decisión no aceptó el argumento, señaló que la importancia de esta planificación incluso para una empresa en posición dominante, no puede pasar por encima de la incertidumbre natural del mercado y subrayó los efectos de exclusión de competidores

<sup>1775</sup> El Abogado General señaló que en un mercado donde hay competencia efectiva, esta certidumbre nunca puede obtenerse.<sup>1776</sup> El TJCE señaló que ni el deseo de vender más ni el deseo de extender la producción más equitativamente pueden justificar la restricción de la libertad del cliente de elección e independencia.<sup>1777</sup>

i) El caso *Virgin/British Airways*:

La Comisión estableció que British Airways Plc. (en adelante BA) había infringido lo dispuesto en el artículo 82 TCE al aplicar sistemas de comisiones y otros incentivos a las agencias de viajes a las que adquiriría los servicios prestados por éstas en el sector del transporte aéreo en el Reino Unido, los cuales, al aplicar estos sistemas y al discriminar entre ellas, tienen por objeto y efecto la exclusión de los competidores de BA de los mercados británicos del transporte aéreo.<sup>1778</sup>

El TPI desestimó la apelación interpuesta por BA.<sup>1779</sup>

Y el TJCE desestimó el recurso de casación, confirmando de este modo, los abusos en que incurrió BA.<sup>1780</sup>

--. La comisión básica

Todas las agencias de viajes de IATA en el Reino Unido, recibían de BA una comisión básica para las ventas internacionales y para las ventas nacionales. Desde 1976 a 1997, fue del 9% en ventas internacionales y 7,5% para las nacionales.

---

<sup>1774</sup> § 72 de la S. TJCE *Michelin* citada.

<sup>1775</sup> § 39 de la Decisión *Michelin* ya citada.

<sup>1776</sup> Opinión del A.G. Van Themaat en el caso *Michelin* ya citado, pág. 3543.

<sup>1777</sup> § 85 de la S. TJCE *Michelin* cit.

<sup>1778</sup> Decisión de la Comisión CE de 14-7-1999. *Virgin/British Airways*. DOCE L030 de 04-02-2000 p. 1-24.

<sup>1779</sup> Sentencia del TPI de 17-12-2003, As. T-219/99 *British Airways Plc. c/. Comisión CE y Virgin Atlantic Airways Ltd.*. RJ 2004.

<sup>1780</sup> Sentencia TJCE (Sala Tercera) de 15 de marzo de 2007. As. C-95/04 P. Conclusiones del Abogado General Kokott, presentadas en audiencia pública el 23 de febrero de 2006.

--.Los Acuerdos de Mercadotecnia (en inglés ‘marketing agreements’, en adelante MA) normalizados

Además, BA celebró los denominados Acuerdos de Mercadotecnia (MA) con algunas agencias de viajes IATA (que superen unas ventas anuales de 500.000 hasta 10 millones de libras esterlinas con BA).

En agosto de 1993, BA disponía aproximadamente de 360 MA con las agencias de viajes más importantes del Reino Unido. Todos ellos se habían celebrado por un período de un año.

La remuneración de rendimiento se calcula en función de una escala móvil basada en la medida en que las agencias de viajes incrementen el valor de sus ventas de billetes de BA (“ingresos en concepto de vuelo de BA”). Existen diferentes escalas de remuneración de rendimiento por sector vendido de BA (cada billete de ida y vuelta tiene dos sectores), dependiendo del tipo del sector transportado: larga distancia, corta distancia, etc. A mayor crecimiento, mayor pago en metálico por sector.

Además de la remuneración general de rendimiento que se acaba de mencionar, determinadas rutas (por ejemplo, en el Atlántico Norte) podían acogerse a una prima de rendimiento especial. Los objetivos de rendimiento consistían en un porcentaje de los ingresos totales en concepto de vuelo obtenidos por el agente de BA durante el mismo período del año precedente.

--.Los Acuerdos de Mercadotecnia (MA) negociados individualmente.

Las agencias con ingresos anuales en concepto de vuelo superiores a 10 millones celebraban con BA acuerdos MA negociados individualmente, en dos categorías, en la categoría A aquellas con ingresos en concepto de vuelo superiores a los 50 millones de libras esterlinas.

Las de categoría B son las que poseen unos ingresos de vuelo superiores a los 10 millones de libras. Aquí también, los objetivos de rendimiento consistían en un porcentaje superior de los ingresos totales en comparación con el año precedente. Así, para Thomas Cook, un agente de categoría A, los objetivos fijados consistían en un esquema de 8 escalones que iba del 101,5% al 120%, con incrementos variables en cada paso

Los MA establecen también “primas asociadas” en los sectores transportados en determinadas rutas de compañías franquiciadas por BA, como por ejemplo: Cityflyer Express, GB Airways, Loganair y Maersk Air Ltd.. aquí también, debían incrementar sus ventas de billetes año tras año.

--.Los Fondos de ayuda a la formación y desarrollo de empresas.

Dentro de los MA, BA destina determinadas sumas de dinero para programas de formación del personal, fondos de desarrollo y comercialización de empresas. Los MA especifican que estos fondos pretenden generar un mayor nivel de ingresos para la compañía aérea.

--.El programa de remuneración de rendimiento (en inglés 'personal reward scheme', en adelante PRS)

A partir de 1998, BA cambió la comisión del 7,5 y 9% para vuelos nacionales e internacionales respectivamente y la sustituyó por una remuneración fija del 7%, cada agencia podía hacerse acreedora de una comisión adicional de un máximo del 3% por los billetes internacionales y de hasta un 1% por los nacionales para un rendimiento igual o superior al 125% en ambos casos.

La magnitud de los elementos variables para los billetes nacionales e internacionales dependía del rendimiento de las agencias de viajes para con BA.

El nivel de resultados de las agencias de viajes se mide comparando los ingresos totales de billetes BA que se hagan en un determinado mes con los ingresos obtenidos durante el mismo mes del año anterior.

Para calcular el elemento variable adicional, el resultado de referencia es el 95% del volumen de negocios relacionado con BA logrado en el mismo mes del año anterior. Al superarlo, tenía derecho al pago de un elemento variable, en consonancia con los resultados obtenidos. El elemento variable para los billetes internacionales y nacionales era un porcentaje de los ingresos respectivos. Si el nivel de resultados estaba por encima del 95%, aportaba a la agencia de viajes un elemento variable adicional del 0,1% a su comisión en los billetes internacionales por encima de la comisión base del 7% (comisión fija).

Por lo que se refiere a la venta de billetes nacionales, el elemento variable era un 0,1% para cada aumento del 3% de las ventas por encima de la referencia del 95%. Este programa PRS no se debía confundir con la "remuneración de rendimiento" abonada a las agencias de viajes con las que BA había celebrado un acuerdo MA. Los pagos de los elementos variables del PRS se llevaban a cabo mensualmente. El PRS fue suspendido en 1999.

Exclusión de competidores y supeditación de clientes de los descuentos por objetivos.- El importante efecto marginal.

El denominador común de todos los programas de comisiones, residía en que la consecución de los objetivos fijados de crecimiento de las ventas conducía a un

incremento de la comisión abonada por la totalidad de billetes vendidos por la agencia y no sólo por los vendidos una vez logrado el objetivo.

En los programas MA, la prima en efectivo por billete que se abonaba a la agencia de viajes se incrementaba para todas las ventas de billetes en el programa PRS.

El porcentaje de comisión abonado se incrementaba para todas las ventas de billetes efectuadas por las agencias de viajes. Ello implicaba que, cuando una agencia de viajes se acercaba a uno de los umbrales para que se incremente el tipo de comisión, el hecho de vender unos pocos billetes de BA podía tener consecuencias importantes en los ingresos que recibía en concepto de comisiones.

En cambio, los competidores de BA que deseaban ofrecer a una agencia de viajes un incentivo para que ésta pase a vender sus billetes, tenían que abonar un tipo de comisión mucho más elevado que BA por todos los billetes vendidos por ella para poder compensar este efecto.

Si la agencia vendía en billetes internacionales 100.000 libras esterlinas, se hacía acreedora a la comisión fija del 7% y una “remuneración de rendimiento” del 0,5%, lo que le ofrecía unos ingresos totales en concepto de comisión de 7.500 libras esterlinas.

Si la agencia hubiese desviado a un competidor 1.000 libras esterlinas, el 1% de sus ventas, su “remuneración por rendimiento” bajaba al 0,4%, su comisión descendería a 7.326 libras esterlinas, una diferencia de 174 libras en sus ingresos, siendo el tipo marginal del 17,4%.

Es decir, el competidor, tendría que ofrecer un tipo de comisión del 17,4% sobre los billetes para compensar a la agencia de viajes por la pérdida de ingresos en comisiones pagadas por BA. Aunque BA también tenía que ofrecer este elevado tipo marginal de comisiones para incrementar sus billetes.

El efecto se incrementaba si el número de billetes era un porcentaje inferior de las ventas de referencia de las agencias de billetes de BA. También aumentaba si las agencias de viajes en cuestión no sólo se hacían acreedoras a los PRS, sino que también recibían primas en aplicación de un MA (presión en el cliente para alcanzar el objetivo)<sup>1781</sup>

En el caso de los MA, la Comisión señaló aunque ni los fondos, ni las comisiones generales eran abusivas en sí mismas, se utilizaron como incentivo adicional para tomar parte en los acuerdos MA y potenciaron sus implicaciones.

Contestando a las alegaciones de BA, la Comisión señaló que los acuerdos de comisiones hacían un uso abusivo de una posición dominante. Las comisiones

---

<sup>1781</sup> Véase los §§ 7-30 de la Decisión de la Comisión *Virgin/BA* citada.

adicionales estaban fijadas en la condición que las agencias de viajes igualasen o superaran su propio volumen anual de ventas de billetes de BA logrado el año anterior y no en el tamaño o la eficiencia de las propias agencias de viajes o de los servicios prestados por ellas a BA. Por consiguiente, estas comisiones no estaban relacionadas con ningún ahorro de costes o el logro de una mayor eficacia por parte de BA en su relación con las agencias de viajes. La Comisión concluyó que los programas de comisiones anteriormente mencionados estaban claramente relacionados con la fidelidad y no con la mejora de los rendimientos.

Aunque BA presentó pruebas de que podía mejorar sus rendimientos al operar con una agencia de viajes que vendiese un gran número de billetes, estas comisiones no estaban relacionadas con tales rendimientos. Las agencias de viajes que vendían un número tan pequeño de billetes que no les resultaba rentable podían obtener la comisión máxima siempre que sus pequeñas ventas representasen un incremento del 25% en relación con las efectuadas en el año anterior. De modo similar, las agencias de viajes que realizaran grandes volúmenes de ventas no se harían acreedoras de comisiones extraordinarias por las economías de escala que realizasen para BA a menos que sus ventas se incrementasen en relación con las del año anterior.

En apelación, BA alegó que sus programas de remuneración no tenían efectos anticompetitivos. El TPI tras señalar el «importante efecto marginal» de los porcentajes de comisión incrementados, conectado con su carácter progresivo, describió el efecto exponencial, sobre dichos porcentajes, del incremento del número de billetes de BA emitidos durante varios períodos sucesivos y viceversa, la reducción desproporcionada de dichos porcentajes, incluso en el supuesto de una ligera regresión de las ventas de billetes de BA en relación con el período de referencia anterior.<sup>1782</sup>

Así, TPI concluyó, que los programas de remuneración controvertidos habían tenido un efecto de fidelización.

BA reprodujo la alegación como en casación ante el TJCE, quien además señaló que la propia BA había reconocido que sus programas pretendían fidelizar a las agencias de viajes<sup>1783</sup>

El TPI estableció: respecto al objetivo de fidelización de los programas, es preciso señalar que debido a su carácter progresivo, que produce un importante efecto marginal, los porcentajes de comisión incrementados podían aumentar de forma exponencial de

---

<sup>1782</sup> § 272 y 273 de la Sentencia TPI *BA c/ Comisión y Virgin* citada.

<sup>1783</sup> § 100 de la Sentencia TJCE *BA c/ Comisión y Virgin* citada



un período de referencia a otro, a medida que se incrementara el número de billetes de BA despachados por las agencias durante los períodos de referencia sucesivos.

A la inversa, si los ingresos de las ventas de billetes de BA eran mayores, la penalidad sufrida era más fuerte por las personas implicadas en la forma de una reducción desproporcionada en los márgenes de PRS, incluso en el caso de un ligero descenso en ventas de billetes BA comparados con el período de referencia anterior. BA no podía por tanto, negar el objetivo de fidelización de los programas controvertidos.<sup>1784</sup>

Respecto a los PRS el TPI reconoció que los beneficios dependían del nivel de los umbrales objetivo y de la medida en que se superaran dichos umbrales, sin embargo, el efecto de fidelización de las agencias de viajes que se derivaba, de las remuneraciones de rendimiento no obstante, tenía que darse, por sentado.<sup>1785</sup>

Ante el TJCE, BA planteó que debían aplicarse las mismas circunstancias utilizadas por el TJCE en la jurisprudencia anterior, planteó que no se podía deducir de los casos *Hoffmann-La Roché* y *Michelin* que los incentivos y descuentos concedidos por empresas en posición dominante revistiesen carácter abusivo únicamente por las circunstancias descritas en estas sentencias, sino sólo aquellos elementos que fuesen extrapolables al caso juzgado.<sup>1786</sup>

A semejanza del caso *Michelin*, el TJCE señaló que el sistema de descuentos que dependen de la realización de objetivos individuales, no constituyen ni descuentos por volumen, ni descuentos por fidelidad, porque el sistema practicado por la sociedad Michelin no suponía, por parte de los revendedores, ningún compromiso de exclusividad o de cobertura de una cuota determinada de sus necesidades con suministros de la empresa en posición dominante.<sup>1787</sup>

Además recordó el conjunto de circunstancias que se debía apreciar en cada caso<sup>1788</sup>, en particular los criterios y condiciones de concesión del descuento y examinar si dicho descuento pretende, mediante la concesión de una ventaja no basada en ninguna contraprestación económica que la justifique, privar al comprador de la posibilidad de elegir sus fuentes de abastecimiento, o al menos limitar dicha posibilidad, impedir el acceso al mercado de los competidores, aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes o reforzar su posición dominante mediante la distorsión de la competencia.

Estableció que era necesario:

---

<sup>1784</sup> § 272 y 273 de la S TPI *Virgin/BA* citada.

<sup>1785</sup> *Ibidem* § 275.

<sup>1786</sup> Sentencia TJCE *BA/Comisión y Virgin* § 59

<sup>1787</sup> *Ibidem* §65

<sup>1788</sup> Sentencia *Michelin/Comisión*, antes citada, § 73

1.- Verificar si estos descuentos o incentivos podían producir un efecto de exclusión; La jurisprudencia del TJCE aporta indicaciones para el caso que un descuento genere efectos de exclusión, el cual puede provenir de objetivos fijados individualmente y en este caso, los programas de remuneración reunían este requisito, porque el porcentaje de remuneración dependía de la evolución del volumen de negocios procedente de la venta de billetes de BA por cada agencia de viajes durante un período determinado<sup>1789</sup>

El TJCE observó que su jurisprudencia también establece<sup>1790</sup> que el compromiso de las otras partes contratantes con la empresa en posición dominante y la presión ejercida sobre ellos pueden ser particularmente intensos cuando un descuento o un incentivo se extiende al conjunto del volumen de negocios relativo a esas compras o ventas. De este modo, variaciones proporcionalmente modestas –sean al alza o a la baja– del volumen de negocios relativos a los productos de la empresa en posición dominante producen efectos desproporcionados sobre las otras partes contratantes. En el caso juzgado, recordó lo ya establecido por el TPI que el carácter progresivo de los porcentajes de comisión incrementados producía un «importante efecto marginal» y subrayó los efectos radicales sobre los porcentajes de las remuneraciones de rendimiento que podía tener una ligera disminución de las ventas de billetes de BA.

Un elemento adicional reside en la presión ejercida sobre los revendedores por una empresa en posición dominante que concede descuentos que presenten dichas características se ve más reforzado el efecto, cuando esta empresa tiene unas cuotas de mercado mayores que las de sus competidoras<sup>1791</sup>

2.- Dificultar o imposibilitar, para sus otras partes contratantes, la elección entre varias fuentes de aprovisionamiento o socios comerciales.

El TJCE reflexionó que debido a su cuota, la empresa se convierte en socio comercial inevitable de los clientes, en el sentido de que sus competidores no tienen los ingresos que les permita constituir una base financiera suficiente que les permita establecer eficazmente un programa de remuneración del rendimiento similar al de BA.<sup>1792</sup>

3.- Determinar si a pesar de producir un efecto de exclusión, el comportamiento está económicamente justificado

El TJCE señaló que se debía apreciar si el efecto de exclusión del sistema no guarda una relación con las ventajas para el mercado y los consumidores, o bien va más allá de lo necesario para la obtención de tales ventajas, dicho sistema ha de considerarse abusivo y

---

<sup>1789</sup> Sentencia TJCE *BA/Comisión y Virgin* §72

<sup>1790</sup> Sentencia *Michelin/Comisión*, antes citada, § 81

<sup>1791</sup> *Ibidem* § 82

<sup>1792</sup> Sentencia TJCE *BA/Comisión y Virgin* §75 y 76

en este caso, el comportamiento no se basaba en ninguna justificación económica objetiva

El Abogado General observó al respecto tres criterios sobre los que reside la ilegalidad de los descuentos: 1) Los objetivos de ventas individualmente definidos; 2) La aplicación del descuento al volumen de ventas total, o el importante efecto marginal. Y 3) La empresa era un socio comercial inevitable.

Sobre el período de referencia:

El TJCE estableció que el efecto de fidelización estaba caracterizado por el importante efecto marginal de los porcentajes de comisión incrementados, conectado a su carácter progresivo, que producen la remuneración del rendimiento<sup>1793</sup>. Si bien, BA alegó que no se había tomado en cuenta que los acuerdos de mercadotecnia tenían una duración de un mes, el TJCE señaló que independientemente de la diferencia de duración de los períodos tomados en consideración, el TPI concedió una importancia decisiva a los hechos de que, por una parte, tanto los acuerdos de mercadotecnia como el programa de remuneración del rendimiento, podían dar lugar a modificaciones exponenciales en los porcentajes de comisión de un período de referencia a otro en virtud de su «importante efecto marginal» y, por otra parte, las competidoras de BA no podían, dadas sus cuotas de mercado notablemente inferiores, contrarrestar el efecto absoluto de estos acuerdos y de este programa mediante contraofertas.

Ante el TJCE, BA cuestionó que los programas de remuneración por el rendimiento que eran de una duración de un mes, constituyeran abuso, sobre todo teniendo en cuenta que en la sentencia *Michelin I*<sup>1794</sup>, se subrayó el «período de referencia relativamente dilatado» de las bonificaciones por objetivos (un año). Sobre todo en cuanto a la incertidumbre que produce: En efecto, cuanto más largo sea el período de referencia, mayor podrá ser para el cliente la incertidumbre acerca de si habrá obtenido al final de este período un volumen de ventas suficiente para beneficiarse de un descuento o de un incentivo. Hasta tal momento, dicho cliente no tiene ninguna certeza sobre el precio neto por unidad que debía pagar en el período de referencia por los productos respectivos ni tampoco, por consiguiente, sobre la cuantía de su propio margen de beneficio.<sup>1795</sup>

---

<sup>1793</sup> Sentencia TJCE *BA/Comisión y Virgin* §97

<sup>1794</sup> Sentencia TJCE *Michelin I*. § 81

<sup>1795</sup> Esta incertidumbre puede reforzarse más por la falta de transparencia del sistema de descuentos incentivos (véase la sentencia *Michelin I*, citada, § 83).

BA alegó en su defensa, que sus esquemas de descuentos era un comportamiento generalizado aplicado por otras compañías aéreas europeas a las agencias de viajes y a las grandes empresas, que son similares a los programas que la Comisión investiga contra BA. La Comisión contestó que no estaba obligada a adoptar decisiones sobre asuntos similares al mismo tiempo.<sup>1796</sup>

Al contrario, el uso de comportamientos similares por los competidores, es prueba de que los efectos de exclusión son mayores, la entrada estaba bloqueada por la actuación tanto de la empresa dominante y de sus competidores. La Comisión señaló que los descuentos eran ilegales, independientemente de que las agencias de viajes o las líneas aéreas competidoras pudiesen reducir al mínimo o incluso evitar los efectos de estos sistemas.

A pesar del carácter excluyente de estos sistemas de comisiones, los competidores de BA han ganado cuota de mercado a expensas de ésta desde que se liberalizaron los mercados de transporte aéreo en el Reino Unido. Por otro lado, disponían las compañías aéreas de alternativas a la adquisición a las agencias de viajes de los servicios prestados por las agencias de viajes y que la principal alternativa eran las ventas directas por teléfono o internet, lo que venía a suponer la prestación dentro de la propia empresa de este tipo de servicios, sin embargo, las agencias de viajes vendían más del 85% de los servicios de transporte aéreo.<sup>1797</sup>

Al respecto, BA invocó ante el TPI el mismo fundamento: El TPI estableció que la alegación no resultaba convincente. No cabe considerar que las cinco principales competidoras de BA presentes en el mercado británico de los servicios prestados por las agencias de viajes en el sector del transporte aéreo hayan podido conceder los mismos beneficios a las agencias de viajes. Es preciso recordar al efecto que el número de billetes de BA vendidos por las agencias de viajes en el Reino Unido dentro del conjunto formado por las líneas aéreas que tienen como punto de partida o de destino aeropuertos británicos representó invariablemente, durante todo el período de aplicación de los programas de remuneración de rendimiento controvertidos, un múltiplo tanto de las ventas de billetes realizadas por cada una de las cinco principales competidoras como del total acumulado de esas mismas ventas.<sup>1798</sup>

BA estaba alegando lo ya reconocido por la Comisión, que este programa de acuerdos de fidelidad, no impidió al resto de aerolíneas competidoras ofrecer condiciones de

---

<sup>1796</sup> §s 51 y 66 de la Decisión de la Comisión CE *Virgin/BA* citada.

<sup>1797</sup> *Ibidem* §s 102-3 y 107.

<sup>1798</sup> § 277 de la STPI *Virgin/BA* citada.

precios similares y el TPI rechaza el argumento refiriéndose a la comparación de la cuota de mercado.

El TPI concluyó que las empresas competidoras no podían conseguir, en el Reino Unido, una cantidad de ingresos que pudiese constituir una base financiera suficientemente grande como para permitirles establecer eficazmente un programa de remuneración de rendimiento similar al de BA para contrarrestar el efecto excluyente que sufrían en el mercado.<sup>1799</sup>

BA negó además, la alegación de la Comisión sobre la falta de relación entre los beneficios concedidos a las agencias y los ahorros alcanzados en términos de costes. A juicio de BA, los acuerdos de fidelidad son un medio práctico de conceder beneficios entre el precio de un billete y su coste. Debido al nivel de los costes fijos existentes en el sector del transporte aéreo, una mejor utilización de la capacidad disminuye el coste medio unitario y, por tanto, proporciona a BA un ahorro en costes que tiene derecho a compartir con las agencias y los clientes.

El TPI señaló que no lo había demostrado. La consecución de los objetivos de incremento de las ventas de billetes de BA por las agencias de viajes en el Reino Unido daba lugar a la aplicación de una comisión a un mayor porcentaje, no sólo sobre los billetes de BA despachados una vez alcanzados los objetivos de ventas, sino sobre todos los billetes de BA expedidos durante el período de referencia considerado. La retribución adicional de las agencias carece así de cualquier relación objetiva con la contraprestación que se deriva para BA de la venta de billetes de avión adicionales.

En esta medida, no puede considerarse que los programas de remuneración de rendimiento de BA constituyan la contraprestación por una mayor eficiencia o por ahorros en los costes derivados de la venta de billetes de BA despachados tras alcanzar los mencionados objetivos.

Muy al contrario, ha de considerarse incluso que dicha aplicación retrospectiva de los porcentajes de comisión incrementados a todos los billetes de BA despachados por una agencia de viajes durante el período de referencia considerado puede implicar la venta de algunos billetes de BA a un precio desproporcionado respecto al aumento de productividad conseguido por BA de la venta de dichos billetes adicionales.

Aun cuando como sostiene BA, toda compañía aérea tiene interés en vender plazas adicionales en sus vuelos antes que dejarlas vacías, el beneficio que representa un mayor porcentaje de ocupación de los aparatos ha de ser normalmente, en un caso como

---

<sup>1799</sup> Ibidem § 275-7.

el presente, considerablemente reducido, debido al sobre coste generado para BA por el aumento de la retribución de la agencia precedente de dicha aplicación retrospectiva de la comisión incrementada. La contraprestación por las ventas de billetes podía ser igual o superior a dicho beneficio.

En la medida en que carecen de contraprestación económicamente justificada, ha de considerarse que los PRS controvertidos se dirigen esencialmente a retribuir el incremento de las ventas de billetes de BA de un período de referencia a otro y, por tanto, a reforzar la fidelidad.

El TPI observó además si existía relación precisa entre, por un lado, las eventuales economías de escala conseguidas gracias a los billetes adicionales de BA despachados con posterioridad a la consecución de los objetivos de ventas y, por otro lado, los incrementos de los porcentajes abonados como contraprestación a las agencias de viajes en el Reino Unido, donde BA señaló que no existía tal relación precisa. Concluyendo el TPI que sus programas de remuneración de rendimiento no han podido, por tanto, constituir una modalidad de ejercicio del juego normal de la competencia ni permitir la reducción de sus costes.

j) El caso *Michelin II*:

La Comisión condenó a Manufacture Française de Pneumatiques Michelin (en adelante *Michelin Francia*)<sup>1800</sup> por haber infringido el artículo 82 TCE mediante la aplicación de unos sistemas de descuentos de fidelidad a los minoristas franceses de neumáticos nuevos de recambio y de neumáticos recauchutados para camiones y autobuses.

La política comercial de Michelin que la Comisión consideró que constituyeron conductas abusivas, fueron cuatro modalidades: las “condiciones generales de precios en Francia para minoristas profesionales”, los “Convenios de cooperación comercial” individuales, el “Convenio para el rendimiento óptimo de los neumáticos Michelin para camiones” (“Convenio PRO”) y el “Convenio de cooperación profesional y asistencia servicio” (llamado “Club de amigos Michelin”).<sup>1801</sup>

---

<sup>1800</sup> Decisión de la Comisión de 20 de junio de 2001. *Michelin*. N°36.041 (2002/405/CE). DOCE L143/1 de 31.5.2002. Recurrida la Decisión, el TPI desestimó la apelación. Sentencia TPI de 30-09-2003. *Caso Manufacture française des pneumatiques Michelin c/ Comisión “Michelin Francia”* CE. As. T-2003/01.

<sup>1801</sup> *Ibidem* § 214 .

En este caso, vamos a referirnos a los descuentos cuantitativos aplicados por Michelin ya que los demás abusos, también fueron objeto de juzgamiento en el anterior caso Michelin y por tanto ya han sido tratados.

Como por ejemplo, la prima de progreso, donde para obtenerla, el minorista debía aceptar comprometerse por un importe mínimo de compras. Una vez fijado el objetivo de progresión, era primordial para el minorista lograr este objetivo. Esta prima individualizada señaló la Comisión, corresponde exactamente a las rebajas por objetivo que el Tribunal de Justicia condenó en el anterior caso Michelin.<sup>1802</sup>

Michelin concedió rebajas cuantitativas, que también son rebajas por volumen o rebajas estandarizadas, están disponibles a todos los clientes, donde el porcentaje de descuento es progresivo, los umbrales o márgenes del esquema son muy reducidos, pero la diferencia es que su incremento es marginal y no lineal y están supeditadas a un determinado período de referencia.

Estos descuentos adoptaban la forma de una bonificación anual en porcentaje de la totalidad del volumen de negocios (de neumáticos para camiones, turismos y furgonetas) realizado con Michelin Francia. Esta remuneración era por tanto superior a la remuneración marginal o lineal de la compra suplementaria, lo que producía un fuerte efecto incentivo a la compra. Para obtener estos descuentos bastaba con alcanzar los límites máximos del volumen de negocios previsto por las parrillas de descuentos. Los descuentos se pagaban en febrero del año siguiente.

La Comisión estableció que este comportamiento tenía tres efectos anticompetitivos:<sup>1803</sup>

i.- Carácter no equitativo.<sup>1804</sup>

Señaló que a los minoristas les resultaba imposible conocer con certeza el precio de compra final de los neumáticos Michelin, como se pagaban un año después, no podían saber antes de los últimos pedidos en qué nivel se situaría el precio de compra unitario real de los neumáticos, lo que les colocaba en una situación de incertidumbre e inseguridad. Para comprar a otro proveedor, les era difícil basar su elección en cifras objetivas, impedía cualquier comparación seria de precios. Los minoristas practicaban la reventa con pérdida debido a la intensidad de la competencia y la escasez de los márgenes en el sector.

ii.- Carácter de fidelidad.<sup>1805</sup>

---

<sup>1802</sup> Ibidem § 260 y ss..

<sup>1803</sup> Confirmado en todos sus efectos por el TPI véase § 113 de la Sentencia.

<sup>1804</sup> § 218-225 de la Decisión de la Comisión CE *Michelin Francia* citada.

<sup>1805</sup> Ibidem § 226-239.

Debido al largo período de referencia de un año, la presión aumentaba a favor de las compras a Michelin. La Comisión invocó el anterior caso *Michelin I* y observó que estos descuentos también tenían por objeto y efecto supeditar estrechamente a los minoristas a Michelin y excluir a los competidores.

La presión aumentaba al final del período de referencia con el fin de lograr la cifra de compras necesaria para obtener la ventaja en cuestión o no sufrir la pérdida previsible para el conjunto del período. En la cumbre de la escala de descuentos, el rebasamiento de la cifra máxima prevista, le permitía firmar un Convenio comercial con Michelin, con todas las ventajas que ello suponía.

En cuanto al recauchutado, esta categoría contaba con su propio cuadro de descuentos, las variaciones del tipo de bonificación derivadas del último pedido de neumáticos recauchutados en un ejercicio repercutían en el margen de beneficio del minorista sobre la totalidad de las ventas de neumáticos recauchutados de todo el año.

Michelin alegó en apelación que el sistema de descuento era transparente y que por tanto no era un abuso, la Comisión, señaló que era abuso por la incertidumbre en la que se colocaba el minorista.

El TPI señaló que un sistema de rebajas de fidelidad era un abuso sea o no transparente (el TPI lo considera abuso por el efecto fidelizante que ocasiona unos costes de cambio considerables como vemos a continuación), por otro lado, considerando la aplicación simultánea de los diferentes sistemas de descuentos (los descuentos cuantitativos, la prima de servicio, la prima de progreso y las primas relacionadas con el Convenio PRO y al Club de los amigos Michelin) no eran obtenidas sobre factura, lo que hacía imposible para el revendedor el cálculo del precio de compra exacto de los neumáticos Michelin en el momento que efectuaba la compra. Esta situación colocaba necesariamente a los minoristas en una situación de incertidumbre y de dependencia vis-a-vis a Michelin.<sup>1806</sup>

Michelin defendió su sistema de descuentos planteando que no tenían carácter anticompetitivo, alegó que la presión ejercida en el cliente para conseguir un escalón superior en el sistema era sensiblemente menor que en el sistema de rebajas por objetivo del caso *Michelin NV*, considerando el número elevado de umbrales y la facilidad de tránsito de un umbral a otro.

---

<sup>1806</sup> § 111 de la S. TPI *Michelin Francia* citada.



Señaló además que la Comisión en sus Comunicaciones de conformidad con los sistemas de rebajas aplicadas por *British Gypsum*<sup>1807</sup> admitió que las rebajas de cantidad fuesen calculadas sobre una base anual.

El TPI señaló que la Comisión no se había pronunciado sobre la compatibilidad de los sistemas de rebajas por volumen de compras anuales de una empresa en posición dominante y que en *British Gypsum*, la Comisión insistió en sus comunicaciones sobre el hecho que los descuentos de cantidad aplicados por BG estaban basados en las economías de coste reales por esta empresa y que este aspecto no se daba en el caso *Michelin Francia*.

El TPI señaló que no podía negarse el carácter de fidelidad de un sistema de rebajas calculado sobre la totalidad de la cifra de compras obtenido, se agrava proporcionalmente con la mayor duración del período de referencia. El efecto de fidelidad de un sistema de rebajas de cantidad es nulo, porque las rebajas son acordadas sobre factura en función del volumen del pedido. Si una rebaja es acordada por las compras efectuadas en el curso de un período de referencia, el efecto de fidelidad es menos importante en el caso donde la rebaja suplementaria se aplica únicamente a las cantidades que superan un cierto umbral que en el caso donde la rebaja se aplica a la totalidad de la cifra de compras obtenida durante todo el período de referencia. En la última hipótesis, la ganancia que puede ser obtenida por el minorista de una escala superior se repercute sobre la totalidad de la cifra de compras realizada, mientras que, en la primera hipótesis, no se repercute más que sobre la compra suplementaria.

El TPI explicó este efecto, aplicando la parrilla de descuentos cuantitativos, entre todas las categorías de neumáticos, excepto las categorías “neumáticos para maquinaria pesada de construcción” y recauchutado<sup>1808</sup>, fijada por Michelin para 1995, que era

---

<sup>1807</sup> Comunicación efectuada de conformidad con el § 3 del artículo 19 del Reglamento 17 del Consejo y relativa a una solicitud de declaración negativa o de exención con arreglo al § 3 del artículo 85 del Tratado CEE. Asunto N° IV/32.929 –*British Gypsum “Super Stockist Scheme”*. DOCE 8.12.92, N° C 321/9. Comunicación efectuada de conformidad con el § 3 del artículo 19 del Reglamento N° 17 del Consejo y relativa a una solicitud de declaración negativa o de exención con arreglo al § 3 del artículo 85 del Tratado CEE. Asunto N° IV/33.460 –*British Gypsum “Buying Societies Plasterboard Rebate Scheme”* DOCE 8-12-92 N° C 321/10. Comunicación efectuada de conformidad con el § 3 del artículo 19 del Reglamento N° 17 del Consejo y relativa a una solicitud de declaración negativa o de exención con arreglo al § 3 del artículo 85 del Tratado CEE. Asunto N° IV/33.609 –*Gypsum Industries y British Gypsum “The Efficiency Rebate Scheme”*. DOCE 8-12-92. N° C 321/11. Estas comunicaciones serán analizadas en el § sobre rebajas o descuentos por volumen.

<sup>1808</sup> Estas categorías de “neumáticos para maquinaria pesada de construcción” y “neumáticos recauchutados”, tenían cada una su propia “parrilla”. Como ejemplo, en 1995 los descuentos iban en el caso del recauchutado desde el 2% para un volumen de negocios superior a 7.000 francos franceses al 6% para compras que superaban los 3,92 millones de francos franceses, en una serie de 18 escalones. Véase § 57 y 58 de la Decisión de la Comisión CE *Michelin Francia* citada.

representativa para los otros años, donde los porcentajes de descuento iban del 7,5% para un volumen de negocios de 9.000 francos franceses hasta el 13% para un volumen de negocios superior a 22 millones de francos franceses y a lo largo de una tabla de 47 escalones.<sup>1809</sup>

Considerando esta parrilla de descuentos cuantitativos, señaló que, tratándose de un sistema de rebajas de cantidad en el que la rebaja es calculada por volumen de compra, se puede constatar que en el caso que, por ejemplo si un minorista, supera el umbral de 30.000 francos franceses en cifra de compras, se beneficia de una rebaja del 9,25%, en lugar de 9 que es el umbral anterior. Es decir, al superar la cifra de negocios de 29,999 a 30.000 francos franceses, da lugar a beneficiar al minorista, en un sistema de rebajas calculadas por volumen de compra, de una rebaja suplementaria del 0,25% o de 0,0025 francos franceses (0,25% de rebaja suplementaria sobre 1 franco francés). El interés para el minorista de superar el umbral es muy limitado. En cambio, tratándose de un descuento cuantitativo como el que se analiza en este caso, el descuento se aplica al volumen total adquirido, el pasar de una cifra de compras a Michelin de 29.999 a 30.000 da al minorista una rebaja suplementaria de 75 francos franceses (0,25% de la rebaja suplementaria sobre 30.000 francos franceses), igual a 7,500% de la cifra de negocios suplementaria (75 francos franceses de rebaja suplementaria sobre una cifra de negocios suplementaria de 1 franco). El interés para el minorista de superar el umbral suplementario es real ya sea para los que se encuentran por debajo de la escala, como demuestra el ejemplo anterior, que para aquellos que se sitúan en lo alto de la escala.<sup>1810</sup>

La incitación a la compra generada por un sistema de descuentos cuantitativos es entonces más importante cuando las rebajas son calculadas sobre la totalidad de la cifra de compras realizada en el curso de un cierto período que en el caso donde las rebajas son calculadas únicamente por volumen de compras. El sistema de descuentos cuantitativos es tanto más fidelizante en función de la longitud del período de referencia.

En su defensa, Michelin alegó ante el TPI que las variaciones de los porcentajes de descuento para los últimos escalones de la escala eran débiles, del 0,05% para los últimos escalones. El TPI recordó el caso *Michelin NV*, donde el Tribunal de Justicia<sup>1811</sup> señaló que “las variaciones de la tasa de descuento, del 0,2 al 0,4% en razón del último pedido, aunque eran de poca importancia, en el curso de un año, se aplican

---

<sup>1809</sup> La sentencia del TPI en *Michelin Francia* reproduce esta tabla de descuentos en su § 69.

<sup>1810</sup> *Ibidem* § 87.

<sup>1811</sup> § 81 de la S TJCE *Michelin NV* citada.

sobre el margen del beneficio del minorista por las compras de todo el año, por lo que en estas circunstancias, incluso variaciones débiles pueden ejercer una presión sensible para los minoristas”. Además, gracias a los convenios comerciales que comentaremos más adelante, al superar el escalón máximo, permitía al minorista beneficiarse de una rebaja suplementaria del 2% de la cifra de compras.<sup>1812</sup>

El TPI concluyó que el sistema de descuentos cuantitativos que implica una variación importante de los porcentajes de descuento entre los escalones inferiores y superiores, que está caracterizado por un período de referencia de un año y una determinación de la rebaja sobre la base del volumen total de compras obtenida durante el período de referencia, presenta las características de un sistema de rebajas de fidelidad.<sup>1813</sup>

### iii.- Carácter de compartimentación <sup>1814</sup>

Los descuentos se aplicaban exclusivamente a las compras realizadas a Michelin Francia y en consecuencia suponían un des incentivo a las compras en el extranjero o a los importadores. Inversamente, el elevado nivel del baremo de facturación en Francia antes del descuento suponía un des incentivo a las compras en Francia por parte de los extranjeros.

Michelin basándose en lo señalado por el TJCE en la sentencia *Portugal/Comisión*<sup>1815</sup> sobre los descuentos por volumen, alegó ante el TPI que los descuentos cuantitativos eran descuentos de cantidad ya que sus descuentos estaban constituidos por una escala progresiva de rebajas basado sobre un número elevado de umbrales muy cercanos, que no necesita más que volúmenes reducidos de compra para acceder al siguiente umbral, que las rebajas eran calculadas por relación a los volúmenes efectivamente comprados y que la escala de rebajas es regresiva, en la medida que los porcentajes establecidos para cada umbral disminuyen con la progresión del comprador sobre la curva. El sistema así era enteramente transparente para el comprador, dado que el Tribunal jamás ha impuesto un período de referencia limitado para las rebajas de cantidad.<sup>1816</sup>

La escala de descuentos cuantitativos (sobre la totalidad de volumen de negocios incluidos neumáticos para camiones, turismos y camionetas) para el período 1990-1996 variaba entre 47 y 54 escalones. El TPI puso como ejemplo la parrilla de 1995, que se

---

<sup>1812</sup> § 90-2 de la STPI *Michelin Francia* citada.

<sup>1813</sup> *Ibidem* § 95.

<sup>1814</sup> § 240-7 de la Decisión de la Comisión CE *Michelin Francia* citada.

<sup>1815</sup> Sentencia del TJCE de 29-3-2001. *República Portuguesa c/. Comisión de la CE*. As. C-163/99. Rec p. I-2613 – 2001.

<sup>1816</sup> § 67 de la STPI *Michelin Francia* citada.

componía de 47 escalones. En materia de los neumáticos recauchutados, la parrilla tenía 18 escalones durante 1990-1996.

El TPI admitió lo alegado por la apelante, que en las parrillas, la tasa de descuentos de cantidad aumentan en función de la cifra de ventas realizada por la apelante. Una progresión rápida de la tasa puede ser constatada para los primeros escalones, mientras que la progresión es menos rápida para los escalones más elevados.

Y pasó a analizar el caso *Portugal/Comisión*, señalando que en su apartado 51, el TJCE ha establecido que “La esencia de un sistema de descuentos por volumen consiste en que los compradores o usuarios más importantes de un producto o servicio obtengan precios medios por unidad más bajos o, lo que es lo mismo, porcentajes medios de descuento superiores a los que se conceden a los compradores o a los usuarios menos importantes de este producto o servicio. También procede señalar que, aun en el caso de progresión lineal de los porcentajes de descuento en función del volumen con un descuento máximo, el porcentaje medio de reducción aumenta (o el precio medio disminuye) matemáticamente, en un primer momento, en una proporción superior al aumento de las compras y, posteriormente, en una proporción inferior al aumento de las compras, antes de tender a estabilizarse alrededor del porcentaje máximo de descuento. El mero hecho de que el resultado de un sistema de descuentos por volumen dé lugar a que, sobre determinadas cantidades, ciertos clientes obtengan un porcentaje medio de reducción proporcionalmente superior al de otros en relación con la diferencia de sus volúmenes de compras respectivos es inherente a este tipo de sistema y no permite, por sí solo, deducir que el sistema es discriminatorio.”

Señaló que no podía deducirse de lo anterior que el sistema de descuentos cuantitativos de Michelin fuese incompatible con el artículo 82 TCE ya que el caso *Portugal/Comisión* se trataba de rebajas discriminatorias, donde la tasa de rebaja aplicada era por volumen, en progresión lineal y el período de referencia era de un mes; y en el caso Michelin, se trataba de rebajas con efectos de supeditación de clientes y exclusión de competidores, donde la tasa de rebaja era progresiva y el período de referencia era de un año.<sup>1817</sup>

El TPI señaló que en una rebaja por volumen, no hay variación importante de los porcentajes de descuento entre los escalones inferiores y los superiores, el período de referencia es mínimo, el porcentaje de descuento es lineal y por volumen.

El TPI recordó que según la jurisprudencia reiterada, las rebajas fijadas por una empresa en posición dominante, deben descansar en una contrapartida económicamente

---

<sup>1817</sup> Ibidem § 67-74 y 88.

justificada, tratándose de las rebajas por volumen, no constituye abuso si la ventaja concedida a los minoristas está justificada por el volumen de la actividad que aportan y por las eventuales economías de escala que les permite realizar al fabricante.<sup>1818</sup>

Michelin se limitó a señalar que los pedidos de cantidades elevadas implican economías de escala y que el cliente está en el derecho de beneficiarse de estas economías en el precio que paga, el TPI señaló que esta argumentación era muy general y no era suficiente para proporcionar una justificación económica que permita explicar concretamente la elección de las tasas de rebajas fijadas por los diferentes escalones del sistema de descuentos analizado.

Además Michelin Francia alegó que sus cuotas de mercado y sus precios habían disminuido en comparación con sus competidores, los cuales habían reforzado sensiblemente su posición en el mercado y que nuevos productores extranjeros habían entrado al mercado francés, lo que demostraba la ausencia del efecto de fidelidad en las condiciones impuestas por Michelin.

El TPI señaló que si la empresa pone en funcionamiento los comportamientos donde el objeto es restringir la competencia, el hecho de que el resultado esperado no se consiga, no es suficiente para descartar la aplicación del artículo 82 TCE.<sup>1819</sup>

Michelin Francia alegó que un abuso es un concepto referido a la conducta de una empresa en posición dominante que tiene el efecto de impedir el mantenimiento del grado de competencia todavía existente en el mercado o el crecimiento de esta competencia. Entonces, para que se aplique el artículo 82 TCE es esencial que el comportamiento en cuestión tenga este efecto, alegó que la Comisión no examinó el efecto económico actual de la conducta criticada. El TPI señaló que el efecto del abuso referido en la jurisprudencia no necesariamente se relaciona al efecto actual de la conducta abusiva, es suficiente demostrar que la conducta abusiva de la empresa en posición dominante busca restringir la competencia, o en otras palabras que la conducta es capaz de tener este efecto. Así, con respecto a los comportamientos de precios, el Tribunal recordó lo que el TJCE dijo en *Akzo/Comisión* que los precios por debajo de los costes promedio aplicados por una empresa en posición dominante son considerados por si mismos abusivos, debido al interés que la empresa tiene en aplicar estos precios para eliminar a los competidores y que los precios por debajo de los costes promedio

---

<sup>1818</sup> § 52 de la STJCE *Portugal/Comisión* cit.

<sup>1819</sup> § 245 de la STPI *Michelin Francia* citada.

totales pero por encima del coste promedio variable son abusivos si son determinados como parte de un plan para eliminar a un competidor, en este caso el Tribunal no requirió ninguna demostración de los efectos reales del comportamiento en cuestión.<sup>1820</sup>

Las rebajas de función son una forma particular de “remuneración negativa” si el cliente desarrolla algunos servicios que son servicios realmente del vendedor en su valor de cadena agregada, tal que algunos servicios post venta o ventas de promoción, el suministro de personal calificado o equipo, cumple con algunos estándar de calidad al denominado rebajas de mercado de lanzamiento. Bajo estas consideraciones, el “servicio Premium” de Michelin fue considerado abusivo debido a que de acuerdo al TPI dejó un margen significativo de discreción a Michelin. El cliente no podía anticipar la cantidad de la rebaja y entonces estaba sujeto a una presión potencial por Michelin.<sup>1821</sup>

- k) La Guía de las Prioridades de Aplicación de la Comisión del Artículo 82 TCE a la Conducta de Exclusión Abusiva por las Empresas Dominantes.<sup>1822</sup>

La Guía de la Comisión a la conducta de exclusión abusiva, analiza las rebajas y descuentos anticompetitivos entre las formas específicas de abuso, en su sección IV.A. “Contratación Exclusiva”, Una empresa dominante puede buscar aniquilar a sus competidores al impedirles la venta a los clientes a través del uso de las obligaciones de compra exclusiva o rebajas, referidas juntas como la contratación exclusiva. La noción de contratación exclusiva incluye también las obligaciones de suministro exclusivo o incentivos (rebajas condicionales) con el mismo efecto, donde la empresa dominante buscar aniquilar a sus competidores al impedirles la compra de los proveedores. También considera la Comisión que esta aniquilación de insumos en principio está vinculada a originar efectos de aniquilación anticompetitiva cuando las obligaciones de suministro exclusivo o el incentivo (la rebaja condicional) supeditan a la mayoría de los proveedores de insumos eficientes, que compiten con la empresa dominante, y los clientes no pueden encontrar fuentes eficientes alternativas de suministro de insumos. En este entendido, la probabilidad de aniquilación anticompetitiva será más alta donde

---

<sup>1820</sup> Ibidem §§ 235-241.

<sup>1821</sup> Dr. Hans-Georg Kamann y Ellen Bergmann. “The Granting of Rebates by Market Dominant Undertakings under Article 82 of the EC Treaty”. En *E.C.L.R.* 2005, PÁGS. 83-89.

<sup>1822</sup> §36-45 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

los competidores no puedan competir en términos iguales por toda la demanda de cada cliente individual.<sup>1823</sup>

Para la Comisión las rebajas condicionales, son concedidas para premiar al cliente por alguna forma particular de comportamiento al efectuar la totalidad de sus compras (rebajas retroactivas), o aquellas compras que efectúa para superar un determinado umbral, durante un período de referencia determinado (rebajas de incremento), cuando estos incentivos son concedidos por una empresa dominante pueden tener también efectos de aniquilación reales o potenciales similares a las obligaciones de compra exclusiva, siéndole por tanto aplicables las pautas de la compra exclusiva contempladas por la Guía<sup>1824</sup>

La Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva señala que las rebajas condicionales pueden tener estos efectos sin que ello implique necesariamente un sacrificio para la empresa dominante, aquí reside su diferencia respecto del precio predatorio.<sup>1825</sup>

Vemos entonces, que a pesar de ser comportamientos en precios, tratándose de rebajas y descuentos anticompetitivos, la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva, hace un cambio en el orden de los criterios utilizados en la valoración del abuso en el precio ya que mientras en la sección C: conducta de exclusión basada en el precio, señala en los apartados 22 a 26, las pautas que se aplicarán a estos comportamientos y que una vez que se ha establecido que el precio fijado por la empresa dominante tiene el potencial de aniquilar a competidores igualmente eficientes que pasará a valorar la aniquilación anticompetitiva establecida en la Sección B, apartados 20 y 21. Sin embargo, al referirse a las rebajas condicionales, en el apartado 37 establece que agregado a los factores mencionados en el apartado 20<sup>1826</sup>, es decir, aquellos factores que conducen a la aniquilación anticompetitiva, se aplicarán las pautas que establece en los apartados 36 a 45, es decir, que primero se analizará la conducta por sus efectos de aniquilación anticompetitivos, cuando el competidor no puede competir en las mismas condiciones por la demanda total de cada cliente, centrándose en la forma cómo la rebaja condicional le permite a la empresa dominante utilizar la porción de la demanda ‘no contestable’ de cada cliente (o la cantidad que de todos modos será comprada por el cliente de la empresa dominante) como una ventaja para

---

<sup>1823</sup> Ibidem Nota al pie 23, §§ 31 y 38.

<sup>1824</sup> Ibidem §35

<sup>1825</sup> Ibidem, Nota al Pie 26.

<sup>1826</sup> Ibidem §20.

disminuir el precio que pagará por la porción de demanda ‘contestable’ (o la cantidad que el cliente preferiría y estaría dispuesto a encontrar sustitutos).

En palabras de la jurisprudencia, debe demostrarse el efecto por el que las empresas competidoras no pueden conseguir, una cantidad de ingresos que puedan constituir una base financiera suficientemente grande como para permitirles establecer eficazmente un programa de remuneración de rendimiento a los clientes, similar al de la empresa en posición de dominio para contrarrestar el efecto excluyente que sufren en el mercado.<sup>1827</sup> Se entiende que este efecto debe aplicarse a las rebajas de incremento o rebajas de fidelidad, así como a las rebajas retroactivas es decir, equivalentes a la compra exclusiva.<sup>1828</sup>

La Guía concreta sin embargo que tratándose de las rebajas retroactivas, el efecto consistirá en que pueden aniquilar significativamente el mercado en la medida que hacen menos atractivo que los clientes cambien cantidades pequeñas de su demanda a favor de un proveedor alternativo, cuando ello conduce a la pérdida de las rebajas retroactivas. Este efecto potencial de aniquilación de las rebajas retroactivas o efecto de fomento de fidelidad, es más fuerte en la última unidad comprada antes que el umbral sea excedido. En la medida que mayor sea la rebaja como un porcentaje del precio total y más alto el umbral, mayor será el efecto de inducción por debajo del umbral y entonces, más fuerte la aniquilación probable de competidores reales o potenciales.<sup>1829</sup>

Como una segunda fase del análisis de la ilegalidad de los esquemas, la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva plantea que se debe establecer si el sistema de rebajas es capaz de impedir la expansión o entrada de competidores igualmente eficientes, donde se aplicará la metodología de los párrafos 22 a 26<sup>1830</sup>.

Entonces, a diferencia de otros comportamientos en precios, tratándose de los esquemas de rebajas y descuentos se aplican primero los factores aplicables a la aniquilación anticompetitiva del apartado 20, un análisis global de las condiciones de competencia en el mercado así como las pautas establecidas para la contratación exclusiva y lo contemplado en los apartados 36 a 39 y luego el test del rival hipotético igualmente eficiente, apartados 20-26 agregado a las de los apartados 40 a 44.

---

<sup>1827</sup> §278 de la Sentencia del TPI de 17-12-2003, As. T-219/99 *British Airways Plc. c/. Comisión CE y Virgin Atlantic Airways Ltd.*. RJ 2004. Véase la Nota al Pie 27 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

<sup>1828</sup> §38 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

<sup>1829</sup> *Ibidem* §39

<sup>1830</sup> *Ibidem* §40



Sin embargo, lleva a confusión su apartado 44, en cuanto señala que el análisis será integrado considerando otra evidencia cuantitativa o cualitativa, como la indicada en el apartado 26, el mismo que hace un reenvío a los factores de aniquilación anticompetitiva del apartado 20.

Centrándonos en la aplicabilidad del test del competidor igualmente eficiente, señala la Comisión que siguiendo esta metodología y en la medida que hayan datos disponibles y fiables, es necesario establecer si el sistema de rebajas es capaz de impedir la expansión o la entrada de competidores incluso igualmente eficientes, al hacerles más difícil para ellos en suministrar parte de los requerimientos de los clientes individuales.

Para examinar si un competidor hipotético igualmente eficiente que la empresa dominante puede ser aniquilado por la conducta en cuestión, la Comisión analizará el dato económico relacionado a los costes y precios de ventas y en particular si la empresa dominante está incurriendo en precio por debajo del coste. Esto requerirá que tenga información disponible suficientemente fiable. Si la hay, la Comisión utilizará información sobre los costes de la empresa dominante por si misma. Si no hay información fiable disponible sobre estos costes, la Comisión decidirá utilizar información sobre los costes de los competidores u otros datos fiables comparables.<sup>1831</sup>

Los umbrales de coste que la Comisión podrá utilizar son el coste promedio evitable: “average avoidable cost” (AAC) y el coste de incremento promedio a largo plazo “long-run average incremental cost (LRAIC)”<sup>1832</sup>. El fallo en cubrir AAC indica que la empresa dominante está sacrificando beneficios en el corto plazo y que un competidor igualmente eficiente no puede servir a los clientes elegidos sin incurrir en una pérdida. LRAIC usualmente está por encima de AAC porque contrario al último (que sólo incluye costes fijos si son incurridos durante el período bajo análisis), incluye costes fijos específicos de producto efectuados antes que el período en que tomó lugar la

---

<sup>1831</sup> §24 de la Guía de la Comisión para la Conducta Abusiva de Exclusión.

<sup>1832</sup> El coste promedio evitable es el promedio de los costes que habrían sido evitados si la empresa no hubiera producido una cantidad discreta de producción (extra), en este caso la cantidad que supuestamente es objeto de la conducta abusiva. En la mayoría de los casos, AAC y el coste variable promedio serán lo mismo, en la medida que a menudo sólo los costes variables pueden ser evitados. El coste de incremento promedio a largo plazo es el promedio de todos los costes (variables y fijos) en que incurre una empresa para producir un producto particular. El coste de incremento promedio a largo plazo LRAIC y el coste promedio total ATC “average total cost” son aproximados buenos uno del otro y son lo mismo en el caso de empresas de producto único. Si las empresas multiproducto tienen economías de ámbito, LRAIC estaría por debajo de ATC para cada producto individual, en la medida que los verdaderos costes comunes no son tomados en cuenta en LRAIC. En el caso de productos múltiples, cualquier coste que podría haber sido evitado al no producir un producto particular o rango no son considerados como costes comunes. En situaciones donde los costes comunes son significativos, tendrían que ser tomados en cuenta cuando se considera la capacidad de aniquilar a competidores igualmente eficientes. Nota 18 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

supuesta conducta abusiva. El fallo en cubrir LRAIC indica que la empresa dominante no está recuperando todos los costes fijos (atribuibles) de producir el bien o servicio en cuestión y que un competidor igualmente eficiente podría ser aniquilado del mercado.<sup>1833</sup>

En este contexto, la Comisión calculará el precio que un rival tendría que ofrecer con el objeto de compensar al cliente por la pérdida de la rebaja condicional si el cliente cambiase parte de su demanda, apartándose de la empresa dominante a otro competidor ('el tramo relevante'). Es decir, cuánto le costaría al rival conseguir a este cliente. El precio efectivo que el rival tendrá que igualar no es el precio promedio de la empresa dominante, sino el precio normal (lista) menos la rebaja que pierde al cambiar, calculada sobre el tramo relevante de ventas y en el período de tiempo relevante.<sup>1834</sup>

Lo más bajo que esté el precio efectivo estimado durante el tramo relevante, comparado al precio promedio del proveedor dominante, más fuerte será el efecto de fomento de fidelidad. Sin embargo, en la medida que éste permanezca por encima del LRAIC de la empresa dominante, la rebaja no es capaz de aniquilar en una forma anticompetitiva. Si el precio efectivo está por debajo de AAC, como regla general el esquema de la rebaja es capaz de aniquilar a competidores igualmente eficientes. Si está entre AAC y LRAIC, la Comisión investigará otros factores que apunten a la conclusión que la entrada o expansión es probable de ser afectada, por rivales incluso igualmente eficientes. En este contexto, la Comisión investigará si y en qué medida los rivales tienen contraestrategias efectivas a su disposición, por ejemplo, su capacidad para utilizar también la porción no contestable de la demanda de sus compradores como ventaja para disminuir el precio por el tramo relevante. Si los competidores no disponen de estas contraestrategias, la Comisión considerará que el esquema de rebajas es capaz de aniquilar a rivales igualmente eficientes.<sup>1835</sup>

El tramo relevante sobre el que se calcula el precio efectivo varía, tratándose de la rebaja de incremento, son normalmente las compras que están siendo consideradas. Tratándose de las rebajas retroactivas, será relevante valorar en el contexto de mercado específico cuánto de los requerimientos de compra del cliente, pueden ser realmente cambiados al rival (la cuota o porción 'contestable'). Si es probable que los clientes están deseando y dispuestos a cambiar grandes cantidades de demanda a un rival (potencial) de forma rápida, el tramo relevante puede ser relativamente grande. Si sólo

---

<sup>1833</sup> Ibidem §25.

<sup>1834</sup> Ibidem §40

<sup>1835</sup> Ibidem §43

son pequeñas cantidades de incremento, entonces el tramo relevante será relativamente pequeño.

En cuanto a los competidores existentes, su capacidad en expandir las ventas a los clientes y las fluctuaciones en estas ventas en el tiempo, proporcionan también una indicación del tramo relevante. Para competidores potenciales, cuando sea posible, se emprenderá una valoración de la escala en la que un entrante nuevo realmente estaría dispuesto a cambiar. Sería posible asumir el patrón de crecimiento histórico de los entrantes nuevos en el mismo mercado o en similares como una indicación de una cuota de mercado realista de un entrante nuevo.<sup>1836</sup>

Si la rebaja es aplicada con un umbral individualizado –aquel basado en un porcentaje de los requerimientos totales del cliente o un objetivo volumen individualizado- permite al proveedor dominante establecer el umbral en tal nivel como para hacer difícil a los clientes cambiar a otros proveedores, creando así un efecto de fomento de fidelidad máximo. Por contraste, en una rebaja basada en un umbral volumen estandarizado – donde el umbral es el mismo para todos o un grupo de clientes- sería muy alto para algunos clientes pequeños y/o muy bajo para clientes más grandes, en tener un efecto de fomento de fidelidad. Sin embargo, si puede establecerse que un umbral volumen estandarizado se aproxima a los requerimientos de una porción apreciable de clientes, la Comisión puede considerar que este sistema de rebajas estandarizado puede producir efectos de aniquilación anticompetitivos.<sup>1837</sup>

Por último, en el entendido que las empresa en posición dominante justifique su conducta que conduce a la aniquilación sobre la base de las eficiencias que sean suficientes para garantizar que no se puede originar un daño neto a los consumidores, la Comisión considerará las alegaciones que los sistemas de rebajas consiguen costes u otras ventajas que son transmitidas a los clientes. Las ventajas relacionadas a ventajas de costes a menudo pueden ser conseguidas con más probabilidad con los objetivos volumen estandarizados que con los objetivos volumen individualizados. De forma similar los esquemas de rebajas de incremento en general son más probables de dar a los revendedores un incentivo en producir y revender un volumen más alto que los esquemas de rebajas retroactivas.<sup>1838</sup>

## **5. Elementos utilizados para establecer la ilegalidad de las rebajas y descuentos anticompetitivos.**

---

<sup>1836</sup> Ibidem §41

<sup>1837</sup> Ibidem §44

<sup>1838</sup> Ibidem §45

Hemos visto que bajo el derecho de competencia comunitario, pueden infringir el artículo 82 TCE los esquemas de rebajas y descuentos que tengan el efecto de distorsionar la competencia entre los rivales de la empresa en posición de dominio, cuando busca eliminarlos, disminuyen su capacidad competitiva (aniquilación) o desaniman su entrada. Si bien está claro que es ilegal influir en el rival a través de estos mecanismos como consecuencia de la elevación de sus costes por la privación del acceso a las economías de escala, de ámbito, efectos de red o efectos de la curva de aprendizaje, que necesita para operar en el mercado en las mismas condiciones que la implicada, no está claro a partir de qué grado de aniquilación se puede considerar que se ha cometido un abuso de posición de dominio, a continuación vamos a analizar los elementos planteados por la Comisión en su Guía para la Conducta de Exclusión Anticompetitiva.

### **5.1. Primer Elemento: la Aniquilación Anticompetitiva.<sup>1839</sup>**

El enfoque de la Comisión en cuanto a la ilegalidad de las “rebajas condicionales” plantea como primer elemento que estos esquemas –cuando son concedidos por una empresa dominante- pueden tener efectos de aniquilación reales o potenciales similares a las obligaciones de la compra exclusiva<sup>1840</sup>, donde serán de utilidad los factores de aniquilación anticompetitiva establecidos en la propia guía<sup>1841</sup>, por lo que siguiendo su planteamiento, iniciamos el análisis de estos factores de ilegalidad.

---

<sup>1839</sup> Casos de aplicación de rebajas y descuentos declaradas anticompetitivas que no formaban parte de un plan para eliminar competidores: Decisión de la Comisión CE de 9-6-1976. *Hoffmann-La Roche*. DOCE L223/27 de 18-8-1976. Sentencia TJCE de 13-2-1979. *Hoffman-La Roche & Co. A.G. c/ Comisión de la CE*. Caso 85/76. RJ 1979 p. 459. Decisión de la Comisión de 7-10-1981. *NV Nederlandsche Baden Industrie Michelin*. DOCE L353/33 9.12.81 Sentencia TJCE de 9-11-1983. *Caso NV Nederlandsche Baden Industrie Michelin v. Comisión de la CE*. Causa 322/81. RJ 1983 p. 3461 y ss. Decisión de la Comisión CE de 22-12-1987. Decisión de la Comisión de 20-3-2001 *Deutsche Post AG*. 2001/354/CE. DOCE L 125/27 de 5-5-2001. Decisión de la Comisión de 20 de junio de 2001. *Michelin II*. N°36.041 (2002/405/CE). DOCE L143/1 de 31.5.2002. Sentencia TPI de 30-09-2003. *Caso Manufacture française des pneumatiques Michelin c/ Comisión CE*. As. T-2003/01. Decisión de la Comisión CE de 13-12-2000. *Ceniza de Sosa---ICI*. N° 33.133-D. DOCE L 10 pág.33-50 de 15-1-2003, Decisión de la Comisión CE de 14-7-1999. *Virgin/British Airways*. DOCE L030 de 04-02-2000 p. 1-24. Sentencia del TPI de 17-12-2003, As. T-219/99 *British Airways Plc. c/ Comisión CE y Virgin Atlantic Airways Ltd.*. RJ 2004. Sentencia TJCE (Sala Tercera) de 15 de marzo de 2007. As. C-95/04 P. Conclusiones del Abogado General Kokott, presentadas en audiencia pública el 23 de febrero de 2006. Decisión de la Comisión de 13 de mayo de 2009, que condena a Intel por la concesión de rebajas de fidelidad, que aún no ha sido publicada, Caso 37990, Véase el IP/09/745, en la página de la Comisión de 13 de mayo de 2009, en [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)

<sup>1840</sup> §36 de la Guía de la Comisión para la conducta de exclusión anticompetitiva.

<sup>1841</sup> *Ibidem* §20.

En palabras de la Comisión<sup>1842</sup>, la aniquilación anticompetitiva es una situación donde el acceso efectivo de los competidores reales o potenciales a los suministros o a los mercados es impedido o eliminado como un resultado de la conducta de la empresa dominante a través del cual la empresa dominante puede estar en una posición de incrementar los precios de forma rentable en detrimento de los consumidores.

En contraste con el enfoque de la Comisión, para establecer el carácter anticompetitivo del comportamiento, el TJCE ha establecido<sup>1843</sup> como los principios que rigen el comportamiento en materia de precios, que “es necesario considerar todas las circunstancias, particularmente el criterio y reglas para la concesión del descuento, e investigar si, al proporcionar una ventaja no basada en algún servicio justificándolo, el descuento tiende a remover o restringir la libertad del comprador para escoger sus fuentes de suministro, impedir a los competidores el acceso al mercado, ... o para reforzar la posición dominante distorsionando la competencia.”

El carácter distorsionado de la competencia resulta del hecho de que la ventaja financiera concedida por la empresa en situación de posición dominante no esté basada en una contrapartida económicamente justificada, sino que tenga por objeto impedir el abastecimiento de los clientes de dicha empresa dominante para que acudan a los competidores. Una de las circunstancias puede consistir en que el comportamiento cuestionado se desarrolle en el marco de un plan de la empresa en posición dominante dirigido a eliminar a un competidor<sup>1844</sup>

Así, en coherencia con los principios que rigen el carácter abusivo, el TJCE ha establecido que si la concesión de rebajas y descuentos no están basadas en la competencia sobre los méritos, (es decir, no basadas en un comportamiento económico que justifique este límite o beneficio), sino que estén diseñadas para privar al comprador o restringir sus elecciones de posibles fuentes de suministro y para denegar a otros productores su acceso al mercado, constituyen un abuso.

La jurisprudencia define en qué consiste el carácter distorsionado y es que se base en una contrapartida que no esté económicamente justificada, es decir que la concesión de los descuentos, no esté basada en la obtención de ahorros de costes o economías de escala. Por otro lado, observa que también puede suceder que la concesión de rebajas y descuentos puede formar parte de un plan más amplio de la empresa dominante con el

---

<sup>1842</sup> §19 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

<sup>1843</sup> § 73 de la Sentencia *Michelin NV* ya citada. Véase también § 90 de la Sentencia TJCE *Hoffmann-La Roche*.

<sup>1844</sup> STJCE *Akzo/Comisión* ya citada, § 72 y STJCE *CEWAL* ya citada, §§ 147 y 148.

objeto de eliminar a un competidor. Estos principios, vienen siendo invocados por los tribunales comunitarios en los casos de rebajas y descuentos anticompetitivos<sup>1845</sup>

Las rebajas y descuentos condenadas por la jurisprudencia comunitaria bajo el artículo 82 TCE han obtenido algunas de las mayores multas para la conducta anticompetitiva en comparación con los comportamientos no relacionados a los cárteles y ello debido a que tal como hemos visto al analizar sus efectos anticompetitivos, son nefastos para la competencia en la medida que conduce a la marginalización de los competidores o a su definitivo retiro.

La cuestión básica es que los efectos anticompetitivos pueden ocurrir más frecuentemente cuando hay un tipo especial de asimetría favoreciendo a una o más de las empresas que conceden rebajas condicionales. Si bien, esta asimetría incrementa la posibilidad de efectos anticompetitivos, no sucede así en todos los casos ya que debe tenerse en cuenta que en política de competencia, el daño a los competidores no se traduce automáticamente en el daño a la competencia y entonces en una reducción en el bienestar económico.<sup>1846</sup>

En el análisis de ilegalidad de las rebajas y descuentos condicionales es difícil de distinguir debido a la naturaleza ambigua de la conducta, que tiene un enorme potencial pro competitivo ya que la misma conducta, efectuada por una empresa sin posición de dominio, es aplicada en el día a día por la gran mayoría de empresas en el mercado, por ello, requiere un cuidadoso balance entre la sobre disuasión y la sub disuasión de la conducta. Hay autores que aconsejan prudencia y otros plantean la preocupación por evitar los falso negativos y aconseja un enfoque menos permisivo en comparación a los casos donde la conducta produce beneficios a los consumidores a corto plazo y el comportamiento sea de naturaleza realmente unilateral.<sup>1847</sup>

---

<sup>1845</sup> Estos principios también han sido invocados por el TPI en la Sentencia TPI 7-10-1999. *Irish Sugar Plc c/. Comisión CE* As. T-228/97. RJ 1999-II-2969, § 114 y 197 y Sentencia del TPI de 17-12-2003, As. T-219/99 *British Airways Plc. c/. Comisión CE y Virgin Atlantic Airways Ltd.* RJ 2004. § 270, Sentencia TPI de 30-09-2003. *Caso Manufacture française des pneumatiques Michelin c/ Comisión CE*. As. T-2003/01.

<sup>1846</sup> Gary Hewitt, “Loyalty And Fidelity Discounts and Rebates. Background Note” en *OECD Journal of Competition Law and Policy* Vol. 5, N° 2 Septiembre 2003, pág. 133-177.

<sup>1847</sup> El criterio de ilegalidad de las conductas de exclusión requieren un enfoque cuidadoso en el balance entre la sobre disuasión y la aplicación deficiente. Este balance también puede ser descrito en términos de valorar los riesgos de los errores Tipo I (también denominado *falso negativo*) ocurre cuando el análisis concluye incorrectamente que la conducta es anticompetitiva. Un error Tipo I resulta en la aplicación deficiente. Un error Tipo II (también denominado falso positivo) ocurre cuando deja sin condenar conducta que es anticompetitiva. Susan Creighton, D. Bruce Hoffman, Thomas G. Krattenmaker y Ernest A. Nagata. “Cheap Exclusion” en *Antitrust Law Journal*, Vol. 72, 2005.págs. 975-995 en 979. También

Al estudiar cuáles serán los parámetros que conducirán a establecer la ilegalidad del comportamiento, es necesario considerar las circunstancias por las que puede resultar conducta de exclusión dirigida a reducir la producción de otros. Lejos de escoger la predación que les resultará muy costosa, parece lógico esperar que una empresa racional prefiera estrategias de exclusión que sean de bajo coste y que les proporcione un beneficio considerable, incluyendo la oportunidad de adquirir poder de mercado relativamente durable. Así, la conducta que es de exclusión, debe tener la característica de no constituir competencia sobre los méritos ya que para ser exclusionaria y entonces ser objeto de condena bajo las leyes de competencia, no es suficiente que la conducta resulte en favorecer el poder de mercado: también debe excluir rivales sobre algunas bases diferentes de la eficiencia.

Una segunda característica de las estrategias de exclusión que son de poco coste, es que no pueden ser consideradas como que promueven la competencia sobre los méritos mediante el fomento de la eficiencia. Las rebajas y descuentos anticompetitivos, son difíciles de distinguir entre conducta pro competitiva y conducta de exclusión.

La conducta de exclusión a un coste reducido, implica frecuentemente comportamiento oportunista o de lo contrario comportamiento dañino tanto en el ámbito público y privado –comportamiento que indudablemente falla en fomentar la eficiencia de ninguna de las partes, proporciona ningún beneficio (a corto o largo plazo) a los consumidores y en su efecto económico sólo produce costes para las víctimas y transferencia del bienestar a la empresa que se implica en la conducta (aparte de su contribución al poder de mercado)-. Efectivamente, lo que es más sorprendente sobre la exclusión de bajo coste es lo frecuente de la única defensa que reside totalmente fuera del ámbito del mercado la búsqueda del bienestar del consumidor a ser establecido por el derecho de competencia. Los precios más bajos, sin condiciones son un ejemplo, como lo son el desarrollo de la calidad, la variedad y la innovación. En contraste, de otros casos donde hay un efecto de exclusión demostrable, así como un daño a los consumidores a corto o largo plazo o quizás un impacto ambiguo. Así, valorando el impacto competitivo de la conducta puede ser difícil de valorar desde el punto de vista administrativo, presentando un desafío económico y cuestiones de remedio a la conducta. Típicamente, la conducta en estos casos no es totalmente unilateral, sino que es bi o multi lateral y quizás por si misma más compleja en naturaleza.

---

Kallaugher y Sher, ob. Cit. Andrew I. Gavil. "Exclusionary Distribution Strategies by Dominant Firms: Striking a Better Balance" en *Antitrust Law Journal*. 2004 Vol. 72, págs. 3 y ss.

a) *Cuando la conducta sólo crea obstáculos a la competencia y no crea eficiencias.*

Según establece la Guía de la Comisión<sup>1848</sup>, puede haber circunstancias donde no será necesario efectuar una valoración detallada para concluir que la conducta en cuestión puede resultar en un daño al consumidor. En los casos donde la conducta puede inferirse su efecto anticompetitivo cuando sólo eleva obstáculos a la competencia y donde no crea ninguna eficiencia.

En este sentido, puede haber en el mercado evidencia posible de aniquilación real, donde la conducta ha tomado lugar por un período suficiente de tiempo, el comportamiento en el mercado de la empresa dominante y de sus rivales puede proporcionar evidencia directa sobre la aniquilación anticompetitiva; por razones atribuibles a la supuesta conducta abusiva, la cuota de mercado de la empresa dominante puede que se haya elevado o se haya ralentizado un declive en la cuota de mercado; por razones similares, los competidores reales pueden haber sido marginados, o habrán salido, o los competidores potenciales han intentado entrar y han fallado.<sup>1849</sup>

En este ámbito se encuentran los esquemas de rebajas y descuentos que forman parte de un plan dirigido a eliminar competidores<sup>1850</sup>, existe evidencia empírica que el comportamiento en el mercado por la empresa dominante, realmente ha producido efectos de aniquilación en perjuicio de sus competidores. La empresa en posición de dominio, a través de varios comportamientos abusivos y entre los que se encuentra la concesión de rebajas o descuentos, ha restringido en efecto la competencia, amenazando la posición competitiva de sus competidores, ha ocasionado el retraso en su expansión, o ha producido el retiro efectivo del competidor, lo que ha conducido a un daño real en la competencia, con el consiguiente perjuicio indirecto a los consumidores. Puede tratarse de cualquier esquema de rebaja o descuento, el fin de todas las tácticas puestas

---

<sup>1848</sup> §21 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

<sup>1849</sup> *Ibidem* §20.

<sup>1850</sup> Casos donde las rebajas han formado parte de un plan dirigido a eliminar competidores: Decisión de la Comisión CE de 22-12-1987. *Eurofix-Bauco contra Hilti*. DOCE L65/19 11.03.1988. *Hilti c/ Comisión*. As. T-30/89. RJ 1991 p. II-1439. Sentencia TJCE de 2-3-1994. *Hilti c/ Comisión*. As. C-53/92P. RJ 1994 p. I-0667. Decisión de la Comisión CE 5-12-1988. *British Plasterboard Plc*. DOCE L052/42. Sentencia TPI de 1-4-1993. *British Plasterboard Plc /Comisión*. Caso. T-65/89. RJ 1993p. II-0389 Sentencia TJCE 6-4-1995. *BPB Industries Plc y British Gypsum Ltd*. Asunto C-310/93P. RJ 1995 P. I-0865. Decisión de la Comisión CE de 14-5-1997. *Irish Sugar Plc*. DOCE L258/1 de 22-9-1997 Sentencia TPI 7-10-1999. *Irish Sugar Plc c/ Comisión CE* As. T-228/97. RJ 1999-II-2969.



en funcionamiento es eliminar al competidor. Son ejemplos de ello: *Irish Sugar*,<sup>1851</sup> y *Hilti*<sup>1852</sup>

Como señala la jurisprudencia, en estos casos, está demostrado el carácter distorsionado y por tanto, están condenados, será innecesario el análisis concreto de los elementos que contribuyan a demostrar la ilegalidad de las rebajas y descuentos, ni de sus efectos pro competitivos.

La doctrina es unánime al señalar que los efectos anticompetitivos de las rebajas o descuentos en estos casos, están establecidos sobre las bases de los efectos del plan como un todo.<sup>1853</sup> Gyselen<sup>1854</sup> se refiere a estos comportamientos como aquellos que pueden producir una aniquilación real, donde hay evidencia empírica que el comportamiento de la empresa dominante realmente ha producido efectos de aniquilación en detrimento de sus competidores. Como una cuestión de hecho, los Tribunales nunca han invalidado una decisión de prohibición de la Comisión, en estos casos bajo el artículo 82 TCE porque haya carecido de la evidencia de exclusión real.

Consideran además<sup>1855</sup> que si la acción es selectiva y va acompañada además con el recorte significativo y si los recortes de precio selectivo están combinados con otros comportamientos de exclusión y no son simplemente una respuesta a la competencia, entonces las conductas serán declaradas ilegales. Así, puede resultar el caso que la empresa en posición de dominio ponga en funcionamiento una variedad de esquemas que tienen el efecto acumulativo de promover la fidelidad de los clientes, aunque consideradas separadamente ya eran ilegales. Así por ejemplo, el caso *Michelin II*,<sup>1856</sup> donde la empresa aplicó un conjunto de esquemas que tenían el efecto anticompetitivo de eliminar competidores<sup>1857</sup>.

---

<sup>1851</sup> Se condenaron las rebajas de fidelidad ofrecidas a un cliente que estuvo inclinado a cambiar a la competencia. Las rebajas formaron parte de un plan diseñado específicamente para excluir a un competidor § 198 de la STPI *Irish Sugar*/Comisión cit.

<sup>1852</sup> En *Hilti*, se puso en funcionamiento un conjunto de esquemas, precios selectivamente bajos, rebajas de fidelidad, contratos exclusivos y rebajas por objetivo.

<sup>1853</sup> Véase Kallaugher y Sher, “Rebates Revisited...” ob. Cit. Pág. 280; Véase también Temple y O’Donoghue, ob. Cit. Pág. 93.

<sup>1854</sup> Gyselen, Ob. Cit. §. 18

<sup>1855</sup> “Defining Legitimate Competition: How to clarify pricing abuses under article 82 EC”. John Temple Lang y Robert O’Donoghue . En *Fordham Internatinal Law Journal*. Vol. 26. Pág. 83-162. 2002. Kallaugher y Sher, “Rebates Revisited ... .” ob. Cit. Pág. 280, nota 99. Derek Ridyard. “Article 82 Price Abuses – Toward a More Economic Approach”. En *European Competition Law Annual 2003: What is an Abuse of a Dominant Position?* Hart Publishing Richard Whish. *Competition Law* 3 Ed. Butterworths. 2003. Londres U.K. en 528 y ss. Véase también John Temple Lang. “Monopolisation and the Definition of ‘Abuse’ of a Dominant Position under article 86 EEC Treaty”. *C.M.L.R.* 1979 pp.345 y ss.

<sup>1856</sup> § 274 de la Decisión *Michelin Francia* cit.

<sup>1857</sup> Véase también §162 del Documento de la Comisión.

Whish observa al respecto que además en el momento de fijar la multa, este hecho será considerado como una circunstancia agravante, así la multa considerable que fue impuesta a Hilti.<sup>1858</sup>

*b) La posición de la empresa dominante.*

En el análisis de los factores que conducen a la aniquilación anticompetitiva, la jurisprudencia ha establecido como determinante la posición de la empresa dominante, donde resulta mayor la probabilidad que la conducta protegiendo esta posición, conduzca a la aniquilación anticompetitiva.

Ello tiene su sustento en el caso de los esquemas, así en Michelin, donde se consideró la cuota del 65% de Michelin comparado al 8% del siguiente competidor, lo que hizo efectivamente un socio de comercio esencial para los clientes de neumáticos, que estaban forzados a hacer negocios con Michelin. De este modo, si un competidor desearía ofrecer a un cliente, una inducción competitiva para colocar un pedido, especialmente al final del año, tendría que tomar en cuenta el valor absoluto del descuento por objetivos anual de Michelin y fijar su propio descuento en un porcentaje que, cuando esté relacionado a la menor cantidad de compras del cliente de este competidor, sería muy alto. El cliente se ve irremediamente atraído a estos esquemas debido a los enormes ahorros de coste que puede obtener.

Einer Elhauge<sup>1859</sup>, considera que los efectos de exclusión dependen considerablemente del nivel de la cuota de mercado de la implicada, señala: Quizás, una cuota de mercado alta tiene también una relevancia económica independiente porque se relaciona a la capacidad del demandado en persuadir a los compradores en acordar esquemas de exclusión, la probabilidad que estos esquemas dañarán la eficiencia del rival, la rentabilidad de dañar la eficiencia del rival para el demandado y la relevancia de alguna economía de cuota por la que el demandado disfruta de este esquema. Así, sobre fundamentos económicos y legales, el poder de monopolio no debe ser considerado que existe a menos que la conducta de exclusión contribuya a la adquisición o mantenimiento de no sólo un poder para elevar los precios a lo largo del mercado o producir aniquilación a lo largo del mercado sino también una cuota de mercado del demandado por encima del 50%. Es interesante observar que los tribunales antitrust

---

<sup>1858</sup>Richard Whish. *Competition Law* 3 Ed. Butterworths. 2003. Londres U.K. en 528 y ss. Véase también John Temple Lang. "Monopolisation and the Definition of 'Abuse' of a Dominant Position under article 86 EEC Treaty". *C.M.L.R.* 1979 pp.345 y ss.

<sup>1859</sup> Einer Elhauge. "Defining Better Monopolization Standards". *Stanford Law Review*. Nov. 2003, Vol. 56, Nº 2, pp. 253-344.

parecen haber entendido intuitivamente el significado económico de tener una cuota de mercado del 50% sin articular la teoría que la apoye. Los casos de tribunales inferiores en Norteamérica, requieren generalmente una cuota de mercado de al menos 50% para demostrar el poder de monopolio. Y en Europa o Canadá han considerado que una cuota de mercado del 50% es necesaria para constituir en principio una evidencia de una posición dominante, aunque no han hecho de ello un requerimiento absoluto. De la misma postura es la Comisión al señalar que lo más fuerte que sea la posición dominante y lo más probable que la conducta protegiendo esta posición conduzca a una aniquilación anticompetitiva.<sup>1860</sup>

*c) Las condiciones en el mercado relevante: Las “economías de cuota”<sup>1861</sup>.*

La Guía plantea entre los factores que conducen a la aniquilación anticompetitiva, que se debe analizar las condiciones en el mercado relevante, que incluyen las condiciones de entrada y expansión, como la existencia de economías de escala y/o economías de ámbito y los efectos de red. Las economías de escala significan que los competidores serán menos proclives a entrar o permanecer en el mercado si la empresa dominante aniquila una parte significativa del mercado relevante. De modo similar, la conducta que permite a la empresa dominante apropiarse de un mercado caracterizado por los efectos de red en su favor o para incrementar su posición en este mercado. Asimismo, si las barreras a la entrada son significativas en el mercado hacia arriba y/o hacia abajo, esto significa que será costoso para los rivales superar la posible aniquilación a través de la integración vertical.<sup>1862</sup>

En el análisis de la ilegalidad de los esquemas, es entonces importante determinar la relevancia de alguna economía de cuota por la que el demandado disfruta de los esquemas que generan el efecto de inducción a la compra en los clientes.

En la jurisprudencia, vemos el caso de la denegación del acceso por los competidores a las grandes operadoras de agencias de viajes, por las aerolíneas rivales a través de los esquemas de comisiones ventajosas que pone en funcionamiento la aerolínea que está en

---

<sup>1860</sup> §20 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva. Véase también §31 del Documento de la Comisión.

<sup>1861</sup> Denominamos “Economías de cuota” a todos aquellos supuestos que pueden aniquilar recursos, proveedores o canales en una forma que daña la eficiencia de los rivales mediante la denegación a éstos de economías de escala, economías de ámbito, los efectos de la curva de aprendizaje o los efectos de red. Véase Einer Elhauge. “Defining Better Monopolization Standards”. Stanford Law Review. Nov. 2003, Vol. 56, Nº 2, pp. 253-344.

<sup>1862</sup> §20 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

posición de dominio.<sup>1863</sup> La denegación del acceso de los fabricantes de vitaminas que no producen el rango total de vitaminas a los grandes clientes en el ámbito de fabricación de productos farmacéuticos, alimentación y comida animal a través de rebajas de fidelidad.<sup>1864</sup> *Hoffmann-La Roche*<sup>1865</sup>, era el primer fabricante mundial de vitaminas, cuya producción requería de una inversión considerable ya que el proceso de síntesis era en gran medida único para cada grupo de vitaminas y era necesario un equipo altamente especializado. La planta utilizada para la fabricación de vitaminas de un grupo no podía ser utilizada para producir vitaminas de otro grupo, ni era posible la conversión de la planta para esa producción ya que era requerido un alto nivel de inversión. La capacidad productiva era normalmente adaptada para el crecimiento estimado de la demanda durante 10 años. En el momento de la investigación a Roché, tenía un exceso de capacidad a nivel mundial para la producción de vitaminas debido a la construcción de una nueva planta para cubrir los requerimientos a largo plazo. Sólo un gran grupo farmacéutico podía emprender una inversión de la escala necesaria para la fabricación, distribución encomendada a una gran red de ventas que sólo poseía Roché. Además Roché era el único proveedor que suministraba el rango completo de vitaminas.

Otro ejemplo lo constituye la denegación del acceso por los fabricantes de neumáticos pesados a los grandes clientes de estos neumáticos a través de descuentos por objetivos.<sup>1866</sup>

La Comisión en su Guía,<sup>1867</sup> al referirse a las obligaciones de compra exclusiva, aplicable a los esquemas de rebajas, señala que la capacidad para las obligaciones de compra exclusiva puede resultar anticompetitiva cuando, sin las obligaciones, es ejercitada una coacción competitiva importante por los competidores que aunque aún no estén presentes en el mercado cuando las obligaciones son concluidas, o que no están en posición de competir por los suministros totales de los clientes. Los rivales no estarán dispuestos a competir por la demanda total del cliente individual porque la empresa dominante es un socio comercial inevitable al menos para parte de la demanda en el mercado.

---

<sup>1863</sup> Véase los programas de comisiones del caso Decisión de la Comisión CE de 14-7-1999. *Virgin/British Airways*. DOCE L030 de 04-02-2000 p. 1-24. § 7-29.

<sup>1864</sup> Véase los esquemas de rebajas de fidelidad del caso Decisión de la Comisión CE de 9-6-1976. *Hoffmann-La Roche*. DOCE L223/27 de 18-8-1976. §10

<sup>1865</sup> *Ibidem* § 3-4.

<sup>1866</sup> Véanse los esquemas de descuentos por objetivos del caso Decisión de la Comisión de 7-10-1981. *NV Nederlandsche Baden Industrie Michelin*. DOCE L353/33 9.12.81 §15

<sup>1867</sup> §35 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva

En este sentido, puede resultar que en comparación con el resto de competidores, la empresa en posición de dominio ostente alguna externalidad o sea titular de algún derecho que le permita colocar barreras significativas a la entrada, a continuación enumeramos algunas de estas externalidades, analizadas por la jurisprudencia, que son el origen de asimetrías significativas y constituyen ventajas que permiten a la empresa dominante asegurarse la compra en cuotas considerables de los requerimientos de los clientes en el mercado, por eso lo denominamos “economías de cuota”:

- La reputación del producto.

Es el origen de una asimetría significativa. Incluso cuando el precio sea más alto que el que ofrece el nuevo entrante, el producto “must stock” es un producto considerado por los clientes de obligado almacenamiento, un producto por el que muchos consumidores tienen una demanda mínima no sustituible, o lo que se denomina como la “demanda espontánea”. Este es el uno de los ejemplos que refiere la Comisión en su Guía.<sup>1868</sup>

Encontramos esta característica en los casos *British Plasterboard*<sup>1869</sup>, *Michelin I*<sup>1870</sup>, *Michelin II*<sup>1871</sup> y *Virgin/British Airways*<sup>1872</sup>

No es determinante por si mismo de la ilegalidad de los esquemas, *Hewitt*<sup>1873</sup>. Temple y D’Onoghue,<sup>1874</sup> y Gyselen<sup>1875</sup> considera en este ámbito que, incluso los descuentos de fidelidad en combinación con asimetrías significativas, no se traducirá en daño a la competencia y a los consumidores si permanecen un número suficiente de competidores actuales o potenciales no restringidos en el mercado. Entonces, al considerar estos factores, es necesario además completar el análisis con la determinación de cuál es la estructura de la oferta en el mercado.

- Los efectos de red.

---

<sup>1868</sup> Ibidem

<sup>1869</sup> § 117 de la Decisión de la Comisión CE *British Plasterboard* citada. Los clientes se encontraban en posición de dependencia hacia BG para numerosos suministros de planchas de yeso debido a la amplia gama de productos de este material que suministra BG, pero no sus competidores; a las especificaciones de los arquitectos, que exigen productos BG mencionándolos por su nombre y a la ventaja que supone para los clientes de BG realizar todas las adquisiciones de dicho material de un solo distribuidor

<sup>1870</sup> § 55 de la Sentencia TJCE *Michelin* citada. La ventaja del Grupo *Michelin* sobre sus competidores en el rango de productos, en algunos tipos de neumáticos, el Grupo *Michelin* es el único proveedor en el mercado que los ofrece en su rango.

<sup>1871</sup> § 204 de la Decisión de la Comisión CE *Michelin II*. Era muy improbable que un minorista pueda ignorar a *Michelin* sin poner en peligro su credibilidad y su negocio. Habida cuenta de las cuotas de mercado de la marca y del índice de demanda espontánea (del 50% al 70% en Francia, según las peticiones de información dirigidas a los comerciantes especializados por la Comisión), es innegable que un minorista no podría razonablemente evitar trabajar con *Michelin*.

<sup>1872</sup> Una asimetría importante estuvo relacionada con la extensa red de BA utilizando al aeropuerto de Heathrow como su base y la disposición de slots, que no disponían sus competidores, como consecuencia, BA ofrecía una extensa red de rutas, que era preferida como un amplio rango de productos por los agentes de viajes. STPI *Virgin/British Airways* cit.

<sup>1873</sup> Hewitt, ob. Cit. Pág. 168 y 148.

<sup>1874</sup> Temple y D’Onoghue, ob. cit. pág. 114.

<sup>1875</sup> Gyselen, ob. cit. Párr. 134.

Los efectos de asimetrías significativas, en concierto con los descuentos de fidelidad son considerablemente magnificados en el caso de los mercados de alta tecnología, con efectos de red, cercanos a implicar una situación cercana al monopolio o al dominio. La característica de estos mercados puede ser consecuencia de las economías de escala sustanciales en producción. También podría estar basado en las condiciones desde el lado de la demanda, como los efectos de red, que funcionan junto con altos costes de cambio<sup>1876</sup>. Mercados caracterizados por competencia vigorosa “por” el mercado, pero mucho menor cuando el mercado se convierte en un mercado maduro y entonces, hay competencia reducida “en” el mercado. El mercado para los sistemas operativos de los ordenadores proporciona un buen ejemplo de un mercado de alta tecnología.<sup>1877</sup>

---

<sup>1876</sup> El significado competitivo de los efectos de red no puede ser valorado sin referencia a los costes de cambio. Si puede encontrarse un recurso de bajo coste, por ejemplo, para permitir a los compradores utilizar el sistema operativo “A” para utilizar software desarrollado para el sistema operativo “B”, parte de los efectos pertinentes de red desaparecerían. Por supuesto, los descuentos de fidelidad pueden por sí mismos constituir un coste de cambio, como lo veremos más adelante.

<sup>1877</sup> La estructura de coste para los sistemas operativos de los ordenadores se caracteriza por costes fijos muy altos (los costes fijos, llamados a veces “costes generales” o “costes perdidos” están formados por conceptos como el pago contractual de la renta y del equipo, intereses de las deudas, sueldos de trabajadores fijos; deben pagarse incluso cuando la empresa no produzca y no varían aunque varíe la producción), pero costes marginales reducidos (esencialmente el coste de hacer una copia digital). Además, el valor para los compradores de un sistema operativo particular crece con el número de compradores optando por él y esto por dos razones. Primero, un sistema operativo común, haría más fácil compartir los datos y programas y para los ordenadores de red. Segundo, mientras mayor sea el número de gente utilizando un sistema operativo particular, mayor será el beneficio potencial implicado en escribir software diseñado para que funcione con este sistema operativo. Y mientras el software compatible sea mayor y más económico, el sistema operativo será más valorado por los usuarios. Véase también Derek Ridyard. “Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses under Article 82 – An Economic Analysis”. En ECLR 2002 p. 286-303. Quien señala que en muchas industrias de la nueva economía o basadas en la información (como aquellas en que la “producción” implica la autorización de alguna propiedad intelectual a un usuario), los costes marginales estarían o en cero o bien cercanos a cero. En realidad hay virtualmente ninguna industria que haga las inversiones valiosas y que no exhiba algunas características de recuperación de coste fijo y es difícil imaginar ninguna industria que podría llegar bajo el análisis del artículo 82 TCE pero cuyo negocio no tenga características fuertes de recuperación de coste fijo. Es entonces esencial que cuando se trate de la aplicación del artículo 82 TCE se tenga conocimiento de los problemas y cuestiones que se originan en estas industrias. El precio del coste marginal retiene todavía algunas propiedades de eficiencia en estas industrias, pero el simple precio al coste marginal falla en remunerar los costes fijos de la empresa. En un contexto dinámico, también fallará en proporcionar incentivos a las empresas para hacer inversiones en innovación, investigación y desarrollo en el futuro. Como una consecuencia, las empresas en industrias de recuperación de coste fijo establecen precios en exceso, frecuentemente bastante en exceso, de los costes marginales a corto plazo. (puede haber opciones no-lineales abiertas a estas empresas que les permita cubrir los costes fijos y fijar precios cercanos a los costes marginales. Uno de estos mecanismos es un precio en dos partes donde los clientes pagan una tasa de entrada fija, seguida por un pequeño cargo por unidad. Esta es una estructura de precio típica en las tarifas de las empresas de electricidad de servicio público, por ejemplo, pero también puede encontrarse en otros contextos. Para estos propósitos, nos enfocamos principalmente en el caso simple, donde la empresa tiene que recuperar los costes fijos mediante un margen de precio coste simple). La probabilidad que este precio implicará alguna pérdida de eficiencia estática (p.ej. algunos clientes serán disuadidos de consumir el producto incluso aunque lo valoren más alto que el coste marginal de suministro) debe ser canjeado contra el riesgo que el producto ya no existiría si a los inversores no les fuera ofrecida la posibilidad de recuperación de coste fijo –e incluso algún beneficio además- en el momento cuando las inversiones necesarias son efectuadas. Cuando los negocios enfrentan este problema de recuperación de coste fijo y cuando también enfrentan un segmento o segmentos de mercado en donde venden su producto, es probable que fijarán márgenes de precio-coste diferentes en transacciones diferentes o en segmentos diferentes de los mercados que sirven. Así observamos que las diferencias en precio que no

En un mercado de alta tecnología, un liderazgo inicial sobre los competidores podría ser prolongado a través del uso inicial estratégico de los descuentos de fidelidad. Mientras la empresa permanezca durante el mayor tiempo con el uso de descuentos de fidelidad, para obtener compromisos de facto para comprar exclusivamente de ésta, más competidores existentes tendrán que resignarse sin hacer resistencia.

La concesión de descuentos de fidelidad en mercados de alta tecnología, puede ser además pro competitiva en naturaleza. Mucho depende de la respuesta a dos cuestiones. La primera, si la empresa que inicialmente se coloca a la cabeza, disfruta de algo más que una ventaja simplemente temporal. Si no es así, si el descuento de fidelidad puede ayudar a una empresa a ganar la competencia por un mercado a una empresa incluso más eficiente que habría prevalecido si no se hubieran utilizado los descuentos de fidelidad. La segunda y más importante ya que el primer factor básicamente se reduce al hecho de algún tipo de “accidente”, si el descuento de fidelidad tiene el efecto de reducir los precios futuros por debajo del nivel que de otro modo habrían estado.

Incluso cuando los descuentos de fidelidad en combinación con las asimetrías restringen significativamente a los competidores, este daño no se traducirá en daño a la competencia y los consumidores si permanecen un número suficiente de competidores reales o potenciales no coaccionados en el mercado.

*d) La posición de los competidores de la empresa dominante.*

La Comisión establece en la Guía entre los factores de aniquilación anticompetitiva que se debe considerar la importancia de los competidores en el mantenimiento de la competencia efectiva. Un rival específico puede jugar un rol competitivo significativo incluso con sólo una cuota de mercado pequeña comparada a la de otros competidores: por ejemplo puede ser el competidor más cercano a la empresa dominante, ser un competidor particularmente innovador, o tener la reputación de recortar los precios sistemáticamente. En su valoración, la Comisión considerará también en los casos apropiados, basado en la información disponible, si hay contraestrategias efectivas y oportunas que pueden desplegar los competidores.<sup>1878</sup>

La única contraestrategia efectiva y oportuna que pueden desplegar los competidores en materia de rebajas condicionales cuando el precio efectivo esté entre el coste promedio evitable y el coste de incremento promedio a largo plazo, sería su capacidad de utilizar

---

pueden ser totalmente explicadas por diferencias en los costes de suministro son un fenómeno omnipresente en los mercados del mundo real.

<sup>1878</sup> §20 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva

también la porción ‘no cuestionable’ de la demanda de sus compradores como una ventaja para disminuir el precio para el tramo relevante. Lo que implicaría que el esquema no tiene efecto de aniquilación de competidores igualmente eficientes<sup>1879</sup>.

Tratándose de los abusos en precios, la Guía señala que la Comisión reconoce que en algunas circunstancias, un competidor menos eficiente puede ejercer también una coacción que debe ser tomada en cuenta cuando se considera si una conducta particular basada en el precio conduce a la aniquilación anticompetitiva. La Comisión asumirá una opinión dinámica de esta coacción, dado que en la ausencia de un comportamiento abusivo este competidor se beneficiaría de ventajas relacionadas a la demanda, como los efectos de red y efectos de la curva de aprendizaje, que pueden fomentar su eficiencia.<sup>1880</sup>

La Comisión ha debido especificar en qué casos un competidor menos eficiente puede ejercer también una coacción competitiva efectiva, considerando la relatividad que implica la estimación del tramo relevante (o precio que tiene que compensar al cliente por la pérdida de la rebaja condicional) que señala la Guía que será estimado sobre las bases de información que tendrá grados variados de precisión, que está basado en la capacidad de la implicada para aniquilar a competidores igualmente eficientes (aunque en este caso son menos eficientes)<sup>1881</sup> así resulta en un juicio donde la implicada empresa en posición de dominio ya ha sido condenada por serlo ya que la estimación del precio efectivo luego tiene que compararse con el precio de la empresa dominante, desanimando de esta forma la competencia en los precios por estas empresas.

La Comisión asume que los competidores son más pequeños, en la medida que esos competidores no pueden competir por la demanda total de un cliente individual. Esta declaración es cuestionable, puesto que cualquier empresa que tenga una estructura de costes eficiente puede generar el efecto de exclusión de rivales que no pueden igualar estas condiciones, de donde no se produce necesariamente un daño a la competencia, sino sólo a sus rivales. Y sí se produciría un daño a la competencia si el esquema no tiene por objeto la eficiencia en los costes, sino dañar la eficiencia del rival, por lo que lo señalado por la Comisión sólo está dirigido a plantear que debe considerarse que la empresa al ser ineficiente debe ser protegida, al no disponer de contraestrategias, lo cual no ayuda al análisis.

---

<sup>1879</sup> Ibidem §43

<sup>1880</sup> Ibidem §23

<sup>1881</sup> Ibidem, Nota al pie 29



e) *El ámbito de la supuesta conducta abusiva: La cuota de los requerimientos de los clientes a cargo de la empresa en posición de dominio.*

Entre los factores que conducen al daño anticompetitivo, es necesario analizar cuál es el ámbito de la supuesta conducta abusiva, que será mayor, mientras mayor sea el porcentaje de las ventas totales en el mercado relevante afectado por la conducta, en función de su mayor duración y la mayor regularidad en que haya sido aplicado a los clientes.<sup>1882</sup>

La Comisión, en su Guía se refiere a este factor, considerando el cálculo del tramo relevante, señala que será útil calcular la mayor proporción de la cuota de los requerimientos del cliente que en promedio debe capturar el entrante como un mínimo de modo que el precio efectivo sea al menos tan alto como el coste de incremento promedio a largo plazo LRAIC de la empresa en posición de dominio.<sup>1883</sup>

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que es una medida competitiva que la empresa en posición de dominio se asegurará que sin medidas que fomenten la lealtad, los clientes adquieran gran parte o incluso la mayoría de sus requerimientos, sin embargo, ello no convierte su conducta en anticompetitiva, el elemento por tanto no es por si mismo suficiente para condenar la conducta.

La jurisprudencia analiza este efecto en que las rebajas deberán representar una proporción importante de los ingresos totales anuales de los clientes.<sup>1884</sup> Lo que se trata de investigar es cuál es el motivo que induce al cliente a comprar la totalidad de sus

---

<sup>1882</sup> Ibidem § 20

<sup>1883</sup> Ibidem, Nota al pie 29

<sup>1884</sup> Véase los casos *Michelin I*, *Michelin II* y *Virgin/British Airways*. Los efectos de las rebajas o descuentos por objetivo se pueden apreciar con el siguiente ejemplo: cuando el cliente tiene requerimientos anuales de 10 unidades para un producto y la lista de precios de la posición dominante es de 10 euros la unidad. Asumiendo además que la posición dominante tiene una cuota de mercado estable del 70 por ciento y se beneficia de una marca fuerte o es un socio de comercio esencial en alguna cuestión, con el resultado que el cliente tiene razonablemente una demanda inelástica para 7 unidades suministradas por la posición dominante. Entonces, la posición dominante propone una rebaja al cliente donde cualquier compra que supere 7 unidades consigue un descuento del 5% no sólo de las ventas adicionales, sino también por todas las unidades compradas por el cliente durante el año. El resultado es que el precio efectivo para la octava unidad es de 6 euros, que significa que el rival en la mayoría de los casos incurrirá en pérdida por conseguir esta venta. Se trata del incremento de los incentivos marginales, en la medida que el cliente se mueve más cerca del fin del período de referencia. La objeción es que el cliente tendrá que comprar exclusivamente de la posición dominante para obtener cualquier descuento, lo que tiene el mismo efecto que si acordara no comprar de un competidor, lo que constituye un abuso. En algunos casos el ámbito para la exclusión es más obvio, pero es necesario considerar muchos elementos para decidir si aquella se produce.

compras de la empresa en posición de dominio y que al hacerlo se produce un daño a los rivales y a la estructura de competencia en el mercado.

La ventaja financiera que representan los esquemas ha sido analizada por la jurisprudencia como equivalente a la cuota de mercado de la empresa en posición de dominio respecto a las de sus competidores, sin concretar que debía tratarse de la cuota de mercado supeditada o vinculada por las compras de los clientes, así, en *Michelin*, el TJCE señaló: “Este efecto (de supeditar a los clientes) fue acentuado aún más por la amplia divergencia entre la cuota de mercado de Michelin NV y la de sus principales competidores. Si un competidor deseaba ofrecer a un cliente una inducción competitiva para hacer un pedido, especialmente al final del año, tenía que tomar en cuenta el valor absoluto del descuento del objetivo anual y fijar su propio descuento en un porcentaje que, era muy alto, cuando se compara con la menor cantidad de las compras del cliente de este competidor. Al margen del porcentaje aparentemente bajo porcentaje del descuento de Michelin NV, fue entonces muy difícil para sus competidores compensar los beneficios o pérdidas resultantes para los clientes en conseguir o fallar en conseguir los objetivos de Michelin NV, como el caso sería.”<sup>1885</sup>

Sin embargo, en casos posteriores en *Virgin/British Airways*, el TPI consideró la cuota de mercado supeditada o vinculada de los billetes de British Airways vendidos por las agencias de viajes en el Reino Unido, señaló: “el número de billetes de BA vendidos por las agencias de viajes en el Reino Unido dentro del conjunto formado por las líneas aéreas que tienen como punto de partida o de destino aeropuertos británicos representó invariablemente, durante todo el período de aplicación de los programas de remuneración de rendimiento controvertidos, un múltiplo tanto de las ventas de billetes realizadas por cada una de las cinco principales competidoras como del total acumulado de esas mismas ventas”. “En estas circunstancias, se ha demostrado de modo suficiente en Derecho que las empresas competidoras no podían conseguir, en el Reino Unido, una cantidad de ingresos que pudiera constituir una base financiera suficientemente grande como para permitirles establecer eficazmente un programa de remuneración de rendimiento similar al de BA para contrarrestar el efecto excluyente que sufrían en el mercado británico de los servicios prestados por las agencias de viajes en el sector del transporte aéreo.”<sup>1886</sup>

---

<sup>1885</sup> §82 STJCE *Michelin NV c/ Comisión*, cit.

<sup>1886</sup> §§277-8 de la STPI *Virgin/British Airways* cit.

La Comisión en su Guía lleva a confusión sobre este aspecto ya que al estimar el rango relevante, señala que el efecto anticompetitivo del esquema de rebajas, quedará establecido cuando se compare el tamaño de la cuota de los requerimientos del cliente, que el entrante debe capturar, con las cuotas de mercado reales de los competidores y sus cuotas de los requerimientos del cliente.<sup>1887</sup> Sería de utilidad que la Comisión desarrollara qué relación hay entre las cuotas de mercado y las cuotas de los requerimientos del cliente. Considerando que para la Comisión, incluso un competidor con una pequeña cuota puede jugar un rol competitivo significativo para el mantenimiento de la competencia efectiva, consideramos necesaria la aclaración.<sup>1888</sup> Suponemos que la Comisión se refiere a que los rivales con menor cuota de mercado porque carecen de las economías de cuota, que en ausencia del esquema de rebajas condicionales el competidor accederían a una mayor proporción de clientes y por consiguiente a una expansión en el mercado.

Por ello la doctrina es crítica en este aspecto y plantea que se debe establecer fehacientemente que una gran cantidad de clientes se ve afectada en una gran proporción de sus suministros por los esquemas de la empresa en posición de dominio. Kallaugher y Sher<sup>1889</sup>, Temple y O'Donoghue<sup>1890</sup>, observan como un parámetro fundamental necesario a considerar en el análisis del caso: determinar el número y tamaño de los clientes participando en el programa y la proporción de sus ventas que es absorbida a la empresa dominante como resultado del esquema de rebajas. Si el porcentaje de mercado excluido por el programa, es relativamente pequeño, el efecto del programa en disuadir la entrada al mercado también será pequeño, incluso si los costes de cambio para estos clientes son altos. El tamaño de la exclusión necesaria para crear una barrera significativa a la entrada dependerá de una variedad de factores, incluyendo la escala mínima eficiente para la entrada y la demanda mínima para el producto de la empresa dominante, en ausencia del esquema de rebajas. También es necesario considerar si la cantidad total que adquiere el comprador puede ser estimada por adelantado, o puede ser incrementada significativamente si el comprador comercializa

---

<sup>1887</sup> Nota al pie 29 de la Guía de la Comisión para la conducta de Exclusión Abusiva.

<sup>1888</sup> Ibidem §20.

<sup>1889</sup> John Kallaugher y Brian Sher. "Discounts as Exclusionary Abuse Under Article 82: Reflections on Gyselen", Third Meeting of the Competition Law Forum, BIICL, Londres 10-09-2003, no publicado. P. 27

<sup>1890</sup> Temple y O'Donoghue, ob. cit.

de un modo activamente suficiente (en el último caso, una cantidad objetivo, es incentivo legítimo para el esfuerzo).

Sher y Ojala<sup>1891</sup>, son críticos de la jurisprudencia que se centra más en la capacidad inherente de una rebaja para limitar la libertad del cliente y no sobre sus efectos en la competencia.<sup>1892</sup>

Si consideramos que según ha establecido la Comisión en sus Directrices a las Restricciones Verticales<sup>1893</sup>, que los esquemas de rebajas y descuentos son una forma más débil de no competencia, comparado a la compra exclusiva o marca única, no está claro que ello se traduzca en la Guía de la Comisión, o en todo caso, en cuanto a detallar con claridad los efectos dañinos a la competencia o si hubo esta probabilidad, establecer cuál debe ser la cuota de mercado supeditada o vinculada por los esquemas de rebajas que deben ser considerados ilegales.

Un contraste importante en la jurisprudencia, lo encontramos en el caso *De Beers/Alrosa*<sup>1894</sup>, un caso sobre contratos de exclusividad, donde De Beers se ha comprometido con la Comisión bajo el artículo 9 del Reglamento 1/2003 en virtud del cual podía terminar la relación de compra con Alrosa. Sin embargo, el TPI estableció que estos compromisos fueron más allá de lo necesario en cuanto se refiere al artículo 82 TCE. Planteó que un límite de compras por De Beers (en el caso del 35%) eliminaría el riesgo de aniquilación de terceros compradores y entonces de ninguna implicación bajo el artículo 82 TCE. Resulta entonces que la exclusividad de facto depende del porcentaje de mercado aniquilado, sin embargo, tratándose de las rebajas y descuentos, la jurisprudencia ha establecido que no es necesario ningún análisis de

---

<sup>1891</sup> Brian Sher y Annukka Ojala. "Abuse of Dominance. Effects and inherent effects under article 82: *Michelin 2* and *Van den Bergh Foods*". En *Competition Law Insight* Diciembre 2003/enero 2004. No publicado, disponible en internet.

<sup>1892</sup> En Sentencia TPI de 23-10-2003, as. 65/98. *Van Den Bergh Foods Limited c/ Comisión CE y otros*. RJ 2003. En contraste con el caso *Van Den Bergh Foods* donde algún grado de aniquilación sustancial tiene que ser demostrado para que sea enjuiciable bajo el artículo 82 TCE, un caso de acuerdos de compra exclusiva, considerando que la ilegalidad de las rebajas radica en que conducen a una fidelidad en la compra por la totalidad o casi totalidad de los requerimientos del cliente, equivalentes a un contrato de exclusividad, el TPI consideró que la exclusividad de los arcones que operaron como un canal de exclusividad sustancial de facto, no fue suficiente, lo que fue requerido fue la exclusión de una proporción sustancial del mercado en un 40%.

<sup>1893</sup> § 152 de las Directrices sobre las Restricciones Verticales DOCE C291/1 2000.

<sup>1894</sup> Decisión de la Comisión 2006/520/EC de 22 de febrero de 2006, (Caso COMP/B-2/38.381 – *De Beers*) (DOCE 2006 L 205, p. 24) Sentencia TPI de 11-07-2007. *Alrosa Company Limited c/ Comunidad CEE*. AS. T-170/06. De Beers era el comprador principal de diamantes de Alrosa –comprando aproximadamente 800 millones de euros anualmente, aunque no había un límite contractual en la venta por Alrosa a terceros compradores. La Comisión cuestionó los acuerdos sobre las bases que De Beers era el comprador dominante y que los compromisos de cantidad acordados con Alrosa constituyeron una forma de exclusividad de facto que beneficiaba a De Beers.

aniquilación.<sup>1895</sup> Y la Guía de la Comisión, no proporciona un esquema funcional que puedan aplicar y entender las empresas.

*f) Los grados del fomento de la fidelidad en los clientes derivados del esquema:*

La Guía de la Comisión<sup>1896</sup> establece que al considerar la forma cómo es aplicado el sistema de rebajas, se debe analizar los diferentes grados del efecto de fomento de fidelidad en los clientes. Señala que al igual que las obligaciones de compra exclusiva, la probabilidad de aniquilación anticompetitiva es más alta cuando los competidores no están dispuestos a competir en términos iguales por la demanda total de cada cliente individual. Una rebaja condicional concedida por una empresa dominante puede permitirle utilizar la porción ‘no contestable’ de la demanda de cada cliente (es decir, la cantidad que de cualquier manera sería adquirida por el cliente de la empresa dominante) en la medida que la ventaja hace disminuir el precio a ser pagado por la porción ‘contestable’ de demanda (es decir la cantidad por la que el cliente preferiría y estaría dispuesto a encontrar sustitutos)<sup>1897</sup>

Tratándose de las rebajas retroactivas pueden aniquilar el mercado de forma significativa, en la medida que hacen menos atractivo para los clientes cambiar cantidades pequeñas de demanda a un proveedor alternativo, cuando ello conduce a una pérdida de las rebajas retroactivas.<sup>1898</sup> El efecto potencial de aniquilación de las rebajas retroactivas es en principio más fuerte sobre la última unidad adquirida del proveedor antes que sea excedido el umbral. Sin embargo, lo que es relevante en opinión de la Comisión para el análisis del efecto de fomento de fidelidad de una rebaja no es simplemente el efecto en la competencia en proporcionar la última unidad individual, sino el efecto de aniquilación del sistema de rebaja en los competidores (reales o potenciales) del proveedor dominante. Lo más alto que la rebaja como un porcentaje del precio total y lo más alto del umbral, mayor la inducción por debajo del umbral y entonces, más fuerte la aniquilación probable de competidores reales o potenciales<sup>1899</sup>.

---

<sup>1895</sup> John Kallaugher y Andreas Weitbrecht. “Microsoft and More –Developments under Articles 81 and 82 in 2007” en *ECLR* 2008 pág. 418 y ss.

<sup>1896</sup> §44 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

<sup>1897</sup> §§162-3 STPI *Michelin Francia/ Comisión* cit. §§277-8 STPI *British Airways/Comisión*.

<sup>1898</sup> §70-73 STJCE *Michelin NV/ Comisión* cit.

<sup>1899</sup> §38-39 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

- La inducción a la fidelidad o privación de la libertad de los clientes para seleccionar ofertas de cualquier proveedor como elemento suficiente para condenar los esquemas.

La Comisión<sup>1900</sup> señala que la inducción a comprar más del proveedor dominante dependen del nivel del porcentaje de la rebaja y del nivel del umbral. A mayor porcentaje y mayor la cantidad que necesita ser adquirida, mayor la inducción justo por debajo del umbral. La Comisión en su Documento<sup>1901</sup> lo denomina como el efecto de succión.

El efecto de fidelización puede abarcar la totalidad o un gran porcentaje de los requerimientos del cliente, el descuento se concede como contrapartida por la exclusividad en la cobertura de la demanda, los descuentos de fidelidad, no dependen de un volumen concreto, sino de toda la demanda de cada cliente o de una parte sustancial de la misma<sup>1902</sup>, el grado de supeditación del cliente al suministrador es total o casi total. Encontramos en el mercado que algunas veces, las empresas utilizan mecanismos de control para verificar si sus clientes realmente permanecen fieles a ellos, para que les sea adjudicada la rebaja de fidelidad. Las empresas dominantes harán estimados de los requerimientos de compra de sus clientes para un período de referencia futuro y pagan a los clientes después de comprobar si han alcanzado o excedido estos estimados. Así los casos *Hoffmann-La Roché*, *Deutsche Post AG*, el grado de supeditación de los requerimientos del cliente era total o casi total. Estos descuentos generalmente son declarados ilegales por la jurisprudencia.

Sin embargo, encontramos que la jurisprudencia comunitaria consideraba que para demostrar los efectos perjudiciales de los esquemas, no era necesario analizar el efecto anticompetitivo concreto del comportamiento<sup>1903</sup>, es suficiente demostrar que los clientes no tienen libertad para seleccionar cualquier oferta en cualquier momento de cualquier proveedor, sin sufrir una desventaja económica apreciable.<sup>1904</sup>

---

<sup>1900</sup> Ibidem §39.

<sup>1901</sup> § 153 del Documento de la Comisión.

<sup>1902</sup> § 95 y 96 de la STJCE *Hoffmann-La Roché* citada y 33 de la Decisión *Deutsche Post AG* citada.

<sup>1903</sup> Sentencia TPI *Michelin II*, § 237 citada.

<sup>1904</sup> Ibidem § 240 “... El Tribunal [de Justicia] concluyó que *Michelin* [se refiere al caso *Michelin I*] había violado el artículo 82 CE por tanto que su sistema de rebajas era “susceptible de impedir a los minoristas poder escoger, en todo momento, libremente y en función de la situación del mercado, la oferta más favorable entre los diferentes competidores y de cambiar de fabricante sin sufrir una desventaja económica sensible (punto 85).”

Establece que el requisito es suficiente y no resulta necesario demostrar que ésta tuvo por objeto, o por efecto concreto el distorsionar la competencia en el mercado de referencia, sino que este efecto demuestra que la rebaja o descuento busca restringir la competencia, o, en otras palabras, la conducta es capaz, o probable de tener este efecto y como consecuencia de ello, la empresa incrementa su posición de dominio.<sup>1905</sup>

Esto implica que la conducta tenía por objeto impedir mediante la concesión de la ventaja financiera que su cliente se abastezca de sus competidores. Este pronunciamiento ha sido reiterado en la sentencia *Irish Sugar*<sup>1906</sup>, *Michelin II*<sup>1907</sup> y *Virgin/British Airways*<sup>1908</sup>

La jurisprudencia, denomina a este efecto de diversas formas, a través de las cuales, la empresa en posición de dominio limita o restringe la libertad del comprador para escoger sus fuentes de suministro: la “supeditación de los clientes”, “efecto de edificar la fidelidad en los clientes” (“fidelity building”), el “efecto fidelizante”. El efecto consiste en que debido a la considerable ventaja financiera que concede la empresa en posición de dominio, implica que el cliente considerará un riesgo perder la rebaja, la pérdida que debe contabilizarse corresponde no sólo al último pedido realizado, sino a las rebajas correspondientes por todo el período de referencia.<sup>1909</sup>

Para que las rebajas constituyan un abuso, sus efectos deben ser equivalentes a un acuerdo de compra exclusiva, es decir, que el cliente debe quedar supeditado por la totalidad o casi totalidad de sus requerimientos, implicando así que la empresa en posición de dominio abarca una gran cantidad de suministros en el mercado, estos efectos no han sido analizados con detalle en algunos casos en la jurisprudencia, sin establecer cuáles son sus efectos en el mercado.

La doctrina mayoritariamente cuestiona que la jurisprudencia conserve un enfoque estructuralista para condenar el abuso y siga un enfoque per se al hacerlo, plantean que deben haber muy pocos casos donde se condenen las rebajas y descuentos, considerando que está demostrado que tienen efectos pro y anticompetitivos.<sup>1910</sup> Al respecto es importante considerar que los parámetros utilizados por la jurisprudencia se refieren al

---

<sup>1905</sup> § 85 de la Sent. TJCE *Michelin* cit.; § 170 de la Sent. TPI *Irish Sugar* cit; § 120 de la Sent. TPI *British Plasterboard* cit.; § 239 de la Sentencia *Michelin* Francia.

<sup>1906</sup> § 218 de la STPI *Irish Sugar* cit.

<sup>1907</sup> § 140 de la STPI *Michelin* Francia cit.

<sup>1908</sup> § 280 de la STPI *Virgin/BA* cit.

<sup>1909</sup> *ibidem*.

<sup>1910</sup> Luc Gyselen, ob. Cit. Párr. 2. Kallaugher y Sher, “Rebates Revisited...” ob. Cit. Pág. 274. Brian Sher. “Price Discounts and *Michelin 2*: What Goes Around, Comes Around”. *ECLR* 2002, p. 483-489. Derek Ridyard. “Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses under Article 82 – An Economic Analysis”. En *ECLR* 2002 p. 286-303.

efecto en los clientes (no en el mercado, ni en los competidores) de inducción de la fidelidad, para ello, se analiza de qué modo el esquema de rebajas genera efectos fidelizantes en los clientes cuyas compras ya están supeditadas a la empresa en posición de dominio y en qué porcentaje de sus requerimientos, esto es si se trata de la totalidad o una gran parte. No se analizan los clientes libres que también existen en el mercado.

Kallaugher y Sher<sup>1911</sup>, que plantean que la consideración de la naturaleza de “promover la fidelidad” de un sistema de rebajas, sólo es el primer paso en el análisis. Formulan que existen algunas cuestiones de hecho que pueden afectar el significado de los costes de cambio como barreras a la entrada.<sup>1912</sup> Así podría resultar por ejemplo, que los rivales dispongan de contraestrategias a su disposición, por ejemplo su capacidad en utilizar también la porción ‘no cuestionable’ de la demanda de sus compradores para disminuir el precio por el rango relevante, mencionado por la Comisión en su Guía<sup>1913</sup>, sin embargo, esta no es la única circunstancia que cambiaría el significado y que ha debido ser considerada con más detalle por la Comisión.

La doctrina también observa que las rebajas concedidas por un proveedor dominante sobre la condición que un cliente compre todos o la mayoría de sus requerimientos exclusivamente los productos relevantes de este proveedor, ha sido considerado generalmente abusivo.<sup>1914</sup>

La objeción a los descuentos de fidelidad no es lo que conduce a un cliente a no tomar algunos de sus productos de un competidor, sino son las condiciones sobre las que la empresa en posición dominante concede un descuento, que son equivalentes a requerimientos de compra exclusiva anticompetitivos, es decir de la supeditación de las compras del cliente: El cliente que acepta el descuento y por tanto la exclusividad en el suministro de la empresa dominante, está por definición en consecuencia de esto cerrándose como cliente potencial para proveedores rivales.

Sin embargo, todos los descuentos comparten aspectos comunes al respecto: reflejan el hecho de la búsqueda racional de beneficio y las empresas, con motivaciones competitivas -incluso las empresas dominantes- no conceden descuentos para su

---

<sup>1911</sup> Kallaugher y Sher, ob. Cit. Pág. 274.

<sup>1912</sup> ibidem pág. 278.

<sup>1913</sup> §43 de la Guía de la Comisión para la conducta de Exclusión Abusiva.

<sup>1914</sup> Temple y O'Donoghue, ob. Cit. Pág. 91 y 111 Barry Hawk. *United States Common Market and international antitrust*. 1994. Prentice Hall Law & Business. Michael Glais y Philippe Laurent *Traité d'Économie et de Droit de la concurrence*. Presses Universitaires de France. París 1.983. Derek Ridyard, ob. Cit. Pág. 289 Lucio Zanon. “Price Discrimination and Hoffmann-La Roche”. *Journal of World Trade Law*. P.305 y ss. 1981. Págs. 306 y 321 S.O. Spinks. “Exclusive Dealing, Discrimination, and Discounts under EC Competition Law” en *Antitrust Law Journal*. Pág. 641 y ss. Págs. 650-1



diversión. Sino que estructuran los precios en la medida que obtienen un margen precio-coste más alto en las ventas más seguras, mientras que dirigen o apuntan a precios más bajos e incentivos de ventas en las secciones de demanda que son percibidas como más elásticas. En el caso de las rebajas de fidelidad, partes diferentes de la demanda individual de los clientes son consideradas para demostrar diferentes niveles de elasticidad (en incremento). En resumen, las motivaciones comerciales pueden estar presentes en muchas empresas cuyos negocios implican la recuperación de los costes fijos. Si bien, existe el riesgo que las rebajas de fidelidad puedan ser utilizadas en algunos casos como un mecanismo de exclusión, sería potencialmente anticompetitivo imponer una prohibición *per se* en este tipo de mecanismo de competencia en los precios sin referencia a un contexto de mercado más amplio.

Ridyard observa además<sup>1915</sup> que estos descuentos tienen menos probabilidad de ser exclusionarios si el cliente, sin penalidad material puede cambiar de almacén entre un proveedor y otro. Así, precisamente es en estas circunstancias que los clientes muchas veces toman la iniciativa de subastar sus contratos de suministro para un único proveedor que está dispuesto a conceder una buena ventaja financiera a través de sus rebajas. En estas circunstancias los esquemas de fidelidad que implica el suministro exclusivo son un instrumento utilizado por los clientes para hacer la licitación competitiva más intensa y llevar los precios hacia abajo. Un ejemplo de este comportamiento lo vemos en *Hoffmann-La Roché*, que acordó con Merck incrementar su capacidad de fabricación y para cubrir riesgos, acordó que Merck le compraría la totalidad de sus requerimientos, es lo que en economía se denomina contratos de requerimientos<sup>1916</sup>. Sin embargo, las rebajas fueron condenadas por estar supeditadas a la adquisición de la totalidad o la máxima cantidad de los requerimientos del cliente.

---

<sup>1915</sup> Ridyard, ob. Cit.

<sup>1916</sup> En virtud de un contrato de suministro, el comprador acuerda comprar todos sus requerimientos de un determinado algún producto o grupo de productos de un vendedor determinado. Estos acuerdos tienen el posible efecto indeseable de excluir un canal de distribución a vendedores competidores durante la vida del contrato. Sin embargo, también ofrecen un número de ventajas potenciales, en el caso del comprador, aseguraría el suministro, permite la protección contra la elevación en el precio, permite la planificación a largo plazo sobre las bases de los costes conocidos y evitan el gasto y riesgo de almacenamiento en la cantidad necesaria para que un producto que tenga una demanda fluctuante. Desde el punto de vista del vendedor o suministrador, los contratos de requerimientos harían posible la reducción sustancial de los costes de venta, dan protección contra las fluctuaciones de precio y -de ventaja particular para un entrante nuevo entrante, para quien es importante saber qué gastos de capital están justificados- ofrece la posibilidad de un mercado predecible. Además son útiles para un vendedor que intenta establecerse un espacio en el mercado contra los contraataques de competidores atrincherados. F.M. Scherer y David Ross. *Industrial Market Structure and Economic Performance*. Third Edition. New York. 1990. Págs. 564-5.

Sin embargo, para que sea legal, la rebaja no debe estar condicionada a que el cliente no compre de terceros, siendo éste el efecto de las rebajas de fidelidad.<sup>1917</sup> Entonces, en opinión de estos autores, serían ilegales sólo cuando implica la totalidad o casi totalidad de los requerimientos.

Algunos autores<sup>1918</sup> observan que el daño a la competencia es más probable si hay pocas empresas dispuestas a competir o en términos similares debido a que la competencia se centra en suministrar a los clientes con la totalidad o casi totalidad de los requerimientos. El efecto fidelizante, de las rebajas de fidelidad, es que hacen más difícil competir a los fabricantes más pequeños, que no pueden suministrar un gran porcentaje de los requerimientos de los clientes.

Un cliente al que se le concede un descuento extra del 1% sobre todas sus compras, si adquiere el 70% de sus requerimientos de la empresa dominante, necesita un precio mucho más bajo antes de decidir adquirir el 30 % de otras empresas. Perderá el 1% no sólo de la cantidad extra que adquiriera en otro sitio, sino también sobre la cantidad que realmente compró de la empresa dominante. Si un comprador es dependiente de la empresa dominante por una parte sustancial del rango de sus productos o si algunos de sus clientes favorecen las marcas de la empresa dominante, tendrá que comprar una cantidad significativa de la empresa dominante, lo que se denomina, la demanda espontánea, pondría en peligro la viabilidad de su negocio si deja de comprar de la empresa que los suministra. Los descuentos de fidelidad conducirán a otros proveedores a ser aniquilados no sólo de aquellas partes de la demanda que pueden ser suministradas sólo de la empresa dominante, sino de los demás productos después del 30%.

*g) La posición de los clientes: aplicación selectiva de las rebajas condicionales.*

Otro de los factores considerados por la Guía de la Comisión lo constituye la posible selectividad en la aplicación de las rebajas y descuentos condicionales<sup>1919</sup>.

En el caso que la empresa dominante no aplique el sistema de rebajas a una buena parte de sus compradores sino sólo selectivamente a algunos y no a otros, la Comisión

---

<sup>1917</sup> Temple y O'Donoghue, ob. Cit. Pág. 111.

<sup>1918</sup> Korah. *An introductory guide to EC Competition, Law and practice*. Ed. Hart Publishing. Oxford 2.007. Eleanor Fox. "Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity, and Fairness". *Notre Dame Law Review*. Nº 61. Año 1986 pp.981-1020. En 1011. D.G. Goyder. *E.C. Competition Law* 2nd. Edition. Oxford European Community Law Series. 1993. U.K. Pág. 358. Hewitt en *OECD Journal of Competition Law and Policy* Vol. 5, Nº 2, 143-147.

<sup>1919</sup> §20 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

investigará si o no estos compradores seleccionados son de importancia particular para las posibilidades de entrada o expansión de los competidores. Por ejemplo, investigará si los clientes cuyas compras están supeditadas son aquellos que son más probables de mostrar interés a las ofertas de los proveedores alternativos. Estos clientes pueden constituir una forma particular de distribuir el producto que sería apropiado para un nuevo entrante. O pueden ser clientes situados en un área geográfica bien apropiada a la nueva entrada, por ejemplo, debido a la proximidad a los proveedores en otras áreas geográficas. La Comisión también investigará si el sistema de rebajas está dirigido a los clientes de competidores específicos. En estos casos la Comisión declarará que resulta un efecto de aniquilación que distorsiona el mercado incluso cuando la cuota de mercado supeditada con los clientes sea muy modesta.<sup>1920</sup>

## **5.2. Segundo elemento: la obstaculización a los competidores igualmente eficientes.**

Tratándose de un abuso en precios, la Comisión establece que para que sea ilegal el comportamiento, el esquema de rebajas tendrá que ser capaz de impedir la expansión o la entrada de competidores igualmente eficientes al hacerles más difícil suministrar parte de los requerimientos de los clientes individuales.<sup>1921</sup>

### *a) La determinación del ‘tramo relevante’ y el ‘precio efectivo’ que el rival tendrá que igualar.*

La Comisión deberá calcular el precio que un rival tendría que ofrecer con el objeto de compensar al cliente por la pérdida de la rebaja condicional con el objeto de que el cliente cambie parte de su demanda, hacia otro competidor (‘el tramo relevante’).

El precio efectivo que el rival tendrá igualar no es el precio promedio de la empresa dominante, sino el precio normal (de cotización) menos la rebaja que pierde el cliente al cambiar, calculado sobre el tramo relevante de las ventas y en el período de tiempo relevante. La Comisión tomará en cuenta el margen de error que puede ser ocasionado por la incertidumbre inherente en este tipo de análisis. (no da ninguna pauta al respecto). Hubiera sido útil que la Guía proporcione un ejemplo de cómo se hace este método de cálculo, cuál es el “precio normal (lista)”, si se refiere al precio del mercado, o a algún

---

<sup>1920</sup> §145 del Documento de la Comisión.

<sup>1921</sup> §40 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

cálculo específico a obtener del grupo de empresas reales o potenciales que pujarían con la dominante en el suministro de los clientes más importantes, al no proporcionarlo y por otro lado, al dejar sentado que habrá un margen de error por las incertidumbres inherentes a este tipo de análisis, la Comisión no da un puerto seguro a las empresas dominantes, con la consiguiente inseguridad jurídica.

Se trata de la fórmula que da la Comisión para establecer los costes de cambio en los clientes en que incurriría el competidor, que la jurisprudencia denomina el efecto de fomento de fidelidad, o efecto de succión en los clientes.

Para determinar estos factores, la Guía clasifica las rebajas o descuentos condicionales en dos grupos:<sup>1922</sup>

(1).-las rebajas adicionales o prospectivas concedidas sobre aquellas compras de incremento por encima del umbral.<sup>1923</sup> Tratándose de las rebajas adicionales, el ‘tramo relevante’ normalmente está constituido por las compras adicionales que están siendo consideradas.<sup>1924</sup>

(2).-En las rebajas retroactivas, es decir, cuando al cliente le es concedida una rebaja sobre todas las compras durante un período de referencia definido. El ‘tramo relevante’, en el contexto de mercado específico, generalmente será relevante establecer qué porcentaje de los requerimientos de la compra de un cliente específico puede ser cambiada de manera realista a un rival (la ‘cuota cuestionable’ o la ‘porción cuestionable’). Si es probable que los clientes estuvieran dispuestos y pueden cambiar relativamente rápido grandes cantidades de demanda a un rival (potencial), es probable que el tramo relevante sea relativamente grande. Si por otro lado, es probable que los clientes sólo estuvieran dispuestos y pueden cambiar pequeñas cantidades adicionalmente, entonces, el tramo relevante será relativamente pequeño. Para los competidores existentes su capacidad en expandir las ventas a los clientes y las fluctuaciones en estas ventas en el tiempo, también proporcionan una indicación del tramo relevante. Para los competidores potenciales, cuando sea posible, se asumirá una

---

<sup>1922</sup> §36 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva, véase también §151 del Documento de la Comisión.

<sup>1923</sup> §169 del Documento de la Comisión. Tratándose de las rebajas en compensación por el suministro de un servicio por el comprador, la Comisión planteaba en su Documento que esta modalidad no sería abuso con excepciones. También se refería a las rebajas incondicionales, señalaba que sólo se ha producido en casos donde este comportamiento formaba parte de un conjunto de abusos destinados a eliminar a un competidor, la Comisión se planteó el supuesto si se presentara como un comportamiento en si mismo, considerando aplicable la regla del precio predatorio. Véase §171 del Documento de la Comisión.

<sup>1924</sup> Ibidem §41

valoración de la escala en que un entrante nuevo estaría dispuesto a entrar de modo realista. Sería posible asumir el patrón de crecimiento histórico de los nuevos entrantes en los mismos mercados o similares como una indicación de una cuota de mercado realista de un entrante nuevo.

Sin embargo, observa la Comisión que el ‘tramo relevante’ será estimado sobre las bases de información que puede tener grados variables de precisión. La Comisión tomará esto en cuenta al diseñar cualquier conclusión considerando la capacidad de la empresa dominante en aniquilar competidores igualmente eficientes. Puede ser útil calcular cuán grande en promedio es la cuota de los requerimientos de los clientes que el entrante debe capturar como un mínimo de modo que el precio efectivo es al menos tan alto como el Coste de Incremento Promedio a Largo Plazo LRAIC de la empresa dominante. En un número de casos el tamaño de esta cuota, cuando es comparada con las cuotas de mercado reales de los competidores y sus cuotas de los requerimientos de los clientes dejará claro si el esquema de rebajas es capaz de tener un efecto de aniquilación anticompetitivo.<sup>1925</sup>

El efecto de fomento de fidelidad será más fuerte cuanto más bajo sea el precio efectivo calculado sobre el tramo relevante, comparado al precio promedio del proveedor dominante. Sin embargo, en la medida que el precio efectivo permanezca consistentemente por encima del LRAIC de la empresa dominante, ello permitirá normalmente a un competidor igualmente eficiente competir de forma rentable, no obstante la rebaja. En aquellas circunstancias la rebaja normalmente no es capaz de aniquilar en una forma anticompetitiva.

Cuando el precio efectivo esté por debajo de AAC, como una regla general el esquema de la rebaja es capaz de aniquilar a competidores incluso igualmente eficientes.<sup>1926</sup>

Si el precio efectivo está entre AAC y LRAIC, la Comisión investigará si otros factores apuntan a la conclusión que es probable de estar afectada la entrada o expansión incluso por competidores igualmente eficientes. En este contexto, la Comisión investigará si y en qué medida los rivales tienen a su disposición contraestrategias realistas y efectivas, por ejemplo, su capacidad para utilizar también una porción ‘no discutible’ de la

---

<sup>1925</sup> Véase también §§156 y 157 del Documento de la Comisión. Ello sería “En el caso que las cuotas de los requerimientos del cliente, comparados de los rivales reales son más pequeñas que la cuota requerida, el esquema de rebaja es probable de tener un efecto de aniquilación si hay además ninguna indicación que estos rivales sean menos eficientes. En esta situación un rival tendría que tener más que el doble de sus ventas a estos clientes para superar el efecto de aniquilación. En el caso que la cuota de mercado de cada competidor es mucho más grande que la cuota requerida, el sistema de rebaja es improbable de tener un efecto de aniquilación que impida la competencia.” En el Documento de la Comisión incluso proporcionó una fórmula para obtener la cuota de mercado requerida.

<sup>1926</sup> §43 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

demanda de sus compradores como ventaja para disminuir el precio para el tramo relevante. Si los competidores no tienen a su disposición estas contraestrategias, la Comisión considerará que el esquema de rebajas es capaz de aniquilar a competidores igualmente eficientes.<sup>1927</sup>

Teniendo en cuenta que si se parte del coste promedio total, que en determinados casos es equivalente al LRAIC, de la empresa en posición de dominio, el criterio es cuestionable porque este coste implica que la empresa siempre tiene un beneficio.

En cuanto se refiere al planteamiento de la Comisión sobre el nivel más bajo del precio efectivo calculado comparado al precio promedio del proveedor dominante, más fuerte el efecto de fomento de fidelidad. Si resulta que la implicada ofrece precios de reclamo, lo señalado por la Comisión lleva a presumir que siempre lo hará con el objeto de distorsionar la competencia, presunción que obviamente desanima la competencia en los precios, no se puede prohibir a cualquier empresa que se encuentre haciendo constantes cálculos en sus costes al aplicar sus esquemas para que eviten llegar al coste promedio evitable, porque de lo contrario se presumirá que pueden ser culpables de estar distorsionando la competencia.

El planteamiento de la Comisión se concentra en que la naturaleza de exclusión de los descuentos está relacionada enteramente a la incapacidad de los competidores de extender descuentos durante el mismo período de facturación que la empresa dominante. Coincidimos con Heimler<sup>1928</sup> que en todos los casos comunitarios, no hay evidencia que igualar el descuento de la empresa dominante pueda conducir o conducirá a los competidores a fijar sus precios por debajo del coste. La evidencia proporcionada es principalmente sobre la ausencia de ahorros de coste y el efecto de inducción a la fidelidad de un esquema que es incierto en términos de los beneficios que proporcionaría. Heimler observa que el argumento de los ahorros de coste no es tomado hacia su conclusión lógica y los ahorros de coste y eficiencias asociadas con el uso de descuentos como dispositivos de fomento de incentivos incluso no son considerados.

*b) Los costes de cambio en los clientes.*

---

<sup>1927</sup> Ibidem §43.

<sup>1928</sup> Alberto Heimler “Below-Cost Pricing and Loyalty-Inducing Discounts: Are They Restrictive and, If So, When? Competition Policy International, Autumn 2005, Vol. 1, No. 2. P. 149 y ss.

La jurisprudencia ha analizado el elemento planteado por la Comisión, como el coste de cambio en los clientes. Vemos que la jurisprudencia observa que este coste tiene un nivel bajo en los meses iniciales del período de referencia y considerablemente alto hacia el final del mismo.<sup>1929</sup>

Entonces el mejor resultado que un proveedor rival puede esperar conseguir, sería asegurar algún porcentaje inferior de las compras del cliente. En este caso el impacto de la oferta de la empresa en posición de dominio debe ser evaluado como si el cliente se encontrase en el punto donde le es costoso contemplar un cambio de la demanda a un rival porque de hacerlo implicaría perder las oportunidades de obtener una rebaja sustancial al final del año.

Aquí, el precio marginal de la empresa en posición de dominio puede ser mucho más bajo y puede estar por debajo del coste marginal de suministro, donde los efectos de exclusión son mayores.

Sin embargo, es también necesario, tener en mente la proximidad al principio del siguiente período de referencia en el punto en que los costes de cambio se convierten sustanciales. Claramente un período de referencia muy breve por ejemplo, de tres meses significaría que el siguiente período de referencia era sólo días o semanas fuera de este tiempo. Es inconcebible que un rival no esté preparado para esperar este corto período de tiempo para competir. Sin embargo, al plantear la Guía que incluso breves períodos de tiempo puede tener efectos anticompetitivos, cuando la empresa en posición de dominio sea un socio comercial inevitable, implica inseguridad jurídica, al no concretar más al respecto.<sup>1930</sup>

Un aspecto no contemplado en la Guía de la Comisión respecto al cálculo del precio efectivo, es que en la presencia de economías significativas de escala en una industria, los períodos de referencia no sincronizados aumentarán cualquier efecto anticompetitivo asociado con un descuento de fidelidad. Conseguir una escala mínima eficiente podría ser retrasado considerablemente si los entrantes nuevos, asumiendo un ejemplo extremo, sólo pueden competir por uno de los 365 compradores en un determinado día del año. Buscarían estar en una posición mejor en todos los períodos de referencia que

---

<sup>1929</sup> §99 – 100 STJCE *Hoffmann-La Roché* / Comisión citada.

<sup>1930</sup> *Ibidem* §35, los criterios de la compra exclusiva, también se aplican a las rebajas condicionales.

empiecen y terminen en el mismo día para todos los compradores en el mercado.<sup>1931</sup>. Es probable que este sea el motivo por el que la jurisprudencia comunitaria considera ese efecto como determinante para condenar la conducta.

Los costes de cambio del comprador hacia los productos de un competidor, se producen incluso cuando los dos productos son funcionalmente idénticos. Estos costes de cambio dan a las empresas un grado de poder de mercado sobre sus compradores y significa que las cuotas de mercado reales de las empresas son importantes determinantes de sus beneficios futuros. Entonces cada empresa enfrenta un cambio, en cualquier período, entre invertir en cuota de mercado fijando un precio bajo que atraiga a nuevos clientes que serán compradores-repetidos de valor en el futuro y, por otro lado, cosechar beneficios fijando precios altos para rentabilizar ganancias pero esto resultará en la disminución de su cuota de mercado existente.

En el análisis de los costes de cambio, o en palabras de la Comisión del precio efectivo, depende de factores como la amenaza de la nueva entrada, los márgenes de crecimiento de mercado, la tasa de interés, expectativas de los tipos de cambio, el estado de los ciclos del negocio, etc., proporcionan una guía en la disuasión a la entrada, entre otras cuestiones.

Además un coste de cambio resulta del deseo de compatibilizar entre su compra actual y una inversión previa. Esta inversión puede ser una inversión física en (a) equipo o en (b) una inversión sobre la información para averiguar los datos necesarios del producto, cómo utilizarlo, sobre sus características, (c) una inversión creada artificialmente en comprar una primera unidad a alto precio que luego permite comprar las unidades subsiguientes a precio más económico, o incluso (f) una inversión psicológica.

Cada coste de cambio es suficiente para que un producto homogéneo ex ante, después de la compra de cualquiera de ellos, se convierta en ex post heterogéneo.

Por supuesto en muchos mercados los costes de cambio se originan por más de una razón. Por ejemplo, los mercados para los servicios profesionales de doctores, contables, etc, implica costes de cambio de muchos y quizás de todos los tipos. Obsérvese que un consumidor que previamente no ha comprado de ninguna empresa incurre frecuentemente en un coste similar al inicio para la nueva inversión (coste de cambio) que debe hacer uno que cambia de marca. El término “coste de cambio”

---

<sup>1931</sup> Paul Klemperer, “Competition when Consumers Have Switching Costs: An Overview with Applications to Industrial Organization, Macroeconomics, and International Trade”, *Review of Economic Studies*, Vol. 62, 1995, N° 4 Octubre. Pp. 515-539.



implica el coste en que el consumidor ya sea intermedio o final, incurre en efectuar una primera compra, todas las circunstancias mencionadas debieron ser analizadas en la Guía de la Comisión.

La noción y consecuencias del efecto de los costes de cambio en los clientes ya fue objeto de análisis por la doctrina Kallaugher y Sher<sup>1932</sup> señalan que el análisis de la jurisprudencia está claramente basado en el coste de cambio de los clientes. En *Michelin I*, el Tribunal observó que un sistema de rebajas por objetivo basado en un período de referencia relativamente largo tiene el “efecto inherente que al final de este período de incrementar la presión en el comprador para alcanzar la figura de compra necesaria para obtener el descuento o para evitar sufrir la pérdida esperada por todo el período”.

La mayor cuestión es, como sugiere la literatura económica, la presencia de costes de cambio. Los costes de cambio se incrementan durante el período de referencia para un esquema de rebaja objetivo y su tamaño en relación al precio inicial se incrementan dramáticamente con la longitud del período, creando lo que algunos comentaristas alemanes se han referido a un “efecto de succión”. La incertidumbre, a lo mejor, es un factor secundario en la valoración de la medida de los costes probables de cambio.<sup>1933</sup> Algunos autores<sup>1934</sup> observan al respecto que el efecto de una rebaja por objetivos es diferente si el cliente se encuentra en la situación de tener que comprar todas sus necesidades de la empresa en posición de dominio, o si tiene la posibilidad de comprar sus requerimientos de los competidores que escoja. Si el cliente debe comprar un gran número de unidades de la empresa dominante, el efecto de la rebaja acumulada en las ventas por encima de este nivel fijo tiene más probabilidad de causar exclusión. Así subrayan que en el caso *Michelin* el nivel de los objetivos sobre las bases por las que Michelin concedió las rebajas representó una proporción significativa de los requerimientos anuales totales de los clientes para sus neumáticos<sup>1935</sup>.

---

<sup>1932</sup> Kallaugher y Sher, “Rebates Revisited...” ob. Cit. Pág. 267.

<sup>1933</sup> Ibidem, pág. 268.

<sup>1934</sup> Temple y O'Donoghue, ob. cit. Pag. 94. Glais y Laurent, ob. Cit. Faull y Nikpay, ob. Cit. Párr. 3253

<sup>1935</sup> Ver también Korah, “An Introductory Guide...”, observa que el Tribunal puntualizó que las rebajas practicadas por Michelin eran más parecidas a las rebajas de fidelidad que a las rebajas de cantidad, con el mismo efecto de exclusión que las cláusulas de exclusividad.

En cuanto al impacto del efecto en los clientes, Ridyard <sup>1936</sup> señala que una rebaja o descuento de exclusividad o por objetivos que supedita la demanda del cliente cuyas compras implican el 5% de sus requerimientos, tendría menos impacto sobre las opciones de mercado de un competidor que aquellas que supeditan la compra del 30 % de los requerimientos del cliente. Señala que hay ejemplos numerosos de estas rebajas por objetivo que son consideradas cuestionables por las autoridades de competencia. La razón para el tratamiento más severo de esta forma de discriminación en el precio está relacionada estrechamente al hecho que las rebajas por objetivo son un mecanismo comercialmente más inteligente. Son atractivas a los proveedores en cuestión porque, construidas adecuadamente, proporcionan incentivos al cliente donde más le preocupa, en el margen, para comprar más del producto de este proveedor. Pero este es precisamente el factor que lleva a estos esquemas de descuentos a ser criticados en términos de competencia debido a su tendencia en dañar los intereses del competidor mediante el “premio a la fidelidad”, “excluyendo competidores” y actuando en otras formas potencialmente exclusionarias.

Si bien en la jurisprudencia vemos que la Comisión planteó que debido al elevado tipo marginal de las rebajas, es decir, el porcentaje que significaba la rebaja, implicaba una incitación a la compra por el cliente que no puede ser igualada por el competidor.<sup>1937</sup>

Un esquema por objetivos, se incrementa de forma marginal y los saltos para cada paso son ligeros, así el caso *Michelin I*, este criterio nos informa cuán cerca está el precio al coste marginal y por tanto de la ventaja financiera que representa para el cliente.

El efecto aumenta si los clientes además, tienen otros incentivos como pagos adicionales.<sup>1938</sup> Así, los umbrales de las comisiones pueden llegar a elevarse exponencialmente de un período de referencia a otro.<sup>1939</sup>

---

<sup>1936</sup> Ridyard, ob. cit. pág. 290.

<sup>1937</sup> La Comisión estableció en *Virgin British Airways*, que si la agencia de viajes vende en billetes internacionales 100.000 libras esterlinas, se hace acreedora a la comisión fija del 7% y una “remuneración de rendimiento” del 0,5%, lo que le ofrece unos ingresos totales en concepto de comisión de 7.500 libras esterlinas. Si la agencia desviase a un competidor 1.000 libras esterlinas, el 1% de sus ventas, su “remuneración por rendimiento” baja al 0,4%, su comisión descendería a 7.326 libras esterlinas, una diferencia de 174 libras en sus ingresos, siendo el tipo marginal del 17,4%. Es decir, el competidor, tendrá que ofrecer un tipo de comisión del 17,4% sobre los billetes para compensar a la agencia de viajes por la pérdida de ingresos en comisiones pagadas por BA. Aunque BA también tiene que ofrecer este elevado tipo marginal de comisiones para incrementar sus billetes.

<sup>1938</sup> Véase los §§ 26-30 de la Dec. *Virgin/BA* ya cit. las agencias de viajes en cuestión se hacen acreedoras además de las comisiones adicionales en virtud de los programas PRS, a las primas en aplicación de un MA.

<sup>1939</sup> § 272 y 273 de la S TPI *Virgin/BA* cit. A la inversa, si los ingresos de las ventas de billetes de BA eran mayores, la penalidad sufrida era más fuerte por las personas implicadas en la forma de una reducción desproporcionada en los márgenes de PRS, incluso en el caso de un ligero descenso en ventas de billetes BA comparados con el período de referencia anterior

La Guía, en consonancia con lo planteado por Hewitt<sup>1940</sup>, Temple y O'Donoghue<sup>1941</sup> consideran que dentro del efecto de succión se deben considerar los umbrales y las cantidades que se fijan en cada umbral. Un gran incremento en el nivel del descuento para compras adicionales por encima del objetivo relevante, creará mayores incentivos marginales.

Sin embargo, vemos que en la jurisprudencia, en los casos *Hoffmann-La Roché*, *Michelin I* y *Michelin II*, las empresas han invocado que los porcentajes de variación para cada paso en el esquema, era pequeño, para justificar que la ventaja financiera no era considerable, defensa que ha sido rechazada.

El enfoque de la Guía, es formalista, en cuanto se concentra en los tipos de rebajas ya condenados por la jurisprudencia y no se centra en establecer de forma general los efectos anticompetitivos que podría implicar cualquier esquema, ni la forma cómo se afecta la posición competitiva de los rivales. Como aquella planteada por el test del análisis en el contexto del mercado.

Desde el punto de vista económico, la característica común de los esquemas de fidelidad anticompetitivos es que los costes de uno o más rivales en una forma u otra (sea en fabricación, investigación, compra o distribución) han sido elevados, de esta forma, se puede aniquilar a los rivales en el mercado ya que este incremento en el coste, puede dañar a los consumidores, si las empresas rivales, han quedado afectadas en la competencia en el precio.<sup>1942</sup>

---

<sup>1940</sup> Hewitt, ob. Cit. Pág. 168.

<sup>1941</sup> Temple y O'Donoghue, ob. cit. pág. 114.

<sup>1942</sup> Así por ejemplo, un contrato con todos los distribuidores en un mercado donde el 99 por ciento de los requerimientos del cliente será suministrado por el fabricante, tendrá el mismo efecto anticompetitivo que un contrato por el 100 por ciento. Si las barreras a la entrada en distribución son tan altas que los competidores existentes o potenciales del fabricante no pueden reemplazar a bajo coste la distribución perdida con canales nuevos, los mismos efectos potenciales resultarán que si se tratara de la exclusividad total.

- Si bajo el precio que maximiza el beneficio de la empresa A, un competidor no puede conseguir la escala mínima eficiente al suministrar el 1 por ciento del mercado, o pagando una cantidad extra por la distribución menos eficiente, entonces la empresa A habrá conseguido un monopolio.

- Si los competidores de A, consiguen una escala mínima eficiente pero todavía tienen costes marginales más altos que A, entonces A conseguirá alguna medida de poder de mercado. Los costes marginales más altos de este tipo resultarán si la gestión de distribuidores alternativos es más costosa que utilizando los existentes. Seguramente los competidores, pueden evitar pagar por la gestión de aquellas alternativas, limitándose a un 1 por ciento del mercado. Pero un competidor que quede así limitado, no conseguirá todas las economías de escala en fabricación o distribución<sup>1942</sup>. Incluso cuando consigue estas economías, la restricción en la capacidad probablemente hará más rentable para A, elevar los precios, no obstante el hecho que debe ceder un 1 por ciento del mercado a un competidor igualmente eficiente.

- Además pueden reducir la ganancia programada en inversiones por los competidores de A para desarrollar en calidad, u otras dimensiones de competencia. Como consecuencia, estas empresas, harán

Para que los efectos negativos se materialicen, la exclusividad en la compra a través de las rebajas y descuentos condicionales, primero tiene que dañar a los competidores actuales o potenciales, mediante la restricción del acceso a los canales de distribución. Esto es improbable que suceda a menos que la exclusividad en la compra afecte un porcentaje considerable del mercado pertinente, así cuando es practicada por una empresa dominante, o cuando está generalizada en el mercado pertinente<sup>1943</sup>. El daño también es improbable salvo que los competidores restringidos no puedan superar incluso un nivel muy bajo de producción; hay barreras a la entrada en el negocio de la distribución; o es simplemente muy costoso o implica mucho riesgo entrar simultáneamente en los dos negocios en lugar de concentrarse en sólo uno a la vez. Es importante subrayar que incluso cuando la exclusividad en la compra daña competidores, no significa necesariamente que dañe a la competencia y entonces que

---

menos inversiones de este tipo y se convertirán en competidores menos efectivos para la empresa dominante en el largo plazo. [Idem, en pág. 531-32 y 554.]

Estas teorías del daño asumen que el entrante simplemente no puede convencer a algunos de los distribuidores existentes de A en abandonar a ésta y en su lugar, especializarse en los productos del entrante. Hay dos razones generales de por qué estas conversiones no ocurrirán:

- Los períodos de suministros de A con sus distribuidores podrían ser de larga duración. En el caso extremo, puede suceder que no todos los esquemas los períodos de duración estén supeditados a un año, para permitir al entrante conseguir una escala mínima eficiente; entonces, no hay nuevo entrante. En casos menos extremos, el competidor puede entrar, pero sólo al coste marginal más alto que ocasiona una restricción menos efectiva en los precios de A.

- Incluso cuando los períodos son de corta duración o que pueden finalizar a voluntad, cambiar al entrante podría ser una estrategia irracional para un distribuidor por una variedad de razones, incluyendo la necesidad del nuevo entrante de una red amplia de distribuidores con el objeto de satisfacer las necesidades del cliente (Puede resultar que los clientes necesiten una cobertura más amplia del distribuidor para proporcionar mantenimiento y reparación por ejemplo), o para conseguir economías de escala y la dificultad que tendría el entrante en desarrollar el reconocimiento de marca sin una distribución muy difundida (Así sería, por ejemplo, si los bienes en cuestión son bienes de consumo impulsivo, de modo que es necesaria una distribución muy difundida para conseguir una escala mínima eficiente.). Habría así, un problema de acción colectiva: sería racional para un gran número de distribuidores cambiar, sólo si pueden coordinarse pero sería irracional para cualquier distribuidor cambiar independientemente.

Los efectos de exclusión identificados en el contexto del 99 por ciento o el 100 por ciento de la exclusividad, pueden ser vistas también en casos que implican un porcentaje más bajo de exclusividad. El mismo análisis se aplicará, con adaptaciones apropiadas a los hechos. Por ejemplo, un contrato requiriendo el 70 por ciento de exclusividad podría dañar a la competencia si:

En el precio que maximiza el beneficio de A, un competidor no puede conseguir la escala mínima eficiente de suministrar el 30 por ciento del mercado, o mediante el pago de una cantidad adicional por la distribución menos eficiente;

Los competidores de A tienen costes marginales más altos que la dominante ya sea debido a la gestión de distribuidores alternativos o cuando al proporcionar sólo el 30 por ciento del mercado resulta más caro.

Un 30 por ciento de “restricción en la capacidad” permite a la empresa dominante elevar los precios; o los esquemas de rebajas reducen la ganancia esperada en inversiones de los competidores de la empresa dominante en desarrollos de calidad u otras dimensiones de competencia. (Tom, Balto y Averitt, ob. cit. págs. 622-624.)<sup>1942</sup>

Una empresa ofrecerá un descuento para obtener la fidelidad del cliente en la compra por un porcentaje de sus requerimientos. Esto es porque los distribuidores encontrarán más difícil atraer los suficientes volúmenes de ventas si se encargan de los bienes de un solo proveedor. Los distribuidores se pueden exponer a mayores riesgos comerciales practicando la exclusividad en la compra. Willard K. Tom, David A. Balto y Neil W. Averitt. Ob. Cit. En 622 y ss.

<sup>1943</sup> En la jurisprudencia comunitaria, en los casos *Hoffmann-La Roché* y *Virgin/British Airways*, las políticas de precios eran práctica generalizada en los mercados pertinentes.

reduzca la eficiencia económica. Esto es especialmente así en situaciones donde el daño a los competidores procede de la naturaleza muy difundida de la exclusividad en la compra más que cuando estas ventajas sean ofrecidas por una empresa en posición dominante. Dado un número suficiente de proveedores que no son restringidos por la exclusividad en compra por los rivales, los consumidores podrían ser protegidos adecuadamente contra el precio anticompetitivo.<sup>1944</sup>

Para cualquier mercado dado, la probabilidad de efectos anticompetitivos puede caer rápidamente en la medida que el porcentaje de exclusividad cae, pero no hay un número mágico por debajo del que los efectos anticompetitivos sean imposibles sin considerar las circunstancias del mercado. En algunos mercados, los productos necesitarán tener una distribución omnipresente con el objeto de tener éxito y una exclusión relativamente pequeña podría tener un impacto considerable. Los requerimientos más pequeños para la distribución pueden conducir a umbrales más altos para que sea considerada la exclusión anticompetitiva.<sup>1945</sup>

*c) Detalles sobre los umbrales de los esquemas de descuentos.*

La Comisión analiza las rebajas condicionales sobre la base de si las compras durante el período de referencia definido excede un determinado umbral, entonces, es importante para la valoración en qué términos está formulado el umbral. La Comisión distingue entre las rebajas concedidas sobre todas las compras efectuadas que exceden un determinado umbral durante un período de referencia definido (rebajas retroactivas), o sólo sobre aquellas efectuadas en exceso de aquellas requeridas para conseguir el umbral (rebajas de incremento). Sin embargo estas rebajas también pueden tener efectos similares a la compra exclusiva<sup>1946</sup>

La Comisión señala que al analizar los esquemas, pueden tratarse de un solo umbral o una parrilla de umbrales y éstos umbrales pueden formularse de la siguiente forma:

(i).-un porcentaje de los requerimientos totales del comprador, o rebajas de cuota de mercado.

---

<sup>1944</sup> Gary Hewitt, "Loyalty And Fidelity Discounts and Rebates. Background Note" en *OECD Journal of Competition Law and Policy* Vol. 5, N° 2 Septiembre 2003, pág. 133-177.

<sup>1945</sup> Así, el lanzamiento exitoso de una empresa en el mercado de los canales de televisión por cable usualmente requieren que la distribución cubra el 40 – 60 por ciento de suscriptores.

<sup>1946</sup> §36 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

(ii).-un objetivo volumen individualizado –permite al proveedor dominante establecer el umbral en cierto nivel como para hacerle difícil a los clientes cambiar de proveedores, creando así un efecto de fomento de fidelidad máximo-<sup>1947</sup> y

(iii).-un objetivo volumen estandarizado -donde el umbral es el mismo para todos o un grupo de clientes- para que tenga un efecto de fomento de fidelidad, sería muy alto para algunos clientes pequeños y/o muy bajo para los grandes clientes. Sin embargo, si puede establecerse que un umbral volumen estandarizado se aproxima a los requerimientos de una porción apreciable de clientes, la Comisión considerará probablemente que este sistema de rebajas puede producir efectos de aniquilación anticompetitivos.<sup>1948</sup>

(i).-Un porcentaje de los requerimientos totales del comprador.- El esquema está basado sobre las compras totales o casi totales de una cantidad determinada de producto. Los clientes se obligan a que la empresa dominante les suministre la totalidad o un gran porcentaje de sus requerimientos, entonces, este esquema tiene efectos iguales a un contrato de suministro exclusivo, que causa una “interferencia adicional” con la estructura de competencia en este mercado ya que están supeditados a la pérdida de la rebaja e incluso de los suministros si el cliente incumple el compromiso. Es importante considerar la forma en que el esquema afecta los incentivos del cliente a través del período, los que dependen del punto en que el cliente está efectuando sus decisiones de compra a través del período en que califica para la obtención de la rebaja o descuento. Si al inicio del período, el cliente puede elegir un rival que ofrezca mejores condiciones, no hay efecto de exclusión.

Una vez que el cliente avanza a lo largo del período, es más difícil para el cliente cambiar su demanda a un rival, porque perderá la rebaja de fidelidad al final del año. Habiendo comprado la mayoría de sus requerimientos de la empresa dominante, el valor total de la rebaja de fidelidad al final del año debe ser distribuido en las compras restantes dándole un coste marginal más bajo, de modo que el precio marginal más bajo es el mismo que el coste variable de la empresa dominante.

A lo largo del período hay un punto en que el precio marginal de comprar el resto de sus requerimientos de la empresa dominante es cero, de modo que a los proveedores rivales les será difícil luchar por esta parte de negocio, debido a que el valor de la rebaja

---

<sup>1947</sup> Ver STJCE As. 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. v Commission* cit. §§89-90; STPI As. T-288/97 *Irish Sugar v Commission* cit. §§ 213; STPI As. T- 219/99 *British Airways v Commission* cit. §§ 7-11 y 270-273.

<sup>1948</sup> §44 de la Guía de la Comisión para la conducta de exclusión abusiva.

prospectiva al final del año es mayor que el precio que el cliente necesita pagar por las unidades adicionales.

Entonces, si los clientes están en posición de evaluar la oferta desde el principio y tienen la opción clara de comprometerse en aceptar la oferta de rebaja de fidelidad de la empresa en posición de dominio, respecto a las ofertas exclusivas similares por proveedores rivales, la cuestión, no tendría impacto en la competencia, a esta situación, se refiere la Comisión cuando señala que los rivales dispongan de contraestrategias a su disposición, donde se considerará que no hay efecto anticompetitivo, donde incluso el precio efectivo pueda encontrarse entre el coste promedio evitable y el coste de incremento promedio a largo plazo.<sup>1949</sup>

Sin embargo, el análisis de los descuentos de fidelidad se convierte más complejo cuando el compromiso es un porcentaje de descuento más que en un conjunto específico de precios. Una vez que el tipo de descuento de fidelidad ha sido concedido durante un determinado período de tiempo, la empresa que los concede es enfrentada con una elección estratégica. Por un lado querrá elevar el precio “base” (precio anterior al descuento) con el objeto de tomar ventaja de los clientes “cautivos”. Por otro lado, estará compensando la presión para mantener o incluso bajar el precio base para obtener una mayor clientela para explotar en el futuro.

La presión compensadora para bajar los precios puede mostrarse insuficiente para proteger a los compradores cautivos. Esto es especialmente verdad si la empresa que concede los descuentos de fidelidad está dispuesta a discriminar en el precio entre clientes nuevos y antiguos, o si hay muy pocos clientes nuevos para atraer con precios más bajos.<sup>1950</sup>

---

<sup>1949</sup> Ibidem §43.

<sup>1950</sup> Para ilustrar el efecto, tenemos los esquemas de precios para los viajeros de vuelos frecuentes, que son un ejemplo bien conocido de descuentos de fidelidad. Ignorando el hecho que la persona que acumula los puntos de fidelidad (distancia recorrida) puede ser diferente que la persona que paga el billete, la esencia del “descuento” es que hay umbrales de distancias críticas estructuradas en las retribuciones. En la mayoría de los casos, los kilómetros no pueden ser vendidos, sólo intercambiados por vuelos gratis cuando se han acumulado un número suficiente de kilómetros recorridos. En la medida que el viajero se acerque a uno de los umbrales de kilómetros, está menos deseoso de considerar en viajar con otra aerolínea incluso cuando le sea ofrecido un precio más bajo.

Para optar por el precio más bajo de un competidor, tendría que posponer indefinidamente la obtención de un vuelo gratis, especialmente si los kilómetros acumulados son perdidos o no reembolsados en un determinado periodo de tiempo. El coste de cambio incorporado podría ser incrementado por una convexidad en las retribuciones, por ejemplo. 10.000 kilómetros pueden ser intercambiadas por un vuelo cuyo precio inicial es de 400 dólares, 15.000 kilómetros por un precio de 800 dólares y 20.000 kilómetros por un precio de 1.600 dólares.

Como con otros descuentos de fidelidad, las asimetrías juegan un rol importante en determinar los efectos probables de los esquemas de precios para viajeros de vuelos frecuentes. Considere por ejemplo las aerolíneas compitiendo en proporcionar servicio entre las ciudades A y B. Suponga además que algunos de los competidores tienen redes extensas. Si estas aerolíneas empiezan a ofrecer programas de vuelos frecuentes, las aerolíneas con redes más pequeñas no estarán dispuestas a competir incluso cuando

La doctrina<sup>1951</sup> en este respecto plantea que la ilegalidad de las rebajas de fidelidad, no sólo es la limitación de la libertad del cliente, en acceder a los suministros de otros competidores rivales, como lo plantea la jurisprudencia, sino fundamentalmente, las condiciones sobre las que la empresa dominante concede la rebaja condicional, que son equivalentes al suministro exclusivo que las convierte en anticompetitivas.

(ii).-Un objetivo volumen individualizado.- La empresa en posición de dominio puede predecir los requerimientos de volumen de cada cliente en cada período y con este dato, establece el objetivo en un nivel equivalente a los requerimientos totales del cliente. Así por ejemplo, *Michelin I*<sup>1952</sup>, que concedió descuentos por objetivos a sus clientes, donde si bien no estaban obligados en adquirir en todo o en parte los productos de esta empresa, estos descuentos anuales variables eran objetivos de venta individualizados.<sup>1953</sup>

Los dos esquemas analizados (porcentaje de los requerimientos totales y objetivo volumen individualizado) permiten al proveedor dominante establecer el umbral en el

---

disfruten de una ventaja de eficiencia. Un vuelo gratis por cada cuatro vuelos pagados entre A y B sería considerablemente mejor para un viajero si el vuelo gratis es otro vuelo entre A y B más que uno entre A y cualquiera de diez destinos diferentes para los que los vuelos son igualmente costosos y que las aerolíneas proporcionan. (para propósitos del derecho de competencia, los mercados de aerolíneas normalmente son considerados de ser pares de ciudades. Además de los esquemas de precios para los viajeros de vuelos frecuentes, las aerolíneas con redes extensas también emplean descuentos corporativos y comisiones que incrementan la fidelidad de los agentes de viajes. Como en *Virgin/BA*)

Sea o no que la competencia de red promovida por los esquemas de precios para viajeros de vuelos frecuentes represente menos competencia básicamente depende de la salud de la red para la competencia y que podría variar mucho de ciudad a ciudad. Algunas ciudades tienen aeropuertos que funcionan como un centro para una red de sólo una aerolínea. En relación a los pasajeros que viven cerca de una ciudad cercana, la aerolínea que opera este centro y ofrece un esquema de precios para viajeros de vuelos frecuentes tendría ventajas significativas no sólo sobre las aerolíneas que tienen redes muy limitadas o no existentes, sino también sobre aerolíneas con redes extensas similares utilizando otras ciudades como centro. Esto es debido a que los viajeros tienen una preferencia por vuelos directos comparados a los inconvenientes vuelos de conexión más largos.

La posibilidad que un esquema de precios para viajeros de vuelos frecuentes induzca a la red para la competencia de red irá a parar en producir efectos anticompetitivos, puede ser reducida considerablemente si los aeropuertos pueden servir como centros para diferentes redes. El problema es que muy pocos aeropuertos tendrían el volumen de tráfico y los “slots”<sup>1950</sup> disponibles requeridos para servir como un centro para aproximadamente dos o más redes de aerolíneas. Estas restricciones son la fuente de una posible asimetría significativa explicando por qué los esquemas de precios para viajeros de vuelos frecuentes reducen la competencia en los mercados de aerolíneas.

Antes de dejar los esquemas de precios para viajeros de vuelos frecuentes, debe observarse que sus efectos de bienestar y más generalmente los de los descuentos de fidelidad, dependen más que simplemente del grado de competencia entre empresas ofreciendo esquemas de descuentos casi similares. Los efectos de bienestar también son influidos considerablemente cuando: los bienes de precio más bajo son valorados en una cantidad que significa más que el coste de producir; y/o crean una oportunidad para la discriminación en el precio pro o anticompetitiva<sup>1950</sup>, como veremos más adelante. Gary Hewitt, ob. cit. págs. 146-150.

<sup>1951</sup> “Defining Legitimate Competition: How to clarify pricing abuses under article 82 EC”. John Temple Lang y Robert O’Donoghue . En *Fordham International Law Journal*. Vol. 26. Pág. 83-162. 2002.

<sup>1952</sup> Sentencia TJCE de 9-11-1983. *Caso NV Nederlandsche Baden Industrie Michelin v. Comisión de la CE*. Causa 322/81. RJ 1983 p. 3461 y ss.

<sup>1953</sup> Sentencia ya citada, §s 81 a 83.



que la rebaja se consigue en tal nivel como para crear un efecto de fomento de lealtad máximo. En ambos, cuando el umbral o umbrales son formulados en términos de un porcentaje de los requerimientos totales del comprador, o un objetivo volumen individualizado, la Comisión normalmente presumirá que el (ellos) está (están) establecidos en tal nivel(es) como para impedir a los clientes el cambio a comprar cantidades adicionales sustanciales de otros proveedores y así fomentan la lealtad.

(iii).-Umbral volumen estandarizado.- se establece normalmente en vista de las compras efectuadas por el mismo comprador en el período anterior y puede tomar la forma de objetivos crecimiento. El efecto de fomento de lealtad puede incrementarse en el caso que el umbral esté ajustado a la demanda individual del cliente en períodos sucesivos.

En este caso, cuando las compras del cliente son inciertas, los efectos de incentivos de los esquemas por objetivos pueden ser mucho menos restrictivos. Así la Comisión plantea que es menos probable que el sistema tendrá un efecto de fomento de fidelidad, salvo que se aproxime a los requerimientos de una proporción apreciable de clientes.<sup>1954</sup>

La jurisprudencia les denominó rebajas cuantitativas en el caso *Michelin II*.

Temple y O'Donoghue<sup>1955</sup> critican el criterio de la Comisión aplicado en este caso, donde se estableció un estándar extremadamente bajo para considerar la materialidad de la exclusión. Donde la Comisión estableció que una rebaja total de 150 francos franceses (aproximadamente 2.200 dólares) es “claramente sustancial”<sup>1956</sup>, sin embargo, fue confirmada por el TPI.<sup>1957</sup>

El grado de fidelización del cliente es todavía menor, las rebajas están condicionadas a que el cliente alcance algunos niveles de volumen durante un largo período de referencia superior o igual a un año, los niveles no están individualizados, son disponibles a todos los clientes, de modo que el cliente no está supeditado a la empresa en posición de dominio en comprometerse alcanzar un determinado objetivo de ventas, sino simplemente, le supedita la considerable ventaja financiera que podría incrementarse si avanza en la escala.

El umbral está establecido al mismo nivel para todos los compradores, el umbral sería muy alto para los compradores más pequeños y/o muy bajo para grandes compradores en tener un efecto de fomento de fidelidad. Los compradores más pequeños nunca

---

<sup>1954</sup> §44 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva, Véase también § 159 del Documento de la Comisión.

<sup>1955</sup> Temple y O'Donoghue, ob. cit.

<sup>1956</sup> § 231 de la Decisión *Michelin II* citada.

<sup>1957</sup> STPI *Michelin Francia c/ Comisión* citada.

podrán alcanzar el umbral, mientras que los más grandes pueden comprar considerablemente más que el umbral.

En estos casos, al igual que en el caso de las rebajas por objetivo, es necesario demostrar por otras vías, que el cliente está supeditado por todo o la mayoría de sus requerimientos a la empresa en posición de dominio.

Sin embargo, los efectos anticompetitivos de las rebajas condicionales dependen de su incremento en umbrales discretos y cuando se aplican por todas las unidades adquiridas durante el período de referencia relevante y que debido a esto, convierten la competencia en una rivalidad periódica por los requerimientos totales de cada comprador. La Comisión considera que en estos esquemas es improbable de tener un efecto de aniquilación en la medida que el cambio a un proveedor alternativo por parte de su demanda comprada realmente de la empresa dominante no hará que el comprador pierda la rebaja.

Lo que significa simplemente un cambio en el modo de competencia, lo que no es por sí mismo anticompetitivo. Por lo que es necesario además invocar otros factores como podrían ser las asimetrías, en virtud de las cuales, el cliente se encuentra supeditado, debido a un mayor rango de productos al suministrador dominante, hay una dependencia del cliente a los productos, o la fidelidad del cliente a la marca que hace imposible que el cliente deje de comprar el producto, debido a su buena reputación, lo que se denomina la demanda estática.

Sin embargo, si la Comisión estableció en *Michelin II* que el o los umbrales volumen estandarizados estaban bien dirigidos porque por ejemplo la mayoría de los compradores estaban comprando más o menos la misma cantidad cerca del umbral o podían ser clasificados en un número limitado o grupos de tamaños y estaban combinados con una parrilla conectada de umbrales, por lo que la Comisión presumió que estaban establecidos en tal nivel como para impedir a los clientes cambiar y comprar cantidades adicionales sustanciales de otros proveedores y así fomentan la lealtad. Lo que le lleva a presumir que pueden producir efectos de aniquilación anticompetitivos.<sup>1958</sup>

*d) Otros elementos referidos a los esquemas:*

- *El efecto de incertidumbre en los clientes relacionado con el período de referencia.*

---

<sup>1958</sup> §44 de la Guía de la Comisión para la conducta de exclusión anticompetitiva.

Se trata de un parámetro utilizado por la jurisprudencia ya que la Comisión no lo menciona en su Guía<sup>1959</sup>.

Tratándose una rebaja de fidelidad, el efecto de incertidumbre radica en que el cliente no puede seleccionar a otro proveedor que puede ofrecerle un precio que puede ser mejor o más competitivo, no puede escoger cambiar ya que está implicado en obtener la ventaja financiera que le concede la empresa en posición de dominio, derivada de su compromiso en suministrarse exclusivamente por la totalidad o gran parte de sus requerimientos.

En todos los casos de rebajas de fidelidad o por objetivos, con un período de referencia largo igual o superior a un año, se produce el efecto incertidumbre en los clientes. Así, debido a que las rebajas por objetivo de Michelin representaron una proporción importante de su ingreso total anual, éstos, se encontraban en incertidumbre, (los clientes no podían estar seguros de alcanzarlas, incluso hacia el final del año) y el riesgo de no conseguir un objetivo de Michelin compensaba cualquier posible beneficio que un proveedor más pequeño habría ofrecido por la venta de una cantidad comparativamente más pequeña de producto, incluso a precios más bajos que los que ofreció Michelin.<sup>1960</sup>

La rebaja es tan alta que sin la rebaja el cliente no puede conseguir un beneficio cuando utiliza o revende el producto implicado.

Las dificultades en los competidores de convertirse en segundos proveedores de los clientes de la empresa dominante es incrementada por lo que se denomina el “efecto incertidumbre”: el cliente, enfrentado con una rebaja de fidelidad, generalmente estará en una situación de incertidumbre respecto a la consecución de la cuota fija de sus requerimientos, obtendría una rebaja más alta y entonces algo reticente en obligarse a sí mismo en la adquisición a un competidor (el argumento se aplica con más fuerza en las rebajas progresivas).<sup>1961</sup> Así por ejemplo los casos *Michelin I*<sup>1962</sup> y *Michelin II*<sup>1963</sup>

---

<sup>1959</sup> Aunque lo mencionaba en el §160 del Documento de la Comisión. La Comisión considera el efecto de incertidumbre como parte de la valoración del efecto de fomento de la fidelidad y consiguiente efecto de aniquilación de un esquema de rebaja. Para la Comisión la incertidumbre consiste en que si los clientes quieren minimizar el riesgo de no obtener la rebaja, lo que induce a lealtad adicional.

<sup>1960</sup> § 82 de la Sent. TJCE *Michelin* citada.

<sup>1961</sup> Lucio Zanon. “Price Discrimination and Hoffmann-La Roche”. *Journal of World Trade Law*. P.305 y ss. 1981.

<sup>1962</sup> La falta de transparencia consistía en que los representantes de Michelin, daban una notificación puramente oral de los ‘objetivos’ a cada cliente personalmente al principio de cada año. Los clientes no podían efectuar una comparación precisa entre el precio de compra neta de este proveedor con el de otros competidores. Limitando de esta forma todavía más la libertad de elección de proveedor por los clientes. § 46 de la Decisión *Michelin* citada. Y §s 83-84 de la STJCE *Michelin* citada.

<sup>1963</sup> A los minoristas les resultaba imposible conocer con certeza el precio de compra final de los neumáticos Michelin, como se pagaban un año después, no podían saber antes de los últimos pedidos en qué nivel se situaría el precio de compra unitario real de los neumáticos, lo que les colocaba en una situación de incertidumbre e inseguridad. Para comprar a otro proveedor, les era difícil basar su elección en cifras objetivas, impedía cualquier comparación seria de precios. Los minoristas practicaban la reventa

Si bien, un grado muy alto de transparencia en el precio sería dañino para la competencia, también es verdad que los efectos anticompetitivos podrían estar asociados con niveles muy bajos de transparencia en el precio teniendo el efecto de hacer difícil para los compradores comparar los productos. .<sup>1964</sup>

Zanon<sup>1965</sup> y Korah<sup>1966</sup>, consideran que este efecto afecta al competidor del proveedor dominante que se enfrenta con dificultades cuando intenta convertirse en un “segundo proveedor” de los clientes de la empresa dominante. Estas dificultades se incrementan cuando el cliente que percibe la rebaja de fidelidad, estará en una situación de incertidumbre respecto a la consecución de la cuota fija de sus requerimientos en la expectativa de obtener la rebaja más alta y entonces algo reticente en obligarse a sí mismo a la adquisición de otro proveedor. La incertidumbre es entonces, un factor secundario en establecer la probabilidad de los costes de cambio para los clientes.<sup>1967</sup>

Otros autores<sup>1968</sup> observan que este elemento incrementa los efectos del esquema, es necesario considerar la transparencia, es decir si la cantidad que da origen a la reducción en el precio fue comunicada al cliente durante el período de referencia, de modo que el cliente se encontraba en incertidumbre respecto a si había alcanzado o no el objetivo.

---

con pérdida debido a la intensidad de la competencia y la escasez de los márgenes en el sector. Este efecto también se produce en los descuentos cuantitativos: donde la presión aumentaba al final del período de referencia con el fin de lograr la cifra de compras necesaria para obtener la ventaja en cuestión o no sufrir la pérdida previsible por el conjunto del período. En la cumbre de la escala de descuentos, el rebasamiento de la cifra máxima prevista, le permitía firmar un Convenio comercial con Michelin, con todas las ventajas que ello suponía. Pero, a diferencia del caso *Michelin I*, la presión era menor, puesto que el efecto de incertidumbre estaba limitado a que el cliente se encontraba supeditado a la empresa en posición de dominio durante el largo período de referencia ya que el cálculo de los descuentos se realizaban en el mes de febrero del año siguiente, el cliente no tenía la obligación subir en la escala al final de cada período de referencia y que en el caso *Michelin I*, además resultaba del hecho que los objetivos que se incrementaban año tras año y por tanto, de incremento de la fidelidad. STPI *Michelin II* cit. § 113.

<sup>1964</sup> Las cuestiones de transparencia se originan en el caso de descuentos que se parecen a los esquemas de precios para los viajeros de vuelos frecuentes. Sería considerablemente difícil para un viajero incluido en un esquema de precios para los viajeros de vuelos frecuentes determinar el precio verdadero de un billete. Sobre todo estaría dispuesto a estimar el valor medio del precio. Habría una cierta dispersión sobre este valor medio basado en varios escenarios implicando la probabilidad que le corresponde un vuelo gratis, cuyo destino sea finalmente escogido y el precio de venta de este vuelo en el momento en que es utilizada la retribución. También resultarían complicaciones porque la aerolínea es libre de cambiar el precio de los vuelos requeridos para merecer el descuento. Las cuestiones que podrían ser considerablemente peores para las comparaciones en el precio si el viajero está incluido en muchos esquemas de precio diferentes para viajeros de vuelos frecuentes con aerolíneas que ofrecen imperfectas redes parciales. Gary Hewitt, ob. cit. pág. 151.

<sup>1965</sup> Lucio Zanon, ob.cit.

<sup>1966</sup> Valentine Korah. *An introductory guide to EC Competition, Law and practice*. Ed. Hart Publishing. Oxford 2.007.

<sup>1967</sup> John Kallaugher y Brian Sher. Ob. cit. En 268.

<sup>1968</sup> Ibidem pág. 268. Temple y O'Donoghue, ob. cit. pág. 114.

Por el contrario, Heimler<sup>1969</sup>, observa que la incertidumbre, algunas veces mencionada en las decisiones CE como un factor adicional, que fomenta la naturaleza anticompetitiva del esquema, no es siempre una cuestión. En realidad, no hay incertidumbre cuando el objetivo es expresado en términos de facturación, porque el detallista sabe exactamente a cuánto asciende el descuento. Por otro lado, con un objetivo de cuota de mercado, el detallista no sabe el nivel de los descuentos hasta el fin del período de referencia e igualar los descuentos de un competidor no es tan fácil. Sin embargo, la experiencia que gana una empresa por estar en el mercado año tras año puede ayudar considerablemente. La experiencia también puede ayudar a reducir la incertidumbre de los descuentos progresivos ya que, de nuevo, el umbral que el detallista alcanzará al final no es conocido hasta el final del período de referencia.

- *El período de referencia del esquema.*

Un comprador que recibe descuentos de fidelidad es menos probable que cambie a un competidor en la medida que avance más en el período de referencia. Los períodos de referencia más largos entonces, pueden agravar cualquier efecto anticompetitivo asociado con un descuento de fidelidad,<sup>1970</sup> la ventaja financiera es mayor en la medida que mayor sea la longitud del período de referencia.<sup>1971</sup>

En la jurisprudencia comunitaria, la mayoría de casos eran períodos de referencia iguales o superiores a un año, por lo que incluso un pequeño porcentaje de reducción de compras, podía afectar significativamente el margen de beneficio del cliente por todo el año, que es considerado como un período relativamente largo, así los casos *Michelin II* y *Virgin/British Airways*<sup>1972</sup>

---

<sup>1969</sup> Alberto Heimler “Below-Cost Pricing and Loyalty-Inducing Discounts: Are They Restrictive and, If So, When? Competition Policy International, Autumn 2005, Vol. 1, No. 2. P. 149 y ss.

<sup>1970</sup> Supongamos que los descuentos están estructurados en tal forma que sea improbable cambiar durante los últimos 2/3 de un período de referencia. Si el período de referencia es seis meses, el proveedor B tendría que esperar a lo largo de cuatro meses para obtener el pedido del comprador. Esto se duplica ocho meses si el período de referencia es un año.

<sup>1971</sup> Véase §36 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

<sup>1972</sup> § 81 de la STJCE *Michelin* cit., véase también las SSTPI *Virgin/BA* y *Michelin* Francia cit. El TPI ha establecido en *Michelin II* que el efecto de la fidelidad de los sistemas de rebajas y descuentos se agrava en proporción a la mayor duración del período de referencia. Sin embargo, la jurisprudencia también ha establecido que cuando el esquema implica la totalidad de los suministros del cliente, el esquema es ilegal, independientemente del período de referencia, así por ejemplo, en el caso *Virgin/British Airways*.

La doctrina no es unánime al respecto, algunos<sup>1973</sup> plantean que a efectos del derecho de competencia comunitario, serán ilegales los esquemas de rebajas donde son calculados para un período de referencia excesivamente largo ya que la presión en el comprador y entonces el abuso está directamente conectado a la longitud del período de referencia. Entonces, el período de referencia debe reducirse a un período razonable, los períodos de referencia de tres o cuatro meses parecen cumplir este estándar.

La consecuencia de estos casos es que no hay regla general más allá del hecho que un período más largo conducirá a una mayor exclusión. Si lo es en la práctica, es una cuestión de hecho que también dependerá de otros factores enumerados aquí.

Un esquema de rebajas con un período de referencia anual puede imponer costes de cambio altos en el cliente al final del período, pero estos costes caen a cero al principio del nuevo período. Una “barrera” que retrasa la entrada por un promedio de seis meses, normalmente no contará como una mayor barrera a la entrada.

Muchos entrantes nuevos esperarán pagar algunos costes de cambio para inducir a los clientes a probar sus productos. Además, si un nuevo entrante ya está establecido en otro mercado geográfico, sus ventas en el mercado relevante serán de incremento sobre una base de coste marginal, dejando lugar sustancial para los descuentos con el objeto de comprar cuota de mercado. Una “barrera” que retrasa la entrada por un promedio de seis meses normalmente no será considerada como una barrera a la entrada considerable.

Hewitt<sup>1974</sup> señala que la aniquilación es mayor, si la finalización de los plazos o períodos de referencia de los clientes es secuencial y no coinciden en la misma fecha.

### **5.3. Otros elementos**

Además de los elementos analizados considerados por la Comisión, consideramos que deberían considerarse los siguientes elementos:

El coste base de los entrantes potenciales: Kallaugher y Sher<sup>1975</sup> observan que un factor relevante para el significado de los costes de cambio de los clientes, es el coste base de

---

<sup>1973</sup> Ivo Van Bael y Jean François Bellis *Competition Law of the EEC* 2ª Ed. 1990, p. 404. Temple y D’Onoghue, ob. cit. pág. 114 Lucio Zanon. “Price Discrimination and Hoffmann-La Roche”. *Journal of World Trade Law*. P.305 y ss. 1981. John Kallaugher y Brian Sher. “Discounts as Exclusionary Abuse Under Article 82: Reflections on Gyselen”, Third Meeting of the Competition Law Forum, BIICL, Londres 10-09-2003, no publicado, disponible en internet. Pág. 28.

<sup>1974</sup>Hewitt, ob. Cit. Pág. 168.

<sup>1975</sup>Kallaugher y Sher, “Rebates Revisited...” ob. Cit. Pág. 278

los entrantes potenciales. Esto sería ilustrado por el caso *Michelin I*. En este caso, la Comisión observa fugazmente que los mayores entrantes potenciales eran fabricantes en el lejano oeste. Para estos rivales la exportación a Francia eran ventas de incremento – cualquier contribución a estas ventas efectuadas para cubrir el coste total incrementó la rentabilidad ya que la fabricación de neumáticos para vehículos pesados implica costes fijos altos que los fabricantes domésticos en Francia necesitan recuperar en su precio, el margen disponible para los exportadores en el Lejano Oeste sería sustancial, incluso después que los costes de transportes son tomados en cuenta. Esto permitiría a estos productores absorber incluso costes de cambio sustanciales sin hacer las ventas en Francia no rentables.

También sería interesante establecer las condiciones de entrada en mercados en expansión y en mercados maduros: La naturaleza de exclusión de los descuentos está relacionada enteramente a la incapacidad de los competidores reales o potenciales de extender descuentos durante el mismo período de facturación que la empresa dominante<sup>1976</sup>. La doctrina<sup>1977</sup> considera que hay una diferencia si se trata de un mercado en expansión ya que este hecho necesariamente disminuye las barreras a la entrada, el mercado se sigue incrementando y nuevos entrantes estarán dispuestos a suministrar el incremento de la demanda. En cambio en mercados maduros, el nivel de costes hundidos que debe efectuar un entrante, depende de cada mercado los entrantes tienen que conseguir la entrada a costa de los competidores en el mercado, lo que desanima a los nuevos, por las considerables inversiones que tienen que efectuar a largo plazo, estos costes son hundidos si la entrada falla. En el análisis de la estructura de demanda del mercado, si la demanda es más o menos finita, los descuentos por objetivos, pueden tener el efecto de conseguir las ganancias obtenidas por el efecto de succión de clientes, con impacto directo en las posibilidades de los competidores. En contraste, si la demanda es significativamente creciente o hay oportunidad de mercado considerable para el producto en cuestión, un descuento acumulativo puede tener un efecto de mercado creciente y entonces es menos atribuible a excluir competidores.

---

<sup>1976</sup> Alberto Heimler “Below-Cost Pricing and Loyalty-Inducing Discounts: Are They Restrictive and, If So, When? Competition Policy International, Autumn 2005, Vol. 1, No. 2. P. 149 y ss.

<sup>1977</sup> Eleanor Fox. “Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity, and Fairness”. *Notre Dame Law Review*. Nº 61. Año 1986 pp.981-1020. Derek Ridyard. “Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses under Article 82 – An Economic Analysis”. En ECLR 2002 p. 286-303 Derek Ridyard. “Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses under Article 82 – An Economic Analysis”. En ECLR 2002 p. 286-303 Lucio Zanon. “Price Discrimination and Hoffmann-La Roche”. *Journal of World Trade Law*. P.305 y ss. 1981. John Temple Lang y Robert O’Donoghue. “Defining Legitimate Competition: How to clarify pricing abuses under article 82 EC”. En *Fordham Internatinal Law Journal*. Vol. 26. Pág. 83-162. 2002.

Por último forma parte del análisis determinar si existen en el mercado clientes libres, diferentes de los existentes que ya están supeditados a la empresa dominante: la posibilidad de la entrada al mercado depende no sólo de ellos, sino también de otros clientes para este producto, lo que afecta al tamaño de la exclusión necesaria para crear una barrera significativa a la entrada. Estamos conformes con la doctrina<sup>1978</sup> que plantea que si la demanda por los clientes “libres” en el mercado es lo suficientemente alta para garantizar la inversión en una planta que puede conseguir la mayoría de las economías de escala, o en otras palabras, si la producción de los compradores para los que el nuevo entrante puede competir es más alta (la producción de los compradores por los que el nuevo entrante puede competir debe ser más alta que la escala mínima eficiente, en la medida que es obviamente improbable convertir a todos sus clientes potenciales en clientes reales) que la escala mínima eficiente para este mercado, entonces la entrada no es denegada a un competidor igualmente eficiente.

## **6. Los Tests propuestos por la doctrina para establecer la ilegalidad de las rebajas y descuentos anticompetitivas**

A continuación analizamos los diversos planteamientos de la doctrina, algunos de los cuales han sido considerados como factor de ilegalidad por la Comisión.

### ***6.1. El test de la exclusión del rival “igualmente eficiente” y el enfoque de la Guía de la Comisión.***

Hacemos el tratamiento de este test, desde la óptica de lo que plantea la Guía de la Comisión para la conducta de exclusión abusiva.

#### *a) Las rebajas anticompetitivas con efectos de exclusión similares a la contratación exclusiva.*

La Comisión plantea en la Guía, que los esquemas de rebajas y descuentos, tienen efectos similares a la compra exclusiva en cuanto coincidan los efectos de: (a).- privar a los clientes de fuentes efectivas de suministro de insumos alternativas; (b).- privar a los

---

<sup>1978</sup> Kallaugher y Sher, ob. cit. pág. 278 Barry Hawk. *United States Common Market and international antitrust*. 1994. Prentice Hall Law & Business. Zanon, ob. cit. pág. 313.



proveedores competidores, el acceso a estos clientes para suministrarles la totalidad de sus requerimientos, en las mismas condiciones que la empresa en posición de dominio. Si no se aplicaran estos esquemas de rebajas (entendemos de fidelidad), se ejercería una importante restricción por los competidores que todavía no estaban en el mercado cuando fueron ofrecidos estos incentivos, o que no están en la disposición de competir por la totalidad del suministro del cliente individual. (c).- Estos rivales no pueden competir en las mismas condiciones que la dominante porque la empresa dominante es un socio comercial inevitable al menos para parte de la demanda en el mercado, por ejemplo, porque su marca es un producto ‘must stock’ (que se debe almacenar) preferido por muchos consumidores finales o porque una parte de la demanda sólo puede ser suministrada por el proveedor dominante, debido a que los demás proveedores no tienen capacidad similar que la empresa dominante. (d).- También puede resultar que habiendo competidores que pueden competir en condiciones iguales por la totalidad de la demanda del cliente individual, es difícil para el cliente cambiar de proveedor, debido a la duración de la obligación de compra exclusiva o de las rebajas de fidelidad. (e).- Mientras mayor sea la duración de la obligación, mayor el probable efecto de aniquilación, lo que no se aplica cuando la implicada es un socio comercial inevitable.

En el factor (a), se refiere al efecto conocido en la jurisprudencia comunitaria como el “efecto fidelizante”, para demostrar los efectos perjudiciales de los esquemas, que los clientes no tienen libertad para seleccionar cualquier oferta en cualquier momento de cualquier proveedor, sin sufrir una desventaja económica apreciable.<sup>1979</sup> Donde la jurisprudencia lo consideraba como un requisito suficiente<sup>1980</sup>, sin embargo, según la Guía y los elementos enumerados ya no lo sería, por ello debió ser tratado con más detalle y concretar el motivo por el que se cambia lo sentado por la casuística.

En cuanto al factor (b), hubiera sido mejor que la Comisión especificara que se trata de establecer “la cuota de mercado vinculada o supeditada” por el esquema de rebajas o a la compra exclusiva, que ya desarrolló en su Documento<sup>1981</sup>, así podría dar un puerto

---

<sup>1979</sup> § 240 de la STJCE *Michelin Francia* cit. “... El Tribunal [de Justicia] concluyó que *Michelin* [se refiere al caso *Michelin I*] había violado el artículo 82 CE por tanto que su sistema de rebajas era “susceptible de impedir a los minoristas poder escoger, en todo momento, libremente y en función de la situación del mercado, la oferta más favorable entre los diferentes competidores y de cambiar de fabricante sin sufrir una desventaja económica sensible (punto 85).”

<sup>1980</sup> § 85 de la STJCE *Michelin* cit.; § 170 de la STPI *Irish Sugar* cit; § 120 de la STPI *British Plasterboard* cit.; § 239 de la STPI *Michelin Francia*.

<sup>1981</sup> §145 del Documento de la Comisión : “La incidencia, es decir, la medida en que la empresa dominante está aplicando la obligación de marca única o el sistema de rebaja en el mercado, es lo mismo que su cuota de mercado supeditada, es decir, esta parte de su cuota de mercado vendida bajo la obligación de marca única o el sistema de rebaja...”

seguro a las empresas en posición de dominio ya que en cuanto se refiere a la compra exclusiva, la jurisprudencia ha considerado que podría ser legal la aniquilación inferior al 40% de la cuota de mercado vinculada o supeditada<sup>1982</sup>. En el supuesto similar, es decir, bajo la contratación exclusiva, ámbito dentro del cual considera la Comisión a las Rebajas y Descuentos, el Informe del Departamento de Justicia Norteamericano ha establecido que los acuerdos de contratación exclusiva que aniquilen menos del 30% de los clientes existentes, no son ilegales y por consiguiente, lo mismo podría aplicarse en el caso comunitario a las rebajas y descuentos.<sup>1983</sup> Así, se hubiera dado un puerto seguro a las empresas en posición de dominio.

Respecto al factor (e), no se ha incorporado la propia práctica de la Comisión que contempla la legalidad de algunos descuentos otorgados por empresas en posición de dominio, de una duración inferior a los tres meses, a pesar de que el producto de la implicada era un “must stock” (producto que los clientes consideran de obligada compra).<sup>1984</sup>

*b) Enfoque diferente del derecho antitrust norteamericano.*

Si bien, el derecho antitrust norteamericano y el derecho comunitario coinciden en utilizar el test del rival igualmente eficiente para analizar la ilegalidad de la conducta, sin embargo, el enfoque es considerablemente diferente ya que en el derecho antitrust norteamericano, los descuentos de fidelidad de producto único son legales a menos que las ganancias del vendedor sean menores que una medida apropiada de sus costes, así evita desanimar la práctica de descuentos legítimos y especialmente es apropiado cuando los rivales del vendedor pueden competir por la totalidad de las compras de los clientes.

Sin embargo, cuando una porción significativa de las compras de los clientes no es objeto de competencia significativa, el Departamento cree que puede producirse un efecto anticompetitivo incluso cuando el precio descontado sobre todas las compras de

---

<sup>1982</sup> Sentencia TPI de 23-10-2003, as. 65/98. *Van Den Bergh Foods Limited c/ Comisión CE y otros*. RJ 2003. §156

<sup>1983</sup> §141 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano sobre la Sección 2 de la Ley Sherman.

<sup>1984</sup> Véase por ejemplo la Comunicación efectuada de conformidad con el § 3 del artículo 19 del Reglamento N° 17 del Consejo y relativa a una solicitud de declaración negativa o de exención con arreglo al § 3 del artículo 85 del Tratado CEE. Asunto N°IV/33.460 –British Gypsum “Buying Societies Plasterboard Rebate Scheme” DOCE 8-12-92 N° C 321/10.” Decisión de la Comisión de 22 de enero de 1997. As. IV/M.794 –*Coca Cola/Amalgamated Beverages GB*. N° 97/540/CE DOCE L 218/15 de 9-8-1997. § 212. Véase también §§ 101-103 de la Sentencia del TPICE de 22-3-2000 As. Acumulados T-125/97 y T-127/97 *The Coca-Cola Company y otros /Comisión*, RJ 2000.

los clientes exceda el coste del vendedor. Entonces, el Departamento considera que será necesario un estudio adicional del impacto del comportamiento en el mundo real, antes de concluir que sea apropiado el análisis del precio predatorio a todos los casos.<sup>1985</sup>

Es decir, el criterio son las ganancias del vendedor, a menos que una cuota considerable de clientes no sea objeto de competencia significativa; sin embargo, bajo el derecho de competencia comunitario, el criterio es el precio que tiene que ofrecer el competidor al cliente para conseguir que cambie de proveedor: Hemos visto que inicialmente tiene que analizarse el comportamiento considerando los mismos factores que la compra exclusiva, para luego establecer si el sistema impide la expansión o entrada de rivales igualmente eficientes, al hacer más difícil para ellos suministrar parte de los requerimientos de los clientes individuales, para ello es necesario calcular el precio que el rival tiene que ofrecer al cliente para compensarle por la pérdida de la rebaja condicional, por cambiar parte de su demanda a favor del competidor (el tramo relevante), en comparación al precio promedio del proveedor dominante, donde si este precio está por debajo de AAC, el esquema tiene el efecto de aniquilación de competidores. Sin embargo, la Comisión reconoce que el tramo relevante tiene variados grados de precisión, sobre todo respecto a la cuota de los requerimientos del cliente que debe capturar como mínimo el competidor de modo que el precio efectivo sea al menos tan alto como el coste de incremento promedio a largo plazo, lo que complica el proceso y desanima la competencia en los precios.

*c) La compra exclusiva es diferente de los esquemas de rebajas y descuentos de producto único.*

La doctrina ha planteado que existen diferencias entre el abuso por la aplicación de rebajas y descuentos anticompetitivos con la contratación exclusiva. Plantean que primero, estos descuentos serán menos exclusionarios que los contratos de acuerdo exclusivo donde un comprador esté dispuesto a ganar el descuento sin comprar todos sus requerimientos del vendedor. Segundo, a diferencia de los contratos de compra exclusiva, no hay contrato, concesión o franquicia implicada en la mayoría de los contratos de fidelidad, de modo que la penalidad por no alcanzar el porcentaje o umbral de cantidad es simplemente la pérdida del descuento y no una demanda por infracción del contrato o terminación de la franquicia. Además, debido a que el comprador no está

---

<sup>1985</sup> Pág. x del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano sobre la Sección 2 de la Ley Sherman.

enfrentando la pérdida de su concesión o franquicia, un “competidor igualmente eficiente debe estar dispuesto a obtener la venta en la medida que el precio total descontado esté por encima del coste”. En otras palabras, el cliente sólo pierde su descuento resultando en una exclusión menor.<sup>1986</sup>

Carlton<sup>1987</sup> plantea que en las rebajas y descuentos, la ilegalidad no reside en ser equivalentes a un contrato de suministro exclusivo. El suministrador es más eficiente porque tiene economías de escala en la producción del producto. Entonces, es el coste de obtener la distribución eficiente u otros insumos o coste promedio que es elevado para un rival a través de la concesión de rebajas y descuentos que tienen el efecto de absorber a los clientes en el mercado, dañando así su efectividad competitiva al reducir su producción, con resultado en el daño a la competencia.

En la compra exclusiva a largo plazo, el cliente es requerido de comprar una marca particular de bienes o servicios sólo del proveedor dominante, quien es un socio comercial inevitable, quien le prohíbe comprar productos competidores, lo que causa un perjuicio a la competencia entre marcas.<sup>1988</sup> La compra exclusiva puede obtenerse a través de otros medios diferentes de las ventajas económicas como por ejemplo, la entrega de arcones para almacenar productos congelados, en la condición de que los minoristas vendan exclusivamente los helados de la empresa en posición de dominio.<sup>1989</sup>

En las obligaciones de compra exclusiva efectuadas por empresas en posición de dominio, se consideran dos factores: el ámbito y la duración de la obligación exclusiva<sup>1990</sup>. Mientras que tratándose de rebajas y descuentos la jurisprudencia ha establecido que deben considerarse los efectos de los esquemas caso por caso.

---

<sup>1986</sup> Herbert Hovenkamp, “The Law of Exclusionary Pricing” en *Competition Policy International Law*, Primavera 2006, en 21, 28.

<sup>1987</sup> Dennis W. Carlton. “A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal –Why *Aspen* and *Kodak* are Misguided”. En *Antitrust L.J.* Vol. 68, 2001 págs. 659 y ss.

<sup>1988</sup> Richard Whish. *Competition Law* 5<sup>th</sup> Ed. Butterworths. 2003. Londres U.K. pág. 654.

<sup>1989</sup> Decisión de la Comisión CE de 11-3-1998 *Van den Bergh Foods Limited* (98/531/CE) L246/1 4.9.1998.

<sup>1990</sup> Véase el §35 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva. Véase también Richard Whish. *Competition Law* 5<sup>th</sup> Ed. Butterworths. 2003. Londres U.K. pág. 483 y ss. Véase el artículo 1(b) del Reglamento 2790/99 de 22 de diciembre de 1999, Sobre la Aplicación del Artículo 81.3 a Determinadas Categorías de Acuerdos Verticales y Prácticas Concertadas. DOCE L336/21. En contraste con los sistemas de rebajas, la Comisión al considerar las obligaciones de marca única en su Comunicación sobre las Restricciones Verticales, establece que la imposición de cantidades a los compradores, que hacen que éstos concentren gran parte de sus compras en un único proveedor, como son los sistemas de rebajas, es una forma más débil de no competencia, tiene efectos de exclusión similares pero más atenuados que la obligación de no competencia, su evaluación depende de su efecto en el mercado. § 152 de las Directrices sobre las Restricciones Verticales DOCE C291/1 2000. En el ámbito de la compra exclusiva en la jurisprudencia, en *Hoffmann-La Roché*, [§84 de la Sentencia TJCE

Es el cliente quien considerando el atractivo que significan para él las rebajas, decide adquirir una gran cantidad de sus suministros de la empresa en posición de dominio. En la compra exclusiva, es un acuerdo entre el vendedor y el comprador y en las rebajas, es un comportamiento unilateral.

La propia Comisión se manifiesta en el mismo sentido al referirse a la contratación exclusiva bajo el artículo 81, en el Reglamento sobre Restricciones Verticales<sup>1991</sup>, considera que el requerimiento a un cliente en adquirir la totalidad de sus suministros de la empresa dominante será considerado más grave que una obligación en la compra de más del 80% de sus requerimientos como una obligación de no competir. La duración del acuerdo será una característica determinante en condenarlo como abuso; si es más breve, es menos probable que infrinja el artículo 82 TCE. El Reglamento establece que la imposición de cantidades al comprador tiene efectos de exclusión similares pero más atenuados que una obligación de no competencia.<sup>1992</sup> Estos criterios podrían haber sido traspuestos a la Guía.

Resultando por tanto que es mutuamente excluyente la aplicación de los criterios de la contratación exclusiva con el test del competidor hipotético igualmente eficiente y ello, porque bajo el derecho de competencia comunitario, se ha venido considerando que la ilegalidad de los descuentos radica precisamente en la privación a los rivales de la escala eficiente necesaria para entrar, o permanecer en el mercado, donde el propósito del descuento es realmente aniquilar. Resultando entonces que se parte de la idea de considerar la necesidad de la coexistencia de un rival que no es igualmente eficiente que

---

*Hoffmann-La Roché* citada] el TJCE consideró que su ilegalidad radicaba en limitar la libertad del comprador de elegir a otros proveedores y en excluir a otros competidores del mercado, reforzando de este modo la posición dominante en el mercado. La duración de la mayoría de los contratos eran por un período indefinido ya sea de acuerdo a los mismos términos o debido a una cláusula de renovación por acuerdo tácito, diseñados claramente para establecer relaciones comerciales por muchos años. En similar forma se pronunció el TPI en el caso *Van Den Bergh Foods*, donde consideró que los elementos que configuraron el abuso eran: Los largos períodos de tiempo en que los vendedores de helado se encontraban supeditados a *Van Den Bergh Foods* y que impedía a proveedores competidores entablar relaciones con estos clientes, al tener que comercializar la totalidad de sus helados a través de los arcones que la propia empresa les facilitaba y que esta clientela de la posición dominante constituía el 40% del mercado. Sentencia TPI de 23-10-2003, as. 65/98. *Van Den Bergh Foods Limited c/ Comisión CE y otros*. RJ 2003, se consideró que debido a que el producto era uno de obligado suministro o “must stock”, preferido por muchos consumidores finales, o cuando los clientes no pueden acudir a los competidores porque éstos tienen coacciones de capacidad, de modo que una buena parte de la demanda es asumida por la posición dominante.

<sup>1991</sup> Véase el artículo 1(b) del Reglamento 2790/99 de 22 de diciembre de 1999, Sobre la Aplicación del Artículo 81.3 a Determinadas Categorías de Acuerdos Verticales y Prácticas Concertadas. DOCE L336/21

<sup>1992</sup> §152 de la Comunicación de la Comisión directrices relativas a las Restricciones Verticales DOCE C 291/01 de 13-10-2000.

la dominante, para proteger la estructura competitiva<sup>1993</sup>. Donde es más idónea la aplicación del test del balance de los efectos.

*d) Aplicabilidad del test del rival hipotético igualmente eficiente.*

La Comisión plantea en la Guía que sólo intervendrá si la conducta de exclusión implicada basada en los precios ha ocasionado o es capaz de obstaculizar la competencia de competidores que son considerados tan eficientes que la empresa dominante.<sup>1994</sup>

Sin embargo, la Guía observa que las rebajas condicionales no implican un sacrificio para la empresa dominante y que en este sentido difieren de la predación<sup>1995</sup>, que, se supone, implica un sacrificio para eliminar al rival igualmente eficiente y ello porque la implicada no necesita hacer una inversión para deshacerse del rival menos eficiente.

Este enfoque es cuestionable, para aplicar el test del rival igualmente eficiente, planteado por Posner supone que todas las empresas tienen iguales condiciones de capacidad para competir, no se trata de una contraestrategia, se trata que es un rival que no es igualmente eficiente, en el sentido que carece de las mismas economías de escala, o que su producto no es uno que los clientes consideren que sea necesario tener en sus almacenes o ‘must stock’ y por tanto, que no es posible aplicar este test de la forma que lo plantea la Comisión. Porque el resultado real del comportamiento es que deniega o impide a los competidores de la escala necesaria para entrar o permanecer en el mercado.<sup>1996</sup> Hay mercados en que conseguir la escala suficiente es crítica y el propósito del descuento de fidelidad, realmente es aniquilar esta situación. En estas circunstancias, es imposible aplicar el test de Posner, sino que sería mas apropiado el uso del balance de los efectos pro y anticompetitivos.

Para evaluar la ilegalidad de una conducta de exclusión, Posner<sup>1997</sup> propuso el test del competidor igualmente eficiente. Recuerda la teoría de la escuela de Chicago sobre las restricciones verticales manifestando que cuando una empresa impone un coste sobre

---

<sup>1993</sup> Véase los §20 y 23 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

<sup>1994</sup> Ibidem §§22-26.

<sup>1995</sup> Ibidem. Nota al Pie 26.

<sup>1996</sup> Willard K. Tom, David A. Balto y Neil W. Averitt. “Anticompetitive Aspects of Market – Share Discounts and other Incentives to Exclusive Dealing”. En *Antitrust Law Journal*, Vol 67, 2000, págs. 615-639.

<sup>1997</sup> Richard A. Posner. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. 2da. Edición. The University of Chicago Press 2001. Págs. 194-5

sus clientes u otros clientes y entonces tiene que compensarlos y así incurre en un coste más alto a si misma, es difícil de ver cómo el acuerdo generará un beneficio neto para la empresa. Es esta dificultad que hizo a la escuela de Chicago escéptica sobre las restricciones verticales. Lo mismo sucede en el caso de las rebajas y descuentos cuando se convierten en instrumentos por los que la empresa supedita en el suministro a los clientes, pero no para asegurar sus suministros, sino para elevar los costes de sus rivales. Posner, observa que una implicación importante de este enfoque con respecto a las restricciones verticales es que, precisamente, debido a que son costosos para la empresa imponerlas a menos que beneficien al cliente o distribuidor, sólo una empresa cuyo monopolio es frágil –que es vulnerable a la entrada nueva- impondrá restricciones verticales para excluir a la competencia. Si bien, la empresa no puede obtener precio de monopolio de sus clientes dos veces, primero al fijarles lo que el mercado podía soportar y luego al obligarlas a participar de los esquemas cumpliendo la fidelidad, la empresa en posición de dominio está dispuesta a incrementar la duración de su dominio que habría colapsado más pronto si no hiciera uso de este mecanismo.

La probabilidad que los beneficios de monopolio obtenidos durante la ampliación del dominio, que es cuando pone en práctica su comportamiento, se fomentarán si su dominio proviene de un derecho de propiedad intelectual, que exhibe un desvío entre el coste promedio y marginal.<sup>1998</sup>

El punto a ser subrayado particularmente es aquel del coste de un comportamiento de exclusión, especialmente en los mercados de propiedad intelectual, no siempre necesita exceder los beneficios de monopolio adicionales que hace posible el comportamiento. Esto es así, a propósito, incluso cuando este coste habría sido incurrido antes que las ventas adicionales que le permitió que requiriera el descuento de cualquier beneficio de aquellas ventas para presentar valor antes de compararlas al coste.

Posner subraya la diferencia que existe entre un monopolio de derechos de propiedad intelectual y el uso de tácticas de exclusión para protegerlo. Así, estos hechos subrayan la consideración complicada que un monopolio puede ser frágil porque ha sido obtenido por la inversión en una innovación que, una vez creado, podía ser imitado a un precio

---

<sup>1998</sup> En el caso extremo, es similar a algunos mercados de software, donde el coste marginal está cercano a cero. Esto significa que casi todas las ganancias obtenidas por una empresa que monopoliza el mercado van directamente a la línea de fondo si ya ha recuperado sus costes fijos, o si no lo ha hecho, para liquidar estos costes. El vacío entre el precio y el coste marginal lo hace totalmente factible que la ganancia de extender el monopolio otro año o dos excederá el coste de los comportamientos de exclusión requeridos para obtener la extensión. Los costes de la empresa en crear sus invenciones, se convierten en hundidos, donde el coste marginal de las copias adicionales es mínimo, haciendo cada venta adicional considerablemente rentable. Richard A. Posner. “Vertical Restraints and Antitrust Policy”. University of Chicago Law Review. 2005. Vol. 72 págs. 229 y ss.

barato. Esta es una de las situaciones en que el coste marginal es probable de residir por debajo del coste promedio total.<sup>1999</sup> Pero, debe tenerse en cuenta que el derecho de competencia ya prevé el supuesto y concede a la titular del derecho de propiedad industrial o intelectual el tiempo promedio que necesita para explotar estos derechos a su arbitrio y recuperar su inversión, por lo que en todo caso, ello no convierte en legal el comportamiento, sino que sólo sería una justificación objetiva que dependiendo del supuesto podría invocar la empresa en posición de dominio.

El test de Posner tiene muchos inconvenientes, Carlton<sup>2000</sup> ha establecido sistemáticamente las condiciones en que algunas veces las restricciones verticales constituyen métodos de maximizar beneficios mediante la reducción de la competencia. Si bien, Posner plantea que tomando como base la premisa fundamental que las empresas son maximizadoras de beneficio racionales, de modo que los teoremas estándar de la teoría del precio pueden ser utilizados para predecir los efectos competitivos de una transacción cuestionada. Pero, este criterio, que puede aplicarse a los comportamientos de precios predatorios, no se aplican a los casos de precio no lineal como es el caso de rebajas y descuentos ya que la empresa que ostenta poder de mercado puede utilizar sus tácticas de exclusión con el objeto de denegar a sus rivales el acceso a economías de escala en la distribución con el objeto de ampliar su dominio.<sup>2001</sup>

Posner, coincidiendo con Carlton, admiten que en presencia de economías de escala o de ámbito, la fijación de esquemas de rebajas o descuentos que tengan efectos de

---

<sup>1999</sup> El coste de crear la innovación es incurrido antes que la producción empiece pero debe ser recuperado, en alguna medida, por el precio fijado por unidad de producción. Si el coste de producción es bajo, los que copian estarán dispuestos a vender por debajo del precio del innovador, a un beneficio. Esto no es una táctica tan atractiva como parece, porque para defender su posición, el ocupante de mercado existente fijaría sus precios por debajo del coste marginal y así hace la entrada nueva no rentable. Sin embargo, si la entrada en el mercado del monopolio del innovador es factible, la ganancia a la innovación será menor. Este es el criterio básico de los derechos de propiedad intelectual.

<sup>2000</sup> Dennis W. Carlton. "A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal –Why *Aspen* and *Kodak* are Misguided". En *Antitrust L.J.* Vol. 68, 2001 págs. 659 y ss.

<sup>2001</sup> A modo de ejemplo, Bork observa respecto a las restricciones verticales que en los contratos de acuerdo exclusivo para la distribución, supuesto en el que se pueden encontrar los esquemas de rebajas y descuentos de fidelidad, que teniendo estos efectos son anticompetitivos, la posibilidad de la predación (en el sentido de dañar al rival) puede originarse si, por ejemplo, la empresa A empieza con un 90% del mercado y la empresa B con un 10 por ciento, cada una vende en estas proporciones a cada detallista. Cuando A impone una condición de acuerdo exclusivo, quizás consiga 9 de los 10 detallistas y B, uno. Asumiendo que los beneficios del primer modelo de distribución son proporcionales a la venta en cada canal, entonces, A pierde un detallista haciendo una cantidad X de ventas y B pierde nueve cuyas ventas también totalizan una cantidad X. Los costes incrementados de nuevo serían iguales, pero aquellos costes imponen una pérdida a cada empresa y sus reservas son proporcionales a sus cuotas de mercado. A puede asumir la pérdida mejor que B y el resultado podría ser retirar a B del negocio. La técnica de la predación es la denegación del acceso a una economía de escala esencial. Robert Bork. *The Antitrust Paradox: a Policy at War with itself* 1.978 New York: Basic Books. Págs. 156-8



fidelidad o lealtad, equivalentes a una obligación de suministro exclusivo, es una forma de evitar que el rival consiga eficiencias. Pero la coincidencia termina aquí ya que ambos autores difieren en el enfoque, Posner defiende la idoneidad de su test del competidor igualmente eficiente, aplicable a estos supuestos, sin embargo Carlton plantea por el contrario la idoneidad del test de la *regla de la razón*, o del balance de los efectos pro y anticompetitivos, sobre todo ahora que la Comisión en su Guía establece la aplicabilidad de los factores de la compra exclusiva anticompetitiva a los esquemas de rebajas y descuentos condicionales.

Posner<sup>2002</sup>, al referirse a los efectos de exclusión derivados de la aplicación de un esquema de rebajas de fidelidad considera que estas economías de escala no son un atributo de una empresa sino un mercado. En contraposición a Carlton<sup>2003</sup> que considera a las economías de escala significativas como un atributo de la empresa que le confiere un poder de mercado que le permite elevar los costes del rival.

El primero hace este razonamiento al referirse a las rebajas del caso donde la empresa en posición de dominio, 3M<sup>2004</sup>, con el 90% de cuota de mercado de la cinta transparente de la marca Scotch. LePage's también empezó a fabricar en este mercado una cinta transparente de etiqueta privada para su venta a los detallistas, haciendo incursiones considerables en el mercado de 3M, quien respondió fabricando su propia cinta de etiqueta privada y ofreciendo descuentos agregados sobre grupos de productos incluida la cinta transparente de etiqueta privada de 3M, específicamente diseñados para excluir<sup>2005</sup>.

Las rebajas nunca llegaron a estar por debajo de los costes de 3M, por tanto no podía ser un caso de precio predatorio.

3M se defendió invocando el propio test de Posner, que LePage's no era un rival igualmente eficiente.

Sin embargo, sí era un caso de rebajas que promovían la fidelidad del cliente ya que tal como afirma Posner, el producto de 3M, la cinta Scotch era un producto “must

---

<sup>2002</sup> Richard A. Posner. “Vertical Restraints and Antitrust Policy”. University of Chicago Law Review. 2005. Vol. 72 págs. 229 y ss. “Hay una diferencia desde el punto de vista del bienestar económico entre la eficiencia basada en costes de trabajo o costes de materiales más bajos, gestión superior, calidad mejor y otros atributos específicos de la empresa y la eficiencia basada en la escala, que es conseguible por cualquier empresa que esté dispuesta a incrementar su producción a una escala eficiente. Las economías de escala son un mercado más que un atributo de una empresa.”

<sup>2003</sup> Ibidem.

<sup>2004</sup> LePage's Inc. v. 3M Co. 324 F.3d 141 (3rd Cir 2003), cert. denegado, 124 S.Ct. 2932 (2004).

<sup>2005</sup> Richard A. Posner. “Vertical Restraints and Antitrust Policy”. University of Chicago Law Review. 2005. Vol. 72 págs. 229 y ss.

stock”<sup>2006</sup>, hubo evidencia que los detallistas consideraron tener la cinta Scotch como indispensable para su negocio.

Reflexiona que efectivamente, el rival LePage’s no era un rival igualmente eficiente, carecía de un producto “must stock” equivalente a la cinta Scotch de 3M, tampoco le era posible igualar las rebajas de 3M, señala: Es verdad que si los costes de la cinta de etiqueta privada de LePage’s eran los mismos que 3M, LePage’s podría haber igualado las rebajas de 3M, todavía incluso habría quebrado ya que como observa si todas las rebajas fuesen distribuidas a la cinta de etiqueta privada 3M, 3M todavía no habría estado vendiendo esta cinta por debajo del coste. Pero difícilmente sería factible para LePage’s igualar las rebajas sobre las bases cliente-por-cliente. Habría tenido que hacer un recorte de precio uniforme. Pero un recorte de precio uniforme conferiría una caída en aquellas tiendas que no tienen una demanda fuerte para la cinta Scotch y así no reciben grandes rebajas de 3M, mientras probablemente no siendo lo suficiente profundo para igualar las rebajas recibidas por aquellas tiendas que sí tenían una demanda considerable para la cinta Scotch y así obtuvieron rebajas considerables.

Si es así, las rebajas factiblemente pueden ser entendidas como un medio de exclusión porque impusieron mayores costes en LePage’s que sobre 3M: la inferencia de la conducta de exclusión está reforzada por el hecho que la evidencia de las economías de distribución conjunta era débil.

Mantiene que las economías de escala en el ámbito de la distribución no son una característica de la posición de dominio, sino un mercado. Observa: hay una diferencia desde el punto de vista del bienestar económico entre la eficiencia basada en costes de trabajo o costes de materiales más bajos, gestión superior, calidad mejor y otros atributos específicos de la empresa y la eficiencia basada en la escala, que es conseguible por cualquier empresa que esté dispuesta a incrementar su producción a una escala eficiente. Las economías de escala son un mercado más que un atributo de una empresa. Sin embargo no desarrolla qué entiende por ambos tipos de eficiencias y sus implicaciones.

El autor señala: En la medida que las rebajas de fidelidad elevaron los costes promedio de LePage’s al reducir su producción y así impedirle conseguir las economías de escala disponibles, esto no fue una consecuencia de que 3M era una empresa más eficiente en un sentido relevante a la política antitrust. 3M habría temido que si a LePage’s le era

---

<sup>2006</sup> “... La posición dominante implica usualmente que para una buena parte de la demanda del mercado no hayan sustitutos adecuados para el producto del proveedor dominante, debido por ejemplo a que su marca es un ‘artículo que se debe almacenar’ preferido por muchos consumidores finales. ...” Véase § 143 del Documento de la Comisión.

permitido conseguir a veloces y poderosos detallistas como Office Depot y Wal Mart quienes preferirían vender una cinta de etiqueta privada más barata que favorecer la venta de la cinta Scotch de 3M y la marca perdería su esplendor. Resulta por tanto que el propio autor reconoce la inaplicabilidad de su test.

Por otro lado, el test tiene diferente razonamiento, en cuanto considera a las economías de escala (y se entiende también las economías de ámbito) como un mercado de clientes, que no forma parte de las características de una empresa, ‘igualmente eficiente’, cuestión que escapa el análisis antitrust bajo el derecho de competencia comunitario.

Para el derecho de competencia comunitario, las economías de ámbito y escala en el nivel de la distribución son barreras a la entrada o a la expansión, un factor de la posición de dominio, así lo establece la propia Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva<sup>2007</sup> y no un mercado relevante diferente. La empresa en posición de dominio busca mantener su monopolio, a través del uso de los esquemas de rebajas y descuentos, excluyendo a sus rivales menos eficientes que no tienen procesos de producción que les permita alcanzar las economías de escala o ámbito y por ello, no pueden acceder a ofrecer rebajas y descuentos en las mismas condiciones que la dominante.

Bajo el derecho de competencia comunitario, se considera entonces que se trata de un rival que obviamente no es igualmente eficiente que la dominante, lo que inhabilita la posibilidad de utilizar el test de Posner.

Entre los motivos fundamentales que alega la doctrina para descartar la aplicabilidad del test de Posner a estos casos, reside en la necesidad de reconocer que la premisa que existen en el mercado rivales que precisamente no son igualmente eficientes que la empresa en posición de dominio ya que la implicada, precisamente ha dañado la eficiencia de los rivales, privándoles del acceso a las economías de escala o ámbito necesarias para conseguir su eficiencia total elevando sus costes de producción con el

---

<sup>2007</sup> §17 de la Guía de la Comisión a la conducta abusiva de exclusión: Las barreras a la expansión y entrada pueden tomar varias formas. Pueden ser barreras legales... o pueden tomar la forma de ventajas disfrutadas específicamente por la empresa dominante, como las economías de escala y ámbito, el acceso privilegiado a los insumos esenciales o recursos naturales, las tecnologías importantes o una red establecida de distribución y ventas. También incluyen los costes y otros impedimentos, resultantes por ejemplo, de los efectos de red, enfrentados por los clientes en el cambio a un proveedor nuevo. La propia conducta de la empresa dominante también puede crear barreras a la entrada, por ejemplo, si ha efectuado inversiones significativas que los entrantes o los competidores tendrán que igualar, o si ha concluido contratos con sus clientes que tiene n efectos de aniquilación apreciables...”

consiguiente daño a la competencia.<sup>2008</sup> Y por otro lado, se podría estar condenando comportamiento que es de incremento de bienestar.<sup>2009</sup>

Hovenkamp<sup>2010</sup>, también cuestiona este planteamiento, el test de Posner del “rival igualmente eficiente” encontró amplia aceptación en los casos de precios predatorios, particularmente en aquellos casos referidos a cómo identificar un precio como predatorio. El test opera bajo el razonamiento que una empresa no debe ser penalizada por tener costes más bajos que los correspondientes precios de sus rivales. Como resultado, un precio es predatorio sólo si está razonablemente calculado para excluir a un rival que es al menos tan eficiente que el demandado.<sup>2011</sup> El autor señala que claramente no se trata de bajar los costes de las empresas para que mantengan sus precios por encima de sus costes simplemente para sufrir que un rival pueda establecerse en el mercado.

Es igualmente crítico al test de Posner, en cuanto que su aceptación implica que la norma estaría eliminando por sí misma la competencia. Gavil, Hovenkamp y Carlton, observan que el test de Posner presume que no puede haber ningún daño de la exclusión de un “rival menos eficiente”. Sin embargo, la entrada de un rival incluso menos eficiente puede estimular la competencia y bajar los precios si una empresa dominante implicada está fijando precios de monopolio.<sup>2012</sup> Entonces, una estrategia de distribución que retire a este “rival menos eficiente” del mercado ciertamente podría dañar el bienestar del consumidor. La “eficiencia comparativa” no es un aproximado útil para el bienestar del consumidor.

Hovenkamp y Carlton<sup>2013</sup> observan que la definición de rival igualmente eficiente de la conducta de exclusión tiene mucho que decir por ello, pero puede dejar sin analizar situaciones donde es más probable que el rival que puede emerger sea menos eficiente que la empresa dominante. En concreto en casos que implican contratos de exclusión (donde se encuentra el precio no lineal) sería verdad como cuestión de hecho que los rivales igualmente eficientes no serán excluidos. Sin embargo, en la ausencia de

---

<sup>2008</sup> Einer Elhauge. “Defining Better Monopolization Standards”. *Stanford Law Review*. Nov. 2003, Vol. 56, Nº 2, pp. 253-344.

<sup>2009</sup> Bruce H. Kobayashi. “The Economics of Loyalty Discounts and Antitrust Law in the United States”. *En Competition Policy International*. Volumen 1, Número 2. Otoño 2005.

<sup>2010</sup> Herbert Hovenkamp. “Exclusion and the Sherman Act” en *The University of Chicago Law Review* 2005, pág. 147 y ss. Pág. 154.

<sup>2011</sup> Richard A. Posner. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. 2da. Edición. The University of Chicago Press 2001. Págs. 196

<sup>2012</sup> Ob. Cit. Por ejemplo, asumiendo que una empresa dominante tiene costes de un euro, pero actualmente está fijando 2 euros. La entrada de un rival que tarifa a 1,50 euros podía promover un descenso en los precios, incluso si el nuevo entrante tiene costes de 1,25 euros.

<sup>2013</sup> Dennis Carlton, Ob. Cit. Herbert Hovenkamp, ob. Cit.

economías de escala significativas, estos contratos son considerablemente improbables de excluir a nadie.

De modo que la cuestión se convierte en si la empresa dominante está disfrutando de economías de escala significativas que puede utilizar la compra exclusiva a través de la fijación de esquemas de rebajas condicionales, para excluir a empresas que, por virtud de su tamaño más pequeño, son necesariamente menos eficientes. De nuevo, el enfoque del derecho antitrust debe ser sobre los rivales que son más probables de aparecer en la escena y no debemos justificar conducta socialmente ineficaz simplemente porque un rival hipotético igualmente eficiente no deba ser excluido.<sup>2014</sup>

Bajo este esquema, un rival que es menos eficiente hoy se convertiría igual o más eficiente si se le permite tiempo para desarrollar economías de aprendizaje o si sus ventas crecen y se le permite ganar economías de escala; a este rival no se le debe considerar como menos eficiente. O en otro caso, si la empresa implicada tiene algunas economías de ámbito pero sus rivales pueden obtener economías de ámbito diferentes pero igualmente importantes, en este supuesto, cómo se pueden determinar las economías que el rival debe obtener en el futuro.<sup>2015</sup>

Además, siguiendo la propia filosofía de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva, en cuanto establece como ‘competidor menos eficiente’, aquel que puede ejercitar una coacción que debe ser considerada en los casos de una concreta conducta basada en el precio que conduce a la aniquilación anticompetitiva. La Comisión asumirá una opinión dinámica de esta coacción ya que ausente la conducta se beneficiaría de ventajas relacionadas a la demanda como los efectos de red y los efectos de la curva de aprendizaje que fomentarían su eficiencia,<sup>2016</sup> los mismos criterios encontramos en los factores relevantes de la aniquilación anticompetitiva, al referirse a la posición de los competidores de la empresa dominante, señala: “Un rival específico puede jugar un rol competitivo significativo incluso con una cuota de mercado pequeña comparada a la de otros competidores: por ejemplo quizás sería el competidor más cercano a la empresa dominante, siendo un competidor particularmente innovador, o que tenga una reputación de recortar los precios sistemáticamente....”<sup>2017</sup>. La Comisión

---

<sup>2014</sup> Herbert Hovenkamp. “Exclusion and the Sherman Act” en *The University of Chicago Law Review* 2005, pág. 147 y ss. Pág. 155.

<sup>2015</sup> Douglas Melamed. “Exclusive Dealing Agreements And Other Exclusionary Conduct –Are There Unifying Principles?”. En *Antitrust Law Journal*. Vol. 73, 2006. págs. 375 y ss. En 389.

<sup>2016</sup> §23 de la Guía de la Comisión para la conducta de exclusión abusiva.

<sup>2017</sup> *Ibidem* §20.

está planteando que el competidor puede que sea más eficiente en otros términos como en innovación o calidad, pero que precisamente, como no es eficiente en los precios para acceder en los mismos términos en las ofertas a los clientes, no puede igualar las mismas condiciones que ostenta la dominante.

Por otro lado, este planteamiento en cuanto a los principios que debe guiar la política antitrust de la Comisión no es coincidente con los principios que plantea Posner en cuanto que la única política antitrust que beneficiaría a empresas pequeñas sería aquella que busque impedir a empresas grandes de fijar precios por debajo de empresas pequeñas menos eficientes, al compartir sus costes más bajos con los consumidores en la forma de precios más bajos. Aparte de plantear en forma aguda la cuestión de si la sociedad debe promover a las empresas pequeñas a costa del consumidor, esta política no sería funcional, porque requiere la supervisión continua y exhaustiva de los precios de las empresas grandes.<sup>2018</sup> Que es lo que justamente plantea la Comisión al referirse a la conducta en precios sobre el rival menos eficiente y que es apoyada por los economistas anteriormente mencionados.

El test de la exclusión del rival igualmente eficiente es útil para evaluar precio por debajo del coste, pero no precio por encima de los niveles de coste<sup>2019</sup>.

Por otro lado, medir la “eficiencia comparativa” es una cuestión complicada y difícil de aplicar en la práctica, Gavil, subraya la dificultad de la Comisión de establecer qué requisitos debería tener el rival igualmente eficiente para luego reconocer que sería necesario proteger rivales menos eficientes en algunas situaciones. Donde debería centrarse la cuestión es en las eficiencias o ineficiencias de la conducta cuestionada.

Además, la motivación de la empresa dominante habría sido impedir que el rival alcance un punto equivalente de eficiencia por ejemplo, dañando su capacidad en acceder a una escala mínima eficiente. Sería anómalo en este caso presumir que la exclusión no dañó a la competencia y a los consumidores.

Si bien es verdad que la exclusión de la empresa menos eficiente no dañó la competencia en este momento preciso porque el rival no había alcanzado su potencial,

---

<sup>2018</sup> Richard A. Posner. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. 2da. Edición. The University of Chicago Press 2001. Pág. 26.

<sup>2019</sup> William Baumol. “Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test”. En *Journal of Law and Economics* 1996, Vol. 39, nº 1. pp. 49-72.

la ley no debe emplearse para adecuar el comportamiento de disuasión estratégica a la entrada que dañe la competencia a largo plazo.

Es difícil imaginar cómo un demandante acreditará que era al menos “igualmente eficiente” que el demandado. Una ventaja de eficiencia comparativa no alteraría el hecho que el demandado es una empresa dominante y que ha actuado en una forma que ha dañado rivales y consumidores.

Por último y más importante, si el rival es realmente menos eficiente, su desaparición sobrevendrá de forma natural en el tiempo, sin la ayuda de comportamientos de exclusión. La empresa dominante –si es realmente más eficiente- siempre tendrá un arsenal de amplias estrategias alternativas que son más claramente un producto de su eficiencia superior y puede ser más fácilmente evaluada por los tribunales. Visto de otro modo, el peligro de los falso positivos<sup>2020</sup> y la sobredisuasión es pequeño cuando la defensa de una empresa dominante es que no ha efectuado ningún daño, en la premisa sobre las supuestas deficiencias de su víctima, es rechazada. Si estas cuestiones son verdad, la víctima desaparecerá por su propia decisión. Así los mercados son más adeptos a una auto corrección para los rivales menos eficientes que con empresas con poder de mercado.<sup>2021</sup>

La aplicación del test de Posner al supuesto de la ilegalidad de los esquemas de rebajas y descuentos obliga a trasponer el supuesto de la predación, cuestión que no es posible ya que el problema aquí no son los precios, sino la privación por la dominante a sus rivales de las posibilidades de acceder en las mismas condiciones a los clientes.

La aplicabilidad del test del competidor igualmente eficiente también es cuestionable porque falla en identificar los casos de aniquilación anticompetitiva, presumiendo indebidamente que los descuentos sean procompetitivos, cuando estos descuentos son concedidos por monopolistas consolidados, por monopolistas por primera vez enfrentando la posibilidad de una entrada nueva, o por monopolistas que eligen eliminar rivales. Puede tratarse de descuentos simulados, o resultar que el monopolista utiliza los esquemas de descuentos para amenazar a los clientes con un precio más alto a menos que alcancen el umbral necesario para obtener un descuento que simplemente les

---

<sup>2020</sup> Errores “falso positivos” (o errores del Tipo I), significan la condena equivocada de la conducta que es procompetitiva y beneficia a los consumidores.

<sup>2021</sup> Andrew I. Gavil. “Exclusionary Distribution Strategies By Dominant Firms: Striking A Better Balance”, en *Antitrust Law Journal*. Vol. 72. 2004, págs 3-81. En 61.

permita continuar pagando lo mismo, por lo que debe aplicársele la regla de la razón o del balance.<sup>2022</sup>

Es igualmente cuestionable el test del competidor igualmente eficiente porque falla en identificar determinados casos en que estos descuentos pueden resultar en aniquilación dañina. Los descuentos de fidelidad pueden ser anticompetitivos si los clientes deben comprar un determinado porcentaje de sus requerimientos del monopolista y el descuento está estructurado para inducirles a comprar también todas o casi todas sus necesidades más allá de este porcentaje no contestable del monopolista. Entonces se debe considerar la situación en que los rivales pueden competir esencialmente por el suministro de la demanda total del cliente o la demanda total en el lugar del mercado, diferente de una situación en que el cliente debe comprar un determinado porcentaje de los productos de la empresa dominante. De nuevo a estos descuentos debe aplicársele el test del balance o regla de la razón. Enfocándose en si el precio lineal para todas las unidades excedió una medida apropiada de coste, era inconsistente, sugieren que sería más apropiado observar en las ventas “que fueron inducidas por el programa de fidelidad y observar en las ganancias de aquellas ventas” y compararlas al coste del programa, más que aplicar el test del precio predatorio que plantea que hay que computar todas las ventas, todas las ganancias y compararlas al coste de todas las ventas. Porque seguramente hay muchas pruebas de posibilidad que demuestren que pueden haber efectos anticompetitivos incluso con precio global que excede el coste global.<sup>2023</sup> La Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva plantea que se debe calcular el precio que el rival tendría que ofrecer para compensar al cliente por la pérdida de la rebaja<sup>2024</sup>, llegando a ser ilegal si este precio está por debajo del coste promedio evitable de la empresa dominante, sin embargo, ello no significa que los clientes estén dispuestos a cambiar a elegir a otro suministrador ya que el cliente elegirá la compra no sólo sobre las bases del precio, sino que también considerará otras características del producto o servicio inherentes, agregado al hecho de las incertidumbres inherentes a establecer el verdadero coste promedio evitable de la empresa dominante, en los casos en que obviamente no proporcione datos fiables sobre los que calcularlo.<sup>2025</sup>

---

<sup>2022</sup> Robert H. Lande. “Should Predatory Pricing Rules Immunize Exclusionary Discounts?” en *Utah Law Review*. 2006, págs. 1-16

<sup>2023</sup> Pág. 113 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano.

<sup>2024</sup> §40 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

<sup>2025</sup> *Ibidem* §43.



Es importante distinguir entre las cuatro observaciones que hace la Comisión para aplicar su test, parte del hecho que si se pueden contar con las ganancias y costes de la empresa dominante, no sería necesario el test, si no dispone de éstos, procederá a la aplicación del test, utilizando los datos de los competidores. Por último, la Comisión reconoce que existen competidores que no son igualmente eficientes, este hecho convierte difícil o imposible la aplicación del test del “rival igualmente eficiente”<sup>2026</sup>. Resulta entonces que no hay puerto seguro para las empresas en posición de dominio, porque si se establece que se trata de proteger a un rival que no es tan eficiente que la dominante, la conducta podrá ser condenada, independientemente de que existan o no efectos anticompetitivos reales del comportamiento.

Coincidimos con Carlton<sup>2027</sup> en señalar la no procedencia de la aplicación del test del “rival igualmente eficiente” para establecer la ilegalidad de los esquemas de rebajas y descuentos. El autor observa que en estos casos, si el precio de incremento de la última unidad al consumidor está por debajo del coste marginal, el precio debe ser objeto de investigación adicional. Este precio no lineal (es decir, los descuentos en precios) no puede evaluarse junto con los fundamentos tradicionales que gobiernan los casos de precios predatorios ya que tres problemas plagan este análisis.

Primero, en este modelo estático, la predación no hace sentido, así que las analogías basadas en ello son tenues. Segundo, es bien sabido que el cálculo del coste marginal del dato contable es difícil, de modo que no sería fácil de determinar si el precio de incremento excede el coste marginal. Tercero y quizás más importante, el analista no observaría un esquema de precio como una función de volumen y quizás tendría que inferirlo de observaciones de precio entre los compradores de diferentes tamaños.

Pero es bien conocido que en modelos que se desvían de la competencia perfecta, grandes compradores pueden obtener un precio mucho más bajo que los compradores pequeños. De modo que, por ejemplo, un comprador de una unidad 1 quizás pagaría 10 \$ mientras que un comprador de 2 unidades pagaría sólo 5 \$ por unidad. Supongamos que el coste marginal es 4 \$ y que un “gran comprador” puede integrarse verticalmente para un coste hundido de 2 \$. El precio para el gran comprador está claramente por encima del coste marginal, sin embargo, el precio de incremento implicado que calcula

---

<sup>2026</sup> §23 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva, véase también §67 del Documento de la Comisión

<sup>2027</sup> Dennis W. Carlton. “A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal –Why *Aspen* and *Kodak* are Misguided”. En *Antitrust L.J.* Vol. 68, 2001 págs. 659 y ss.

el analista del dato de precio entre los compradores es 0 (\$10 para 1 unidad, 10\$ pagados en total por 2 unidades).

Entonces, los intentos de establecer una implicación antitrust basado en los descuentos de cantidad inferidos de los precios entre los compradores de diferentes tamaños podría conducir al resultado peculiar de inhibir la competencia entre los grandes compradores.

Carlton<sup>2028</sup> y Elhauge<sup>2029</sup> observan que el precio no lineal (no relacionado a los ahorros de coste) sólo puede ocurrir si los compradores no se implican en arbitraje. Es decir, el caso donde los compradores son clientes que simplemente revenden el producto a los consumidores finales, las barreras a la entrada para ser un cliente son cero y cualquier entrante puede inmediatamente y sin costes expandir las ventas en alguna medida necesaria. Donde la aniquilación de los clientes no puede aniquilar a los rivales efectivamente porque simplemente pueden crear un entrante nuevo que puede acceder inmediatamente a todo el mercado del consumidor. En este caso, el ejemplo demuestra por qué es impropio inferir precio de incremento de un análisis de precio entre los compradores. Si el arbitraje es posible, entonces habrá ninguna diferencia detectable en el precio de incremento como una función de volumen (después de ajustar las diferencias de coste).

La consecuencia sería desanimar la competencia en el precio, al imponer que las empresas muestren uniformidad de precio entre los clientes. Si se persiguen acuerdos que crean la exclusividad total o casi total como pueden serlo los esquemas de rebajas condicionales, sería aconsejable limitar la atención a aquellos contratos con términos extremos de precio como aquellos donde sea no ambiguo que el precio de incremento esté por debajo del coste marginal para una cantidad considerable de compradores.<sup>2030</sup>

Afirmación que también es confirmada por Greenlee y Reitman<sup>2031</sup> quienes observan que una vez que los programas de fidelidad son agregados al arsenal de herramientas competitivas disponibles a las empresas en un mercado de productos diferenciados y precio competitivo, asumen un rol prominente. En un mercado único, los descuentos de fidelidad típicamente desplazan cualquier equilibrio en el que las empresas compiten

---

<sup>2028</sup> Ob. Cit.

<sup>2029</sup> Einer Elhauge. "Defining Better Monopolization Standards". Stanford Law Review. Nov. 2003, Vol. 56, N° 2, pp. 253-344.

<sup>2030</sup> Dennis W. Carlton. "A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal –Why *Aspen* and *Kodak* are Misguided". En Antitrust L.J. Vol. 68, 2001 págs. 659 y ss.

<sup>2031</sup> Patrick Greenlee y David Reitman. "Competing with Loyalty Discounts" working paper. 7 de enero de 2006. U.S. Department of Justice disponible en internet.

sólo por el establecimiento de los precios atractivos. En este caso, el equilibrio está caracterizado por precio agresivo para los participantes del programa de fidelidad, precios más altos a otros clientes y cambios de cuota significativos para la empresa cuyo programa de fidelidad es adoptado en equilibrio. En el caso del mercado único, un simple test de coste de incremento puede distinguir del comportamiento intencional de exclusión. Obsérvese que los autores no plantean que se les aplique directamente el test del precio predatorio.

Resulta entonces, que no es posible aplicar los criterios de ilegalidad del precio predatorio a un caso de esquemas de rebajas y descuentos con efectos de exclusión anticompetitiva ya que entre otras cuestiones ya observadas, puede desanimar la competencia en el precio, con el consiguiente perjuicio al consumidor y al bienestar general.

Además es importante considerar que el Informe del Departamento de Justicia Norteamericano, efectivamente ha decidido aplicar la propuesta de Carlton, así, ha señalado que en cualquier situación en que sea utilizado un enfoque basado en la aniquilación, el demandante debe demostrar que el descuento aniquila una cantidad significativa del mercado y daña la competencia<sup>2032</sup>, si es así, se aplicará el test del balance de los efectos, es decir, será ilegal la conducta si no tiene beneficios procompetitivos o si teniendo beneficios procompetitivos produce daños sustancialmente desproporcionados a estos beneficios. El Informe sólo conserva el estándar del precio predatorio como un punto de partida en el análisis de la ilegalidad de los esquemas.<sup>2033</sup>

Al respecto, es importante también señalar que bajo el derecho antitrust, el test del precio predatorio tiene como premisas el umbral de coste y que el demandado tenía una probabilidad peligrosa de recuperar su inversión en precio por debajo del coste; en el derecho antitrust norteamericano, la recuperación es el primer paso para luego pasar al más complicado de establecer el umbral de coste, sin embargo, bajo el derecho de competencia comunitario, tendría que aplicarse como primera premisa los umbrales de costes, al no considerar necesaria acreditar la recuperación, los cuales, como hemos visto, tienen diferentes tramos, lo que complica aún más el análisis, con la consiguiente

---

<sup>2032</sup> Curiosamente este enfoque está en consonancia con los planteamientos de Posner en cuanto establece que “La eficiencia es el objetivo último de la política antitrust, pero la competencia es un objetivo mediato que a menudo estará lo suficiente cerca al objetivo último para permitir a los tribunales que no vean más allá.” Pág. 29. Richard Posner, “*Antitrust...*” ob. Cit. Pág. 29.

<sup>2033</sup> Pág. 117 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano.

elevación de costes de administración por la Comisión, por lo que se deben dar reglas más administrables y éstas serían el test del balance de los efectos.

## **6.2. Los test del balance de los efectos pro y anticompetitivos o la regla de la razón.**

Aquí agrupamos el test que propone la regla de la razón, el del análisis en el contexto del mercado y el del daño a la eficiencia del rival, porque todos plantean el balance, los dos primeros de los efectos y el último, el balance de las eficiencias.

### *6.2.1. El test del balance entre los efectos pro y anticompetitivos.*

Algunos autores<sup>2034</sup>, y el Grupo de Economistas de la Comisión<sup>2035</sup> plantean el balance de los efectos pro y anticompetitivos. Plantean que el abuso no debe implicar un test de proporcionalidad, sino un test de balance entre el daño competitivo resultante de la conducta con el beneficio comercial.

El Grupo de economistas de la Comisión señalan que en la presencia de economías de ámbito o de escala requiriendo la cooperación entre las empresas en el mismo mercado, un grupo de empresas dominantes pueden colocar a sus competidores en una desventaja, a través de rebajas personalizadas, o implícitamente a través de rebajas de fidelidad o rebajas basadas en el crecimiento que aunque sean formalmente disponibles a todos en el mercado, son diseñadas para las necesidades de clientes específicos. De forma similar, los descuentos sustanciales de cantidad pueden permitir la supervivencia de unos pocos clientes; por ejemplo, una cuota fija suficiente puede transformar una industria hacia abajo potencialmente competitiva en una industria de monopolio natural.

Primero, se debe contemplar la probabilidad de los efectos anticompetitivos, es decir el daño a la eficiencia del rival, analizando tres factores: (a) El primer paso sería considerar si el sistema genera costes de cambio sustanciales. Los autores sugieren que un sistema con períodos de referencia de tres meses o menos es improbable de crear

---

<sup>2034</sup> Dennis W. Carlton. “A General Analysis ...” ob. Cit. John Kallaugher y Brian Sher. “Rebates Revisited: Anti-competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82” en *E.C.L.R.* 2004. pág. 263-285. Gary Hewitt, “Loyalty And Fidelity Discounts and Rebates. Background Note” en *OECD Journal of Competition Law and Policy* Vol. 5, Nº 2 Septiembre 2003, pág. 133-177. Andrew I. Gavil. “Exclusionary Distribution Strategies By Dominant Firms: Striking A Better Balance”, en *Antitrust Law Journal*. Vol. 72. 2004, págs 3-81. En 76.

<sup>2035</sup> P. Rey, J. Gual, M. Hellwig, A. Perrot, M. Polo, K. Schmidt y R. Stenbacka. “Un Enfoque Económico del Artículo 82”. En *“El Abuso de la Posición de Dominio”*. Directores: Santiago Martínez-Lage y Amadeo Petitbó Juan. Fundación Rafael del Pino, Madrid. 2006. Págs. 100-153.

tales costes de cambio, en la medida que el cliente tiene una capacidad creíble para cambiar a un proveedor rival al final del período. Si las rebajas son ofrecidas a los minoristas, sugieren que es también necesario considerar la medida que el cliente puede influir las elecciones de los cliente finales y la medida en que el minorista puede alcanzar el objetivo expandiendo sus ventas totales. (b) El segundo paso sería determinar si algún coste de cambio sustancial identificado bajo el Paso Uno constituye una barrera significativa a la entrada o son probables de crear exclusión sustancial (en el sentido de oportunidades de ventas reducidas) para los competidores existentes. Los factores identificados en la sección previa serían relevantes para esta valoración. (c) El tercer paso sería considerar si estas barreras a la entrada o efectos de exclusión son probables de conducir a daño anticompetitivo. Es crucial en este respecto que el daño anticompetitivo no pueda ser igualado con un cambio en las cuotas de mercado relativas para la empresa dominante y sus rivales. La cuestión debe ser si la conducta es probable de conducir a precios más altos o a una reducción real en la elección del consumidor. Esto podría ser demostrado, en el caso de dominio ordinario, hay ninguna alternativa diferente de examinar los efectos probables de un sistema de precio en el contexto de mercado afectado. Sólo un test de abuso con “bases económicas sólidas” puede asegurar que el derecho comunitario proteja el “proceso competitivo” y no a los competidores.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que no todos los esquemas de rebajas y descuentos serán objeto de este escrutinio ya que plantean que en un caso donde el programa de rebajas sea parte de un esquema anticompetitivo más amplio o plan, los efectos anticompetitivos serán valorados sobre las bases de los efectos del plan como un todo.

Al establecer los beneficios de los esquemas de rebajas, la cuestión real debe ser si la conducta genera ganancias de bienestar para los consumidores.

Así, sólo si hay un “efecto potencial de exclusión” limitado, sería suficiente una demostración restringida de los beneficios comerciales. Ya que muchos esquemas de rebajas tienen algunos beneficios comerciales, este filtro significaría que la mayoría de casos caerían fuera del artículo 82 TCE, dejando sólo casos con efectos anticompetitivos serios.

En los casos donde las consecuencias netas del bienestar del consumidor derivadas de la aplicación de rebajas o descuentos de fidelidad, pueden ser difíciles de determinar y entonces, no son necesariamente procompetitivas, no se pueden igualar a la bajada simple de los precios. Aunque los descuentos de fidelidad resultarían en precios más bajos para algunos consumidores, realmente conducen a precios más altos para otros.

En estos casos, sería inapropiado presumir que la conducta es procompetitiva y autorizar el tipo de tratamiento diferencial acordado al precio predatorio para asistir a los rivales basado en los temores de los falso positivos. En su lugar, sobre una demostración del poder de monopolio y de los efectos anticompetitivos, al menos la carga de la prueba debe cambiarse a la empresa dominante en demostrar que el comportamiento produce en realidad al menos algunas eficiencias. Hacerlo de otro modo sería ignorar el daño potencial que esta conducta representa a la competencia tanto en el corto y largo plazo.

Estos criterios están planteados sobre lo que sostiene la doctrina así, Rasmusen y otros<sup>2036</sup> plantean que los descuentos o las rebajas de fidelidad pueden permitir a un competidor monopolista excluir a sus rivales sin gastos considerables. Lo hacen a través de un modelo que requiere ninguna afirmación más inusual que una escala mínima eficiente requiriendo que el vendedor sirva al menos a dos clientes. Entonces, demuestra cómo en estos mercados, un monopolista estará dispuesto a excluir rivales con pocos gastos, explotando la incapacidad de los clientes de coordinar sus acciones. No se puede afirmar que los esquemas de rebajas de exclusión funcionarán siempre, ni tampoco se puede decir que nunca funcionarán. Siempre que el monopolista pueda convencer a sus clientes que la mayoría de otros clientes aceptarán los esquemas de rebajas, puede hacer funcionar su estrategia con bajos costes.

Segal y Whinston<sup>2037</sup> demuestran que cuando una empresa competidora puede formular ofertas discriminatorias de contratos exclusivos a los compradores, no necesita basarse en la desorganización de los mismos para excluir exitosamente. Sino, es a través de la explotación de las externalidades, que una empresa competidora a menudo puede excluir a los rivales potenciales de forma rentable. La Escuela de Chicago ha señalado correctamente que el competidor tendrá que compensar a los compradores en aceptar el suministro de productos a través de la concesión de rebajas de fidelidad y en el entendido que esto implicará que el exceso es maximizado. Cuando no hay un comprador único y los compradores no pueden coordinar sus respuestas para la oferta de rebajas ventajosas, la exclusión anticompetitiva es posible para impedir la entrada o para que un competidor existente más pequeño pueda realizar las economías de escala necesarias. Por ejemplo, un vendedor monopolístico estaría dispuesto a supeditar a

---

<sup>2036</sup> Eric B. Rasmusen, J. Mark Ramseyer y John S. Wiley J.R. “Naked Exclusion” en *American Economic Review*, Vol. 81, Diciembre 1991, págs. 1137 – 1145.

<sup>2037</sup> Ilya R. Segal y Michael D. Whinston. “Naked Exclusion: Comment” en *The American Economic Review*, Marzo 2000, págs. 296 y ss.

algunos determinados compradores (o distribuidores) con descuentos significativos, ofreciéndoles descuentos más bajos progresivamente, al siguiente y al siguiente. Los compradores iniciales estarán motivados en aceptar la exclusividad del descuento y la creencia que otros compradores se apropiarán de los mejores descuentos si ellos no lo hacen. Cuando la cantidad suficiente de compradores han aceptado la exclusividad, para privar a empresas más pequeñas o entrantes de conseguir una escala mínima eficiente, los restantes compradores tendrán que pagar un precio al nivel o cercano al nivel del monopolio. En este escenario, bloquear la entrada es rentable tanto para el vendedor y para los compradores iniciales que se benefician de los descuentos que se les ha denegado a los últimos compradores; los últimos compradores pagan precios supra competitivos, en la medida que los consumidores que pagaron precios incrementados a los distribuidores cuyos costes (y entonces los precios) han sido elevados por el acuerdo exclusionario. El efecto de estas estrategias será disuadir o impedir la entrada o de forma similar, debilitar la capacidad de rivales existentes más pequeños para restringir el poder de mercado de la empresa dominante. Para establecer los efectos anticompetitivos netos de los descuentos de fidelidad, requiere examinar sus efectos conocidos, si los hay, además, estimar su potencial para reducir la competencia, o para retrasar el incremento de la competencia. La estructura exacta de un descuento de fidelidad y las características del mercado donde ocurre son críticas para estimar su potencial anticompetitivo. Se debe prestar atención especial a: la rapidez de la caída del precio marginal, en la medida que un comprador se acerca de cubrir la totalidad de sus requerimientos de la empresa en posición de dominio; la longitud de los períodos de referencia; y si o no los períodos de referencia están sincronizados entre los compradores.

Existen reducidas justificaciones del tipo de deferencia demostrada a las empresas dominantes en los casos de falso positivos. Entonces, está garantizado un escepticismo más saludable hacia los argumentos de eficiencia después-del-hecho.<sup>2038</sup>

De este modo, si hay efectos anticompetitivos serios, sería apropiado requerir una demostración de los beneficios sustanciales directamente relacionados a la conducta que existirían al margen del impacto exclusionario de la conducta, e incluso esta demostración no sería suficiente para justificar algunos comportamientos por los monopolistas reales. Este enfoque sería consistente con el enfoque asumido bajo el artículo 81. Sin embargo, sólo puede funcionar, si la investigación de exclusión se

---

<sup>2038</sup> Andrew I. Gavil. "Exclusionary Distribution Strategies By Dominant Firms: Striking A Better Balance", en *Antitrust Law Journal*. Vol. 72. 2004, págs 3-81. En 76.

enfoca en identificar el daño anticompetitivo que pueda ser comparado con los beneficios competitivos

A diferencia del enfoque planteado anteriormente, los economistas de la Comisión, plantean que primero se debe identificar el tipo de estrategia de exclusión en funcionamiento y observar los posibles efectos pro competitivos del comportamiento. Si prevalecen los efectos anti competitivos se debe continuar el análisis.

Sin embargo coinciden en que se deben identificar los cambios de coste sustanciales, es decir, cuando el proveedor puede utilizar las rebajas para imponer una penalidad en los nuevos entrantes, (o en los ya existentes).<sup>2039</sup> En este ámbito, un cliente cambiará a un nuevo proveedor sólo si el último ofrece un precio que sea más bajo que el precio fijado por el proveedor implicado menos la rebaja.

Así, la rebaja es análoga a una penalidad pagada por el entrante (o ya existente); juega el rol de una cuota de entrada (o cuota de expansión), diseñada para obtener algunas de las ganancias de eficiencia de los entrantes nuevos (o de los rivales existentes) y por el mismo motivo crea una barrera a la entrada. El esquema de rebaja impone así un efecto externo sobre los entrantes reales o potenciales y es esta externalidad que lo hace rentable para el proveedor implicado y el cliente para aceptar este tipo de oferta. El entrante accederá al mercado sólo si sus costes son tan bajos que la entrada permanece rentable al margen de la cuota de entrada generada por la rebaja. Los consumidores son dañados debido a que la probabilidad de la entrada es reducida y luego los precios son elevados.

Partiendo de este enfoque, los economistas plantean que la autoridad de competencia debe proceder efectuando las siguientes preguntas: ¿Exactamente cuál es la externalidad negativa impuesta sobre un tercer competidor real o potencial, que explique por qué el comprador acepta a través de la rebaja condicional, el suministro exclusivo que daña la competencia? Si la autoridad de competencia no puede identificar este efecto externo, entonces no hay efecto anticompetitivo y el caso debe ser desestimado. ¿Cuál es la magnitud de la penalidad impuesta en el entrante? Esto puede ser aproximado por el cómputo de la reducción en el precio que el entrante debe ofrecer

---

<sup>2039</sup> Los economistas reflexionan por ejemplo, que la penalidad consistiría en que si la empresa implicada concede una rebaja de fidelidad de 10 sobre un precio de referencia de 100 podría también ser presentada como una “penalidad por recurrir a otro competidor” de la misma cantidad, basada en un precio de referencia de 90; en ambos casos, para atraer al cliente, un nuevo proveedor (o proveedor ya existente) tendrá que compensar al cliente por la rebaja perdida y la disposición actúa así como un “impuesto” en el nuevo proveedor (o proveedor ya existente). P. Rey, J. Gual, M. Hellwig, A. Perrot, M. Polo, K. Schmidt y R. Stenbacka. “Un Enfoque Económico ...” ob. Cit. Págs. 100-153.



con el objeto de estar dispuesto a acceder al mercado a varios niveles de cantidad. ¿En realidad existen competidores eficientes que permanecen fuera por la penalidad impuesta en ellos?

Los efectos de eficiencia tienen que ser valorados cuidadosamente; entre los factores críticos son la capacidad de las empresas de abajo en revertir en una reducción en sus propios precios de introducción y los incentivos dados a estas empresas de abajo para ejercer el esfuerzo.

Los economistas de la Comisión centran adecuadamente la cuestión, se trata de la existencia de economías de escala o ámbito en el nivel de la distribución, que ostenta la empresa en posición de dominio y que las utiliza para maximizar beneficios, aniquilando, reduciendo o excluyendo a la competencia, a través de la concesión de rebajas y descuentos. El resultado es que priva a la empresa excluida de la escala necesaria para conseguir eficiencias, incluso cuando ausentes estos incentivos económicos, ambas empresas estarían en las mismas condiciones para conseguir las mismas eficiencias.

La Guía de la Comisión plantea que se debe analizar el daño al consumidor, a diferencia del test del balance, que se concentra en el daño a la eficiencia del rival. Plantea que el propósito es asegurar que las empresas dominantes no dañen la competencia efectiva mediante la exclusión de sus rivales en una forma anticompetitiva y así tendría un efecto adverso en el bienestar del consumidor. Sin embargo, observa que el término “exclusión anticompetitiva” es utilizado para describir una situación donde el acceso efectivo por los competidores reales o potenciales a los suministros o a los mercados es impedido o eliminado, lo que sería equivalente al “daño a la eficiencia del rival”.<sup>2040</sup> Esto implicaría que la investigación se centre en que los beneficios sustanciales ocasionados por la conducta, lo sean al nivel de garantizar el grado de competencia saludable que necesita el mercado.

En el análisis de la probabilidad de los efectos anticompetitivos, en cuanto al primer factor observado, si el esquema genera costes de cambio sustanciales en el rival, la Guía de la Comisión a la conducta de Exclusión Abusiva, establece que se deberá averiguar si el sistema de rebajas es capaz de impedir la expansión o la entrada de competidores incluso igualmente eficientes al hacerles más difícil para éstos suministrar parte de los requerimientos de los clientes individuales. En este contexto, la Comisión estimará a

---

<sup>2040</sup> §19 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

qué precio el rival tendrá que ofrecer para compensar al cliente por la pérdida de la rebaja condicional si el último cambiaría parte de su demanda de la empresa dominante (el tramo relevante). El precio efectivo que el rival tendrá que igualar no es el precio promedio de la empresa dominante sino el precio normal (lista) menos la rebaja que pierde por cambiar, calculado sobre el rango relevante de las ventas y en el período de tiempo relevante. La Comisión tomará en cuenta el margen de error que sería causado por las incertidumbres inherentes a este tipo de análisis.<sup>2041</sup> Este planteamiento es cuestionable, al ser “increíblemente complicado” determinar qué porción de ventas no era contestable (inframarginal) y qué porción era contestable, planteando la necesidad de proporcionar tests administrables que las empresas puedan aplicar sobre las bases de información que sea disponible a éstos, así lo observa el Informe del Departamento de Justicia Norteamericano.<sup>2042</sup>

Por otro lado, en contraposición a quienes plantean el enfoque del balance de los efectos, sobre el breve período de tiempo es menos probable que genere costes de cambio, observa la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva que cuando la empresa dominante sea un socio comercial inevitable para todo o la mayoría de clientes, incluso una obligación de compra exclusiva de corta duración conduciría a aniquilación anticompetitiva,<sup>2043</sup> habría sido necesaria una aclaración al respecto ya que en la propia casuística anterior de la Comisión, ha admitido las rebajas por objetivos concedidos por empresas en posición de dominio, supeditados a breves períodos de tiempo inferiores a tres meses.

En cuanto al segundo factor para establecer los efectos anticompetitivos o daño a la eficiencia del rival, determinar si algún coste de cambio sustancial constituye una barrera significativa a la entrada, o que pueda crear exclusión sustancial, es decir, las oportunidades de ventas reducidas, la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva establece que mientras más bajo sea el precio efectivo que tendría que ofrecer el rival para compensar al cliente por la pérdida de la rebaja condicional, es decir, el tramo relevante comparado al precio promedio de la empresa dominante, más fuerte será el efecto de fomento de fidelidad, así, si el precio efectivo está por debajo del coste promedio evitable, la rebaja puede tener efecto de aniquilación de rivales igualmente eficientes. La Comisión observa que el tramo relevante será estimado sobre

---

<sup>2041</sup> §40 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

<sup>2042</sup> Pág. 112 del Informe del Departamento de Justicia para la conducta bajo la Sección 2 de la Ley Sherman cit.

<sup>2043</sup> §35 de la Guía de la Comisión para la conducta de Exclusión Abusiva.

las bases de información que tendrá grados variados de precisión, basados en la información que proporcione la empresa en posición de dominio, lo que complica bastante el análisis<sup>2044</sup>

En contraste, el Informe del Departamento de Justicia considera al respecto, que parecen raras las situaciones donde los descuentos de fidelidad de producto único (sobre todas las unidades) resulten en efectos significativos de aniquilación. Sólo parecen posibles los efectos teóricos anticompetitivos donde una porción significativa de mercado es incontestable debido a factores externos a las partes, más probable a la demanda del usuario final. El Departamento cree que un enfoque requiriendo a los tribunales en determinar si una porción de un mercado es incontestable y cuantificar esta porción, así como analizar si un descuento privó al demandante de la escala eficiente, sería difícil de administrar. Lo que es más importante, este enfoque no proporcionaría mucha claridad a las empresas que decidan si ofrecen descuentos y probablemente desanimaría la competencia deseable en los precios.<sup>2045</sup>

En cuanto al último factor, considerar si las barreras a la entrada o los efectos de exclusión pueden conducir a daño anticompetitivo, señalando que se efectúe sobre bases económicas sólidas, el test no plantea ninguno en particular y ello porque en consonancia con lo que establece el Informe del Departamento de Justicia Norteamericano, los efectos teóricos anticompetitivos pueden ser posibles sólo donde hay una porción significativa de mercado que es incontestable debido a factores externos a las partes,<sup>2046</sup> por lo que las fórmulas planteadas por la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva para el “tramo relevante” y el “precio efectivo que el rival tendría que igualar”, no dan un puerto seguro a las empresas dominantes. Asimismo, la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva se refiere en particular a determinados esquemas concretos declarados anticompetitivos por la jurisprudencia, como las rebajas de fidelidad o rebajas de incremento, las rebajas retroactivas o rebajas por objetivos, si son aplicadas las rebajas de forma individualizada o estandarizada, sin embargo, el enfoque debería ser sobre el esquema particular y sus efectos anticompetitivos, es decir sobre las bases del caso por caso.

En cuanto a la justificación objetiva, quienes plantean el test del balance de los efectos, admiten que no hay respuesta correcta a estas cuestiones. El desafío es desarrollar una política que sea coherente y que satisfaga los objetivos políticos aceptados. En este

---

<sup>2044</sup> Véase la Nota al Pie 29 de la Guía de la Comisión para la conducta de Exclusión Abusiva.

<sup>2045</sup> Pág. 117 del Informe del Departamento de Justicia a la conducta bajo la Sección 2 de la Ley Sherman.

<sup>2046</sup> Ibidem.

contexto, hay relaciones claras entre las elecciones políticas. Entonces, si el umbral para demostrar la exclusión es bajo entonces, si se quiere evitar “falso positivos”, debe ser relativamente fácil demostrar una justificación de negocio. Si, por otro lado, se establece un estándar estricto para la exclusión entonces sería razonable poner la carga de la prueba en la empresa dominante para demostrar las eficiencias reales. Si la justificación de negocio es un puerto seguro, debe ser difícil demostrar (al menos si requerimos una demostración del daño competitivo real), mientras podemos seguir un rango amplio de justificaciones de negocio si están balanceados contra el nivel del daño competitivo. La solución propuesta por la jurisprudencia –un umbral bajo para el daño anticompetitivo, relacionado con un estándar alto para la justificación de negocio está casi garantizado de alcanzar un resultado equivocado en un porcentaje significativo de casos, protegiendo a los rivales más que la rivalidad.

Criticando que la jurisprudencia se enfoque en el análisis de la justificación objetiva, la relación relevante a ser demostrada sea entre la cantidad de ahorros y la cantidad de la rebaja, observan que el balance propio es entre el beneficio de eficiencia y el daño competitivo.<sup>2047</sup>

Como hemos referido, el Informe del Departamento de Justicia Norteamericano, conservando como punto de partida, el test del precio predatorio, sin embargo, observa que es necesario un mayor análisis antes de concluir la ilegalidad de los esquemas y en este sentido, debe demostrarse que el descuento aniquila una porción significativa del mercado y daña la competencia, donde será ilegal si no tiene beneficios procompetitivos o existiendo éstos, produce daño sustancialmente desproporcionado a estos beneficios.<sup>2048</sup>

### 6.2.2. *El análisis en el contexto del mercado.*

Sus propulsores<sup>2049</sup>, observan que no se puede plantear ninguna regla respecto a la ilegalidad de las rebajas de fidelidad. Las instancias comunitarias deben moverse lejos de un enfoque basado en la forma de los comportamientos de precio bajo investigación

---

<sup>2047</sup> Einer Elhauge, ob. Cit.

<sup>2048</sup> Pág. 117 del Informe del Departamento de Justicia Norteamericano.

<sup>2049</sup> John Temple Lang y Robert O'Donoghue. “Defining Legitimate Competition: How to clarify pricing abuses under article 82 EC”. En *Fordham International Law Journal*. Vol. 26. Pág. 83-162. 2002. Zanon, ob. Cit. Pág. 321. Zanon, ob. Cit. Pág. 321. Eleanor Fox, “Monopolización ....” Ob. Cit. Pág. 1011. Ridyard, ob. Cit. Pág. 302. Establece que se deben valorar algunas reglas i.- El abandono explícito de las reglas basadas en la forma *per se*. ii.- Se deben identificar los problemas de competencia subyacentes. iii.- Medir el impacto en los rivales y los resultados de mercado. iv.- Adoptar un enfoque más conservador al establecimiento de multas. Barry Hawk, Ob. Cit.

y en cambio debe prestarse más atención a los efectos económicos en el mercado implicado.

Así, tratándose de las rebajas y los descuentos de fidelidad, serán legales si la empresa dominante está haciendo una inversión sustancial en capacidad adicional que le resultaría rentable sólo si el comprador se compromete a comprar todos sus requerimientos de la empresa dominante por el importe suficiente para recuperar lo gastado.

Una empresa debe ser libre de conceder rebajas de cantidad a todos sus clientes si esta rebaja no es predatoria o condicionada a que el cliente no compre de terceros y tampoco tendría la obligación de demostrar ahorros de coste específicos o eficiencias relacionadas a estas rebajas. Desanimar las rebajas de cantidad, daña a los clientes y a la competencia.<sup>2050</sup>

Una empresa dominante puede conceder un descuento sobre compras adicionales, por encima de una cierta cantidad o umbrales objetivos, esto es simplemente una reducción de precio pro competitiva y el comprador sería libre de comprar la cantidad adicional de cualquier proveedor que ofreciera un precio más favorable para esta cantidad. Es verdad, sea o no que la cantidad haya sido individualmente negociada. Nuevamente, no hay necesidad de demostrar ahorros de coste identificables o eficiencias.

---

<sup>2050</sup> Roques plantea que sólo deben autorizarse las rebajas o los descuentos por volumen, [Christian Roques, “CFI Judgment, Case T-203/01, Manufacture Française des Pneumatiques *Michelin* v Commission” en E.C.L.R. 2004, págs. 688-693.] observa que las rebajas de cantidad deben ser un reflejo de las ganancias en eficiencia y de las economías de escala obtenidas por la empresa dominante. Esta condición implica una serie de consecuencias que necesitan un análisis del significado económico de las economías de escala. Las economías de escala referidas a la noción de incrementar eficiencias de la producción de bienes en la medida que el número de bienes producidos se incrementa. Típicamente los costes promedio de producir un producto único disminuirán en la medida que el producto es producido en números mayores ya que los costes fijos son compartidos en un número en incremento de bienes. Sin embargo con la expansión de la empresa en el largo plazo los costes promedio se incrementarán y la empresa se encontrará en una situación marcada por des economías de escala donde los costes promedio se incrementan con la producción de la empresa.

La rebaja, con el objeto de corresponder con las economías de escala, entonces debe fijarse en la siguiente manera: en la medida que el coste promedio de producción disminuye (economías de escala), la rebaja total en valor puede continuar incrementándose con el volumen adquirido pero en la medida que el coste continúa bajando constantemente en un nivel más bajo, el margen de incremento de la rebaja total debe ralentizarse, que implica un margen en descenso de la rebaja. Cuando los costes promedio se incrementan, ninguna rebaja debe ser autorizada (deseconomías de escala). Esto implica que para que un margen de rebaja sea compatible con el artículo 82 TCE debe descender con la producción mientras la rebaja total puede incrementarse de acuerdo a la producción.

Roques plantea que es posible que una empresa en posición dominante pueda introducir un sistema de rebajas que implique rebajas después de un determinado volumen de ventas y hacer la rebaja aplicable sólo a las ventas por encima de este umbral. E impide a la empresa dominante poner en práctica un sistema de rebajas con varios umbrales. De modo que sólo las rebajas a margen fijo, la cantidad que se incrementa linealmente con los volúmenes. También observa que las rebajas de cantidad deben ser calculadas durante un período de referencia que produzca efectos de inducción a la fidelidad mínimos. La longitud del período de referencia sólo agrava el efecto anticompetitivo de inducción de fidelidad, por un lado, la incertidumbre del cliente y por otro, lo más cerca que el cliente esté al final del período de referencia, mayor es su incentivo en comprar de la empresa dominante, en detrimento de la competencia.

Una reducción de precio concedida sobre las compras del cliente de un proveedor dominante en un período dado, que es concedida sólo sobre la condición que la cantidad total excede una figura objetivo debe ser usualmente considerada pro competitiva. Esta conclusión se aplica incluso cuando la cantidad sea negociada individualmente, e incluso si el comprador tiene un fuerte incentivo a comprar la mayoría de sus requerimientos de la empresa dominante para estar seguro que consigue la reducción de precio.

Sin embargo, una reducción de precio basada en una o más cantidades negociadas individualmente, sería ilegal si está estructurada en tal forma que crea un incentivo muy fuerte para el cliente en comprar todo o casi todos sus requerimientos de la empresa dominante, sea lo que sea que demuestre ser. Si la pérdida de una rebaja acumulativa en la práctica conducirá a que el cliente esté supeditado a la compra exclusiva o casi-exclusiva sería ilegal. En algunos casos, el ámbito para la aniquilación será más obvio, pero generalmente será necesario considerar muchos elementos con el objeto de decidir si la aniquilación material es probable.

Al revisar cada uno de estos elementos, el contexto de mercado (así, la existencia de poder compensador) el comportamiento de mercado establecido, es decir, si los competidores ofrecen esquemas similares y alguna eficiencia generada por el esquema de descuento deben considerarse factores como el tamaño del descuento; si el descuento se incrementa de forma lineal o en pasos y si es así qué cantidad se aplica para cada paso; la estructura de la demanda del mercado; la longitud del período de referencia; si el comprador debe comprar algunos de sus requerimientos de la empresa dominante, porque no hay otro proveedor (en cuyo caso está seguro de adquirir una rebaja acumulativa, que está seguro de influirla), o si podría comprar todas sus necesidades de los competidores que escoja; si un cliente debe comprar un gran número de unidades de la empresa dominante, el efecto de la rebaja acumulativa en las ventas por encima de este nivel fijo es más probable de causar aniquilación; la estabilidad de la cuota de mercado de la empresa dominante y una fuerte marca también sería relevante; la proporción del mercado total sujeto a la reducción de precio; si la cantidad total que el comprador adquiere puede ser estimada por adelantado, o podría ser incrementada significativamente si el comprador comercializa activamente lo suficiente; si la cantidad era conocida por ambas partes para corresponder estrechamente a los requerimientos totales del comprador durante el período de referencia; si la cantidad es más alta que los requerimientos del comprador o las ventas del vendedor del producto en el período previo, sin ningún incremento correspondiente en la demanda total, especialmente si

esto ocurre en muchos períodos en sucesión; y si la cantidad que daría origen a la reducción en el precio no era proporcionada durante el período de referencia, de modo que el comprador estaba en incertidumbre sobre si la había alcanzado (es decir, la transparencia del esquema).

Puede invocarse como defensa, las reducciones de precios en compensación por los servicios prestados; la posibilidad que el comportamiento sea respuesta a los precios de los competidores; o invocar que se trata de productos y mercados nuevos. La implicada puede invocar una serie de defensas o justificaciones a sus esquemas de precios, así, los descuentos basados en volumen o que los descuentos reflejan ahorros de coste anticipados o economías de escala. Sin embargo cuestionan que la Comisión considere que las rebajas de cantidad sean legales sólo cuando están basadas en ahorros de coste identificables.

El análisis de la ilegalidad debe alcanzarse sólo después de un análisis total de las condiciones del mercado, tomando en cuenta factores como el porcentaje del mercado disponible para un entrante en relación con la escala mínima eficiente para este mercado, si los comportamientos de la empresa en posición de domino no privaron a los competidores de los canales suficientes para que puedan conseguir las eficiencias disponibles, el uso de comportamientos similares por los competidores, la relevancia de elementos peculiares tales como el exceso de capacidad y/o la velocidad de expansión (o contracción) del mercado, la duración de los contratos entre el proveedor y los compradores. Además, el porcentaje de los mercados y de la demanda en incremento que aniquilaron efectivamente los comportamientos de la empresa en posición de dominio, qué posibilidades hay que los compradores puedan integrarse totalmente si la empresa en posición de dominio eleva los precios.

También es necesario tener en cuenta las eficiencias, así, cualquier mecanismo dirigido a la concentración de la demanda en un solo proveedor tiene efectos positivos perceptibles desde el punto de vista tanto del proveedor y del comprador; en particular la posibilidad de planificar la producción, la racionalización de las compras y la seguridad de los suministros.

Además, está claro que una integración vertical a través del contrato es un “segundo mejor”<sup>2051</sup> para el monopolista deseando extender su monopolio. Él podría conseguir mejores resultados (incluso al coste de mayores requerimientos de capital) mediante la

---

<sup>2051</sup> La Teoría del Segundo Mejor se refiere a lo que sucede cuando una o más de las condiciones óptimas en un modelo económico, no están satisfechas. R.G. Lipsey & Kelvin Lancaster, “The General Theory of Second Best”, *The Review of Economic Studies*, Vol. 24, No. 1. (1956 - 1957), pp. 11-32.

adquisición directa de los canales que necesita (hacia la integración): un empresario que vende su negocio en realidad ya no está interesado en el grado de competencia que es dejado en el mercado, mientras un comprador que está supeditado a un único proveedor percibe el riesgo de estar a su merced, a menos que pueda firmar el contrato de tal forma como para evitar que el vendedor explote su posición de dominio. “Pero si el distribuidor obtiene estos términos, significa que el productor ganará nada de haber excluido competidores”.

Entonces, los efectos favorables y los desfavorables deben ser cuidadosamente considerados antes de tomar una decisión que dependerá de los hechos en cada caso y de las condiciones en este mercado particular.

En la Guía de la Comisión para la Conducta de exclusión Abusiva, se mencionan algunos factores en los criterios que establece para la determinación de la aniquilación anticompetitiva<sup>2052</sup>, sin embargo se dejan fuera muchos de los factores relativos al tipo de abuso en si mismo.

### *6.2.3. El test del daño a la eficiencia del rival a través de la elevación de sus costes.*

Elhaug<sup>2053</sup> y Krattenmaker y Salop<sup>2054</sup>, plantean que la exclusión es un fenómeno que funciona en el nivel del mercado como un todo, no en el nivel de un cliente individual. El enfoque debe ser en las oportunidades denegadas a los rivales más que en las ventas ganadas por la empresa dominante. Se trata de la conducta de exclusión que fomenta el poder de monopolio mediante el daño de la eficiencia del rival sea o no que fomente la propia eficiencia del monopolista. Normalmente esta conducta de exclusión lo hace así porque aniquila a los rivales de los suministros o canales que necesita para conseguir la eficiencia total. El precio por debajo del coste, por ejemplo, puede desviar las ventas de los rivales en una forma que dañe la eficiencia del rival incluso cuando el demandado no fomenta su propia eficiencia porque sus precios son más bajos que lo que justifica su eficiencia. Más típicamente, un monopolista aniquila rivales imponiendo condiciones de exclusión sobre las ventas que limitan la capacidad de los clientes en comprar de sus rivales. Por ejemplo, un monopolista ofrecería un descuento de producto (sobre este u

---

<sup>2052</sup> §20 de la Guía de la Comisión para la conducta de exclusión abusiva.

<sup>2053</sup> Einer Elhaug. “Defining Better Monopolization Standards”. *Stanford Law Review*. Nov. 2003, Vol. 56, N° 2, pp. 253-344.

<sup>2054</sup> Thomas G. Krattenmaker and Steven C. Salop. *Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals’ Costs to Achieve Power over Price*. En *The Yale Law Journal* Vol. 96, N1 2 Dec. 1986. Los autores se refieren a la empresa en posición de dominio que pone en práctica un esquema de rebajas y descuentos anticompetitivos en sus compradores como la “compradora de los derechos de exclusión”.



otro producto) si los compradores acuerdan adquirir todo o algún porcentaje alto de sus compras del monopolista. Si el número suficiente de los demás compradores acceden a estas condiciones, entonces esto puede producir una aniquilación sustancial a lo largo del mercado.

Si una gran proporción de la demanda está afectada por el esquema, el umbral debe ser diseñado en un ámbito suficientemente serio donde las oportunidades de un competidor son aniquiladas para garantizar la cuestión de los efectos de exclusión.

Una revisión básica de la evidencia del mercado frecuentemente permitirá una conclusión a diseñarse como consecuencia de los serios efectos potenciales de aniquilación en el mercado generados por el comportamiento. Si el comportamiento en cuestión ha estado presente en el mercado durante un período extendido, frecuentemente será posible medir directamente cualquier impacto de inducción de la aniquilación observando simplemente si la empresa dominante ha reforzado su posición a través de la conducta en cuestión y si el comportamiento ha causado que los rivales disminuyan su producción.

Por supuesto, la competencia sobre los méritos exitosa practicada por una empresa dominante puede tener el efecto de permitir a esta empresa en ganar cuota de mercado (la competencia tiene el hábito de producir ganadores y perdedores), de modo que la evidencia que la cuota de la empresa dominante haya crecido no puede ser asumida como una prueba de la existencia de un efecto anticompetitivo.

Pero si los proveedores competidores han tenido éxito en conseguir una posición viable en el mercado y una cuota creciente al margen de la presencia de la supuesta conducta de exclusión, el caso para los efectos de exclusión debe ser rechazado.

Si resulta que el comportamiento de la empresa dominante ocurre sobre una gran parte del mercado suficiente para tener un efecto potencial de aniquilación y si una revisión básica del desarrollo del mercado no permite la amenaza de los efectos de exclusión a ser eliminados, entonces se convierte relevante observar en detalle el comportamiento de precio en cuestión para establecer si tiene características cuestionables.

Elhauge<sup>2055</sup> plantea que en el análisis de la ilegalidad de las rebajas y descuentos, no requieren un sacrificio de monopolista de ningún beneficio a corto plazo. Al contrario, en todos los escenarios los pagos separados y descuentos especiales están basados en los beneficios supracompetitivos adicionales que crean los esquemas de exclusión. Sin embargo observa que deben considerarse los criterios de eficiencia del monopolista, así

---

<sup>2055</sup> Einer Elhauge. "Defining Better Monopolization Standards". Stanford Law Review. Nov. 2003, Vol. 56, Nº 2, pp. 253-344.

como del rival, por lo que en el fondo se trataría de un balance de eficiencia considerando sus propuestas. El test que propone Einer Elhauge, es que sólo debe ser ilegal la conducta que tiene éxito en dañar a los rivales a través de la elevación de sus costes, al impedirles el acceso a alguna economía de cuota.

Señala: La conducta de exclusión debe ser ilegal si promueve el poder de monopolio a través del daño de la eficiencia del rival incluso cuando el demandado no fomenta exitosamente su propia eficiencia.

Igualmente, las condiciones de exclusión que discriminan contra los rivales o aquellos que contratan con ellos pueden aniquilar recursos, proveedores o canales en una forma que daña la eficiencia de los rivales mediante la denegación a éstos de economías de escala, economías de ámbito, los efectos de la curva de aprendizaje o los efectos de red.

Si estas varias “economías de cuota” alcanzan su mínimo en una cuota de mercado por debajo del 50%, entonces tenemos un caso relativamente fácil, porque el demandado que no puede ganar ninguna economía similar mediante el uso de conducta de exclusión para conseguir o mantener una cuota de monopolio considerablemente por encima de esta figura del 50%. Si estas economías de cuota continúan más allá del 50%, entonces parecería que tenemos un caso más difícil porque la conducta de exclusión que asegura una cuota más alta para el demandado puede simultáneamente fomentar la eficiencia del monopolista y dañar la eficiencia de los rivales.

Pero permitir que estas eficiencias puedan justificar las condiciones de exclusión demuestra ser conceptualmente idéntico a la afirmación rechazada que un monopolista puede defender su conducta demostrando que la industria es un monopolio natural. Además, en estos casos conseguir estas eficiencias mediante expansión interna generalmente será una alternativa menos restrictiva que conseguirlos a través de las conductas de exclusión. Así, más que requerir a las autoridades que efectúen un balance abierto en estos casos, esta conducta de exclusión debe ser ilegal.

Plantea que esta conclusión puede ser alcanzada fácilmente bajo su estándar propuesto porque esta conducta puede fomentar exitosamente el poder de monopolio mediante el daño de la eficiencia de los rivales, sea o no que fomente la eficiencia del monopolista.

Elhauge propone entonces un balance diferente de los efectos pro y anticompetitivos, en su lugar, un análisis de las eficiencias: señala que los tribunales deben ser cuidadosos no en condenar ineficiencias ex post al coste de impedir eficiencias ex ante más importantes. También deben ser cuidadosos en distinguir conducta cuya capacidad para promover el poder de monopolio depende de su capacidad de fomentar o explotar la mayor eficiencia del monopolista, de conducta que promueve el monopolio mediante el

daño de la eficiencia del rival sea o no que la eficiencia del demandado fuese fomentada. Esto indica que los esfuerzos para desarrollar simplemente la propia eficiencia de una empresa y ganar ventas mediante la venta de un producto mejor o más barato a precios por encima del coste debe disfrutar de legalidad *per se* sin ningún requerimiento general a compartir esta eficiencia mayor con los rivales. Pero las condiciones de exclusión que discriminan sobre las bases de la rivalidad mediante la denegación selectiva de la propiedad o productos a los rivales o compradores que también compran a los rivales no son necesarias para incentivos adicionales *ex ante* para fomentar la eficiencia del monopolista y deben ser ilegales cuando crean una aniquilación global del mercado que daña la eficiencia del rival.

a) Supuestos de aniquilación: dañar la eficiencia del rival<sup>2056</sup>:

En la mayoría de las industrias hay economías de escala a bajos niveles de producción, a través de las cuales, las empresas bajan sus costes mediante la expansión hasta que alcancen el nivel de producción que minimice sus costes, denominado como la escala mínima eficiente. Si la aniquilación impide a un número competitivo de rivales en mantener esta escala, o de expandir sus operaciones para alcanzarla, entonces, daña su eficiencia. La aniquilación puede de forma similar privar a los rivales de economías de ámbito, en el supuesto que, sin la aniquilación, la expansión del rival le habría permitido ofrecer una variedad de productos que pueden ser producidos de forma más eficiente o a través de la venta conjunta. Además, incluso si los rivales están dispuestos a conseguir su escala mínima eficiente y de ámbito en la producción, la aniquilación puede impedir a los rivales de los proveedores más eficientes, o de los medios de distribución más eficientes. También dañará la eficiencia del rival a través del incremento de sus costes en la entrega de los productos a los clientes. La mayoría de industrias están también caracterizadas por la curva de aprendizaje, de modo que la aniquilación sustancial del mercado puede dañar la eficiencia del rival simplemente mediante la disminución de la expansión del rival incluso aunque no completamente impida su expansión.

Si la eficiencia del rival es dañada en alguna de estas formas, entonces los rivales tendrán que cubrir sus costes actuales más altos mediante la fijación de precios más altos de no existir los efectos de exclusión anticompetitivos, lo que empeorará las opciones de mercado disponibles a los consumidores, e implica que estos rivales significarán una coacción menor sobre el poder de mercado del monopolista. Esto sí

---

<sup>2056</sup> Einer Elhauge. "Defining Better Monopolization Standards". Stanford Law Review. Nov. 2003, Vol. 56, Nº 2, pp. 253-344.

puede fomentar o mantener el poder de monopolio incluso si nunca retira rivales del mercado.

Muchas industrias modernas están caracterizadas también por efectos de red<sup>2057</sup>, donde la aniquilación puede dañar la eficiencia del rival denegándole el acceso del rival al número de compradores que necesita para hacer sus productos de más valor a todos los compradores. Más que elevar los costes de los rivales, esta estrategia tiene éxito mediante la bajada del valor de los productos de los rivales. Lo que también empeora las opciones de mercado disponibles a los consumidores y disminuye la capacidad de los rivales en coaccionar el poder de mercado del monopolista.

Finalmente, en mercados donde la competencia por la innovación es importante, la aniquilación puede denegar a los rivales de las economías de escala para recuperar sus inversiones en investigación. Si las empresas son aniquiladas de una cuota significativa de mercado, entonces las innovaciones exitosas tendrán una compensación más pequeña, por lo que desanimará las inversiones eficientes en investigación e innovación. Elhaug<sup>2058</sup> observa que hay muchas distinciones sutiles entre los efectos de las economías de escala, economías de ámbito, economías de aprendizaje, economías de investigación y economías de red. Pero pueden describirse de forma general como economías que se desarrollan en función de que la empresa alcance una determinada cuota de mercado –así para propósitos de simplicidad lingüística los denomina “economías de cuota”.<sup>2059</sup> El elemento común es que estas economías de cuota pueden ser denegadas a los rivales a través de aniquilación a lo largo del mercado. La conducta de exclusión que produce una aniquilación a lo largo del mercado que deniega a los rivales estas economías de cuota daña así la eficiencia del rival.

En este sentido, el test correcto para determinar si la eficiencia del rival ha sido dañada no es la situación actual o *statu quo*. No es si la conducta ha convertido al rival en menos eficiente que lo que hubiera sido en el pasado, debido a que la conducta generalmente exclusionaria es utilizada para preservar el poder de monopolio existente para impedir que los rivales ganen eficiencias.

---

<sup>2057</sup> Que significa que un producto del vendedor es de más valor para los compradores en la medida que exista una gran cantidad de demanda por otros compradores.

<sup>2058</sup> Einer Elhaug, *ob. Cit.*

<sup>2059</sup> Más precisamente, las economías de escala dependen del tamaño, pero si asumimos que la producción del mercado es relativamente estática entonces una cuota determinada implica un determinado tamaño. Asimismo, las economías de ámbito más precisamente dependen de conseguir un determinado tamaño a lo largo de múltiples mercados de producto. Y las economías de las curvas de aprendizaje dependen de la producción total pasada más que el tamaño actual o la cuota, pero si una empresa es aniquilada de una cuota sustancial del mercado en sus años iniciales esto limitará su producción total pasada y así disminuirá su progreso a lo largo de la curva de aprendizaje.

Elhaug, deja claro que no se debe condenar al monopolio por serlo, debe demostrar que el monopolista fue más allá del desarrollo en su eficiencia de monopolista ya sea a través de precio por debajo del coste o por la discriminación contra los rivales o quienes contratan con éste.

El factor clave que distingue el tipo de conducta de exclusión que merece condena es cuando puede incrementar exitosamente o mantener la cuota de mercado del monopolista incluso si el monopolista no ha incrementado su eficiencia de ningún modo. Si la conducta en realidad no incrementa la eficiencia del monopolista bajo ninguna condición, entonces la cuestión es fácil, para que esta conducta dañe la eficiencia del rival sin ninguna compensación de beneficio de eficiencia compensador en el otro lado del libro mayor. Por ejemplo, suponiendo que hubo economías de escala y el monopolista admitió que la escala mínima eficiente fue el 40%, pero el monopolista utiliza los acuerdos de exclusión que aniquilan a su único rival del 70% del mercado. El monopolista intentará argumentar que aquellos acuerdos fueron necesarios para animarle a efectuar las inversiones de coste hundido en sus facilidades para conseguir economías de escala. Pero este argumento sería fácil de rechazar, para las economías de escala por definición tocan fondo en el 40 % del mercado y así cuando el esquema aseguró al monopolista el 70% del mercado proporcionó ningún incremento sustancial en la eficiencia del monopolista. En su lugar, su único efecto es empeorar la eficiencia de su rival denegándole economías de escala.

Este mismo tipo de análisis se aplica a cualquier caso donde las economías de cuota disminuyen por debajo del 50% del mercado. Estas economías de cuota nunca pueden proporcionar una justificación para la conducta de exclusión por un monopolista que, por definición, tiene una cuota de mercado encima del 50%. Un caso aparentemente más difícil es si los argumentos del monopolista que las economías de cuota se extienden más allá del 50% del mercado. En este caso, el monopolista planteará que las condiciones de exclusión que le garantizan más del 50% del mercado son necesarias para que él desarrolle su propia eficiencia. Ciertamente, si las economías de cuota están por encima del 50%, entonces cualquier conducta de exclusión que garantice al monopolista por encima del 50% del mercado debe por definición estar dañando la eficiencia del rival al mantenerla por debajo del 50%. Pero en este caso, ¿las autoridades entonces deberían merituar si la ganancia en la eficiencia del monopolista al final beneficia a los consumidores más de lo que ellos sufren por el daño a la eficiencia del rival.?

La respuesta es no y por un número de razones. Para empezar, incluso si se asume que las economías de cuota en realidad se extienden a un tamaño más grande que el 50% del

mercado, hay normalmente una alternativa simple menos restrictiva a utilizar las condiciones de exclusión para garantizar al monopolista una cuota por encima del 50%: es decir, puede utilizar una vigorosa competencia en el precio por encima del coste y expansión interna a través de las ventas sin condiciones que discriminen contra los rivales. Si hay economías de cuota que se extienden más allá del 50% un monopolista puede mantenerse expandiendo y bajando precios en la medida que consiga aquellas economías más grandes hasta que haya conseguido totalmente su cuota mínima eficiente. Esto proporcionaría un test de mercado de si las economías de cuota justifican realmente una empresa de este tamaño. Además, una empresa que ha conseguido economías de cuota a través de esta competencia en el precio permanece vulnerable a la competencia por un rival que es más eficiente y tiene una curva de coste incluso más baja, o en el caso de los efectos de red, una curva de demanda global más alta, asegurando así que el mercado consiga la empresa o empresas más eficientes. Y a través de esta competencia en el precio el mercado también puede regularse por el hecho que las economías de cuota de hoy pueden cambiar mañana en la medida que cambie la demanda del consumidor y la tecnología, haciendo un tamaño que parezca eficiente hoy ineficiente mañana.

En contraste, al basarse en este test de mercado, hay muchos problemas con los argumentos que las economías de cuota justifican las condiciones de exclusión que garantizan ciertas cuotas para el monopolista. Asignando cuota de mercado mediante estas condiciones de exclusión más que mediante la competencia abierta puede resultar en el monopolista convirtiéndose más grande que lo que justifican realmente las economías de cuota, o el monopolista persistiendo en un tamaño que se convierta más tarde injustificado cuando los cambios en tecnología y demanda del consumidor cambie las economías de cuota. Además, estas condiciones de exclusión pueden dar a una empresa implicada menos eficiente el acceso exclusivo a los beneficios de las economías de cuota, impidiendo a un rival que sea más eficiente (debido a que tiene una curva de costes globales más bajos) estar dispuesto a competir debido a las condiciones de exclusión que aniquilan a este rival del acceso a los compradores que necesita para conseguir sus propias economías de cuota. Entonces, es mejor permitir la competencia libre de mercado que determine si las economías de cuota requieren que una empresa de un tamaño dado y cuál empresa debe ser, más que permitir aquellas cuestiones a ser determinadas por una forma de auto regulación privada a través de condiciones discriminatorias, sujetas a una revisión imperfecta años más tarde por las autoridades encargadas de administrar las normas de competencia.

Así, el argumento que las economías de cuota justifican la conducta de exclusión que asegura que la cuota para una empresa sobre sus rivales conceptualmente no difiere del argumento que la conducta de exclusión para conseguir un monopolio deba ser legal si el mercado es un monopolio natural. Este argumento ha sido rechazado por la economía antitrust bien aceptada y por las mismas razones. Impidiendo esta conducta de exclusión al margen de la aparente inevitabilidad del monopolio ayuda a “asegurar la supervivencia del competidor más eficiente y protege el proceso de competencia cuando la argumentada inevitabilidad del monopolio es menos que segura.” Además, preserva un mercado no distorsionado que esté dispuesto a ajustar si el monopolio natural de hoy se convierte en no natural mañana debido al cambio en la demanda o en los costes. Contra intuitivo como parece, podemos tener monopolios naturales temporales y no querríamos permitir la conducta de exclusión para precluir el proceso de competencia por empresas buscando ya sea terminar el monopolio o convertirse en el siguiente monopolista temporal. Este rechazo bien aceptado de la defensa del monopolio natural tiene más efectividad que lo que se piensa.<sup>2060</sup>

En resumen, si las economías de cuota existen, hay dos posibilidades. Una posibilidad es que las economías de cuota disminuyan algo por debajo de una cuota del 50% del mercado dada la tecnología y demanda existentes. Si es así, entonces aquellas economías de cuota no pueden proporcionar ninguna justificación de eficiencia para la conducta de exclusión que consiga o mantenga una cuota de mercado por encima del 50%. La otra posibilidad es que aquellas economías de cuota vayan más allá del 50% del mercado. Si es así, entonces tenemos un monopolio natural y las condiciones de exclusión que garantizan una cuota más alta para el monopolista deben todavía no ser permitidas porque requiriendo la competencia por expansión interna sin estas condiciones nos proporcionará con un test de mercado que asegure que las economías de cuota son realmente de esta altura, que el monopolista es la empresa más eficiente

---

<sup>2060</sup> Después de todo, en cada caso de monopolización, el demandado tiene una cuota de mercado por encima del 50%. Así, cualquier argumento que las economías de cuota requirieron la conducta de exclusión que aseguró esta cuota necesariamente contribuye a un argumento que la cuota mínima eficiente es mayor que el 50%, que es lo mismo que argumentar que el mercado es un monopolio natural ya que no se puede tener dos empresas con una cuota de mercado superior al 50%. Entonces, cualquier argumento que la conducta de exclusión de un monopolista está justificada por las economías de cuota contribuye a un argumento que está autorizado a implicarse en conducta de exclusión para conseguir o mantener un monopolio debido a que se trata de un monopolio natural. Algunas veces estos argumentos pueden tener mérito económico. Pero todavía sería mejor tener su mérito determinado no por la auto regulación privada o las autoridades de competencia, sino por un test de mercado no distorsionado de requerir competencia libre sin la conducta de exclusión. Este test de mercado no sólo puede determinar más agudamente si el mercado es realmente un monopolio natural y quien es el monopolista natural más eficiente, sino que rápidamente puede alterar, ambas conclusiones siempre que las circunstancias cambien.

para tomar ventaja de ellos y que puede ajustar ágilmente tanto la conclusión con los cambios futuros en tecnología, demanda o eficiencia de la empresa.

Consistente con este análisis, Elhauge, hace reflexiones sobre los casos en el derecho antitrust norteamericano, observa que en *United Shoe*<sup>2061</sup> el Tribunal Supremo rechazó el argumento que los comportamientos de exclusión cuestionados estuviesen justificados porque obtenían economías de escala en producción, distribución o investigación requiriendo el alcance de una cuota de monopolio. Esta conclusión significa que algunas veces se prohibirá a un monopolista en utilizar comportamientos de exclusión que aunque desarrollan su propia eficiencia incluso cuando aquellos mismos comportamientos serían considerados pro competitivos cuando sean efectuados por sus rivales.

Esta conclusión está apoyada también por el estándar de monopolización general de preferencia considerable a un monopolista compitiendo en desarrollar su propia eficiencia y luego explotando esta mayor eficiencia para ofrecer un producto más barato o mejor, más que imponiendo condiciones de exclusión que dañen la eficiencia de los rivales. Es también consistente con otro lenguaje del Tribunal Supremo, que ha subrayado: “el mensaje central de la Ley Sherman es que una entidad comercial debe encontrar clientes nuevos y beneficios más altos a través de expansión interna – es decir, al competir exitosamente más que suscribiendo acuerdos con sus competidores”.<sup>2062</sup>

Sin embargo, lo que el monopolista no puede hacer es en su lugar utilizar condiciones de exclusión que discriminen sobre las bases de rivalidad para dañar la eficiencia del rival en una forma que fomentará o mantendrá su cuota de mercado monopólica, sea o no que el monopolista desarrolle su propia eficiencia.<sup>2063</sup>

#### b) Respecto al poder de mercado

Es necesario considerar a efectos del comportamiento, en qué consiste el poder de la empresa en posición de dominio, es importante considerar que bajo el derecho de competencia comunitario, no existe el poder de elevar los costes de los rivales, se entiende como dominio, la posición de fuerza económica disfrutada por una empresa que le permite impedir la competencia efectiva en el mercado relevante, permitiéndole

---

<sup>2061</sup> *United States v. United Shoe Machinery Corp.*, 110 F. Supp. 295, 340 (D. Mass. 1953), *aff'd per curiam*, 347 U.S. 521 (1954)

<sup>2062</sup> *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585, 596 n.19 (1985).

<sup>2063</sup> *Einer Elhauge*, *ob. Cit.*



el poder de comportarse en una medida apreciable independientemente de sus competidores, sus clientes y por último de los consumidores. Y bajo la definición de poder de mercado, el poder de influir en los precios del mercado, la producción, la innovación, la variedad o la calidad de los bienes y servicios, u otros parámetros de la competencia en el mercado durante un período significativo de tiempo. No resulta la definición de la capacidad de la empresa en posición de dominio de elevar los costes de los rivales, que es la consecuencia de la aplicación de los esquemas de rebajas y descuentos. Quizás podría estar dentro de la capacidad de modificar estos parámetros de competencia, pero no se entiende claramente.

Krattenmaker y Salop<sup>2064</sup>, sostienen que es importante analizar los efectos anticompetitivos producidos donde la empresa que impone los esquemas juega dos roles en este proceso: (1) organiza a los clientes desorganizados, quienes aceptan los esquemas de rebajas y descuentos por su conveniencia (2) se beneficia de las restricciones en producción de los rivales y entonces puede compensar a los clientes por esta restricción. (dándoles mejores condiciones). No se trata que los derechos de exclusión mágicamente puedan transferir o extender poder de monopolio de un nivel en una cadena de producción a otra. Sino, que los derechos de exclusión, al hacer una restricción del suministro puede generar poder de monopolio que de otro modo no existiría.

Consideran que el poder de mercado para elevar los costes de los rivales, no necesariamente tiene que ser el poder de mercado tradicional de un vendedor para elevar el precio por encima del coste marginal sin perder todas sus ventas. Incluso en un mercado perfectamente competitivo, las empresas que fijan sus precios al nivel del coste marginal pueden ganar si los costes marginales de sus rivales se incrementan y si este incremento resulta en un precio de mercado competitivo más alto (en la medida que el coste más alto de los rivales reduce sus producciones) Así, una empresa no necesita disfrutar o adquirir poder de mercado tradicional para ganar la capacidad de fijar sus precios por encima de los niveles competitivos anteriores a los efectos que generan derechos de exclusión. Para que tenga éxito, la estrategia requiere sólo de barreras a la entrada y expansión en el mercado de producto. El tamaño de la empresa, respecto a sus rivales, es relevante si cuenta con la probabilidad que los rivales puedan resistir exitosamente la imposición de los derechos de exclusión. Pero, la empresa buscando un

---

<sup>2064</sup> Thomas G. Krattenmaker and Steven C. Salop. *Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price*. En *The Yale Law Journal* Vol. 96, N1 2 Dec. 1986.

derecho de exclusión también debe estar dispuesta imponer el derecho de exclusión de forma rentable y sus rivales deben carecer de contraestrategias efectivas. Finalmente, se debe considerar si algunos contratos de derechos de exclusión aparentemente anticompetitivos deben ser protegidos del ataque antitrust porque hacen o generan eficiencias de coste más importantes.<sup>2065</sup>

En palabras de Krattenmaker y Salop, la empresa que es titular de un derecho de exclusión consigue ningún fin anticompetitivo a menos que los competidores de la empresa, como resultado, sufran incrementos significativos en sus costes. El incremento de coste que resulta de la aniquilación efectiva de los rivales dañará la

---

<sup>2065</sup> Ibidem. Los autores se refieren a la empresa en posición de dominio que pone en práctica un esquema de rebajas y descuentos anticompetitivos en sus compradores como la “compradora de los derechos de exclusión”. Son importantes sus reflexiones sobre el poder de mercado de la empresa en posición de dominio que es determinante para afectar la situación competitiva de sus rivales en el mercado, algunas de las cuales han sido consideradas en el §20 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva en los factores de la aniquilación anticompetitiva, así:

a).-Puede haber casos donde, el incremento en el precio del insumo sería tan insignificante que tenga poco efecto sobre los costes totales de los competidores reales o potenciales. b).-La conducta puede tener efectos en las capacidades competitivas o incentivos de los rivales donde, incluso con el incremento significativo del coste para los rivales excluidos, la posición de dominio titular de un derecho de exclusión todavía no ganará poder sobre el precio. Entonces, la competencia de cualquiera de las tres fuentes –otros competidores que utilizan los mismos esquemas con los mismos efectos de exclusión, rivales no excluidos o entrantes potenciales- todavía impiden a la empresa en posición de dominio de elevar el precio en la medida que estos otros competidores asumen la escasez causada por la producción disminuida de los rivales excluidos. Esta competencia no ocurrirá, sin embargo si estas empresas carecen de la capacidad o incentivo para competir. Si esta aniquilación priva completamente a los rivales de los suministros o los canales que no pueden hacer ninguna venta bajo ninguna condición, entonces no pueden permanecer en el negocio y el daño a su eficiencia es pleno. c).-Capacidad para competir: la “aniquilación”. Las empresas no excluidas no colocadas con costes significativamente incrementados como consecuencia de la aplicación de los esquemas, sin embargo carecerán de la capacidad de competir por lo restante del mercado si enfrentan barreras a la entrada o expansión. En este caso, los precios de venta de las empresas no excluidas (y a menudo las cuotas de mercado) se incrementarán como resultado de las ventas disminuidas de los rivales excluidos causada por sus costes incrementados. d).-Incentivo para competir. Incluso si ambas la empresa en posición de dominio y cualesquiera rivales establecidos cuyos costes no son incrementados por estos esquemas se pueden expandir o entrar para asumir lo que resta del mercado, quizás carecerán del incentivo de hacerlo. e).-Efectos sobre los competidores potenciales. Elevando barreras a la entrada. En algunos mercados la competencia potencial proporciona un impulso competitivo sobre las empresas establecidas distinto del impulso que las empresas establecidas ejercen unas sobre otras. f).-Efectos en la eficiencia en la producción. Una empresa que eleva los costes de los rivales puede enriquecerse a si misma ganando mayores beneficios y dañando a los consumidores al elevar el precio por encima de los niveles prevalentes. Este resultado es ciertamente inconsistente con los objetivos centrales de la política antitrust. En términos más técnicos, la eficiencia en la distribución ha declinado porque el precio se ha elevado por encima del coste real de producción y la producción ha caído consecuentemente. Algunos consumidores deseando comprar el producto a un precio suficiente para cubrir los costes de producción no pueden hacerlo. Incluso si la posición de dominio tiene éxito sólo en elevar los costes de sus rivales (y también gana poder para elevar el precio), todavía puede privar a la sociedad de otro beneficio prometido por los mercados libres, la minimización de los costes de producir sus productos. Este beneficio frecuentemente denominado “eficiencia en la producción” es obtenido cuando cada empresa minimiza sus propios costes de producción y cuando todas las empresas producen sus productos en proporción a sus costes relativos (es decir, cuando las empresas de coste más bajo realizan más producción). Simplemente elevando los costes de algunos rivales, sin conferir poder sobre el precio, puede reducir la eficiencia en la producción si como consecuencia, los rivales excluidos reducen la producción dejando escasez que sólo puede ser reanudada mediante los costes más altos de los competidores. Además, los rivales excluidos ya no producen al coste mínimo si el acuerdo de derechos de exclusión los obliga a sustituir a los insumos menos eficientes.

competencia sólo si es “significativa” en el sentido que incrementará materialmente el precio que los rivales que éstos deben fijar en su mercado para conseguir el mismo nivel de beneficios que la dominante.

En cuanto a la definición del poder de mercado y sus implicaciones, Elhauge,<sup>2066</sup> observa que los estándares del poder de monopolio, tienen al menos tres problemas. Primero, casi toda empresa en el mundo real goza de una ventaja en el precio, lo que es evidente con el incremento de la diferenciación de la marca y el movimiento de la economía lejos de los productos básicos hacia los servicios y las experiencias. Segundo, el poder de monopolio se define como un poder de mercado sustancial. Tercero, la doctrina no define si la discreción en el precio o la cuota de mercado es la variable que si es sustancial preocupa, retrocediendo su aplicación cuando las cuotas de mercado bajan a niveles inferiores.

Para el autor, el poder de mercado significaría poder para controlar los precios de todo el mercado o para excluir el tipo de competencia en todo el mercado que de otro modo parece capaz de coaccionar su poder razonablemente.

La Guía de la Comisión para la conducta de Exclusión Abusiva define la posición de dominio reproduciendo la definición de la jurisprudencia en el caso *United Brands*, posición de fuerza económica disfrutada por la empresa que le permite impedir que se mantenga la competencia efectiva en el mercado relevante, permitiéndole el poder para comportarse en una medida apreciable, independientemente de sus competidores, clientes y consumidores. La Comisión considera que una empresa es capaz de incrementar los precios de forma rentable por encima del nivel competitivo durante un período significativo de tiempo, no enfrenta coacciones competitivas efectivas y puede ser considerada así como dominante<sup>2067</sup>, sin embargo no hace referencia a lo que preocupa: el poder para excluir el tipo de competencia en todo el mercado que de otro modo puede coaccionar razonablemente su poder, si bien se ocupa de ello al analizar las barreras a la expansión o entrada, sólo las enumera, sin desarrollar cuáles son sus implicaciones tratándose de las rebajas y descuentos anticompetitivos.<sup>2068</sup>

### ***6.3. El test del daño posible***

---

<sup>2066</sup> Einer Elhauge, ob. Cit.

<sup>2067</sup> §§10 y 11 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva.

<sup>2068</sup> Ibidem §17

Planteada por Gyselen<sup>2069</sup>, señala que en los casos de precio anticompetitivo, hay –en su opinión- dos cuestiones principales a tratar: La primera es qué grado de aniquilación debe demostrar la Comisión para justificar su intervención. La segunda cuestión es qué tipo de eficiencias puede invocar la empresa dominante como justificación objetiva para cualquier aniquilación que ocasionen sus comportamientos de precio. El pensamiento fundamental detrás de esta segunda cuestión es que las empresas dominantes son libres de expandir su cuota de mercado a costa de sus competidores en la medida que compiten sobre los méritos (que significa que su comportamiento de mercado tiene una “justificación objetiva”). Esta valoración en dos-filas (two tier) de la conducta de una empresa dominante bajo el artículo 82 TCE es similar a la valoración en dos-filas de un acuerdo entre muchas empresas bajo el artículo 81.

En su opinión la circunstancia que el artículo 82 TCE –a diferencia del 81- carezca de una norma que proporcione a las empresas dominantes una base legal explícita para invocar justificaciones objetivas a su comportamiento de mercado no tiene importancia ya que el propósito del artículo 82 TCE no puede ser privar a las empresas dominantes de la posibilidad de retirar a sus rivales con medios legales.”

El autor señala que debe demostrarse que las rebajas y descuentos son capaces de producir efectos de exclusión potencial apreciables en detrimento de sus competidores, condición necesaria para la aplicación del artículo 82 CE. Una empresa dominante también tiene el derecho de competir sobre los méritos por más negocios, entonces debe serle dada la posibilidad de invocar justificaciones objetivas para su comportamiento.

En consonancia con la jurisprudencia Gyselen<sup>2070</sup>, distingue las diferentes modalidades de rebajas, entre las que enumera las rebajas de fidelidad; las rebajas por objetivos y las rebajas cuantitativas.

En cuanto al grado de aniquilación o exclusión, que pueden generar estos esquemas, Gyselen identifica muchos escenarios de exclusión, primero, distingue el supuesto de rebajas que formen parte de un plan para eliminar competidores, que por este motivo, son ilegales.

Donde no sea este el caso, identifica el escenario de exclusión potencial apreciable, donde es necesario acreditar que conduce al daño anticompetitivo, lo que debe efectuarse en su contexto de mercado y teniendo en cuenta que no hay abusos *per se*.

---

<sup>2069</sup> Luc Gyselen. “Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice?”. En *European Competition Law Annual*. Hart Publishing. 2003/2004. Pág. 1-44 en 2. Párr. 17-21.

<sup>2070</sup> Gyselen, ob. Cit. Párr. 118-137

Sin embargo, considera que las rebajas de fidelidad, están prohibidas *per se* si se aplican a “todo o la mayoría” de los requerimientos de compra de los clientes.

En cuanto a las rebajas supeditadas a objetivos por volumen individualizados, si abarcan la totalidad o casi totalidad de los requerimientos del cliente, tienen un efecto equivalente a la compra exclusiva. Señala que en estos casos, la conexión con el tiempo debe ser completada con la consideración de otros parámetros relevantes, que dependerán de la combinación de estos parámetros que el sistema de rebajas por objetivo cree un efecto de aniquilación apreciable en los competidores.

Gyselen se enfoca en la forma de las rebajas, observando que por si mismas proporcionan parámetros suplementarios para la valoración y enumera los que han sido utilizados por la jurisprudencia. También plantea que se deben considerar las circunstancias objetivas del mercado que aumentan el efecto de promover la fidelidad, como la divergencia de las cuotas de mercado ostentadas por la empresa dominante y sus competidores y el rango de productos o cartera de la empresa dominante comparado al de sus rivales. En algunos casos también el efecto cumulativo de promover la fidelidad de muchos esquemas de rebajas coexistentes que tomados separadamente ya eran ilegales como en *Michelin II*.

Respecto a las defensas de eficiencia o justificaciones objetivas, observa que a semejanza del artículo 81, bajo el artículo 82 TCE también se pueden invocar defensas de eficiencia, careciendo de importancia el hecho que el artículo 82 TCE carezca de norma que les proporcione una base legal explícita. Concluye que tratándose de las justificaciones objetivas al esquema de rebajas, todavía no está claro qué tipo de prueba debe asumir cuando invoca justificaciones objetivas y que la jurisprudencia no ofrece mucha guía. Ya que los argumentos de eficiencia son desestimados sin un análisis detallado.<sup>2071</sup>

El autor sienta como base que se trata de una valoración en dos filas, sin embargo toda su exposición se basa sólo en el grado de aniquilación de las rebajas y descuentos. Su enfoque es formalista en cuanto llega a considerar como un abuso per se a los esquemas de rebajas por la compra exclusiva.

Un sector de la doctrina<sup>2072</sup>, critican el test del daño posible, señalan que una serie de pronunciamientos de la Comisión parecen sugerir la regla general que es abusivo

---

<sup>2071</sup> Luc Gyselen, ob. Cit. Párr. 23.

<sup>2072</sup> Temple y O'Donoghue, ob. Cit. Pág. 85. Lucio Zanon. “Price Discrimination and Hoffmann-La Roche”. *Journal of World Trade Law*. P.305 y ss. 1981 John Kallaugher y Brian Sher. “Rebates Revisited: Anti-competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82” en *E.C.L.R.* 2004. pág.

cualquier descuento que esté condicionado o que cree incentivos para una compra por el cliente de algunos de sus requerimientos de la empresa dominante, es abusiva. Otros pronunciamientos de la Comisión sugieren que ningún descuento puede ser ofrecido por una empresa dominante a menos que esté justificado por los ahorros de coste o alguna otra razón objetiva y que estas declaraciones no pueden ser correctas. Las instancias comunitarias han considerado los casos individuales donde se plantean cuestiones de abuso por referencia a los hechos del caso individual aparentemente sin tener ningún enfoque intelectual o analítico al hacerlo.”<sup>2073</sup>

Criticando que hay muchas cuestiones que son confusas y confunden en la forma en que se interpretan los principios económicos y la realidad de los negocios de las industrias cuyas operaciones se centran alrededor de un ejercicio de recuperación de coste fijo<sup>2074</sup>. Ya que virtualmente todas las industrias pueden ser condenadas bajo el artículo 82 TCE. El primer paso para reducir la confusión debe ser clarificar que no puede haber reglas *per se* que prohíban algunas formas de precio de las empresas dominantes, incluso aquellas formas que se caracterizan regularmente en las decisiones de prohibición. Los esquemas de descuento pueden conducir también a incrementar la eficiencia, que podría contrapesar las ventajas debido a la exclusión del mercado, es entonces necesario, un minucioso análisis de los hechos de cada caso antes de condenar tales rebajas.

Kallaugher y Sher<sup>2075</sup>, señalan que el test propuesto por Gyselen, parece lo suficiente razonable, en cuanto al análisis del “efecto potencial apreciable” de algunos abusos, señalan que está claro que el artículo 82 TCE no debe estar limitado a casos donde el daño anticompetitivo ya ha ocurrido, de modo que los efectos “potenciales” también deben considerarse. También es coherente que el test sólo se aplique a los efectos identificados como “apreciables”. Si los “efectos de exclusión” significan daño anticompetitivo, un “efecto de exclusión potencial apreciable” podría leerse como indicando “un probable daño anticompetitivo razonable” -que podría ser un objeto apropiado para la política de competencia-. Sin embargo, los problemas del enfoque emergen, cuando vemos cómo es aplicado en la práctica en los casos de rebajas. Según el autor, una vez que los costes de cambio “apreciables” son demostrados, “el efecto de

---

263-285. Pág. 275 Derek Ridyard. “Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses under Article 82 – An Economic Analysis”. En ECLR 2002 p. 286-303, en 302

<sup>2073</sup> Véase también Ridyard, ob. Cit.

<sup>2074</sup> Coste fijo: Coste en que incurre una empresa si su producción fuese cero en el período en cuestión. El coste fijo total está formado por los costes fijos individuales, como el equipo, los pagos de intereses, las cuotas de amortización de créditos hipotecarios y las dietas de los consejeros. Las empresas incurren en coste fijo, cuando efectúan grandes inversiones para generar economías de escala.

<sup>2075</sup> John Kallaugher y Brian Sher. “Rebates Revisited: ... ob. Cit. Pág. 275

exclusión apreciable” requerido bajo este test resulta de la posibilidad de barreras a la entrada significativas/aniquilación seguida por la posibilidad de un efecto anticompetitivo significativo.

Plantean que el enfoque estructuralista como el de Gyselen, tiene tres defectos tradicionales: Primero, conducirá a “falso positivos” -condenando comportamientos que podrían resultar pro competitivos-, se trata de casos que no ocasionan ningún daño al bienestar del consumidor, pero que generan mayores costes de transacción<sup>2076</sup> para las empresas bajo investigación y para las autoridades de competencia. Incluso en el caso de las rebajas supeditadas a la compra exclusiva, aplicadas a todo o la mayoría de los requerimientos del cliente, no pueden estar prohibidas *per se* ya que se olvida que lo único que prohíbe la norma es la distorsión de la competencia y si la concesión de estas rebajas, no afectan la competencia, en principio, no hay motivos para condenarlas. Segundo, un enfoque estructuralista, particularmente aquel enfocado en las barreras a la entrada, asume el riesgo de prohibir la conducta que puede promover el bienestar del consumidor en el corto o largo plazo. Tercero, resultará en proteger a los competidores más que a la competencia en muchos casos. Proporciona un incentivo para los rivales, para utilizar el sistema regulador como una herramienta competitiva y promover la competencia del “yo-también” mientras crea un des incentivo en los rivales para desarrollar formas alternativas de que lleguen sus productos a los consumidores.<sup>2077</sup>

Hewit<sup>2078</sup> cuestiona la aplicabilidad del enfoque truncado propuesto por Gyselen, pero con algunos matices ya que podría hacerse, si se permitiera a las implicadas la posibilidad de una defensa formal de eficiencia. Hace estas reflexiones, al analizar el caso *Virgin/BA*,<sup>2079</sup> en el análisis de los descuentos de fidelidad; el enfoque truncado, es decir, aquel que evite una comparación analítica global de los efectos pro y

---

<sup>2076</sup> La sabiduría de aplicar algún tipo de enfoque truncado a los descuentos de fidelidad puede variar entre las jurisdicciones, dependiendo de qué significa para cada una las “costas judiciales”.

<sup>2077</sup> Kallaugher y Sher, “Rebates revisited...” pág. 275-6. Véase también Brian Sher. “Price Discounts and *Michelin 2*: What Goes Around, Comes Around”. *ECLR* 2002, p. 483-489.

<sup>2078</sup> Gary Hewitt, “Loyalty And Fidelity Discounts and Rebates. Background Note” en *OECD Journal of Competition Law and Policy* Vol. 5, N° 2 Septiembre 2003, pág. 133-177.

<sup>2079</sup> Al discutir la procedencia de un enfoque truncado para los casos de monopolización norteamericanos (bajo la sección 2 de la Ley Sherman) Timothy Muris [“The FTC and the Law of Monopolization” en *Antitrust Law Journal* Vol 67, 200, pág. 693-723. Págs. 701-2.] observó: “...las reglas más eficientes minimizan la suma del coste de cometer errores y las costas procesales de las partes y de los tribunales. Las costas procesales incluyen los gastos de asesoramiento, investigación y gastos judiciales. Los costes de los errores son dobles: ya sean falso positivos o falso negativos. El análisis truncado, como es la regla *per se* contra la fijación de precio, tiene mayor sentido cuando el coste de demostrar el daño real al consumidor es alto en los casos individuales y el daño está fuertemente correlacionado con un comportamiento fácilmente observable. Dada la correlación alta, que condiciona la responsabilidad en el comportamiento minimiza los costes de aplicación, incluyendo aquellos de conformidad, sin causar grandes pérdidas de eficiencia de los falso positivos.”

anticompetitivos, señala que, probablemente habrán pocas jurisdicciones o ninguna, donde el balance sea considerable a favor de un enfoque truncado en todas las circunstancias. Esto es porque hay efectos pro y anti competitivos que pueden estar asociados con los descuentos de fidelidad. Esto plantea la posibilidad de un enfoque truncado produciendo “falso positivos”. Además, la existencia y magnitud del daño neto no estaría lo suficientemente correlacionada con el comportamiento fácilmente observable, es decir, la simple existencia de un descuento de fidelidad. Esta es otra forma de decir que el potencial para el daño neto podría cambiar considerablemente en cada caso dependiendo de las características particulares del descuento implicado y las condiciones del mercado relevante.

El caso para un enfoque truncado a los descuentos de fidelidad crece considerablemente más si es aplicado sólo a las empresas dominantes ya que el dominio tiende a incrementar el riesgo de efectos anticompetitivos sin la tendencia a incrementar el potencial para el impacto pro competitivo. Esto es especialmente así cuando el dominio está relacionado al tipo de asimetría entre quien practica el descuento y los rivales.

Hewit<sup>2080</sup> observa las ventajas en adoptar un enfoque truncado al análisis de los descuentos de fidelidad, que podría convertirse más claro y más fácil de aplicar si se incluye una defensa formal de eficiencia. Una forma de hacerlo sería asignar a la autoridad de competencia la carga inicial de la prueba que un descuento de fidelidad tuvo o tendrá efectos anticompetitivos significativos. Si la carga de la prueba inicial es realizada, la empresa en posición de dominio puede evitar la sanción sólo si establece que: a) sus descuentos tienen más que efectos pro competitivos compensadores. Y b) que no había una forma menos anticompetitiva para conseguir estos beneficios.<sup>2081</sup> Sin embargo, el autor proporciona ninguna base concreta basada en la economía o en el derecho sobre las que pueda establecerse con seguridad jurídica una demostración de si la empresa en posición de dominio ha competido sobre los méritos, o ha dañado la estructura de competencia en el mercado a través de las rebajas y descuentos.

Respecto a la segunda cuestión, en cuanto se refiere a la justificación objetiva, el autor reconoce que las instancias comunitarias no han reconocido ninguna.

#### ***6.4. Opinión sobre los test planteados.***

---

<sup>2080</sup> Hewit, ob. Cit.

<sup>2081</sup> Ibidem Págs. 165-6.



No compartimos el enfoque truncado o test del daño posible planteado por Gyselen, que sólo se enfoca en el análisis del “efecto potencial apreciable” ya que olvida la necesidad de apreciar el comportamiento caso por caso, en el que se aprecien los efectos pro y anticompetitivos de los mismos, considerando que las rebajas y descuentos son un instrumento importante para la competencia entre las empresas, debe dotarse de mayor seguridad jurídica a los casos, para evitar desanimar a las empresas.

Respecto al test del rival igualmente eficiente, es difícil de aplicar al comportamiento, por los motivos explicados, el test implica dejar de analizar situaciones donde el rival sea menos eficiente que la empresa en posición de dominio, situación que la propia Comisión reconoce en la Guía, sumado a las incertidumbres que recogen sus fórmulas, donde no ofrecen ningún puerto seguro a las empresas dominantes.

Es importante considerar las propuestas que efectúan los test de balance de los efectos pro y anticompetitivos, así como el test del análisis en el contexto del mercado.

Coincidimos con Dennis Carlton<sup>2082</sup> en cuanto al balance de los efectos pro y anticompetitivos y Einner Elhauge<sup>2083</sup> y su test del daño a la eficiencia del rival, en cuanto advierten de los peligros de prohibir los esquemas de rebajas y descuentos que generan efecto de absorción en el suministro de los clientes, que sólo debe ser condenado en casos de condiciones extremas de precios (donde el precio marginal sea cero) donde el precio marginal por debajo del coste marginal no sea ambiguo. Una razón que no sería sensible es que los descuentos por volumen son omnipresentes en el comercio ya que son tratos especiales para compradores grandes. Este precio no lineal puede reflejar ahorros económicos reales que son difíciles de medir (costes de invención más bajos, o costes promocionales, o costes de producción) o simplemente serían formas que las empresas escogen para competir por los clientes más deseados. Atacando este comportamiento competitivo común sería probable de crear mucha agitación y desanima la competencia.

## **7. Justificaciones de eficiencia.**

---

<sup>2082</sup> Dennis W. Carlton. “A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal –Why *Aspen* and *Kodak* are Misguided”. En *Antitrust L.J.* Vol. 68, 2001 págs. 659 y ss.

<sup>2083</sup> Einner Elhauge, “Defining Better ...” ob. Cit.

La Guía de la Comisión de la CE establece que considerará como justificación de eficiencia económica<sup>2084</sup> cuando se cumplan las cuatro condiciones acumuladas de eficiencia<sup>2085</sup>, y que analizamos a continuación:

i) Que las eficiencias son obtenidas o pueden ser obtenidas como resultado de la conducta implicada. La empresa dominante entonces en primer lugar, debe demostrar que la conducta es emprendida para contribuir a desarrollar la producción o la distribución de productos o promover el progreso económico o técnico, por ejemplo mediante el desarrollo de la calidad del producto o mediante la obtención de reducciones de coste específicas u otras eficiencias.

La Comisión considera toda alegación de eficiencia demostrada en la valoración global de la conducta, posiblemente a lo largo de otras defensas planteadas por la empresa dominante. Esta reclamación por ejemplo se refiere a la protección de las inversiones específicas de cliente efectuadas por la empresa dominante.

ii) Que la conducta implicada sea indispensable para obtener estas eficiencias; La empresa dominante, en segundo lugar, debe demostrar que la conducta es indispensable para conseguir las invocadas eficiencias. La empresa dominante tiene la obligación de demostrar que no hay otras alternativas menos anticompetitivas ni económicamente practicables para conseguir las eficiencias reclamadas, tomando en cuenta las condiciones del mercado y las realidades comerciales que enfrenta la empresa dominante. La empresa dominante no es requerida de considerar las alternativas hipotéticas o teóricas. La Comisión sólo impugnará la reclamación si está razonablemente claro que existen alternativas reales y obtenibles. La empresa dominante debe explicar y demostrar por qué las alternativas aparentemente reales y menos restrictivas serían significativamente menos eficientes.

Si la Comisión en sus Directrices sobre la posibilidad de exonerar el comportamiento bajo el Apartado 3 del artículo 81, deniega a la posición dominante la posibilidad de invocar ahorros de coste, ello implica que tampoco puede invocar que estas sean indispensables. Así, resultaría que la empresa no puede invocar las eficiencias en

---

<sup>2084</sup> En la jurisprudencia, las empresas dominantes han alegado que los sistemas de rebajas consiguen ventajas de costes u otras ventajas que son transmitidas a los clientes, por ejemplo en *STPI Virgin/Comisión* §86 Las ventajas de coste relacionadas a las transacciones a menudo pueden ser conseguidas con objetivos volumen estandarizados que con objetivos volumen individualizados. *STPI Michelin v Commission (Michelin II)* § 56-60 y 74-75. Similarmente, los esquemas de rebajas adicionales en general pueden dar más incentivos a los revendedores para producir y revender un volumen más alto que los esquemas de rebajas retroactivas.

<sup>2085</sup> §29 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva, Véase también el §§79 y ss del Documento de la Comisión

costes<sup>2086</sup> y sólo puede invocar eficiencias cualitativas, es decir, mejoras de calidad, para producir avances técnicos y tecnológicos como los que la Comisión enumera en las Directrices anteriormente citadas.<sup>2087</sup>

Tres ejemplos de eficiencias:

- a) Un primer ejemplo podría ser que el sistema de rebaja es indispensable para obtener ventajas de coste y transmitirlos a los clientes. Estas ventajas de coste estarían relacionadas al tamaño de la transacción individual o reparto y el tamaño de las compras totales por un cliente en un período particular. Estos ahorros de coste necesitan ser probados. Las observaciones generales sobre ahorros en costes de transacción o afirmaciones generales de mejor planificación de la producción no son suficientes. Estos ahorros de coste pueden requerir un sistema de rebaja utilizando [una parrilla de] objetivos volumen estandarizados pero son improbables de requerir y son improbables de conseguirse eficientemente con un sistema de rebaja donde el umbral es establecido en términos de un porcentaje de los requerimientos totales del comprador o sobre un objetivo volumen individualizado.
- b) Un segundo ejemplo podría ser que el sistema de rebaja es indispensable para incitar a los clientes para la compra y reventa a un volumen más alto y evitar la doble marginalización . aquí necesita ser demostrado en primer lugar que el cliente tiene poder de mercado considerable y que sin el sistema de rebaja el precio de reventa resultante aplicado por el cliente podría ser más alto que el precio que pediría un monopolista integrado verticalmente y que así sin el sistema de rebaja la producción total sería más baja. Esta eficiencia requeriría un sistema de rebaja con rebajas condicionales o compras de incremento por encima de un cierto umbral pero es improbable de requerir y es improbable de ser conseguido eficientemente con un sistema de rebaja con rebajas condicionales sobre todas las compras.
- c) Un tercer ejemplo podría ser que el sistema de rebaja es indispensable en proporcionar el incentivo para el proveedor dominante en efectuar determinadas inversiones de relación-específicas con el objeto de suministrar a un cliente particular. Una inversión es considerada de relación-específica si, después de la finalización del contrato de suministro con este cliente particular, la inversión no puede ser utilizada por el proveedor para suministrar a otros clientes y sólo

---

<sup>2086</sup> Eficiencias en coste como las mencionadas en el §64 y ss de las Directrices citadas.

<sup>2087</sup> Véase las eficiencias cualitativas invocadas en los §69 y ss. De las Directrices citadas.

puede ser vendida a pérdida. Las inversiones generales o específicas de mercado en capacidad (extra) normalmente no son inversiones de relaciones-específicas. En el caso de inversiones de relación-específicas, el proveedor dominante no querría comprometer estas inversiones antes que los acuerdos particulares de suministro sean fijados. Antes que esto pueda ser considerado necesario debe demostrarse que la inversión de relación-específica es una inversión significativa a largo plazo que no es recuperada en el corto plazo y que la inversión es asimétrica, es decir, que el proveedor invierte más que el comprador. Bajo estas circunstancias sería indispensable requerir que el cliente adquiriera al menos una cierta cantidad mínima durante un período y en una medida necesaria para permitir la depreciación de la inversión de relación-específica y así resolver el problema de apoyo. En el caso que la demanda futura es incierta no sería posible requerir cantidades absolutas mínimas a ser adquiridas, en cuyo caso una alternativa de medida más adecuada sería imponer un sistema de rebaja o una obligación de marca única hasta que la inversión se deprecie.

iii) Que las eficiencias benefician a los consumidores. Con el objeto de cumplir la tercera condición la empresa dominante necesita demostrar que las eficiencias obtenidas por la conducta implicada compensan los probables efectos negativos en la competencia y con ello, el probable daño a los consumidores que la conducta de otro modo ocasiona. Este será el caso por ejemplo cuando la Comisión sobre las bases de la evidencia suficiente está en una posición de concluir que las eficiencias generadas por la conducta son probables de promover la capacidad e incentivo de la empresa dominante en actuar pro competitivamente en beneficio de los consumidores.

La Comisión en las directrices antes mencionada en este respecto plantea que en concreto tratándose de las posiciones dominantes, cuentan con menos incentivos para mantener o aumentar eficiencias, precisamente por que ya opera eficientemente, no necesita una protección adicional, por el contrario, se debe controlar que ya que es eficiente, no perjudique la eficiencia del resto de rivales.<sup>2088</sup>

Parte de la contradicción la encontramos en el siguiente párrafo de las directrices que justifica el motivo por el que se permite que a través de un acuerdo entre dos empresas sin poder de mercado pueda afectarse a la competencia: “En general, les eficiencias son resultado de una integración de actividades económicas en virtud de la cual las empresas combinan sus activos a fin de realizar algo que no podrían realizar con la

---

<sup>2088</sup> Véase §92 de las Directrices mencionadas.

misma eficacia por sí solas, o mediante la cual encomiendan a otra empresa tareas que ésta podrá llevar a cabo con mayor eficacia”<sup>2089</sup>

Incluido en este requisito, la Comisión observa que las normas de competencia comunitarias protegen a la competencia en el mercado, como un medio de fomentar el bienestar del consumidor y de asegurar una distribución eficiente de los recursos. Esto requiere que la transmisión de los beneficios debe al menos compensar a los consumidores por cualquier impacto negativo real o probable que la conducta implicada les ocasione. Si los consumidores en un mercado relevante afectado están en peor situación financiera siguiendo la conducta de exclusión, esta conducta no puede estar justificada en fundamentos de eficiencia.

Al respecto debe tenerse en cuenta que las directrices plantean que la obtención de eficiencias están limitadas a las eficiencias en costes y eficiencias de carácter cualitativo que generan valor en la forma de productos nuevos o mejorados, mayor variedad de productos y no se contemplan las eficiencias en la distribución.<sup>2090</sup> Los tipos de eficiencias, eficiencias de costes y eficiencias de carácter cualitativo que generan valor en forma de productos nuevos o mejorados, mayor variedad de productos, etc.

La Comisión señala que al hacer esta valoración debe tomarse en cuenta que el valor de una ganancia para los consumidores en el futuro no es lo mismo que una ganancia actual para los consumidores. En general, si se espera las eficiencias se materialicen en el futuro lejano, menos peso les asignará la Comisión. Esto implica que, con el objeto de ser considerado como un factor de contra balance, las eficiencias deben ser oportunas.

El incentivo por parte de la empresa dominante en transmitir las eficiencias de coste a los consumidores frecuentemente está relacionado a la existencia de presión competitiva de las restantes empresas en el mercado y de la entrada potencial. Mayor sean los probables efectos negativos reales o potenciales en la competencia, mayor será la obligación por la Comisión en asegurar que las eficiencias planteadas son sustanciales, que pueden ser obtenidas y que pueden ser transmitidas, en un grado suficiente a los consumidores. De forma similar, en un mercado donde la demanda es muy inelástica es considerablemente improbable que la conducta abusiva de una empresa dominante que refuerza su posición de dominio pueda estar justificada por el fundamento que las ganancias de eficiencia serán suficientes para compensar los efectos anticompetitivos reales o probables y que beneficiarían a los consumidores.

---

<sup>2089</sup> Ibidem §60

<sup>2090</sup> §59 de las Directrices mencionadas

iv) que la competencia respecto de una parte sustancial de los productos implicados no sea eliminada. Cuando la competencia es eliminada, el proceso competitivo es conducido a un final y las ganancias de eficiencia a corto plazo pesan más que las pérdidas a largo plazo que se originan inter alia de los gastos incurridos por la empresa dominante en mantener su posición (búsqueda de rentas) mala distribución de recursos, innovación reducida y precios más altos. Esto es un reconocimiento del hecho que la rivalidad entre las empresas es un elemento esencial de la eficiencia económica, incluyendo las eficiencias dinámicas en el ámbito de la innovación. En última instancia la protección de la rivalidad y del proceso competitivo es prioritaria sobre las posibles ganancias de eficiencia pro competitivas. Esto es requerido también para una aplicación consistente de los artículos 81 y 82 TCE. Es entonces, cuando se valora el requerimiento de la no eliminación de competencia que también es altamente improbable que la conducta abusiva de una empresa dominante con una posición de mercado cercana a un monopolio, o con un nivel similar de poder de mercado, podría estar justificado sobre el fundamento que las ganancias de eficiencia serían suficientes para compensar sus efectos anticompetitivos probables o reales.

Si las cuatro condiciones están cumplidas, el efecto neto de esta conducta es promover la esencia del proceso competitivo, es decir, ganar a los clientes mediante la oferta de productos mejores o precios mejores que aquellos ofrecidos por los rivales.

La doctrina<sup>2091</sup> también ha planteado la justificación de eficiencia, que ahora acepta la Comisión.

Entre las eficiencias que pueden invocar las empresas en posición de dominio tenemos:

- a) Los esquemas pueden proporcionar seguridad al fabricante en el volumen de productos que produce, en cantidad suficiente para permitirle conseguir economías de escala y así, reducir los costes de producción y los precios de venta resultantes.

En *Hoffmann-La Roché* argumentó que las rebajas estaban fijadas en función a los acuerdos pactados por adelantado y estar justificadas por los ahorros de costes de fabricación y la falta de ninguna necesidad de asesoramiento técnico en el caso de los compradores a granel. El Abogado General señaló que estas justificaciones de ninguna manera cambiaban la posición. Las rebajas en realidad se aplican a la totalidad de las cifras de compras, es decir, incluso al suministro de cantidades pequeñas de vitaminas

---

<sup>2091</sup> Kallaugher y Sher “Rebates revisited...” ob. Cit. Págs. 267-9. Temple y O’Donoghue, ob. Cit. Philip Lowe, “DG Competiton’s Review...” ob. Cit. Pág. 10. Zanon, ob. Cit. Pág. 314, aunque erróneamente, en el artículo está consignada como la pág. 316.

individuales, donde escasamente podía haber alguno de estos ahorros.<sup>2092</sup> Es decir, no había proporción entre los ahorros de coste en la producción ya que las rebajas eran aplicadas en función de la fidelidad del cliente. Se hizo la misma alegación en *Michelin I*<sup>2093</sup>.

Vemos que la jurisprudencia en todos los casos donde se han justificado el comportamiento en los ahorros de costes por la empresa en posición de dominio, ha rechazado el argumento, el origen lo podemos encontrar en lo señalado por Fox<sup>2094</sup>, quien al comentar los principios de ilegalidad establecidos por la jurisprudencia, ha señalado que los esquemas de descuentos de fidelidad pueden incrementar la capacidad de los vendedores dominantes de explotar su poder de mercado existente y expandir su cuota de mercado a expensas de los competidores, sin reducir los costes.

Si bien las rebajas de fidelidad, como los acuerdos de compra exclusiva, reducen los costes de transacción porque la empresa no tiene que competir por ventas futuras para el cliente. Pero este es un mecanismo de ahorro del coste sólo en el sentido que los monopolios ahorran los costes – elimina los costes de la competencia. Bajo un sistema que escoge competencia sobre el monopolio, sería inapropiado considerar estos costes como una pérdida. Una prohibición contra estas estrategias animará a precios más bajos generalizados más que selectivos.

Sin embargo, vemos que los ahorros de costes que pueden acreditar las empresas en posición de dominio, son variados, pueden ser ahorros en los costes de producción que se alegó en *Michelin I*, costes de distribución, costes de administración y personal, costes de promoción como en el caso *British Plasterboard* entre otros, que no necesariamente implican ahorros en los costes de transacción ya que estos ahorros también pueden ser generados por un elevado grado de concentración en el lado de la oferta como en el de la demanda, por lo que un mayor análisis de las condiciones del mercado es necesario, tal como la propia autora lo plantea.<sup>2095</sup>

---

<sup>2092</sup>Véase pág. 586 de la Opinión del AG. Reischl en el C-85/76 *Hoffmann-La Roché* ya cit.

<sup>2093</sup>§ 39 de la Decisión *Michelin* ya citada.

<sup>2094</sup>Eleanor Fox. “Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity, and Fairness”. *Notre Dame Law Review*. Nº 61. Año 1986 pp.981-1020. En 1011.

<sup>2095</sup>Fox plantea que si la cuestión es si el esquema de rebajas incrementa el poder de mercado de la empresa en posición de dominio, es importante saber más sobre la estructura competitiva de los varios mercados de vitaminas, el porcentaje de mercados y el porcentaje del incremento de la demanda efectivamente excluida por las prácticas de la empresa implicada, el tamaño necesario para que un productor consiga una escala mínima eficiente y si la entrada implicó costes significativos irreversibles. Véase, Eleanor Fox, “Monopolización ...” ob. Cit. Pág. 1011.

Ridyard<sup>2096</sup>, refiriendo como ejemplo, el caso que un cliente haga un pedido más grande permite un camión lleno o semi lleno, entonces el caso para un precio de entrega más bajo para el cliente asumiendo la totalidad del camión está claro y relacionado al coste. Pero en este caso, el instrumento apropiado para el descuento es aquel relacionado específicamente con el tamaño de la entrega individual y ello estaría o no correlacionado con la demanda global del cliente. Cuestión que no se aplica cuando se asume que no hay costes de transporte.

Observa que en general, estas variaciones de coste específicas del cliente no son importantes. La motivación real para los descuentos se origina de las condiciones de coste marginal bajo enfrentando a empresas implicadas en la recuperación de coste fijo y los márgenes positivos que pueden obtener mediante la venta de unidades de incremento, incluso a precios de descuento.

Desde otra perspectiva, Glaiss y Laurent<sup>2097</sup>, Ridyard<sup>2098</sup> y Korah<sup>2099</sup> señalan que los cálculos de costes medios y marginales de producción por sí mismos ya son delicados de llevar a cabo, qué decir entonces de la evaluación de las economías de coste realizadas por los sistemas de venta al por mayor o por los servicios prestados a los fabricantes por los distribuidores.

Desde el punto de vista económico, no hay función de coste plausible que pueda hacer incluso a los descuentos por volumen “relacionados en el coste” en el sentido que las diferencias en el precio fueran explicados por diferencias en el coste de suministro.

En las industrias de coste fijo, es difícil invocar una justificación de eficiencia verificable, debido a los mecanismos del mercado que obligan a las empresas a conceder los descuentos de fidelidad, señala así que es importante para los proveedores dar incentivos a los clientes para comprar más de ellos, porque incluso las ventas de incremento de margen más bajo pueden todavía contribuir útilmente y crucialmente, para la rentabilidad global. La “fidelidad” del cliente es valorable para estas empresas y están preparadas a conceder margen y ofrecer reducciones de precio con el objeto de asegurarlo. Si la fidelidad del cliente puede ser implementada dando sólo a aquellos clientes precios más bajos, esto es generalmente, (aunque no necesariamente siempre)

---

<sup>2096</sup> Derek Ridyard. “Article 82 Price Abuses – Toward a More Economic Approach”. En *European Competition Law Annual 2003: What is an Abuse of a Dominant Position?* Hart Publishing, pág. 6.

<sup>2097</sup> Michel Glais y Philippe Laurent *Traité d'Économie et de Droit de la concurrence*. Presses Universitaires de France. París 1.983.

<sup>2098</sup> Ridyard, ob. cit. pág. 289

<sup>2099</sup> Valentine Korah. *An introductory guide to EC Competition, Law and practice*. Ed. Hart Publishing. Oxford 2.007. y ss.



bueno para los consumidores también. Una ley que obligue a la empresa dominante a negar la existencia de estas condiciones de coste marginales a través de impedirles que ofrezcan incentivos a los clientes -en la forma de precios más bajos- para comprar más, significaría una mayor coacción en su libertad comercial para competir en el precio, incluso en casos donde los consumidores permanecieron en beneficio de la actividad prohibida.

Bruckmann<sup>2100</sup> señala que la justificación en el coste será difícil de establecer cuando el descuento de fidelidad esté basado en las compras agregadas durante el año, o incentivos por el crecimiento de la cuota de mercado. Los descuentos basados en las compras agregadas durante el tiempo serán difíciles de justificar en el coste debido a que los ahorros de coste son más comúnmente conseguidos por la forma en que los pedidos específicos son colocados o entregados.

Esta afirmación, también vendría a explicar por qué la jurisprudencia exige que la empresa en posición de dominio, que invoca como justificación los ahorros en los costes, debe haber una relación precisa entre las economías de escala y los descuentos concedidos.

Sin embargo, la jurisprudencia comunitaria, en estas mismas cuestiones, tratándose de las concentraciones, sí considera los casos de contratos de producción negociados, como un factor que incluso afecta el dominio de la empresa ya que constituye un elemento de compensación cuando existen contratos o acuerdos de cooperación a largo plazo respecto al proceso de producción que equilibran la relación comprador-vendedor, así lo declaró la Comisión, en la Decisión Nestlé/Perrier<sup>2101</sup>

Por otro lado, tampoco está claro que la cuota anual o los objetivos de crecimiento de la empresa en posición de dominio, puedan estar relacionados con la predicción u otras eficiencias que resulten en supeditar a los clientes por adelantado de la fecha de envío, la utilización desarrollada de una planta o los costes de fabricación reducidos, que el vendedor pueda tener los principios de una defensa, que también ha observado Temple

---

<sup>2100</sup>Barbara O. Bruckmann. “Discounts, Discrimination, and Exclusive Dealing: Issues under the Robinson-Patman Act”. En *Antitrust Law Journal* Vol. 8, 2000, págs. 253 – 295, en 271.

<sup>2101</sup>Señala: “En otros casos sobre los que la Comisión ha tenido que decidir y en los que se ha considerado que la posición de fuerza del comprador constituía un elemento de compensación, cuando ... existían unos contratos o acuerdos de cooperación a largo plazo respecto al proceso de producción que equilibraban la relación comprador-vendedor; esto solía suceder cuando se daba una cierta concentración entre los compradores. [...]”

No obstante hay que tener en cuenta que en el contexto del análisis de concentraciones, las eficiencias sí son tomadas en cuenta, que no en el caso del abuso, donde no se efectúa el análisis concreto de los efectos anticompetitivos del abuso en el contexto del mercado. § 79 y ss. de la Decisión de la Comisión 92/553/CEE de 22 de julio de 1992, relativa a un procedimiento de aplicación del Reglamento CEE nº 4064/89 del Consejo (Asunto Nº IV/M190 – Nestlé/Perrier) ODCE Nº L 356 de 05-12-1992 P. 1-31.

y O'Donoghue<sup>2102</sup> ya que la jurisprudencia comunitaria sólo admite la justificación sobre las bases de los costes en producción o en distribución y en ninguno de sus pronunciamientos en los casos de rebajas y descuentos declarados anticompetitivos, se ha referido a las posibles eficiencias que puedan resultar del comportamiento.

La Guía de la Comisión establece que sólo se pueden obtener estas eficiencias con los objetivos volumen estandarizados, en comparación con los objetivos volumen individualizados.

Los ahorros de costes y el principio de proporcionalidad. El TPI en los casos *Michelin II*<sup>2103</sup> y *Virgin/British Airways*<sup>2104</sup>, consideró en este respecto si al margen de las apariencias, sus esquemas están basados en una ventaja compensadora que esté económicamente justificada o, en otras palabras, si compensa una economía de escala obtenida por la empresa como consecuencia de pedidos por grandes cantidades.

Spinks<sup>2105</sup> señala que la empresa dominante debe estar dispuestas a reaccionar a los cambios en las circunstancias competitivas, en el entendido que cumplen con los principios generales de que su comportamiento debe ser razonable, de proporcionalidad y que no tienen el objetivo de reforzar la posición dominante. Señala que la Comisión no ha examinado con mucho detalle si los esquemas de descuentos pueden estar justificados sobre las bases de los costes de las empresas dominantes. Sin embargo, en *Michelin*, la Comisión requirió que el nuevo esquema de descuentos (a ser introducido siguiendo la condena de la Comisión del inicial esquema de rebajas por objetivo considerado un abuso) sea diseñado de tal forma que: “con la excepción de medidas a

---

<sup>2102</sup> Temple y O'Donoghue, ob. cit. pág. 113.

<sup>2103</sup> *Michelin Francia* alegó que sus esquemas estaban basados en economías de escala en las áreas de los costes de producción y distribución. El TPI señaló que esta línea de argumento es muy general e insuficiente para proporcionar razones económicas para explicar específicamente los márgenes de descuento escogidos para los varios pasos en el sistema de rebajas en cuestión. El TPI observó así que la justificación económica lo debía ser respecto a la forma en que estaba diseñado el esquema de descuentos concreto, en relación con los clientes implicaba que el esquema tenía efectos fidelizantes, por lo que descartó la defensa. § 109 de la STPI *Michelin II* cit.

<sup>2104</sup> *BA*, justificó su esquema de rebajas, señalando que estaban justificados en ahorros de coste y negó la alegación de la Comisión sobre la falta de relación entre los beneficios concedidos a las agencias y los ahorros alcanzados en términos de costes. El TPI contestó la alegación señalando que no lo había demostrado. “En esta medida, no puede considerarse que los programas de remuneración de rendimiento de *BA* constituyan la contraprestación por una mayor eficiencia o por ahorros en los costes derivados de la venta de billetes de *BA* despachados tras alcanzar los mencionados objetivos.” El TPI observó además si existía relación precisa entre, por un lado, las eventuales economías de escala conseguidas gracias a los billetes adicionales de *BA* despachados con posterioridad a la consecución de los objetivos de ventas y, por otro lado, los incrementos de los porcentajes abonados como contraprestación a las agencias de viajes en el Reino Unido, donde *BA* señaló que no existía tal relación precisa. Concluyendo el TPI que sus programas de remuneración de rendimiento no han podido, por tanto, constituir una modalidad de ejercicio del juego normal de la competencia ni permitir la reducción de sus costes. § 290 STPI *Virgin/British Airways*, cit.

<sup>2105</sup> Spinks ob. Cit. Pág. 649

corto plazo, ningún descuento debe ser concedido a menos que esté directamente relacionado a una reducción genuina en los costes de los fabricantes. La compensación pagada a los minoristas de neumáticos Michelin debe estar proporcionado con las actividades que desarrollan y los servicios que concretamente proporcionan, que reducen la carga del fabricante....”

Vemos que tal como lo plantea la Comisión la alegación debe cumplir el principio de proporcionalidad el balance es entre el esquema de descuentos y los ahorros de costes verificables.

Dependiendo de qué test de proporcionalidad enfrenta, la empresa además tendrá que demostrar ya sea que el tamaño de sus rebajas no está “fuera de línea” con los invocados ahorros de que se originan de las eficiencias o economías de escala en el nivel de la producción o que su conducta es el medio menos restrictivo para conseguir estas eficiencias de producción.

b) Justificación en la Inversión específica para suministrar a un cliente particular.

Establecida por la Comisión en su Guía<sup>2106</sup> en el supuesto en que el sistema de rebaja sea indispensable en proporcionar el incentivo para el proveedor dominante en efectuar determinadas inversiones de relación-específicas con el objeto de suministrar a un cliente particular. Una inversión es considerada de relación-específica si, después de la finalización del contrato de suministro con este cliente particular, la inversión no puede ser utilizada por el proveedor para suministrar a otros clientes y sólo puede ser vendida a pérdida. Las inversiones generales o específicas de mercado en capacidad (extra) normalmente no son inversiones de relaciones-específicas. En el caso de inversiones de relación-específicas, el proveedor dominante no querría comprometer estas inversiones antes que los acuerdos particulares de suministro sean fijados. Antes que esto pueda ser considerado necesario debe demostrarse que la inversión de relación-específica es una inversión significativa a largo plazo que no es recuperada en el corto plazo y que la inversión es asimétrica, es decir, que el proveedor invierte más que el comprador. Bajo estas circunstancias sería indispensable requerir que el cliente adquiriera al menos una cierta cantidad mínima durante un período y en una medida necesaria para permitir la depreciación de la inversión de relación-específica y así resolver el problema de apoyo.

---

<sup>2106</sup> §45 de la Guía de la Comisión para la Conducta de Exclusión Abusiva y §175 del Documento de la Comisión.

En el caso que la demanda futura es incierta no sería posible requerir cantidades absolutas mínimas a ser adquiridas, en cuyo caso una alternativa de medida más adecuada sería imponer un sistema de rebaja hasta que la inversión se deprecie.

c) También podría alegar las reducciones de precio concedidas por la empresa dominante cuando está lanzando un nuevo producto o entrando a un nuevo mercado, también debe ser legal.

Digital fue permitido de conceder reducciones de precio para “programas promocionales a corto plazo” en el entendido de que estas son publicadas y están disponibles a los clientes sobre bases no discriminatorias, o no resultan en precio por debajo del coste . Estos comportamientos no están diseñadas sólo para excluir competidores o para diferenciar entre clientes, sino que constituyen competencia “sobre los méritos”. Vendiendo en un mercado nuevo, sea un mercado geográfico nuevo o un nuevo mercado de producto, no creará una desventaja como entre clientes competidores de la empresa dominante, en la medida que los mercados estén genuinamente separados. También, si una empresa dominante accede a un mercado nuevo, está creando competencia adicional en este mercado y debe ser animada, particularmente porque la integración económica es uno de los objetivos del Tratado.<sup>2107</sup>

---

<sup>2107</sup>Temple y D’onoghue, ob. cit. pág. 107.

## JURISPRUDENCIA CITADA

### A

Decisión de la Comisión CE de la CE de 17-6-1998. *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato*. (98/538/CE) DOCE L252/47 12.9.98

Sentencia TPI de 22-11-2001 *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) c/ Comisión de las CE* As. T-139/98. RJ 2001.

Decisión de la Comisión CE. *ABG Oil Companies* de 19-2-1977. DOCE L 117 de 09-05-77 p. 1.

Sentencia TJCE 29-6-1978. *Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV y otros / Comisión*. As. 77/77. RJ 1978 p. 1513-1531.

Decisión de la Comisión CE 28-6-1995. *Aeropuerto de Bruselas/British Midland*. DOCE L216 de 12-9-95 p. 0008.

Decisión de la Comisión CE de 26 de julio de 2000. *Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea ("AENA")*. DOCE L208 de 18-08-2000.

Decisión de la Comisión 2006/520/EC de 22 de febrero de 2006, (Caso COMP/B-2/38.381 – De Beers) (DOCE 2006 L 205, p. 24)

Sentencia TPI de 11-07-2007. *Alrosa Company Limited c/ Comunidad CEE*. AS. T-170/06.

Decisión de la Comisión CE en el asunto IV/35.703 de 10-2-1999. *Ilmailulaitos/Luftfartsverket*. Celex 399D0198. N° 1999/198/EC. DOCE L 069 de 16/03/1999 p. 0024 - 0030

Decisión de la Comisión CE en el asunto IV/35.767 de 10-2-1999. *Aeropuertos Portugueses*. DOCE L069, 16-3-1999 p. 031-039.

Sentencia del TJCE de 29-3-2001. *República Portuguesa c/ Comisión de la CE*. As. C-163/99. Rec p. I-2613 – 2001. Opinión del A.G. Mischo de 19-10-2000.

Sentencia TJCE de 11-4-1989. *Ahmed Saeed Flugreisen y otra*. Cuestión Prejudicial 66/86. RJ 1989 p. 0803. Conclusiones del Abogado General Carl Otto Lenz de 28-4-1988

Sentencia TPICE de 6-6-2002. *Airtours Plc c. Comunidad CEE*. As. T-342/99. RJ 2002. Reglamento 4064/86

Decisión de la Comisión CE 98/513/CE de 11-6-1998 *Alpha Flight Services/Aéroports de Paris* (98/513/CE) DOCE L230/10 de 18.8.98.

Sentencia del TPI de 12-12-2000 *Aéroports de Paris c/ Comisión de la CE y Alpha Flight Services* As. T-128/98.

Sentencia TJCE de 24 de octubre de 2002 *Aeropuertos de París y otros / Comisión C-82/01 P*, Rec. 2003 ap.

Decisión de la Comisión 83/462/CEE de 29-07-1983, *AKZO Chemie*, DOCE 252/13, de 13-09-1983.

Decisión de la Comisión CE de 14-12-1985. *Akzo Chemmie BV, Amersfoort, Pays-Bas*. DOCE L374/1.

Sentencia TJCE de 3-7-1991. *Akzo Chemmie BV y Akzo Chemmie UK Ltd c/ Comisión*. Caso C-62/86. RJ 1991 pág. 3359-3374. Opinión del A.G. Lenz de 19-4-1989 al Caso C-62/86 Akzo Chemmie BV y Akzo Chemmie UK Ltd./Comisión

Sentencia TJCE 5-10-88. *ALSATEL/NOVASAM*. Cuestión Prejudicial As. 247/86. RJ 1988 p. 5987. Conclusiones Abogado General F. Mancini de 31-5-1988

Sentencia TJCE 27-4-1994. *Ayuntamiento de Almelo y otros c/ NV Energiebedrijf Ijsselmij*. Cuestión Prejudicial C-393/92. RJ 1994 p. I-1477 Conclusiones Abogado General M. Darmon de 8-2-1994

Sentencia TJCE de 25-10-2001. *Firma Ambulanz Glöckner y otros*. Cuestión Prejudicial C-475/99. RJ 2001.

Decisión de la Comisión de 15-06-2005, Caso COMP/A. 37.507/F3 . *AstraZeneca*, no publicada

Sentencia TJCE de 22-5-2003 *Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GMBH y otros*. Cuestión Prejudicial C-462/99. Conclusiones del A.G. L.A. Geelhoed de 13-12-2001.

## **B**

Sentencia del TJCE de 21-1-99. *Carlo Bagnasco y otros c/ Banca Popolare di Novara, Soc. Cooperativa Srl (BPN)* Cuestiones Prejudiciales acumuladas C-215/96 y C-216/96, RJ 1999 p.

Sentencia TJCE. 9-4-87. *Basset c/. SACEM*. Cuestión Prejudicial C-402/85. RJ 1987 p. 1747. Conclusiones del Abogado General C.O.Lenz. 24-2-87

Decisión de la Comisión CE de 29-7-1987. *BBI/Boosey & Hawkes*. DOCE L286/36. 9-10-1987.

Decisión de la Comisión de 20-10-2004 *Bundesverband der Kurier-Express-Postdienste e.V. (BdKEP)/Deutsche Post AG* LK(2004)4001/3. Sobre restricciones en el servicio de preparación de correo.

Impugnada ante el TPI As. T-493/04.

Sentencia TJCE 25-11-1971. *Béguelin Import Co./SAGL Import Export*. Cuestión Prejudicial. RJ 1971 p. 0949.

Sentencia TJCE 16-9-1999. *Jean Claude Becu y otros*. Cuestión Prejudicial C-22/98 RJ 2000. Conclusiones del Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 25 de marzo de 1999 Asunto C-22/98 ap. 26

Sentencia TJCE 4-5-88. *Corine Bodson /Pompes Funébres*. Cuestión Prejudicial As. 30/87. RJ 1988 p. 2479. Conclusiones. Abogado General J.L. Cruz Vilaça 11-2-88.

Sentencia del TJCE de 15-12-1995. *Union Royale Belge des Sociétés de Football Association y otros c/ Jean-Marc Bosman y otros*. As. 415/93. Artículo 81

Decisión de la Comisión CE de 2.7.1984. *British Leyland*. DOCE L207/11 02.08.1984

Sentencia de 11-11-1986. *British Leyland Limited Company c/. Comisión de la C.E.* Causa 226/84. RJ 1986 p. 3263. Conclusiones del Abogado General Sr. Marco Darmon, presentadas el 8-7-1986.

Decisión de la Comisión CE 5-12-1988. *British Plasterboard Plc*. DOCE L052/42.

Sentencia TPI de 1-4-1993. *British Plasterboard Plc. /Comisión*. Caso. T-65/89. RJ 1993p. II-0389

Sentencia TJCE 6-4-1995. *BPB Industries Plc y British Gypsum Ltd*. Asunto C-310/93P. RJ 1995 P. I-0865. Conclusiones del Abogado General P.Leger de 31-12-1994.

Decisión de la Comisión CE de 26-2-1992. *British Midland c. Aer Lingus*. DOCE L096 de 10-4-1992 p. 34.

Decisión de la Comisión CE de 10-12-82. *British Telecommunications*. DOCE L360/36. 21-12-1982.

Sentencia TJCE de 20-03-1985. *United Kingdom Post Office and British Telecommunications c/. Comisión (o también Italia c/. Comisión)* Caso 41/83. ECR 880. Opinión del Abogado General M. Darmon de 16-1-1985.

Decisión de la Comisión CE 26-2-1992. *British Midland/Aer Lingus*. DOCE L096/34. 10-4-1992

Sentencia TJCE de 26-11-1998 Cuestión Prejudicial C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG, Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*. RJ 1998-7791. Opinión del AG Jacobs de 28 de mayo de 1.998.

Sentencia TJCE 21-3-1974. *Balgische Radio en Televisie c/. SV SABAM and NV Fornior*. Cuestión Prejudicial As. 127/73. RJ 1974 p. 313-320. Opinión Abogado General Mayras de 12-2-1974.

## **C**

Sentencia TJCE DE 18 Marzo de 1997. *Diego Cali & Figli Srl v Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*. Cuestión Prejudicial C-343/95 RJ 1997 – 547.

Sentencia TJCE de 8-6-2000. *Giovanni Carra y otros*. Cuestión Prejudicial C-258/98. RJ 2000. Pp.

Sentencia TJCE de 10-10-1978. *Hoffmann-La Roché c. Centrafarm*. Cuestiones Prejudiciales Acumuladas C-3/78., C-102/77, C-107/76, C-104/75, C-16/74, C-15/74 y C-24/67, RJ 1978 1139

Sentencia TPI 8-10-1996. *CEWAL, UKWAL, MEWAK Y AIWAST c/. Comisión*. As. T24 , 25 , 26, 28/93. RJ 1996 – II-1201.

Sentencia TJCE 16-3-2000. As. Acumulados C-395 y 396/96 P. *Compagnie Maritime Belge Transports SA y otros c/. Comisión CE*. RJ 2000 I-1365. Opinión del Abogado General Fennelly de 29-10-1998

Sentencia TJCE 28-3-1985. *CICCE*. As. 298/83. RJ 1985 p. 1105-1126. Opinión del Abogado General O. Lenz de 16-1-1985

Decisión de la Comisión CE de 2-6-2004. *Clearstream Banking AG y Clearstream International S.A. c/ Euroclear Bank S.A.*. Asunto 38096. Impugnada ante el TPI as. T-301/2004 el 24-07-2004.

Decisión de la Comisión de 22 de enero de 1997. As. IV/M.794 –*Coca Cola/Amalgamated Beverages GB*. N° 97/540/CE DOCE L 218/15 de 9-8-1997

Sentencia del TPI de 6-10-2005, *Sumitomo Chemical Co. Ltd. Y otros c/ Comisión*, As. T-22/02 y T-23/02.

Sentencia TJCE de 19-2-2002 *JCJ Wouters y otros*. Cuestión Prejudicial C-309/99.

Sentencia TJCE de 23-5-2000 *Entreprensförenngens Affalds/Miljosection (FFAD) y otros*. Cuestión Prejudicial C-209/98. RJ 2000.

Decisión de la Comisión CE de 17-12-1975. *United Brands Company* DOCE L95/1. P. 238.

Sentencia TJCE 26-6-1978. *United Brands Continental BV/Comisión*. Caso 27/76. RJ 1978 pág. 349. Opinión del Abogado General Mayras de 8-11-1977.

Decisión de la Comisión CE 1-4-1992. *Asociación De Armadores Daneses y el gobierno de Dinamarca*. DOCE L134/1. 18-5-92

Sentencia TJCE 7-3-1990. *GB-INNO-BM/Confederación de Comercio Luxemburguesa*. Cuestión Prejudicial C-362/88. RJ 1990 p. I-0667.

Sentencia del TJCE 17-5-1994. *Corsica Ferries Italia Srl. C. Corpo dei Piloti Del Porto di Genova* Cuestión Prejudicial As. C-18/93. RJ 1994 p. I-1783. Conclusiones del Abogado General W. Van Gerven de 9-2-1994.

Sentencia TJCE 18-6-1998. *Corsica Ferries France SA c/. Grupo Antichi Ormeggiatori del Porto di Genova Coop. Arl. Y otros*. Cuestión Prejudicial C-266/96. RJ 1998 p. I-3949

Casos Juntos C-56 y 58/64 *Consten and Grundig c/ Comisión CE* RJ1966 Pág. 299 – 341

Decisión de la Comisión de 9-12-1971 *Continental Can Company*. DOCE L 7/25 de 8-1-72.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 21-2-1973. *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. / Comisión* As. 6/72. RJ 1973 pp. 0215 – 0253. Opinión del A.G. Roemer de 21-11-1972.

Sentencia TJCE 19-5-1993. *Régie des Postes/Corbeau*. Cuestión Prejudicial C-320/91. R J 1993 p. I-2533.

Conclusiones del Abogado General Tesauro de 9-2-1993

Sentencia del TJCE de 5-10-1994. *Coopérative CEIAM Y Centre de la Crespelle*. Cuestión Prejudicial C-323/93 RJ 1994 p. I-5077. Conclusiones Abogado General Guzmán de 4-5-1994

D

Decisión de la Comisión CE 2-12-1988. *Racal Decca Marine Navigation*. DOCE L043/27. 15-2-1989.

Decisión de la Comisión de 20-4-2001 *Der Grüne Punkt-Duales System Deutschland AG DSD*. 2001/463/EC. DOCE 166/1 de 21-6-2001.

Sentencia del TPI de 24-05-2007. *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH/Comisión*. As. T-151/01. Rec. p. II-1607

Sentencia TJCE *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH/Comisión*. Conclusiones Del Abogado Sr. Yves Bot Presentadas El 31 De Marzo De 2009 Asunto C-385/07 P

Decisión de la Comisión CE 29-3-1994. *Deutsche Bundesbahn y otros*. DOCE L104/34 29-4-1994.

Sentencia TPI 21-10-1997 *Deutsche Bahn AG/Comisión*. As. T-229/94. RJ 1998

Sentencia del TJCE de 8-6-1971. *Deutsche Grammophon Gesellschaft c/ Metro-SB-Grobsmärkte GmbH Co. GK*. Cuestión Prejudicial 78/70. RJ 1971 Opinión del Abogado General Roemer de 28-4-1971.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de febrero de 2000 Cuestiones Prejudiciales acumuladas C-147/97 y C-148/97, *Deutsche Post AG y Gesellschaft für Zahlungssysteme mbH (GZS)* (asunto C-147/97), *Citicorp Kartenservice GmbH* (asunto C-148/97),

Decisión de la Comisión de 20-3-2001 *Deutsche Post AG*. 2001/354/CE. DOCE L 125/27 de 5-5-2001.

Decisión de la Comisión de 25-7-2001 *Deutsche Post AG*. 2001/892/CE. DOCE L 331/40 de 15-12-2001.

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20-03-2002. As. T-175/99. *UPS Europe S.A. c/Comisión de la CE y Deutsche Post AG*.

Decisión de la Comisión 2003/707/CE de 21-5-2003, Asunto COMP/C-1/37451, 37.578, 37.579 – *Deutsche Telekom AG*. DOCE 263/9 de 14-10-2003.

Confirmada por STPI as. T-271/2003 de 10 de abril de 2008. Apelada al TJCE, As. C-280/08-P

Decisión de la Comisión de 5-12-2001. *De Post-La Poste*. DOCE L61/32 de 2-3-2002. As. COMP/37.859.

Decisión de la Comisión de 11 de octubre de 2007 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 82 del Tratado CE (Asunto COMP/B-1/37.966 — *Distrigaz*) Diario Oficial de la Unión Europea C 9/8 15.1.2008

Comunicación publicada de conformidad con el artículo 27, apartado 4, del Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo en el Asunto COMP/B-1/37966 — *Distrigaz* Diario Oficial de la Unión Europea C 77/48 de 5.4.2007

Final Report of the Hearing Officer in case COMP/B-1/37.966 – *Distrigaz* (pursuant to Articles 15 and 16 of Commission Decision (2001/462/EC, ECSC) de 23 Mayo 2001 on the terms of reference of Hearing Officers

in certain competition proceedings . OJ L162, 19.06.2001, p.21)

Informe final del Consejero auditor en el asunto COMP/B-1/37.966 — *Distrigaz* (de conformidad con los artículos 15 y 16 de la Decisión 2001/462/CE, CECA de la Comisión, de 23 de mayo de 2001, relativa al mandato de los Consejeros auditores en determinados procedimientos de competencia — DO L 162 de 19.6.2001, p. 21) Diario Oficial de la Unión Europea 15.1.2008

## E

Sentencia TJCE de 17-11-1992. *España, Bélgica e Italia c. Comisión CE*. Casos Acum. C-271-90, C-281/90 y C-289/90.

Sentencia del TJCE de 15-9-1998. *European Night Services Ltd (ENS), y otros/Comisión CE*. As. Acum.T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94. RJ 1.998

## F

Decisión de la Comisión CE de la Comisión CE14-1-1998. *Flughafen Frankfurt/Main AG*. L72/30 de 11-3-1998

Sentencia TPI de 4-3-2003. As. T-319/99 *FENIN c. Comisión*.



Sentencia TJCE de 11-06-2006. *FENIN c. Comisión*. As. C-205/04 P. ECR 3006 I-6295.

Sentencia TJCE de 10-01-2006. Cuestión Prejudicial C-222/04, *Ministerio dell'Economie e delle Finanze y otros*.

Sentencia TJCE 31-3-1998. *República Francesa y Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) y otros/Comisión y otros*. As. Acumulados C-68/94 y C-30/95. RJ 1998 p. I-1375. Posición dominante colectiva.

Decisión de la Comisión CE 2004/33/CE de 27-08-2003. *Georg Verkehrsorganisation GmbH ("GVG")/Ferrovie dello Stato SpA ("FS")*. DOCE L11/17 de 16-1-2004. Compromisos presentados por Trenitalia de 2 de julio de 2003.

Decisión de la Comisión de 7-12-1988 *Vidrio Plano* DOCE L033 de 4-02-1989, p. 44.  
Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10-3-1992. *Società Italiana Vetro SpA y otros c. Comisión CE* Asuntos acumulados T-68/89, T-77/89 y T-78/89. RJ 1992 II 1403

## G

Sentencia del TJCE de 13-12-1991. *Régie des télégraphes et des téléphones c. GB-Inno-BM SA*. Cuestión Prejudicial C-18/88.

Sentencia TJCE 16-11-1977. *G.B. Inno-BM/ ATAB*. Cuestión prejudicial 13-77 RJ 1977 p. 2115.

Decisión de la Comisión CE 20.06.71. *Gema*. DOCE L134. 2-6-1971.

Decisión de la Comisión CE *Gema*. DOCE L 166/22

Decisión de la Comisión CE 4.12.1981. *Gema Estatutes*. DOCE L094/2. 8-4-82.

Sentencia TJCE *GEMA c. Comisión* As. 125/78 RJ 1979-3173.

Decisión de la Comisión CE de 19-12-1974. *General Motors Continental NV*. DOCE 1029/14. 03-2-1975.

Sentencia del TJCE de 13-11-1975. *General Motors Continental NV v. Comisión de las Comunidades Europeas* Caso 26/75. RJ 1975 p. 1367. Opinión del Abogado General Mayras de 29-10-1975.

Sentencia de 17-7-1997 *GT-Link A/S contra De Danske Statsbaner (DSB)* Cuestión prejudicial C-242/95. RJ 1997 p. I-4449

Decisión de la Comisión CE 10-11-1992. *Warner-Lambert/Gillete Company y otros*. DOCE L116/21. 12-5-93

Sentencia TJCE 15-12-1994. *Goettrup-Klim E.A. Grovwareforeninger contra Dansk Landbrugs Govvareselskab AmbA (DLG)* Cuestión Prejudicial As. C-250/92. RJ 1994 p. I-5641. Conclusiones del Abogado General Tesouro de 16-6-1994.

Sentencia TJCE de 12-12-1978. *Greenwich Film Production c/ SACEM*. Cuestión Prejudicial Caso 22/79 RJ 1979 pág. 3275. Opinión Abogado General Warner 4-10-1979

Decisión de la Comisión CE de 29-10-1981. *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH*. DOCE L370/49. 28-12-1981.

Sentencia TJCE 2-3-1983. *GVL c/. Comisión*. Caso 7/82. RJ 1983 p. 0483 – 0510. Opinión Abogado General Reischl 16-11-1982.

## H

Decisión de la Comisión de 23-07-2004. Caso COMP/A.36.568/D3 – Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg (Helsingborg Hamn AB), no publicada.

Decisión de la Comisión de 23-07-2004. Caso COMP/A.36.570/D3 – Sundbusserne v Port of Helsingborg (Helsingborg Hamn AB), no publicada

Decisión de la Comisión CE de 22-12-1987. *Eurofix-Bauco contra Hilti*. DOCE L65/19 11.03.1988.

Sentencia del TPI de 12-12-1991. *Hilti c/. Comisión*. As. T-30/89. RJ 1991 p. II-1439.

Sentencia TJCE de 2-3-1994. *Hilti c/ Comisión*. As. C-53/92P. RJ 1994 p. I-0667. Conclusiones del Abogado General F.G. Jacobs presentadas el 10-11-1993.

Sentencia TJCE de 23-4-1991. *Hoefner y Elser/Macroton*. Cuestión Prejudicial.C41/90 RJ 1991 p. I-1979.

Decisión de la Comisión CE N° IV/29.132, de 8-12-1977 *Hugin/Liptons*; 78/68/CEE, DOCE L022 de 27-01-1978, p. 0023.

Sentencia del TJCE de 31 de mayo de 1979 en el asunto C-22/78, *Hugin Kassaregister AB c/ Comisión CE*. Rec. p. 1979 1869.

Decisión de la Comisión CE de 9-6-1976. *Hoffmann-La Roche*. DOCE L223/27 de 18-8-1976.

Sentencia TJCE de 13-2-1979. *Hoffman-La Roche & Co. A.G. c/ Comisión de la CE*. Caso 85/76. RJ 1979 p. 459. Opinión del Abogado General Reischl de 19-9-1978 RJ 1979 pág. 563 y ss.

## I

Sentencia del Tribunal de Justicia 11-11-1981 *International Business Machines Corporation c. Comisión de la CE* Asunto 60/81. R.J. 1981 pag. 0715.

Decisión de la Comisión CE de 14-12-1972, *Istituto Chemioterápico Italiano SpA y Commercial Solvents Corporation*. DOCE L299/51 31.12.72.

Sentencia del TJCE de 6-3-1974. *Istituto Chemioterápico Italiano SpA y Commercial Solvents Corporation c/ Comisión de la CE*. Casos juntos 6 y 7/73. RJ 1994 p. 223. Opinión del A.G. Warner de 22-1-1974.

Decisión de la Comisión CE de 19-12-1990. IV/33.133-D, *Ceniza de Sosa---ICI*. N° 91/300/CEE DOCE L152/40 de 15-6-1991

Decisión de la Comisión CE de 19-12-1990 IV 33-133-C, *Ceniza de sosa---Solvay* N° 91/299/CEE DOCE L152/21 de 15-6-1991

Decisión de la Comisión CE de 19-12-1990. *Ceniza de sosa*. N° 91/297/CEE DOCE L152/1 de 15-6-1991.

Sentencia TPI 29-06-1995 *Ceniza de Sosa-ICI c/ Comisión* As. T-37/91 RJ I-1901.

Sentencia del TPI. 29-6-1995 *Ceniza de Sosa c/ Comisión*. As. 31/91 RJ II 1821.

Sentencia del TPI de 29-6-1995 *Ceniza de Sosa- Solvay c. Comisión*. As. 32/91 RJ II-1825.

Sentencia TJCE de 6-4-2000 *Imperial Chemical Industries Plc (ICI) c. Comisión*. As. C-286/95 P, RJ 2000

Sentencia TJCE de 6-4-2000 *Solvay c. Comisión*, As. C-287/95 P y C-288/95 P RJ 2000.

Comunicado de Prensa de la Comisión IP/00/1449 de 13-12-2000.

Las decisiones fueron anuladas por el TJCE y han sido sustituidas por :

Decisión de la Comisión CE de 13-12-2000. *Ceniza de Sosa---ICI*. N° 33.133-D. DOCE L 10 pág.33-50 de 15-1-2003

Decisión de la Comisión CE de 13-12-2000 *Ceniza de sosa---Solvay* N° 33.133-C. DOCE L 10 pag. 10-32 de 15-1-2003

Decisión de la Comisión CE de 13-12-2000. *Ceniza de sosa-CFK*. N° 33.133-B. DOCE L 10 pag. 1-9 de 15-1-2003.

Decisión de la Comisión de 15-7-1975. *Reglas IFTRA para productores de aluminio virgen*. DOCE I 228 DE 29-8-1975 P. 3-16. Sobre el artículo 81

Sentencia del TPI de 30-11-2000 As. T-5/97 *Industrie des Poudres Sphériques c/ Comisión CE y Péchiney électrométallurgie* RJ 2001.

Notas de Prensa MEMO/08/83 de 12-02-2008, Caso COMP/39493 – Intel/detallistas y MEMO/07/314 de 27/07/2007, Caso COMP/37990 – Intel. “La Comisión confirma el envío de la Declaración de Objeciones a Intel.”

Decisión de la Comisión CE de 14-5-1997. *Irish Sugar Plc*. DOCE L258/1 de 22-9-1997

Sentencia TPI 7-10-1999. *Irish Sugar Plc c/ Comisión CE* As. T-228/97. RJ 1999-II-2969.

Decisión de la Comisión de 4-10-1995 *GSM Italia* N° 95/489/CE. DOCE L 280 de 23-11-1995. P. 49-57.

Sentencia TPI de 17-7-1998, *ITT Promedia NV/Comisión* AS. T-111/96. RJ 1998.

## K

Sentencia Del Tribunal De Justicia (Sala Cuarta) de 11 de diciembre de 2008 Cuestión Prejudicial C-52/07, *Kanal 5Ltd, TV 4 AB y Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) u.p.a.*,

Sentencia TPI de 30-3-2000. *Kish Glass & Co. Ltd. /Comisión*. As. T-65/96. RJ 2000.

## L

Decisión de la Comisión de 23-10-2001. *La Poste*. DOCE L120/19 de 7-5-2002.

Sentencia TPI 24-1-1995. *Landbroke Racing Deutschland Ost GmbH./Comisión* As.T-74/92. RJ 1995 pp. II-0115.

Sentencia TPI 18-9-1995. *Landbroke Racing Deutschland Ost GmbH./Comisión* As.T-548/93. RJ 1995 pp. II-2565.

Sentencia TPI 12-6-1997. *Landbroke Racing Deutschland Ost GmbH./Comisión* As.T-504/93. RJ 1997 pp. II-0923

Sentencia TPI de 26-01-2005 As. T-193/02. *Laurent Piau c/ Comisión CE y FIFA*

Sentencia del TJCE de 11-12-1980. *NV L'oréal and S.A. L'oréal c/. PVBA de Nieuwe AMCK*. Cuestión Prejudicial. 31/80. RJ 1980 pp. 3775 y ss. Opinión del Abogado General Reischl de 15-10-1980

Sentencia del Tribunal de Justicia 13-7-1989. *Francois Lucazeau y otros c/ Societé des Auteurs Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM)*. As. Acumulados 110/88, *SACEM c/ Lucazeau*, 241/88, *SACEM c/. Debelle* y 242/88, *SACEM c/. Somagnac*. RJ 1989 p.2811. Conclusiones del Abogado General F.G. Jacobs de 26-5-1989.

## M

Sentencia 3-2-1976. *Pubblico Ministero/Flavia Manghera y otros*. Cuestión Prejudicial. 59/75. RJ 1976 p. 91-103.

Sentencia TJCE 5-10-88. *Maxicar y otro c/. Renault*. Cuestión prejudicial 53/87.RJ 1988 pp. 6039 . Conclusiones Abogado General Jean Mischo. 21-6-88.

Sentencia de 13-7-1989. *Ministerio Público/Tournier*. Asunto 395/87. RJ. 1989 pag. 2521.

Cuestión Prejudicial C-53/03 *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) y otros contra Glaxosmithkline AEVE* de 31-05-2005. Conclusiones del A.G. F.G. Jacobs presentadas el 28 de octubre de 2004.

Sentencia TJCE (Gran Sala) de 16 de septiembre de 2008 , en los asuntos acumulados C-468/06 a C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia EE y otros contra GlaxoSmithKline AEVE Farmakeftikon Proïonton..* Conclusiones del Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer , presentadas el 1 de abril de 2008.

Decisión de la Comisión de 26-6-1990. *Metaleurop S.A.* DOCE I 179 DE 12-7-1990 Pág. 41-43.

Sentencia del TJCE de 22-10-1986. *Metro SB-Grossmarkte GmbH & KG/ Comisión* . Caso 75/84. RJ 1986 p. 3021.

Sentencia TJCE de 25-10-1977. *Metro SB-Grosmaerkte GmbH & Co KG/Comisión*. Caso 26/76. RJ 1977 p. 1875-1919. Opinión del Abogado General Reischl de 9-6-1977

Decisión de la Comisión de 7-10-1981. *NV Nederlandsche Baden Industrie Michelin*. DOCE L353/33 9.12.81

Sentencia TJCE de 9-11-1983. *Caso NV Nederlandsche Baden Industrie Michelin v. Comisión de la CE*. Causa 322/81. RJ 1983 p. 3461 y ss. Opinión del Abogado General Verloren Van Themaat de 21-6-1983.

Decisión de la Comisión de 20 de junio de 2001. *Michelin*. N°36.041 (2002/405/CE). DOCE L143/1 de 31.5.2002.

Sentencia TPI de 30-09-2003. *Caso Manufacture française des pneumatiques Michelin c/ Comisión CE*. As. T-2003/01.

Decisión de la Comisión CE de 24-03-2004, caso COMP/C-3/37.792 *Microsoft Corporation/Sun Microsystems*.. disponible en internet [www.europa.int/](http://www.europa.int/)

Decisión de la Comisión de 24-05-2004, Caso COMP/C-3/37.792. *Microsoft Corporation*, DOCE L032

Sentencia TPI de 17-09-2007, As. 201/2004. *Microsoft y otros c. Comisión y otros*.

Decisión de la Comisión CE de 27 de febrero de 2008 fijando la cantidad definitiva de penalización periódica que deberá pagar Microsoft Corporation, impuesta por la Decisión de la Comisión de 24-03-2004, caso COMP/C-3/37.792 *Microsoft Corporation/Comisión y Sun Microsystems*.

Sentencia TJCE de 01-07-2008, Cuestión Prejudicial C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) y Elliniko Dimosio*.

Decisión de la comisión de 9-11-1994 *MSG Media Service*. DOCE L364 de 31-12-1994 pag. 1-21.

Decisión de la Comisión CE de 20-7-1999. *Copa del Mundo de Fútbol 1998*. DOCE L5/55 de 8-1-2000.

## N

Decisión de la Comisión CE de 18-7-1988. *Napier Brown c/ British Sugar*. DOCE L284/41. 19-10-88.

Decisión de la Comisión de 3-7-2001. *NDC Health/IMS Health*. Caso COMP D3/38044: medidas intermedias. DOCE de 28-02-2002 L59/18.

Decisión de la Comisión de 13-08-2003, DOCE de 18-10-2003. L 268/69 *NDC Health/IMS Health*: Medidas intermedias. Caso COMP D3/38044. Anula la Decisión de 03-07-2001.

Comunicado de Prensa IP/03/1159 de 13-08-2003. Ya no es necesaria la intervención de la Comisión para que *NDC Health* pueda competir con *IMS Health*.

Orden del Tribunal de Primera Instancia de 11-04-2002, As. C-481/01 P(R)\_1. *NDC Health Corp. y NDC Health/IMS Health Inc. Y Comisión*.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 29-4-2004, Cuestión Prejudicial C-418/01 *IMS Health GmbH & Co. OHG/NDC Health GmbH & Co. KG*.

Opinión del Abogado General Tizziano de 02-10-2003.

## O

Sentencia TJCE 10-11-1993. *Otto BV/Postbank NV*. Cuestión Prejudicial C-60/92. RJ 1993 p. I-5683. Conclusiones del Abogado General Claus Gulmann

## P

Sentencia TJCE de 29-2-1968 *Parke, Davis & Co. Y otros c. Probel*. Cuestión Prejudicial 24/67. RJ 1968 p. 0055. Opinión del Abogado General Roemer de 7-2-1968

Decisión de la Comisión 90/16/CEE de 20-12-1989, relativa a la prestación en los *Países Bajos* de servicios de correo rápido. (DOCE L 10/47 de 12-1-1990).

Sentencia de 12-2-1992. *Países Bajos y otros c/Comisión*. Ass. C-48/90 y C-66/90. RJ 1992 p. I-0545 Conclusiones del Abogado General Walter Van Gerven de 16-10-1991.

Sentencia del Tribunal de 17 May 2001 Cuestión Preliminar C-340/99, *TNT Traco SpA y Poste Italiane SpA*, y otros

Decisión de la Comisión CE de 21-12-2000. *Poste Italiane SpA*. DOCE L 063 de 03/03/2001 p. 53-66. Comunicado de Prensa de 24-7-2001. IP/ 01/1057. *Italia aplica la Decisión de la Comisión sobre la prestación de nuevos servicios postales en Italia*.

Sentencia TJCE de 17-2-1993 *Christian Poucet c/ Assurances Generales de Francia y otros*. Cuestión Prejudicial C-159 y 160/91. RJ 1993 pág. I-637 y ss.

Sentencia TJCE de 21-9-1999 *Albany International BV c/ Stichting Bedrijfspensionenfonds Tertiëindustrie y otros*. Cuestión Prejudicial C-67/96. RJ 1999.

Sentencia TJCE de 21-9-1999. *Maatschappij Drijvende Bokken BV/Stichting y otros*. Cuestión Prejudicial C-219/97. RJ 1999.

Sentencia TJCE de 21-9-1999. *Brentjens' Handelsonderneming BV c/ Stichting 1999 y otros*. Cuestión Prejudicial C-115 y 117/97. RJ 1999.

Sentencia TJCE 10-12-1991. *Merci Convenzionali Porto di Genova Spa/Siderurgica Gabrielli SpA*. “Puerto de Génova I”. Cuestión Prejudicial C-179/90. RJ p. I5889.

Sentencia TJCE 18-3-1997. *Puerto de Genova*. “Puerto de Génova II” Cuestión Prejudicial C- 343/95. RJ 1997. Conclusiones del Abogado General Walter Van Gerven de 19-09-1991.

Decisión de la Comisión de 12-4-1999, *P&I Clubs, IGA*. DOCE L125, 19-05-1999 p. 12-31.

## R

Sentencia TJCE de 16 de enero de 2003, asunto C-388/01, *Comisión de las Comunidades Europeas c. República Italiana*.

Decisión de la Comisión CE de 21-12-93. *Rödby-Puttgarden*. DOCE L055/52. 26-2-94

Decisión de la Comisión CE de 21-12-1988. *ITP, BBC, RTE*. DOCE L078/43.

Sentencia del TPI de 10-07-1991. *Radio Telefís Eirean c/ Comisión*. As. T-69/89. RJ 1991 p. II-0485

Sentencia del TPI de 10-07-1991. *Independent Television Publications c/Comisión*. As. T-76/89 RJ 1991 p. II-0575. Sentencia del TPI de 10-07-1991. *British Telecommunications c/Comisión*. As. 70/89. RJ 1991 p. II- 0535.

Sentencia del TJCE de 06-4-1995. *RTE e ITP/ Comisión* As. Acum. C-241/91P y C-242/91P RJ 1995 p. I-0743.

Conclusiones del Abogado General Clauss Gulman de 1-6-1994.

Sentencia del TJCE de 13-12-1991. *Régie des télégraphes et des téléphones c. GB-Inno-BM S.A.*. Cuestión Prejudicial C-18/88 RJ 1991 – 5941..

## S

Decisión de la Comisión CE de CE 4-11-1988. *London-European-Sabena Belgian World Airlines*. 88/589/CEE. DOCE L317/47. 24-11-88.

Decisión de la Comisión de 12-08-2002, COMP/C2/37.219 *Banghalter & Homem Christo c/ SACEM*

Sentencia del TJCE de 30-04-1974. *Sr. Sachi/Italia*. Cuestión Prejudicial 155/73 RJ 1974. Pág. 409. Opinión Abogado General Reischl de 20-3-1974

Decisión de la Comisión COMP/A.36.568/D3 *Scandlines Sverige AB c. Porto f Helsinborg*. De 23-07-2004.

Decisión de la Comisión CE de 21-12-1993. *Sea Containers Ltd./Stena Sealink*. DOCE L015/8. 18-1-1994.

Sentencia TJCE de 22-1-2002. *Cisal di Battistello Venanzio & C.Sas. y otros*. Cuestión Prejudicial C-218/2000. RJ 2003.

Decisión de la Comisión de 12-02-2004, *Alenia c/. Eurocontrol*, Asunto COMP/36.751 no publicada.

Sentencia TPI (Sala Segunda) de 12-12-2006 Asunto T-155/04 SELEX Sistemi Integrati SpA, anteriormente denominada Alenia Marconi Systems SpA, c/.Comisión de las Comunidades Europeas

Sentencia TJCE (Sala Segunda) de 26-03-2009 Asunto C-113/07 P, *SELEX (Sistemi Integrati SpA) c/ Comisión de las Comunidades Europeas*. Conclusiones de la Abogado General: Sra. V. Trstenjak de 03-08-2008

Sentencia del TJCE de 18-02-1971. *Sirena Company c. Eda*. Cuestión Prejudicial As. 40/70 RJ 1971-69. Opinión del Abogado General Dutheillet de Lamothe de 21-1-1971

Sentencia TJCE de 5-10-1995. *Centro Servizi Spediporto Srl/Spedizioni Marittima del Golfo Srl*. Cuestión Prejudicial C-96/94. RJ 1995 p. I-2883.

Sentencia TPI de 25-3-1999. *Gencor Ltd. c/Comisión y otros*. As. T-102/96. RJ 1999. II-753 Reglamento de concentraciones.

Decisión de la Comisión CE de 2-1-1973. *Société Anonyme Générale Sucrière y otros*. DOCE L140/17 de 26-5-73

Sentencia TJCE de 16-12-1975. *Société Anonyme Générale Sucrière y otros*. Asuntos acumulados 40-48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73 RJ 1977 p. 1663. Opinión del Abogado General Warner entregada el 15-2-1975. Opinión del Abogado General Mayras entregada el 16 y 17 de junio de 1975

Decisión de la Comisión COMP/A.36570/D3 *Sundbusserne c. Port of Helsinborg* de 23-07-2004.

Sentencia TJCE de 23-5-2000. As. C-209/98. *Sydhavnens Sten & Grus ApS y otro*. Cuestión Prejudicial C-209/98. RJ 2000.

## T

Decisión de la Comisión CE de 16-9-1998. *Trans-atlantic Conference Agreement c. Comisión*. DOCE L95 de 09-04-1999. P.0001I. Celex 399DO243- N° IV/35134.

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30-09-2003. As. Acumulados T-191/98 y T-212/98 a T-214/98, *Atlantic Container Line AB y otros c/ Comisión CE y European Council of Transport Users ASBL* RJ 2003.

Sentencia TJCE de 3-10-85. *Compagnie Luxembourgeoise de télédiffusion S.A. (CLT)*. As. 311/84. RJ 1985 p. 3261 - 3279. Opinión Abogado General Lenz 22-7-85

Decisión de la Comisión de 26-7-1988. *Tetra Pak/Elopak*. DOCE L272/27 4.10.1988.

Sentencia TPI. De 10-7-1990. *Tetra Pak Rausing SA. C/ Comisión*. As. T51-89. RJ 1990 p. II-309. Conclusiones del Juez de TPI Heinrich Kirschner de 21-2-1990

Decisión de la Comisión CE de 24-7-1991. *Tetra Pak II*. DOCE L72/1 de 18.3.92

Sentencia TPI de 6-10-1994 *Tetra Pak II/Comisión*. Asunto T-83/91 RJ. 1994 p. II-755.

Sentencia TJCE de 14-11-1996. *Tetra Pak International SA./Comisión* As. C-333/94P. RJ 1996 p. I-5951.

Conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer de 27-6-1996.

## U

Sentencia TJCE 27-10-1993. *Procurador del Rey c/Jean Marie Lagauche y otros*. Cuestión Prejudicial C-46/90 y C-93/91. RJ 1993 pag. I-05267.

Decisión de la Comisión CE de 12-7-1989. *UIP*. DOCE L226 de 03-08-1989 p. 025.

## V

Decisión de la Comisión CE de 11-3-1998 *Van den Bergh Foods Limited (98/531/CE) L246/1 4.9.1998*.

Sentencia TPI de 23-10-2003, as. 65/98. *Van Den Bergh Foods Limited c/ Comisión CE y otros*. RJ 2003. Impugnada ante el TJCE por Unilever Bestfood, antigua HB Icecream Limited, el 29-12-2003, As. C-552/03-P

Sentencia TJCE de 12-12-2000, *Masterfoods Ltd. c/ HB Ice Cream Ltd* Cuestión Prejudicial C-344/98. Opinión del Abogado General Cosmas en Masterfoods Ltd.

Decisión de la Comisión CE de 14-7-1999. *Virgin/British Airways*. DOCE L030 de 04-02-2000 p. 1-24.  
Sentencia del TPI de 17-12-2003, As. T-219/99 *British Airways Plc. c/. Comisión CE y Virgin Atlantic Airways Ltd.*. RJ 2004.

Sentencia TJCE (Sala Tercera) de 15 de marzo de 2007. As. C-95/04 P. Conclusiones del Abogado General Kokott, presentadas en audiencia pública el 23 de febrero de 2006.

Sentencia TJCE de 05-10-1988. *ABVolvo c. Erik Veng Ltd.* As.238/87 RJ 1988-6211 Conclusiones del Abogado General Jean Mischo de 21-6-1988

## **W**

Decisión de la Comisión de 16 de julio de 2003, Asunto COMP/38.233 *Wanadoo Interactive*.

Sentencia TPI de 30-01-2007 *France Télécom S.A. c. Comisión CE* As. T-340/03. [2007] E.C.R. II-107.

Sentencia TJCE de 02-04-2009 *France Télécom S.A. c. Comisión CE* As. C-202/07 Conclusiones del Abogado General Sr. Ján Mazák presentadas el 25-09-2008

## **Z**

Sentencia TJCE de 14-7-1981. Caso *Gerhard ZüchNer v. Bayerische Verinsbank AG*. Causa Prejudicial 172/80. RJ 1981 p. 2021-2034. Opinión del Abogado General Sir Gordon Slynn de 3-6-1981.

## BIBLIOGRAFIA

### *Tratados*

- Günther Hirsh, Frank Montag, Franz Jürgen Säcker. *Competition Law: European Community Practice and Procedure*, Ed. Sweet & Maxwell. Londres 2008
- Valentine Korah. *An introductory guide to EC Competition, Law and practice*. Ed. Sweet and Maxwell. Ninth Edition. Oxford 2007
- “La modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea”. Directores: Santiago Martínez-Lage y Amadeo Petitbó Juan. Autores: Jesús Alfaro Águila-Real, Rafael Allendesalazar Corcho, Ricardo Alonso Soto, Marcos Araujo, José María Beneyto, Luis Berenguer Fuster, Helmut Brokelmann, Francisco Cabrillo, Francisco Cantos Baquedano, Lluís Cases, Antonio Creus, Cani Fernández, Alejandro Fernández de Araoz, Juan Manuel Fernández López, Marisol Fernández-Aragoncillo, Jaime Folguera, Emiliano Garayar Gutiérrez, Jordi Gual, Inmaculada Gutiérrez, José María Jiménez Laiglesia, Juan Jiménez Laiglesia, Fernando Jiménez Latorre, Atilano Jorge Padilla, Sabiniano Medrano Irazola, Miquel Montaña Mora, Luis Ortiz Blanco, Jaime Pérez Bustamante Köster, Matilde Sánchez Gutiérrez, José Eugenio Soriano García. Edita: Marcial Pons y Fundación Rafael del Pino, Madrid. 2005
- Luis Antonio Velasco San Pedro y otros. *Derecho Europeo de la Competencia (Antitrust e Intervenciones Públicas)*, Madrid 2005, Ed. Lex Nova.
- José María Beneyto Pérez y Gerónimo Maillo González-Orus. *Tratado de Derecho de la Competencia*. Tesys Industria Gráfica. Barcelona. 2005.
- Massimo Motta. *Competition Policy, Theory and Practice*. 2004. Cambridge. U.K.
- D.G. Goyder. *E.C. Competition Law* 2nd. Edition. Oxford European Community Law Series. 2003. U.K.
- Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*. Editorial Colex. Madrid 2003.
- Richard Whish. *Competition Law* 5<sup>th</sup> Ed. Butterworths. 2003. Londres U.K.
- Mark Furse. *Competition Law of the UK and EC*. Oxford, U.K. 2002.
- Richard Blasselle. *Traité de Droit Européen de la Concurrence*. Tomo I. Publisud. Paris. 2002.
- Alison Jones y Brenda Sufrim. *EC Competition Law. Text, Cases and Materials*. Oxford 2001
- Bellamy, C. W., Child, G.D. *Common Market law of Competition*, 4<sup>a</sup> ed. Editado por Sweet & Maxwell, Londres y Nueva York, 2001.
- Valentine Korah. *An introductory guide to EC Competition, Law and practice*. Ed. Hart Publishing. Oxford 2000.
- Jonathan Faull, y Ali Nikpay. *The EC Law of Competition*. Oxford University Press. 1999
- José Lennard Ritter y David Braun. *E.C. Competition Law*. Bruselas 1999.
- Paul M. Taylor BA, M. Phil, M. Jur. *EC and UK Competition Law and Compliance: A Practical Guide*. Sweet & Maxwell. Londres. 1999.
- Marie Chantal Boutard Labarde. *Le Droit de la Concurrence de la CEE*. 6<sup>o</sup> Ed. 1998 Cap. 3. L'exploitation abusive des positions dominantes.
- M.Waelbroeck y A. Frignani. *Derecho de la Competencia* Tomos I y II. Edit. Bosch. Barcelona. 1998. Versión española por Ignacio Sáenz Cortabarría Fernández y Marta Morales Isasi.
- Michael Waelbroeck y Aldo Frignani. *Le Droit de la communauté Européenne*. Tomo. 4. Concurrence. Commentaire J. Mégret. 2nd. Ed. Etudes Européennes. 1997. Bruselas.
- Giuliano Amato. *Antitrust and the Bounds of Power. The dilemma of liberal Democracy in the history of the market*. Oxford. 1997. Hart Publishing.
- Smit-Herzog. *The Law of the European Community*. A Commentary. Tomo 2. Julio 1997. Salzburg-Austria Matthew Bender Editor.
- Stephen Davies y Bruce Lyons. *Industrial Organization in the European Union*. 1996. Oxford.
- Valentine Korah. Introducción al Derecho y Práctica de la Competencia en la CEE. 1996. Londres. Ed. Sweet and Maxwell.
- Bellamy & Child. *Competition Law* 3rd. Ed. 1996. Sweet and Maxwell.
- Ralph Blake Ved p. Nanda. *European Union Law after Maastricht. A practical Guide for Lawyers Outside the Common Market* Stephen Johnson. Kluwer Law Institute. London 1996, cap. 9.
- Luis Fernández de la Gándara y Alfonso-Luis Calvo Caravaca. *Derecho Mercantil Internacional*. Ed. Tecnos 1995. Pp. 397-423.
- Dorothy Livingston y Jonathan Scott. *Competition Law and Practice*. Law and Tax. 1994
- Barry Hawk. *United States Common Market and international antitrust*. 1994. Prentice Hall Law & Business.
- Fernández-Lerga Garralda. *Derecho de la competencia en la CEE* Cap. III. El Abuso de Posición Dominante. 1994



- Valentine Korah. *An introductory guide to EC Competition, Law and practice*. Ed. Sweet and Maxwell. Oxford 1994
- Valentine Korah. *Cases and Materials on EC Competition Law*. Sweet and Maxwell 1.994
- Berthold Goldman, Antoine Lyon-Caen, Louis Vogel. *Droit Commercial Européen*. 5<sup>e</sup> Ed. Ed. Précis Dalloz. 1994 Paris.
- Phedon Nicolaidis. *The Competition Policy of the European Community* Van der Klugt Editors. European Institute of Public Administration. 1994.
- D.G. Goyder. *E.C. Competition Law* 2nd. Edition. Oxford European Community Law Series. 1993. U.K.
- Richard Whish. *Competition Law* 3<sup>rd</sup>. Ed. Butterworths. 1993. Londres U.K.
- Ivo Van Bael y Jean François Bellis *Competition Law of the EEC* 2<sup>a</sup> Ed. 1990, 1993.
- Louis et Joseph Vogel. *Le Droit Européenne des Affaires* Ed. Dalloz. 1992. Paris.
- D.M. Raybould and Alison Firth. *Law of monopolies: Competition Law and Practice in the USA, EEC, Germany and the U.K.* 1.991 Londres. U.K.
- Rémy Bouscant. *Le Contrôle des Entreprises en Position Dominante Dans la République Fédérale D'Allemagne*. Bruylant - Bruselas 1991.
- Roger Alan Boner y Reinald Krueger. *The Basics of Antitrust Policy. A Review of Ten Nations and the European Communities* World Bank Technical Paper No. 160 Washington DC. 1991
- Ivo Van Bael y Jean François Bellis *Competition Law of the EEC* 2<sup>a</sup> Ed. 1990, p. 404. (Buscar ficha del libro)
- Vogel, Louis. *Droit de la Concurrence et concentration économique*. Paris, 1988
- Christian Gavalda, Gilbert Parleani. *Droit Communautaire des Affaires*. 1988. Paris. Ed. Litec.
- Helen Papaconstantinou. *Free Trade and Competition in the EEC*. Law Policy and Practice Ed. Routledge. London and New York. 1988.
- Ignacio Font Galán. *Constitución Económica y Derecho de la Competencia*. 1987 Ed. Tecnos
- Ignacio Font Galán *La libre competencia en la CEE*. Zaragoza 1.986.
- Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano. "Normas sobre competencia" en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo* .Dirigido por Eduardo García De Enterría y otro. Tomo II.1986
- Stephen Pickard. *Iniciación a la Política de competencia de la CEE*. Formularios y Manuales Prácticos. Editorial Civitas. 1986.
- Pellicer Zamora, R. *Derecho Comunitario de la Competencia*. Madrid 1.986
- N. Green. *Antitrust Law*. Londres. 1986
- John Agnew. *Competition Law*. London. 1985.
- J. Schapira, G. Le Tallec, J-B Blaise y L. Idot. *Droit Européene des Affaires*. P.U.F. 1984-Paris.
- Berthold Goldman y Lyon Caen. *Derecho Comercial Europeo*. Madrid 1984.
- Michel Glais y Philippe La-urent. *Traité d'Économie et de Droit de la concurrence*. Presses Universitaires de France. Paris 1.983.
- Valentine Korah. *Competition Law of Britain and the Common Market*. 13<sup>a</sup> Ed. Revisada. 1982. E.d Sweet and Maxwell. Londres
- Xavier de Roux et Dominique Voillemot. *Le Droit de la concurrence de la Cee* 4<sup>e</sup> ed. 1982. Gide, Loyrete, Novel Er.
- Bellamy & Child. *Competition Law* 2nd. Ed. 1978. Sweet and Maxwell.
- F. Mádl. *The Law of the European Economic Community*. Budapest. 1978,
- Braun-Gleiss-Hirsch. *Droit des Ententes de la CEE* 1.977.
- Guyénot y d'Evegnée. *Competition Law as it applies to entreprises*. 1976
- Joaquín Garrigues *Derecho Mercantil* . Madrid. Imprenta Aguirre. 1976
- Jacques Vandamme, y Maurice Guerrin . *La réglementation de la concurrence dans la C.E.E*. Presses Universitaires de France. 1974.
- Jacques Bañadme y Maurice Guerrin. « *La Réglementation de la concurrence dans la C.E.E.* ». Presses Universitaires de France 1974.
- Xavier de Roux et Dominique Voillemot. *Le Droit de la Concurrence des Communautés Européenne*. Gide-Loyrette-Nouel 1972.
- J.V. Louis, D. Vignes y M. Waelbroeck *Le Droit de la communauté Economique Européenne* Vol. 4. Concurrence. J. Mégret. Université Libre de Bruxelles. *Regles applicables aux entreprises*. 1972, p.67, N° 13.
- A.Marchini-Camia "La Concentration Industrielle, les positions dominantes sur le marché et le droit antitrust: L'expérience américaine et les problèmes européens". En *Rev. Trim. Dr. Eur*. 1971. Pp.353.
- René Joliet. *Monopolization and Abuse of a Dominant Position. A Comparative Study of the American and European Approaches to the control of Economic Power* Faculté de Droit, Liège. La Haye 1970..
- Jean Pierre Dubois. *La Position dominante et son abus* Libraires Techniques . 1968. Paris..

### **Política de competencia**

Ricardo Alonso Soto, "La nueva Ley de Defensa de la Competencia". En *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. La Ley. Nº1. Año 2007/1. Págs.21-38

Laurence Boy. "Abuse of market power. Controlling dominance or protecting competition?" en *The Evolution of European Competition Law*. Editado por Hans Ullrich 2006.

Ricardo Alonso Soto. "El interés público en la defensa de la competencia" en *La modernización del derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*. Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbó Juan (Directores). Fundación Rafael del Pino. 2005. Págs. 31-46.

Francisco Cabrillo. "Objetivos de una política de defensa de la competencia" en *La modernización del derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*. Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbó Juan (Directores). Fundación Rafael del Pino. 2005. Págs. 21-30.

Katalin Judith Cseres. *Competition Law and Consumer Protection*. European Monographs. 2005.

Capítulo 4

Mario Monti. "Proactive Competition Policy and the role of the Consumer." European Competition day. Dublin, 29 de abril de 2004. Disponible en <http://europa.eu.int>.

Mario Monti. "A reformed competition policy: achievements and challenges for the future." *Competition Policy Newsletter*. Nº 3. otoño 2004.

Sobre política respecto a la modificación del abuso: Mario Monti. "International Antitrust – A Personal Perspective" Fordham Corporate Law Institute. New York, 7-10-2004, disponible en <http://europa.eu.int>.

Philip Lowe. "Current Sigues of EU Competition Law-The New Competition Enforcement Regime" En *North Western Journal of Internacional Law and Business*.2004.

Michael Hutchings. "The Competition Between Law and Economics" en *E.C.L.R.* 2004, págs. 531-3.

Fernando Díez Estella, "Los objetivos del derecho antitrust" en *GJ* 2003, nº 224 p. 32-52.

William J. Kolasky. "What is Competition?". Conferencia dictada en el *Seminar on Convergence*. En La Haya, Holanda el 28-10-2002.

William J. Kolasky. "North Atlantic Competition Policy: Converging Toward What?" Conferencia dictada en el *BIICL Second Annual International and Comparative Law Conference*. El 17-05-2002, en Londres, Inglaterra, disponible en Internet.

Mario Monti. *Antitrust in the US and Europe: a History of Convergence General Counsel Roundtable American Bar Association*. Washinton DC, 14-11-2001. Internet European Comission Press Releases. Speech/01/540.

Mario Monti. "Competition and Consumer: the case of Pharmaceutical Products". European Competition Day in Antwerpen. 11-10-2001.

Christian Ahlborn, David S. Evans y Atilano Jorge Padilla. "Competition Policy in the New Economy: Is European Comnpetition Law up to the Challenge?" *E.C.L.R.* 2001. Pp. 156 y ss.

Jean-François Pons. *European Competition Policy in the New Economy*. International Competition Policy Conference 2001. Oxford.

Raúl Hernández Martín y Carlos E. Alonso Rodríguez. "Integración Económica y Bloques Regionales". En *Diez Lecciones sobre la Economía Mundial* José Antonio Alonso. Civitas. Madrid 2.000

Rein Wesseling *The Modernisation of EC Antitrst Law*. Hart Publishing Oxford 2000.

Ulrich Immenga. "El Derecho del mercado". En *RDM*. Enero-Marzo 2000. Nº 235. Págs. 7-26.

Ferran Brunet. *Curso de Integración Europea* Madrid. 1999.

W.Baer y D.Balto. "The Politics of Federal Antitrust Enforcement". En *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1.999.

Fred. S.McChesney. "Economics vs. Politics in antitrust" .en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1.999

Frank H.Easterbrook. "Does Antitrust have a comparative advantage?". En *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1.999

Lino A. Graglia. "Is Antitrust Obsolete?." en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1.999

Fred L. Smith, Jr. "The Case for Reforming the Antitrust Regulations (if repeal is not an option)" en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1.999

Herbert Hovenkam. "The Objectives of Competition Policy" en *European Competition Law Annual*. 1998. págs. 417- 432.

Michael Waelbroeck. "The Objectives of Competition Policy" en *European Competition Law Annual*. 1998. págs. 585-593.

Fernando Díez Romero CISS Mercado Común *Derecho de la Competencia*. Valencia. 1995.

Ian S. Forrester. "Competition Structures for the 21st. Century". Fordham Corporate Law Institute 1994. Pp. 445 - 503.

David Young and Stan Metcalfe. *Competition Policy en The Economics of the Euroepan Union. Policy and Analysis*. Editd by M.J. Artis and Norman Lee. Oxford University Press. 1994..

Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Luis Fernández de la Gandara. *Política y Derecho de la competencia en la C.EE.: una aproximación*. En *Revista General del Derecho*. 1993pp. 3379 y ss.

Frédéric Jenny. "Competition and Efficiency". En *Fordham Corporate Law Institute*. Editor Barry E. Hawk. Transnational Juirs Publications Inc. New York . 1993.

Baylos Corroza, Hermenegildo. *Tratado de Derecho Industrial*. 1993. Civitas Madrid.

Ethan Schwartz "Politics as Usual: the History of European Community Merger Control. 18 Yale J. Int'l L. 607 (1993)

Francisco Vicent Chuliá. "Poderes Públicos y Derecho de la competencia" en *Revista General del Derecho*. 1993

J. Mégret. *Les Finalités de la Communauté*. Tomo I. 1992.

Dennis Swann. *The Economics of the Common Market*. 7 Ed 1992. Penguin Books. Londres.

Claus-Dieter Ehlermann. "The Contribution of EC Competition Policy to the Single Market". En *C.M.L.R.* 29, pág. 257-282. 1992.

Manuel-Enrique Alejo González. *Economía y Política de la Competencia*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid. Madrid 1.992.

Jean-Enric de Cockborne y otros. *Commentaire Megret*. Editions de l'Université de Bruxelles. Deuxième édition. Etudes européennes. Collection dirigée par l'Institut d'Etudes Européennes. 1992.

Roger Alan Boner y Reinald Krueger. *The Basics of Antitrust Policy. A Review of Ten Nations and the European Communities* World Bank Technical Paper No. 160 Washington DC. 1991

Douglas E. Rosenthal. *Competition Policy*. En "Europe 1992. An American perspective" Gary Clyde Hufbauer Editor. Washington D.C: 1990

Thomas M. Jorde. "Competition and Cooperation: striking the Right Balance". *California Management Review*, 31 (3) 1989, 25-37.

Paolo Cecchini. *Europa 1992. Una apuesta de Futuro* Informe del Proyecto de investigación "El coste de la No Europa". Comisión CE. Alianza Editorial. 1988.

José María Gondra Romero "Integración Económica e Integración Jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea". en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo* Dirigido por Eduardo García De Enterría y otro. Tomo I. 1986

Cándido Paz-Ares. "La Economía Política como Jurisprudencia Racional" *Anuario de Derecho Civil*. 1981. N.º 2.

Cándido Paz-Ares. "El Ilícito Concurrencial: De la Dogmática Monopolista a la Política Antitrust (Un ensayo sobre el Derecho Alemán de la Competencia desleal)". En *Revista de Derecho Mercantil*. Núm. 159. Ene-mar. 1981

Walter Van Gerven. "Twelve Years EEC Competition Law (1962-1973) Revisited" en *CMLR PÁGS*. 38-61. 1974. Vol. 11.

Joaquín Garrigues. *La Defensa de la Competencia Mercantil*. Madrid 1964.

### **Derecho de Competencia y Economía**

Pablo Florian y Mike Walker. "The Correct Approach to the Use of Empirical Analysis in Competition Policy" en *E.C.L.R.* 2005 pág. 320 y ss.

Caswell O. Hobbs. "Antitrust and Consumer Protection: Exploring the Common Ground". En *Antitrust Law Journal*, 2005 Vol. 72, págs. 1153-1166.

Thomas B. Leary. "Competition Law and Consumer Protection Law: Two Wings of the Same House". En *Antitrust Law Journal*. 2005, Vol. 72. págs. 1147-1151.

Dennis W. Carlton y Jeffrey M. Perloff. *Modern Industrial Organization*. Harper Collins College Publishers. Nueva York 2005.

Norbert Reich. "The "Courage" doctrine: Encouraging or Discouraging Compensation for Antitrust Injuries?". *Common Market Law Review*. Vol. 42. 2005 págs. 35-66

Jules Stuyck, Evelyne Terryn y Tom Van Dyck. "La proposition de directive "pratiques commerciales déloyales": quel marché unique pour le consommateur?. En *Trbor rutpénne de droit de la consommation*. Vol 4. 2003.

Doris Hildebrand. *The Role of Economic Analysis in te EC Competition Rules*. Kluwer Law International. Londres. 2<sup>nd</sup>. Ed. 2002.

Antonio Robles Martín-Laborda. *Libre Competencia y Competencia Desleal*. La Ley - Madrid. 2001.

Marie-Stéphane Payet. *Droit de la concurrence et droit de la consommation*. Dalloz 2001. París.

Simon Bishop y Mike Walker. *Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. 2000 Londres. 2<sup>a</sup> Edición, pág.

Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus *Economía*. Traducción de Esther Rabasco y Luis Toharía. 1999 16<sup>a</sup> Edición.

Patrick Van Cayseele y Roger Van den Bergh. "The economics of competition" en *Antritrust Law*, 1999, págs. 467-497.

Richard A. Posner. *El Análisis Económico del Derecho*. Fondo de cultura Económica. 1998.

Didier Danet. *Valeurs incorporelles et compétition économique*. De Boeck y Larcier, s.a. 1998.

Mikel Buesa, José Molero. *Economía Industrial de España*. 1998. Editorial civitas. Madrid. Útil para revisar datos sobre concentración en España.

Ulrich Immenga. "Líneas de Desarrollo y Características del Derecho Europeo de la Competencia". *RDM* n° 225, Año 1997, pp. 1101 y ss.

Louis Philips. *Competition Policy: a game-theoretic perspective*. Cambridge University Press. 1995.

Utton, Michael A. *Market dominance and Antitrust Policy*. Edward Elgar Publishing. 1995. Inglaterra.

Joseph A. Schumpeter *Historia del Análisis Económico*. Traducción de Manuel Sacristán. Barcelona 1.994.

Eduardo Bueno Campos. Patricio Morcillo Ortega. *Fundamentos de Economía y Organización Industrial* 1994. MacGraw Hill. Madrid.

Norbert Reich. "Competition Law and the Consumer". En "Current and future perspectives" on E.C. Competition Law. European Monographs. Lawrence Gormley editor. 1.994.

Julio Segura. *Teoría de la Economía Industrial*. 1993. Editorial Civitas. Madrid.

Henk Wouter de Jong. *The Structure of European Industry*. 1.993. Kluwer Academic Publishers.

Partial vs. General Equilibrium Models of the International Capital Market. Mernard Dumas. Francia 1993.

Viscusi, Vernon, Harrington. *Economics of Regulation and Antitrust* D.C. Heath and Company. Lexington. U.S.A. 1992

Oliver E. Williamson. *Mercados y Jerarquías: su análisis y sus implicaciones antitrust*. México. Fondo de Cultura Económica. 1991. Traducido por Evangelina Niño de la Selva.

John Sutton. *Sunk Costs and Market Structure*. The Mit Press. Londres 1.991.

Samuelson y Nordhaus *Economía*. Mc Graw Hill. 1990 13ª Ed.

F.M. Scherer y David Ross. *Industrial Market Structure and Economic Performance*. Third Edition. New York. 1990.

Alexis Jacquemin. *La nueva organización Industrial*. 1989. Traducción por Juan Tugores. Editorial Vicens-vives. Barcelona.

Oliver E. Williamson. *Las instituciones económicas del capitalismo* Fondo de Cultura Económica. México. 1989. Traducido por Eduardo L. Suárez.

Oliver E. Williamson. *Essays in Antitrust Economics*. 1987 Nueva York. Basil Blackwell

Alex Jacquemin. *Economía Industrial. Estructuras de mercado y Estrategias Europeas de Empresa*. Editorial Hispano Europea, S.A. Barcelona 1982

F.M. Scherer. *Industrial Market Structure and Economic Performance*. 2nd Ed. Cicago: Rand Mc Nally. 1980.

Oliver E. Williamson. "Transaction-Cost Economics: The Governance of contractual Relations" en *The Journal of Law and Economics*, 1979.pp.233.

Richard A. Posner. *Economic Analysis of Law*. 2nd Edition. Little, Brown and Company. 1.977.

Jean Marie Chevalier. *La Economía Industrial en cuestión*. H.Blume Ediciones. Madrid. Traducción de Rafael Myro1976.

Joe S. Bain. *Industrial Organization* 1959 California.

### **Mercado de referencia**

Fernando Jiménez Latorre y Enrique Cañizares Pacheco. "Dificultades para la definición del mercado relevante" en *El Abuso de la Posición de Dominio*. Directores: Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbó Juan. Fundación Rafael del Pino. Colección Derecho. 2007. Págs.. 33-60.

Jonathan B. Baker. "Market Definition: An Analytical Overview" en *Antitrust Law Journal*, Vol. 74. 2007, págs. 129-173

Andrew Torre. "The Use of Own Price Elasticity of Demand in Competition Law" en *E.C.L.R.* 2005. págs. 468-473.

Pietro Crocioni. "The Hypothetical Monopolist Test: What It Can and Cannot Tell You. En *ECLR* 2005 pp. 354-362.

Ben Dubow. "Understanding Consumers: the value of stated preferences in antitrust proceedings". *ECLR* 2003. P.141-147.

Mario Monti. "Market Definition as a cornerstone of EU Competition Policy". *Workshop on Market Definition*. Helsinki 5-10-2001.

Iñigo Herguera y Amadeo Petitbò. "La determinación del Mercado relevante y de las Barreras de Entrada, Piezas Clave del Derecho de la Competencia". en *Anuario de la Competencia 2000*. Dirección: Lluís Cases. Fundación ICO. Marcial Pons Editor. Barcelona 2001. Págs.. 53-78

David Harbord y Georg von Graevenitz. "Market Definition in Oligopolistic and Vertically Related Markets: Some Anomalies". *ECLR* 2000. Pp. 151 y ss.

Simon Baker and Andrea Coscelli. "The Role of Market Shares in Differentiated Product Markets". *E.C.L.R.* 1999 pp. 412.

Mc Callum DGIV-C-2 "EC Competition Law and Digital Pay Television". *Competition Policy Newsletter*. 1999 N11 feb. European Comision. pp.12 y ss.

Simon Baker and Lawrence Wu. "Applying the Market definition Guidelines of the European Commission." *ECLR* 1998 pp.273 – 280.

Mark Furse. "Market definition-The Draft Commission Notice" *E.C.L.R.* 1997. Pp.378.

Kiran S. Desai. *The European Commission's Draft Notice on Market Definition: a Brief Guide to the Economics*. *E.C.L.R.* 1997 pp. 478.

Cristina Alcaide Guindo. "Comentarios a la Comunicación de la Comisión relativa a la Delimitación del Mercado". En *Anuario de la Competencia 1997*. Fundación ICO. Marcial Pons Madrid. Pp. 81-106.

María Pilar Bello Martín-Crespo. "La Definición del Mercado Relevante en la Aplicación de las Normas de competencia. Análisis de la Comunicación de la Comisión". En *Gaceta Jurídica* B-129. Diciembre '97. Pp. 5- 12 .

Bill Bishop. "The Modernisation of DGIV". *E.C.L.R.* N° 8 , 1997 pp. 481 y ss.

Peter Crowther. "Product Market Definition in E.C. Competition Law: the compatibility of Legal and Economic Approaches". En *Journal Of Business Law* 1.996. Pp.177-198.

Carl Shapiro. Systems Competition and Aftermarkets: An Economic Analysis of Kodak. *Antitrust Bulletin* XXXIX (1) Spring 1994, 135-62.

Juan Briones Alonso, "Market Definition in the Community's Merger Control Policy". *E.C.L.R.* 1994. P. 195 y ss.

Isabel Martínez del Peral Cagigal. "La definición del Mercado y la Valoración de la posición dominante". *Gaceta Jurídica de la CEE*. Serie D. Sept. 1993. Pp.49 y ss..

Geographic Market Definition in an International context. En First, Fox, Pitofsky "Revitalising Antitrust in its 2nd Century". Pp.348.1992

Diane R. Price. "Abuse of a Dominant Position-the Tale of Nails, Milk Cartons and TV Guides" *ECLR* n° 2 1990 pp.80-90.

Peter Hoet. "Domination du Marché ou Théorie du Partenaire Obligatoire" en *Revue du Marché Commun* N° 325, mars. 1989.

Michel Glais. "Les concepts du 'relevant market' et de 'Dépendance Économique' au regard de l'article 86 du traité de Rome" en *Revue du Marché Commun*, n° 306, abril 1.987

Fishwick, Francis. *Definition of the Relevant Market in Community Competition Policy* Luxemburgo 1986. Comisión de las Comunidades Europeas.

Carlos Fernández-Novoa, "Significado y delimitación del mercado relevante". En *Actas de Derecho Industrial*, 1979-80 p. 261-272.

H. Schröter. "Rôle of the concept of Relevant Market in the application of article 86" en Van Damme. *Le réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire*. Bruges de Tempel. Tempehoff. 1977.

### ***Barreras a la entrada y contestabilidad***

Rhonda Smith and David Round. "Competition Assessment and Strategic Behaviour" 1998 *E.C.L.R.* pp. 225 y ss.

Economists Advisory Group Ltd. *Economies of Scale*. En *The Single Market Review*. Volume 4. Office for Official Publications of the European Communities. 1997.

Impact on Competition and Scale Effects. Competition Issues. En *The Single Market Review*. Volumen 3. Office for Official Publications of the European Communities. 1997. Pp.115.

Lea Paterson "The Power of the Puppy -Does Advertising Deter Entry?" *E.C.L.R.* Vol.6, 1.997 pp. 337-343

David Harbord y Tom Hoehn. "Barriers to Entry and Exit in European Competition Policy" en *International Review of Law and Economics* Volumen 14, 1994, págs. 411-435.

Stephen Martin. *Industrial Economics: economic analysis and public policy*. 1.994. Prentice Hall.

Stephen Martin. *Advanced Industrial Economics*. Blackwell Publishers. Londres 1.993

Paul Geroski "Entry, Exit and Structural Adjustment in European Industry". En *European Industrial Restructuring in the 1990s*. Edited by Karel Cool, Damien J. Neven y Ingo Walter. Ed. Mac Millan 1992. Londres.

Paul A. Geroski y Joachim Schwlbach. *Barriers to entry and Intensity of Competition in European Markets* 1992. Comisión de las Comunidades Europeas. Luxemburgo.

John Sutton. *Sunk Costs and Market Structure*. The Mit Press. Londres 1.991.

David Teece. "Contributions and Impediments of Economic Analysis to the Study of Strategic Management" in *Perspectives on Strategic Management*, James W. Frederickson (Er.) Harper Business, 1990, 39-80

Avinash Dixit (1980) "The Role of Investment in Entry-Deterrence" *Economic Journal* 90, March. 95-106. En B.Curtis Eaton and Richard G. Lipsey (1980) "Exit Barriers are entry Barriers: the durability of capital as a barrier to entry". *Bell Journal of Economics* 11 (2) Autumn, 721-9. En Jean J. Gabszewicz and Jacques-François Thisse Edit. *Microeconomic Theories of Imperfect Competition, Old Problems, and New Perspectives* 1.988. Massachusetts.

Alexis Jacquemin. *The New Industrial Organization. Market forces and strategic behavior*. Translated by Fatemeh Mehta.1987 Oxford.

David Encaoua, Paul Geroski y Alexis Jacquemin. "Strategic Competition and the Persistence of Dominant Firms: a Survey" en *New Developments in the Analysis of market structure*. Joseph E. Stiglitz y G. Frank Mathewson. The Macmillan Press Ltd. 1986.

Drew Fudenberg y Jean Tirole, "The fat-cat effect, the puppy-dog ploy, and the lean and hungry look" *American Economic Review*, vol. 74, N1 2 mayo 1984 pp.361-366.

George J. Stigler. *The organization of industry*. 1983. Chicago

Harold Demsetz. "Barriers to Entry". En *The American Economic Review*, March 1982, pp. 47 y ss.

William Baumol y Robert Willig. "Fixed Costs, Sunk Costs, Entry Barriers and Sustainability of Monopoly". *The Quarterly Journal of Economics*, August 1981.pp.405 y ss.

R.E. Caves y M.E. Porter "From Entry Barriers to Mobility Barriers" *The Quarterly Journal of Economics*. Vol XCI. May 1977 N1 2 pp.241-261.

Joe S. Bain. *Barriers to New Competition* 1956 Cambridge, Mass.: Harvard University Press. .

Joe S. Bain "Economies of Scale, Concentration and the Condition of Entry in Twenty Manufacturing Industries. En *The American Economic Review*. Vol.XLIV, marzo 1954. N11.

### **Posición de dominio**

Wulf Henning—Roth. "Case C-205/03 P, *Federación Española de Tecnología Sanitaria (FENIN) v. Commission*, Judgment of the Grand Chamber of 11 July 2006 [2006] ECR I-6295. En CMLR 2007. 1131-1142. 2007.

Jochen Appeldoorn.. "He Who Spareth his Rod, Hateth his Son? Microsoft, Super-dominance and Article 82 EC. En *E.C.L.R.* 2005. Págs. 653-658.

Victoria Louri. "The FENIN Judgment: The Notion of Undertaking and Purchasing Activity." En *Legal Issues of Economic Integration*. Vol. 32 (1) págs. 87-97. 2005.

Juan Ignacio Ruiz Peris. *La Responsabilidad de la Dominante en el Derecho de Defensa de la Competencia*. Tirant lo Blanch, Valencia 2004.

Stefan Voigt y André Schmidt. « The Commission's Guidelines on Horizontal Mergers : Improvement or Deterioration ? ». *CML Rev.* 2004 Págs.1583-1594.

Jessica Schmidt. "The New ECMR: "Significant Impediment" or "Significant Improvement"?. En *C.M.L.R.* 2004. Vol. 41, Págs. 1555-1582.

Lisbeth F. La Cour y H. Peter Mollgaard. "Meaningful and Measurable Market Domination". *ECLR*. 2003 p. 132-135.

Gregory J. Werden. "Assigning Market Shares" en *Antitrust Law Journal* 2002, Vol. 70, págs. 67 y ss.

Jaume Pellisé Capell. *Mercado Relevante, Posición de Dominio y Otras Cuestiones que Plantean los artículos 82 TCE y 6 LEDC*. Aranzadi 2002.

Joao Pearce Azevedo y Mike Walker "Dominance: Meaning and Measurement" en *ECLR* 2002 pág. 363 – 367

Victoria Louri. " 'Undertaking' as a Jurisdictional Element for the Application of EC Competition Rules". *Legal Issues of Economic Integration*. 2002 pp. 143 y ss.

Dr. Ulf Böge y Edith Müller. "From the Market Dominance Test to the SLC Test: Are There Any Reasons for a Change?. *ECLR* 2002. PP. 495 – 498.

Jaime Pérez-Bustamante Köster. "La explotación abusiva de la situación de dependencia económica en la Ley de Defensa de la Competencia: examen crítico del nuevo precepto". *GJ N° 205* Enero/Febrero 2000.

A. Winterstein, 'Nailing the Jellyfish: Social Security and Competition Law' en (1999) 6 *E.C.L.R.*pág. 326-333.

Louis Vogel. "Competition Law and Buying Power: the case for a new approach in europe" 1998 *E.C.L.R.* pp. 4. Philippe Chevalier, DG IV-C-3 "Dominance sur un marché de produits secondaires" en *Newsletter Competition Policy*. 1998 N11 feb. European Comision. pp.26 y ss

José Massaguer Fuentes. "La Explotación de una situación de dependencia económica como un acto de competencia desleal" en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*. Tomo II. Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia 1.995 pp.2203 y ss.

Christopher Jones y Enrique González-Díaz. *The EEC Merger Regulation*. Seet & Maxwell. Londres. 1992.

George A. Hay. "Market Power in Antitrust". *Antitrust Law Journal* Vol. 60, Año 1992. Pág. 807 y ss.

Rafael Matilla Alegre. "Sobre las nociones de posición dominante y abuso". En *Homenaje al Profesor José Girón Tena*. Ed. Civitas. 1991. Pp.689 y ss.

Victoria Petit. "Determinación de la Posición de Dominio. (Comentario a la resolución de la Sección 2ª del TDC, de 18 de enero de 1.991, expediente número 286/90, PANAVA, S.L. c / JUGUETES VIR, S.A y JOSÉ VERDU, S.L)." En *Revista General del Derecho*. 1991, jul-ago. Pp.6445 y ss.

C.W. Baden Fuller. "Article 86: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position" en *European Law Review*, 1.991 pp. 308-312.

Raymond Hartman, Will Mitchel y Thomas Jorde, "Assessing Market Power in Regimes of Rapid Technological Change", en *Industrial and Corporate Change* 2 (3) 1990, 317-50

Richard Gilbert. "Mobility Barriers and the value of Incumbency". Cap. 8. Vol.1 . en *Handbook of Industrial Organization*. Edited by Richard Schmalensee y Robert Willing. 1989. Holanda.

B. Curtis Eaton y Richard G. Lipsey. "Product Differentiation. Cap. 12. Vol. 1. En *Handbook of Industrial Organization*. Edited by Richard Schmalensee y Robert Willing. 1989. Holanda.

Joseph E. Stiglitz. "Imperfect Information in the Product Market". Cap. 13, vol. 1. En *Handbook of Industrial Organization*. Edited by Richard Schmalensee y Robert Willing. 1989. Holanda.

Timothy F. Bresnahan. "Industries with Market Power". Cap. 17. Vol. 2. en *Handbook of Industrial Organization*. Edited by Richard Schmalensee y Robert Willing. 1989. Holanda.

Wesley M. Cohen y Richard C. Levin. "Empirical Studies of Innovation and Market Structure". Cap. 18. Vol. 2. en *Handbook of Industrial Organization*. Edited by Richard Schmalensee y Robert Willing. 1989. Holanda.

John C. Panzar. "Technological Determinants of firm and Industry Structure". Cap.1 del Vol.1 en *Handbook of Industrial Organization*. Edited by Richard Schmalensee y Robert Willing. 1989. Holanda.

Bengt R. Holmstrom y Jean . "The Theory of the Firm". Cap. 2 del Vol. 1. en *Handbook of Industrial Organization*. Edited by Richard Schmalensee y Robert Willing. 1989. Holanda.

Martin K. Perry. "Vertical Integration: Determinants and Effects" Cap. 4 Vol. 1 en *Handbook of Industrial Organization*. Edited by Richard Schmalensee y Robert Willing. 1989. Holanda.

Richard Schmalensee. "Inter Industry Studies of Structure and Performance. Cap. 16. Vol.2. en *Handbook of Industrial Organization*. Edited by Richard Schmalensee y Robert Willing. 1989. Holanda.

Richard Schmalensee. "Standards for Dominant Firm Conduct: What can Economics Contribute?" en *The Economics of Market Dominance*. Editado por Donald Hay y John Vickers. 1987. Nueva York.

John Vickers y Donald Hay. "The Economics of Market Dominance" pp.1-60. En *The Economics of Market Dominance* Editado por Donald Hay y John Vickers. 1987. Nueva York.

George A. Hay. "The Interaction of Market Structure and conduct". En *The Economics of Market Dominance*. Editado por Donald Hay y John Vickers. 1987. Nueva York.

J.A. Kay. "Assessing Market Dominance Using Accounting Rates of Profit". En *The Economics of Market Dominance* Editado por Donald Hay y John Vickers. 1987. Nueva York.

P. A. Geroski. "Do Dominant Firms Decline?" En *The Economics of Market Dominance*. Editado por Donald Hay y John Vickers. 1987. Nueva York.

C. D'Aspremont, A. Jacquemin y J.-F. Mertens. "A measure of Aggregate Power in Organizations" *Journal of Economic Theory* 43, 184-191 (1987)

W.J. Baumol, J.C. Panzar y R.D. Willing. "On the Theory of Perfectly-Contestable markets" en *New Developments in the Analysis of market structure*. Joseph E. Stiglitz y G. Frank Mathewson. The Macmillan Press Ltd. 1986.

Luc Gyselen and Nicholas Kyriazis. "Article 86: the Monopoly Power Measurement Issue Revisited" en *European Law Review*. Vol 1. 1986, pp. 134.

Joseph E. Stiglitz. *Theory of Competition, Incentives and Risk* en *New Developments in the Analysis of market structure*. Joseph E. Stiglitz y G. Frank Mathewson. The Macmillan Press Ltd. 1986.

Paul. A. Geroski y Alexis Jacquemin. "Dominant Firms and their Alleged Decline" *International Journal of Industrial Organization* 2 (1984) 1-27, North Holland

Paul. A. Geroski y Alexis Jacquemin. "Dominant Firms and their Alleged Decline" *International Journal of Industrial Organization* 2 (1984) 1-27, North Holland

Valentine Korah. "Competition and Industrial Property. The Michelin Decision of the Commission". *Current Survey*. Pp. 130. 1982

William M. Landes and Richard A. Posner. "Market Power in Antitrust Cases". *En Harvard Law Review*. Volume 94, march 1981, Ni 5. Págs. 937-996.

Valentine Korah. "Concept of a Dominant Position within the meaning of article 86". En *Common Market Law Review* N° 17, 1980 pp. 395 y ss

H Schröter. "The concept of 'Dominant Position' in the practice of the Commission and the Case law of the Court" en Van Damme. *Le réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire* Bruges de Tempel. Tempehoff. 1977.

### **Posición de dominio colectiva**

Frances Dethmers. "Collective Dominance Under EC Merger Control – After Airtours and the Introduction of Unilateral Effects is There Still a Future for Collective Dominance?, en *E.C.L.R.*..2005. págs. 638-649.

Dimitris Tzouganatos. "The Control of Collective Dominance Under the EC Competition Law". En *Antitrust Between EC Law and National Law*. UAE. Bruselas 2003. págs. 45-66.

Alan Overd. "After the Airtours Appeal". En *ECLR* 2002, p. 375-377.

Gunnar Niels. "Collective Dominance: More Than Just Oligopolistic Interdependence". En *E.C.L.R.* (2001) págs. 168-172.

José Luis Cervera y Juan Jiménez-Laiglesia. “Las prácticas del intercambio de información en los oligopolios a la luz de la nueva teoría de la organización industrial” *GJ* 200, abr.-may- 1999 p. 42 y ss.

Catalina Martínez. “El caso Airtours: ¿Una Nueva Definición de Dominio Colectivo?”. *Anuario de la Competencia* 1999. Dirección Lluís Cases. Marcial Pons.

G. Porter Elliot. “The Gencor Judgment: collective dominance, remedies and extraterritoriality under the Merger Regulation.” *E.L.Rev.* Dec. 1.999.

James S. Venit. “Two steps forward and no steps Back: Economic Analysis and Oligopolistic Dominance after Kali&Salz”. En *Common Market Law Reivew.* 35. Pp.1101-1134. 1998.

Johan Ysewyn and Cristina Caffarra. “Two’s Company, Theree’s a Crowd: The Future of Collective Dominance After the Kali & Salz Judgment”. *E.C.L.R.* 1998 pp. 468

Richard Brent. “The Certain Pursuit of Oligopoly: a Reply”. *E.C.L.R.*, N1 3. 1996. pp. 163 y ss.

Trevor Soames. “An Analysys of the principles of concerted practice and collective dominance: A Distinction without a difference?” *ECLR* n1 1996 p. 24 y ss.

José María Jiménez de Laiglesia. “Derecho de la competencia y oligopolio” en *GJ Serie D.* Abril 1.995.

Juan Briones. “Oligopolistic Dominance: Is there a Common Approach in Different Jurisdiccions? A Review of Decisions Adopted by the Commission under the Merger Regulation” *ECLR* nº 6 1995. Pp. 334 y ss.

Alejandro Fernández de Araoz Gomez-Acebo. El problema del Oligopolio en el Derecho de la competencia: reflexiones en torno al mercado, la libre competencia, y la geometría. En *Revista General de Derecho.* 1993.

David Pope “Some reflections on Italian Flat Glass.” *ECLR.* nº4 1993 pp.172 y ss.

Martin Schödermeier. “Collective Dominance Revisited: An Analysis of the EC Commission’s New Concepts of Oligopoly Control” en *ECLR* 1990 n11. Pp.28 y ss.

Alexis Jacquemin y Margaret E. Slade. “Cartels, Collusion and Horizontal Merger Cap.7 EN □THE ECONOMICS OF MARKET DOMINANCE. Editado por Donald Hay y John Vickers. 1987. Nueva York.

Louis Philips. “Information and Collusion” en *The Economics of Market Dominance.* Editado por Donald Hay y John Vickers. 1987. Nueva York.

Fishwick, Francis. *Definition of the Relevant Market in Community Competition Policy* Luxemburgo 1986. Comisión de las Comunidades Europeas.

#### ***Afectación del comercio y del mercado común***

Ricardo Alonso Soto. “Las Relaciones entre los Derechos Comunitario Europeo y Español de la Competencia”. En *Tratado de Derecho de la Competencia.* José María Beneyto Pérez y Gerónimo Maillo González-Orus. Tesys Industria Gráfica. Barcelona. 2005. Capítulo 2, págs. 59-107

Richard Burnley. “Interstate Trade Revisited –The Jurisdictional Criterion for Articles 81 and 82 E.C.” en *ECLR* 2002 pág. 217-226.

Daniel Jowell. “Commission and France v. Landbroke Racing Limited (PMU)- Joined Cases C-359 and 379/95 P”. 1998 *E.C.L.R.* pp. 302 y ss.

George Cumming. “Iberian U.K. Limited v. B.P.B. Industries P.L.C.” 1997. 8. *E.C.L.R.* pp.534 y ss.

Jonathan Faull. “Effect on Trade Between Member States and Community: Member State Jurisdiction”. Cap. 22 1989 *Fordham Corporate Law Institute.* 1992 and EEC/US Comparative and Trade Law. Fordham University School of Law. Barry Hawk editor.

David Edward. “Constitutional Rules of Community Law in EEC Competition Cases”. Cap. 18 de 1989 *Fordham Corporate Law.* 1992 and EEC/US comparative and Trade Law. Fordham University School of Law. Barry Hawk editor.

#### ***Abuso***

Jesús Alfaro Águila-Real. “Delimitación de la Noción de Abuso de Una Posición de Dominio” en “*El Abuso de la Posición de Dominio*”. Directores: Santiago Martínez-Lage y Amadeo Petitbó Juan. Fundación Rafael del Pino, Madrid. 2006.

Herbert Hovenkamp. “The Law of Exclusionary Pricing” en *Competition Policy International.* Volumen 2, Nº 1, Primavera 2006. págs. 21-39.

Bill Allan. “Article 82: A Commentary on DG Competition's Discussion Paper” en *Competition Policy International.* Volumen 2, Nº 1, Primavera 2006. págs. 43-82

DG Competition Discussion Paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. European Commission. DG Competition. Bruselas diciembre 2005 en [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int).

Neelie Kroes. “Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82. Fordham Corporate Law Institute. New York, 23<sup>rd</sup>. September 2005. disponible en [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int).

Richard A. Epstein. “Monopoly Dominance or Level Playing Field?. The New Antitrust Paradox. En *The University of Chicago Law Review.* 2005



Thomas Eilmansberger. "How Distinguish Good from Bad Competition under Article 82 EC: in search of Clearer and More Coherent Standards for Anti-competitive Abuses." En *C.M.L.R.* Vol. 42, 2005. págs. 129-177.

David S. Evans y A. Jorge Padilla. "Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach". En *The University of Chicago Law Review*. 2005, págs. 73-98.

Michael Jacobs. "Introduction: Hail or Farewell? The Aspen Case 20 Years Later". En *Antitrust Law Journal*. Vol. 73. Págs.59-80. 2005

Alan J. Meese. "Property, Aspen, and Refusals to Deal". En *Antitrust Law Journal*. Vol. 73.2005. Págs.81-113

Marina Lao. "Aspen skiing and trinko: Antitrust intent and "sacrifice"".En *Antritrust Law*.Vol 73.Págs. 171-208..2005

Eleanor M. Fox. "Is there life in aspen after trinko? The silent revolution of section 2 of the sherman act". En *Antitrust Law*. Vol 73.Págs. 154-169..2005

John E. Lopatka y William H. Page. "Bargaining and Monopolization: In Search of the "Boundary of Section 2 Liability" Between Aspen and Trinko".En *Antitrust Law*.Vol 73. Págs 115-151. 2005

Gunnar Niels and Helen Jenkins. "Reform of Article 82: Where the Link Between Dominance and Effects Breaks Down", en *E.C.L.R.*.2005, págs 605-610.

Jordi Gual y otros. Informe presentado por el Economic Advisory Group for Competition Policy. "An Economic Approach to Article 82" . Julio 2005. Disponible en [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int).

Herbert Hovenkamp. "Exclusion and the Sherman Act" en *The University of Chicago Law Review* 2005, pág. 147 y ss.

Antonio Bavasso. "The Role of Intent Under Article 82 EC: From "Flushing the Turkeys" to "Spotting Lionesses in Regent's Park", en *E.C.L.R.*. 2005, págs 616-623.

Juan Ignacio Font Galán y Luis María Miranda Serrano. *Competencia Desleal y Antitrust*. Marcial Pons. Barcelona 2005.

María Jaspers. "The TACA judgment: lessons learnt and the way forward". En Competition Policy Newsletter, number 1 – spring 2004, pág. 34 y ss.

Damien Gerardin. "Limiting the Scope of Article 82 EC: What can the EU Learn from the U.S. Supreme Court's Judgment in Trinko in the Wake of Microsoft, IMS and Deutsche Telekom?. CMLR, Vol. 41. págs. 1519-1553, 2004.

Duncan Sinclair. "Abuse of Dominance at a Crossroads-Potential Effect, Object and Appreciability Under Article 82 EC". En *E.C.L.R.* 2004, págs. 491-501.

Mark Furse. "On a Darkling Plain: the Confused Alarms of Article 82 EC" en *E.C.L.R.*, 2004, págs. 317-319.

John Vickers. "Abuse of Market Power". 31º Conference of European Association for Research in Industrial Economics. Berlin. 3-09-2004. Office of Fair Trading.

Andrew I. Gavil. "Exclusionary Distribution Strategies By Dominant Firms: Striking A Better Balance", en *Antitrust Law Journal*. Vol. 72. 2004, págs 3-81.

Jean-Bernard Blaise y Laurence Idot. "Champ d'application des articles 81 et 82 CE". En *Revue Trimestrielle du Droit Européenne*.Vol. 40 N° 4 oct. – dec 2004. Págs. 668-689.

Brian Sher. "The Last of the Steam-Powered Trains: Modernising Article 82" en *ECLR*, 2004, págs. 243-246.

Philip Lowe. "How different is EU Anti-trust? A route map for advisors" ABA 2003 Fall Meeting. Brussels 16 October 2003. En [www.eu.int](http://www.eu.int).

Philip Lowe. "DG Competition's review of the policy on abuse of dominance" en *Fordham Corporate Law Institute*. 30<sup>th</sup>. Annual Conference on International Antitrust Law and Policy. 23-10-2003. En [www.eu.int](http://www.eu.int).speeches and articles

Julio Pascual y Vicente. "El Abuso de Posición Dominante". *RDM* 2003. Pp. 1291-1364.

Eleanor Fox. "Abuse of Dominance and Monopolisation: How to Protect Competition without Protecting Competitors". En *European Competition Law Annual 2003*. Disponible en Internet

John Vickers. "How does the prohibition of abuse of dominante fit with the rest of competition policy?" en Eight Annual EU Competition Law and Policy workshop at the European University Institute, Florence, 6-6-2003, disponible en internet.

Hans-Jürgen Ruppelt. "Abuse Control: Objectives, Restrictive Practices and Institutions". En *European Competition Law Annual 2003*. Disponible en Internet.

Ian S. Forrester, QC y Jacquelyn F. Maclennan. « EC Competition Law 2001-2002 » en *Yearbook of European Law* Clarendon Press. Oxford 2003. págs. 499-551.

Maritza Iliana Núñez Osorio "Comentarios a la Decisión de la Comisión sobre la Copa del Mundo Francia 1998" en *Derecho de la Competencia Europeo y Español*. Volumen III. Editorial Dykinson. Madrid 2002.

Brian A. Facey y Dany H. Assaf. "Monopolization and Abuse of Dominance in Canada, The United States, and the European Union: A Survey" en *Antitrust Law Journal* 2002, Vol. 70., pág. 513 y ss.

Eleanor M. Fox. "What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect". En *Antitrust Law Journal* 2002, Vol. 70 pág. 372 y ss.

Julio Pascual Vicente. "Abuso de Posición Dominante en Mercados Conexos: Doctrina Reciente del Tribunal de Defensa de la Competencia." En *Anuario de la Competencia 2001*. Fundación ICO. Marcial Pons 2002

Jaume Pellisé Capell. *La "Explotación Abusiva" de una Posición Dominante (Arts. 82 TCE y 6 LEDC)*. Editorial Civitas. Madrid 2002.

Henar González Durántez y José Carlos Engra Moreno. "El Tratamiento de los Abusos de Posición de Dominio en el sector postal". *GJ*. Nº 216. Noviembre/Diciembre 2001.

Eduardo Prieto Kessler. "Principales problemas de la regulación del abuso de posición de dominio". *GJ* 205. Ene-feb.2000.

Timothy J. Muris. "The FTC and the Law of Monopolization" en *Antitrust Law Journal* Vol 67, 2000, pág. 693-723.

Timothy J. Muris. "Anticompetitive Effects in Monopolization cases: Reply". Vol.68- 2000, págs. 325-329

Richard Whish "Recent Developments in Community Competition Law. 1998/99". *E.L.Rev.* June 2.000.

Maher M. Al-Dabbah. "Conduct, Dominance and Abuse in □Market Relationship□: Analysis of Some Conceptual Issues under article 82 EC". *ECLR* 2000 pp. 45 y ss.

David J. Gerber. *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*. Clarendon Press – Oxford, 1998.

Sanoussi Bilal y Marcelo Olarreaga. "Regionlism, Competition Policy and Abuse of Dominant Position". *Journal Of World Trade*. Junio 1998. Vol. 32.

Valentine Korah. "Tetra Pak II - Lack of reasoning in Court's Judgment" 1.997 2 *ECLR*. Pp. 98 y ss.

Mercedes Curto Polo. "Hacia una noción ampliada del abuso de posición dominante. Comentario de la Sentencia del TJCE de 14-11-1996". *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*. Tomo XVIII. 1997. Marcial Pons

Fernando Rodríguez Artigas. "Sobre el Abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia". En *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*. Tomo I. Introducción y Títulos Valores. Editorial Civitas. Madrid. 1996.

Per Jebsen, Robert Stevens. "Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: The regulation of Competition Under Article 86 of the European Union". *Antitrust Law Journal* Vol 64. 1996, p. 443 y ss.

Rafael Alléndesalazar Corcho. "Derecho de la Competencia, Deporte Profesional y Televisión: Posición del Tribunal de Defensa de la Competencia ante este complicado 'ménage á trois'". En *Gaceta Jurídica de la CEE*. 1995. D-23 pp. 173 y ss.

Thomas Näcke: "Abuse of Dominant Positions" 1995 *Symposium on Competition Policy in a Global Economy*.

David J. Gerber. "The Transformation of European Community Competition Law?". *Harvard International Law Journal*. Vol. 35. Año 1994. Pág. 97 y ss.

Anne Wachsmann y Frédérique Berrod "Les Critères de justification des monopoles: un premier bilan après l'affaire Corbeau". *Revue Trimestrielle de Droit Européen*. N1 1 Enero-Marzo 1994.

Carl Shapiro y David Teece. "Systems competition and aftermarkets: an economic analysis of Kodak". *The antitrust Bulletin*. Spring 1994.

Erich Kaufer. "The Control of the Abuse of Market Power by Market-Dominant Firms Under the German Law against Restraints of Competition" en F.M.Scherer : *Monopoly and Competition Policy* Vol. II. 1993.

Ana García Femenía. "Abuso de Posición Dominante; responsabilidad sobre los productos; mercado afectado. Comentario de la Sentencia del TJCE de 12-12-1991. As. 30/89, Hilti AG vs. Comisión". N1 98 Marzo 1993. *Noticias CEE* Año IX C.I.S.S.

Kenk Wouter De Jong. *Market Structures in the European Economic Community*.en *The Structure of European Industry*. 1993 Kluwer. The Netherlands. SOPORTE ELECTRÓNICO.

Luc Gyselen. "Abuse of Monopoly Power Within the Meaning of Article 86 of the EEC Treaty: Recent Developments" 1989 en *Corporate Law Institute 1992 and EEC/US Competition and Trade Law*

Barry E. Hawk. "The American (Anti-trust) Revolution: Lessons for the EEC?" *E.C.L.R.* 1988. Pp.153.

Margaita Dargallo Nieto. "El Abuso de Posición Dominante derivado de la aplicación de una norma de derecho público interno". *Noticias CEEN* 35 Dic. 1987. Año III C.I.S.S.

Pilar Blanco-Morales Limones. "Los Monopolios en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea." *Noticias CEE*. N1 33 Oct. 1987. CISS

Eleanor Fox. "Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity, and Fairness". *Notre Dame Law Review*. Nº 61. Año 1986 pp.981-1020.

John Temple Lang. "Some aspects of abuse of dominant positions in european community antitrust law." En *Fordham International Law Forum*. Volumen 3. 1979-80, Number 1. pp. 1-51.

John Temple Lang. "Monopolisation and the Definition of 'Abuse' of a Dominant Position under article 86 EEC Treaty". *C.M.L.R.* 1979 pp.345 y ss

Blanca Vilá. *Abuso de Posición de Dominio*. Ministerio de las Administraciones Públicas. 1978.

Valentine Korah. "Interpretation and Application of article 86 of the Treaty of Rome: Abuse of a Dominant Position within the Common Market". En *Notre Dame Law Review*. 1978 vol. 53 pp. 768 y ss.

L. Focsaneanu. "La notion d'abus dans le Système de l'article 86 du Traité instituant la Communauté Economique Européenne". en Van Damme. "*Le réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire*" Bruges de Tempel. Tempehoff. 1977. Págs. 324-380

John Temple Lang. "L'affaire National Carbonising" *Cahiers du Droit Européenne*. 1977.

Scott M. James. "The Concept of Abuse in EEC Competition Law: An American View". *The Law Quarterly Review*. Vol. 92 abril 1976. Pp. 242 y ss.

P. Vogelenzang. "Abuse of a Dominant Position in article 86; the problem of causality and some applications". 13 *CML REV.* 1976 PP. 61-78.

Etienne Cerexhe. "L'interprétation de l'article 86 du Traite de Rome et les premières décisions de la Commission". En *Cah. Dr. Eur.* 1972. Pp. 272 y ss.

Jean de Richemont. *Les concentrations d'entreprises et la position dominante*. Libraire du Journal des Notaires et des Avocats. 1971. París.

James A. Rahl. "Competition and Antitrust in American Economic Policy: Are there useful lessons for Europe?" en *CMLR* 1971 pp.285.

I Samkalden y I.E. Druker "Legal Problems Relating to Article 86 of the Rome Treaty". *C.M.L.R.* Vol. 5, 1965-6, p.158-183.

Arved Deringer. "Les Regles de la Concurrence au Sein de la CEE" en *Revue du Marché Commun* 1963, Nº 25 pp. 488-496.

Fordham University School of Law. Barry Hawk Editor. Págs 597-650

### **Precios Predatorios.**

Alfonso Luis Calvo Caravaca y Juliana Rodríguez Rodrigo: "Precios Predatorios" en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. La Ley. Nº 1, Año 2007. Pág. 39 -77

Enrique Cañizares Pacheco. "La Decisión de la Comisión Europea en el caso Wanadoo Interactive" en *Anuario de la Competencia 2005*. Fundación ICO. Marcial Pons. Págs.486-501.

Daniel A. Crane. « Multiproduct Discounting : A Myth of Nonprice Predation » en *The University of Chicago Law Review*. 2005, págs. 27-47.

Susan Creighton, D. Bruce Hoffman, Thomas G. Krattenmaker y Ernest A. Nagata. "Cheap Exclusion" en *Antitrust Law Journal*, Vol. 72, 2005.págs. 975-995.

Einer Elhauge. "Why Above-Cost Price Cuts to Drive Out Entrants Are not Predatory – and the Implications for Defining Costs and Market Power". En *The Yale Law Journal* Volumen 112, Nº 4, Enero 2003.pp. 681-827.

Nikolaos E Farantouris. *European Integration and Maritime Transport*. Ant. N. Sakkoulas. Atenas. 2003

Robert Klotz y Jérôme Fehrenbach. « Two Commission Decisions on price abuse in the telecommunications sector ». en Newsletter Competition Policy. Nº 3, Otoño 2003. pp. 8-13.

Philip Lowe. "EU Competition Practice on Predatory Pricing", Estocolmo, 5-12-2003. disponible en <http://europa.eu.int>

Christian Barthel. *Predatory Pricing Policy under EC and US Law*. University of Lund. 2002.

Aaron S. Edlin. "Stopping Above-Cost Predatory Pricing". En *The Yale Law Journal*. Volumen 111, 2002, pág. 941 – 991.

Mats A. Bergman. "A Prohibition Against Losses? The Commission's Deutsche Post Decision". *E.C.L.R.* 2001. PP. 351-354.

P. Nicolaidis. "Effective Competition in Network Industries: An assessment of Commission Decision 2001/354 imposing a fine on Deutsche Post for abusing its dominant position in parcel delivery. *ECLR* 2001 pag. 390-393.

David T. Scheffman y Richard S. Higgins. "20 Years of Raising Rivals' Costs: History, Assessment, and Future". En *George Mason Law Review*. 2000. págs. 1-30.

Marcelo de Matos Ramos. "Antitrust and Predation – Reflections of the State of Art" en *The George Washington University*. Washington DC – Abril 2000.

Steven Preece. "Compagnie Maritime Belge: Missing the Boat?" en *European Competition Law Review*. Nº 8, año 2.000.

Bolton, Patrick, Brodley, Joseph F. , Riordan, Michael H. *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy* En: *Georgetown Law Journal*. 2000. pág. 2239 y ss.

Pablo Muñoz Fernández. « Increasing powers and increasing uncertainty : collective dominance and pricing abuses ». en *ELRev.* Vol. 25 2000 págs. 645 – 653.

Gunnar Niels y Helen Jenkins. "Predation or Innovation? How competition authorities deter dominant firms from entering new markets" *E.C.L.R.* 2000 P. 287-290.

Manuel Martínez. "Some Views on Pricing and EC Competition Policy." Administrator at the Directorate General for Competition. 1999.

Aldejandro Fernández de Araoz Gómez-Acebo y Francisco Hernández Rodríguez. "Precios predatorios y abuso de posición dominante..." *Gaceta Jurídica*. N° 201. Jun-jul. 1999. Pp. 9-34.

Charles Williams. *Revised TACA*. En *Competition Policy Newsletter* 1999 N° 3 Octubre.

Chris Newton. "Do Predators need to be dominant?". Editorial [1999] *E.C.L.R.*. Pp127. V.3

Giuseppe B. Abbamonte. « Cross-subsidisation and Community Competition Rules : Efficient Pricing Versus Equity ? en *E.L.Rev* Vol. 23 1998 págs. 415 – 433.

Philip Andrews. "Is Meeting Competition a Defence to Predatory Pricing?-the Irish Sugar Decision Suggests a New Approach" 1998 *E.C.L.R.* pp. 49 y ss.

Emmanuel P. Mastromanolis. "Predatory Pricing Strategies in the European Union: A Case for Legal Reform" en *E.C.L.R.* 1998 p. 211 – 224.

Francisco Hernández Rodríguez. *Precios Predatorios y Derecho Antitrust*. Estudio comparado de los ordenamientos estadounidense, comunitario y español. Marcial Pons. Madrid. 1997.

Pat Treacy and Trudy Feaster. "Compagnie Maritime Belge S A & Others v. Commission". En *European Competition Law Review*. N° 7, año 1997. Pp. 467 y ss.

Elena Boet Serra. *Competencia y Tráfico Marítimo de Línea Regular*. Tesis Doctoral, Universidad Santiago de Compostela 1.997.

William Baumol. "Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test". En *Journal of Law and Economics* 1996, Vol. 39, n° 1. pp. 49-72.

Nicholas Levy. "Tetra Pak II: Stretching the Limits of Article 86?." *E.C.L.R.* 1995. Págs.104 y ss.

B.S. Yamey. *Predatory Price Cutting: Notes and Comments* en *The Journal of Law and Economics*. 129, 1972. En F.M. Scherer. *Monopoly and Competition Policy*. Vol. II. 1993.

Malcolm R. Burns. "Predatory Pricing and the Acquisition Cost of Competitors" en *Journal of Political Economy* 1986 University of Chicago. en F.M. Scherer. *Monopoly and Competition Policy*. Vol. II. 1993.

Oliver Williamson. "Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis". *The Yale Law Journal* Vol. 87. 1977. pp. 286 y ss. En F.M. Scherer. *Monopoly and Competition Policy*. Vol. II. 1993

Luis Miguel Hinojosa Martínez. "Predatory Pricing Literature under European Competition Law: the Akzo Case" en *Legal Issues of European Integration*. 1993/2 pp. 95- 128.

Eleanor Fox. "Price Predation-U.S. and E.E.C.: Economics and values." En 1989 *Corporate Law Institute* 1992 and *EEC/US Competition and Trade Law* Fordham University School of Law. Barry Hawk Editor.

Alejandro Fernández de Araoz y Gómez Acebo. "Libre Competencia y Precios Predatorios: análisis jurídico del problema y bases para una propuesta de aplicación administrativa y judicial en España". En *Revista Jurídica La Ley* 1992 Volumen 1, pp. 1089-1114.

Janusz A. Ordover y Garth Saloner. "Predation, Monopolization and Antitrust". Cap. 9, Vol. 1 *Handbook of Industrial Organization*. Edited by Richard Schmalensee y Robert Willing. 1989. Holanda.

Thomas Sharpe. "Predation" *ECLR* 1987. Pp.52 y ss.

Louis Philips. *Predatory Pricing*. Commission of the European Communities. 1987 Luxemburgo.

Richard T. Rapp. "Predatory pricing and entry deterring strategies: the economics of Akzo". *ECLR* 1986 pp. 232 Y SS.

Paul Smith *The Wolf in Wolf's clothing : The Problem with Predatory Pricing*. En *E.C.L.R.* 1986. Págs. 208-222.

Philippe Laurent. "La Pratique de Prix Prédateurs: un Abus de Position Dominante". *Revue du Marché Commun*. Pp. 468 y ss. N° 300, sept/oct. 1986.

Janusz A. Ordover y Robert D. Willig. "An Economic Definitio of Predation: Pricing and Product Innovation". *Yale Law Journal*. Vol. 91. 1981. Págs. 8-53

Documento OCDE

F.M. Scherer. "Predatory Pricing and the Sherman act: a Comment". 89 *Harvard Law Review* Pp.869 y ss. 1976

Phillip Areeda and Donald F. Turner. "Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act" En *Harvard Law Review*. 1975. Pp.697 y ss. Vol. 88.

### **Rebajas y descuentos**

Robert H. Lande. "Should Predatory Pricing Rules Immunize Exclusionary Discounts?" en *Utah Law Review*. 2006, págs. 1-16

Janusz A. Ordover, y Greg Shaffer. "Exclusionary Discounts" Agosto 2006. Forth Annual International Industrial Organization Conference

A. Douglas Melamed. "Exclusive Dealing Agreements and Other Exclusionary Conduct –Are There Unifying Principles?" en *Antitrust Law Journal*, Vol. 73, 2006. págs. 375 y ss.

P. Rey, J. Gual, M. Hellwig, A. Perrot, M. Polo, K. Schmidt y R. Stenbacka. “Un Enfoque Económico del Artículo 82”. En “*El Abuso de la Posición de Dominio*”. Directores: Santiago Martínez-Lage y Amadeo Petitbó Juan. Fundación Rafael del Pino, Madrid. 2006. Págs. 100-153

Javier Ruiz Calzado. “Los Descuentos y su Problemática” en “*El Abuso de la Posición de Dominio*”. Directores: Santiago Martínez-Lage y Amadeo Petitbó Juan. Fundación Rafael del Pino, Madrid. 2006. Págs. 313-338

Daniel L. Rubinfeld. “3M’s Bundled Rebates: An Economic Perspective”. En *The University of Chicago Law Review*. 2005. Págs. 243-264.

Giulio Federico. “When are Rebates Exclusionary?” en *E.C.L.R.* 2005, págs. 477-480.

Dr. Hans-Georg Kamann y Ellen Bergmann. “The Granting of Rebates by Market Dominant Undertakings under Article 82 of the EC Treaty”. En *E.C.L.R.* 2005, págs. 83-89.

Bruce H. Kobayashi. “The Economics of Loyalty Discounts and Antitrust Law in the United States”. En *Competition Policy International*. Volumen 1, Número 2. Otoño 2005.

B. David Spector. “Loyalty Rebates: An Assessment of Competition Concerns and a Proposed Structured Rule of Reason”. *Competition Policy International* Volumen 1 N° 2 Otoño 2005

Christian Roques. “CFI Judgment, Case T-203/01, Manufacture Française des Pneumatiques Michelin v Commission” en *E.C.L.R.* 2004, págs. 688-693.

John Kallaugher y Brian Sher. “Rebates Revisited: Anti-competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82” en *E.C.L.R.* 2004. pág. 263-285.

John Kallaugher y Brian Sher. “Discounts as Exclusionary Abuse Under Article 82: Reflections on Gyselen”, Third Meeting of the Competition Law Forum, BIICL, Londres 2004, no publicado, disponible en internet.

Luc Gyselen. “Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice?”. En *European Competition Law Annual*. Hart Publishing. 2003/2004.

Santiago Martínez Lage. “Community Policy on Discriminatory Pricing: A Practitioner’s Perspective”. En *European Competition Law Annual 2003: What is an Abuse of a Dominant Position?* Hart Publishing

John Ratliff. “Abuse of Dominant Position and Pricing Practices: A practitioner’s Viewpoint”. En *European Competition Law Annual 2003: What is an Abuse of a Dominant Position?* Hart Publishing

Robert O’Donoghue. “Over-Regulating Lower Prices: Time for a Rethink on Pricing Abuses under Article 82 EC”. En *European Competition Law Annual 2003: What is an Abuse of a Dominant Position?* Hart Publishing

Derek Ridyard. “Article 82 Price Abuses – Toward a More Economic Approach”. En *European Competition Law Annual 2003: What is an Abuse of a Dominant Position?* Hart Publishing

Gloria J. Hurdle y Henry B. Mc Farland. “Criteria for Identifying Market Power: A Comment on Baumol and Swanson” en *Antitrust Law Journal* 2003, Vol. 70. pág. 687 y ss.

William J. Baumol y Daniel G. Swanson. “The New Economy and Ubiquitous Competitive Price Discrimination: Identifying Defensible Criteria of Market Power”. En *Antitrust Law Journal* 2003, Vol. 70 pág. 661 y ss.

Gary Hewitt, “Loyalty And Fidelity Discounts and Rebates. Background Note” en *OECD Journal of Competition Law and Policy* Vol. 5, N° 2 Septiembre 2003, pág. 133-177.

Christine Tomboy y Oliver Sthemann. “Commission Closes Probe into major EU Airlines’ Incentive scheme for travel agents”. En *Competition Policy Newsletter*. Número 2, Verano 2003.

Brian Sher y Annukka Ojala. “Abuse of Dominance. Effects and inherent effects under article 82: Michelin 2 and Van den Bergh Foods”. En *Competition Law Insight* Diciembre 2003/enero 2004. No publicado, disponible en internet.

John Temple Lang y Robert O’Donoghue. “Defining Legitimate Competition: How to clarify pricing abuses under article 82 EC”. En *Fordham Internatinal Law Journal*. Vol. 26. Pág. 83-162. 2002.

Jonathan M. Jacobson. “Exclusive Dealing, ‘Foreclosure’ and Consumer Harm” en *Antitrust Law Journal*, Vol. 70, (2002) págs. 311-369.

Derek Ridyard. “Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses under Article 82 –An Economic Analysis”. *ECLR* 2002, págs. 286-303

Janusz A. Ordovery, Sreya Kolay y Greg Shafer, “All Unit Discounts in Retail Contracts” Mimeo U.S. Department of Justice. Division Antitrust. Agosto 2002. Disponible en internet.

Brian Sher. “Price Discounts and Michelin 2: What Goes Around, Comes Around”. *ECLR* 2002, p. 483-489.

Dennis W. Carlton. “A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal –Why *Aspen* and *Kodak* are Misguided”. En *Antitrust L.J.* Vol. 68, 2001 págs. 659 y ss.

Jürgen Mensching. “Linner Shipping Examining the development and impact of European Legislation” en *Speech at Containerisation International 3<sup>rd</sup> Annual Conference Global 2000* en <http://europa.eu.int>

S.O. Spinks. “Exclusive Dealing, Discrimination, and Discounts under EC Competition Law” en *Antitrust Law Journal*. 2000. Pág. 641 y ss.

Willard K. Tom, David A. Balto y Neil W. Averitt. "Anticompetitive Aspects of Market – Share Discounts and other Incentives to Exclusive Dealing". En *Antitrust Law Journal*, Vol 67, 2000, págs. 615-639.

Barbara O. Bruckmann. "Discounts, Discrimination, and Exclusive Dealing: Issues under the Robinson-Patman Act". En *Antitrust Law Journal* Vol. 8, 2000, págs. 253 – 295.

Ilya R. Segal y Michael D. Whinston. "Naked Exclusion: Comment" en *The American Economic Review*, March 2000, págs. 296 y ss.

John Finnegan. "Commission sets out its policy on commissions paid by airlines to travel agents". *Competition Policy Newsletter* 1999 Number 3 October.

H. Ungerer. *Special Sectors: How much is too much? Telecoms & postal services*. En [Http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1998\\_018\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1998_018_en.html)

Yongmin Chen. "Paying Customers to Switch". En *Journal of Economic & Management Strategy*. Vol. 6, Nº 4, 1997, págs. 877-897.

Francis Fishwick. *Competition aspects of Access pricing*. Luxemburgo 1996.

Paul Klempner, "Competition when Consumers Have Switching Costs: An Overview with Applications to Industrial Organization, Macroeconomics, and International Trade", *Review of Economic Studies*, Vol. 62, 1995, Nº 4 Octubre. Pp. 515-539.

George Bulkley. "The Role of Loyalty discounts when consumers are uncertain of the value of repeat purchases. En *International Journal of Industrial Organization* Vol.10, (1992) 91-101.

Eric B. Rasmusen., J.Mark Ramseyer y John S.Wiley Jr. "Naked Exclusion". *The American Economic Review*. Tomo 81. págs. 1137-1145.

Thomas G. Krattenmaker and Steven C. Salop. *Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price*. En *The Yale Law Journal* Vol. 96, Nº 2 Dec. 1986.

W.L. Sniijders. "Case 322/82, Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v. Commission [1984] E.C.R. 3461. The Michelin Judgment." *C.M.L.Rev.* 1986. Pp. 193-205.

### **Precios Desleales y Discriminación.**

Pietro Corcioni. "Price Squeeze and Imputation Test – Recent Developments" en *E.C.L.R.* 2005. págs. 558-571.

Moritz Lorenz, Maik Lübbing y Alexia Russell. "Price Discrimination, A Tender Story". En *E.C.L.R.* 2005, págs. 355-361.

Dermot Glynn « Article 82 and Price Discrimination in Patented Pharmaceuticals : the Economics" en *E.C.L.R.* 2005 págs. 135-143.

Bradley H. Weidenhammer. "Compatibility and Interconnection Pricing in the Airline Industry: A Proposal for Reform". En *The Yale Law Journal*. Vol. 114. 2004, págs. 405-441.

Joachim Lücking. « Presumed margin squeeze for broadband access in Germany : Settlement with Deutsche Telekom. » en *Competition Policy Newsletter*. Nº 3, Otoño 2004.

Eduardo Martínez Rivero y Rosalind Bufton. "The Clearstream decision: the application of article 82 to securities clearing and settlement" en *Competition Policy Newsletter*. Numero 2. Primavera 2004. págs. 49-51.

Michel Lamalle, Lenita Lindström Rossi y Antonio Carlos Teixeira. "Two important rejection decisions on excessive pricing in the port sector." En *Competition Policy Newsletter*. Nº 3, Otoño 2004.

Michal S. Gal. "Monopoly Pricing as an antitrust offense in the U.S. and E.C.: Two systems of belief about monopoly? En *Antitrust Bulletin*, Verano 2004.

Nicholas Green, QC. "Problems in the Identification of Excessive Prices: The United Kingdom Experience in the Light of Napp". En *European Competition Law Annual 2003: What is an Abuse of a Dominant Position?*

Massimo Motta. "Excessive Prices in the EU." Disponible en Internet.

Leopoldo José Porfirio Carpio. *La Discriminación de Consumidores como acto de Competencia Desleal*. Marcial Pons. Barcelona 2002.

Fernando Díez Estella "La Discriminación de precios en el Derecho de la Competencia". Tesis Doctoral Inédita 2002. Universidad Autónoma de Madrid.

Raimundo Ortega Bueno. "La Discriminación de Precios bajo el Prisma del Derecho de la Competencia" en *Gaceta Jurídica* Nº 213. Mayo/junio 2001.

Mark Furse "Monopoly Price Discrimination, Article 82, and the Competition Act". *ECLR* 2001, p. 149-155

Fernando Díez Estella. "Precios discriminatorios en el sector de las telecomunicaciones (Comentario a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de enero de 1999 en el asunto BT/Telefónica) *GJ* Nº206 Marzo/abril 2000

Par Pierre Arhel. « Lutte contre les Discriminations Abusives in Europe » en *Revue du Marché Commun et de L'Union Européenne*. Nº 431, sept. 1999. págs. 530-8.

Humbert Drabbe. "EC Competition Policy in Relation to Airports." Conferencia en ACI Torino de 13-04-1999. European Commission disponible en [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int).

- Marcel Haag y Robert Klotz. "Commission practice concerning excessive pricing in Telecommunications", *Competition Policy Newsletter*. 2 Junio. 1998 N European Commission. Pp.35-38.
- Ulrich Springer "Borden and United Brands Revisited: A comparison of the elements of price discrimination under E.C. and U.S. antitrust Law" en *E.C.L.R.* 1.997, Vol. 1pp.42-53.
- María Asunción Gual Dalmau "Discriminación y Abuso de Posición de Dominio: jurisprudencia por transición" *Revista General del Derecho*.1994. Pp.3547
- Thomas E. Kauper. "Whither article 86? Observations on Excessive Prices and Refusals to Deal" en 1989 *Fordham Corporate Law Institute* 1992 and EEC/US Competition and Trade Law Fordham University School of Law. Barry Hawk Editor.
- Ricardo Alonso Soto. "Supuestos de competencia desleal por venta a pérdida y discriminación". En *La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de enero de 1.991*. Coordinador Alberto Bercovitz. Madrid 1992.
- Philippe Laurent. "El Abuso de Posición Dominante Mediante los precios" N° 34 Noticias C.E.E. C.I.S.S. Noviembre 1987 Año III.
- Lucio Zanon. "Price Discrimination and Hoffmann-La Roche". *Journal of World Trade Law*. P.305 y ss. 1981.
- Lucio Zanon di Valgiurata. "Price Discrimination under article 86 of the E.E.C. treaty: the United Brands Case". *International and Comparative Law Quarterly*. Vol 31. 1980. P. 36-58.
- Mario Siragusa. "The Application of article 86 to the pricing policy of dominant companies: Discriminatory and unfair prices." *C.M.L.R.* 1979. Pp. 179 y ss.
- E. Steindorff. "Product shortages. Allocation and Price control under article 86 of the EEC Treaty. A Comment on the ABG Decision" *C.M.L.R.* 1978. P.35 y ss.
- M. Siragusa. "Application of article 86: tying arrangements, refusals to deal, discrimination and other cases of abuse". en Van Damme. "*Le réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire*." Bruges de Tempel. Tempehoff. 1977. Pág. 399 y ss.
- D. Schwarz. "Impositions de Prix non équitables par des entreprises en position dominante". en Van Damme *Le Réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit Communautaire*. Bruges de Tempel. Tempehoff. 1977.
- Wernhard Möschel "Le Controle des prix d'après le droit allemand et européen sur les restrictions de la concurrence". *Revue du Marché Commun* 1977. Pp. 262 y ss.
- B.H. ter Kuile. *Differentiation and Discrimination in Community Antitrust Law* en European Competition Policy. Essays of the Leiden Working Group on Cartel Problems. A.W.SijthoffLeiden-1973.
- René Joliet "Prix imposes et concurrence" *Cah DrEu* 1971. Pp. 17

### **Derecho Antitrust Norteamericano**

- U.S. Department of Justice, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act (2008). Disponible en [www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm](http://www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm)
- Herbert Hovenkamp. "The Legal Periphery of Dominant Firm Conduct" The University of Iowa Legal Studies Research Paper N° 7-21, Sept. 2007. Disponible en [Http://ssrn.com/abstract=1014426](http://ssrn.com/abstract=1014426).
- Gregory J. Werden. "Monopsony and the Sherman Act: Consumer Welfare in a New Light", en *Antitrust Law Journal*. Vol. 74, 2007. págs. 707-736.
- Neil W. Averitt y Robert H. Lande "Using the "Consumer Choice" Approach to Antitrust Law" en *Antitrust Law Journal* Vol. 74. 2007
- Marina Lao. "Defining Exclusionary Conduct Under Section 2: The Case for Non-Universal Standards" en Fordham Corporate Law Institute. 2006. Editor: Barry Hawk.
- Einer Elhauge. "Defining Better Monopolization Standards". *Stanford Law Review*. Nov. 2003, Vol. 56, N° 2, pp. 253-344.
- Leonel Perezniето Castro y Renato Roberto Guerrero Serreau. *Derecho de la Competencia Económica*. 2002. Oxford University Press. U.K.
- Richard A. Posner. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. 2da. Edición. The University of Chicago Press 2001.
- William E. Kovacic y Carl Shapiro. "Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking" en *Journal of Economic Perspectives*. Volume 14, N° 1, Invierno 2000, págs. 43-60.
- William E. Kovacic y Carl Shapiro. "Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking" en *Journal of Economic Perspectives*. Volumen 14, N° 1, Invierno 2000 págs 43-60
- Herbert Hovenkamp. "Federal Antitrust Policy". 2<sup>nd</sup>. Ed. Hornbook Series. Minesota. EEUU. 1999.
- John R. Baldwin. *The dynamics of industrial competition. A North American perspective* 1.998
- Charles Goetz y Fred McChesney. *Antitrust Law : Interpretation and Implementation*. 1998. Lexis Law Publishing USA.
- Sullivan, Lawrence Anthony. *Handbook of the Law of Antitrust* 1997.
- Phillip Areeda y Louis Kaplow. *Antitrust Analysis*. Aspen Law & Business. Fifth Edition.1997

Oliver E. Williamson. "Transaction cost Economics" Cap. 3 del Vol. 1. En *Handbook of Industrial Organization*. Edited by Richard Schmalensee y Robert Willing. 1989. Holanda.

Drew Fudenberg y Jean Tirole. "Noncooperative Game Theory for Industrial Organization: an Introduction and Overview" Cap. 5. Vol. 1. En *Handbook of Industrial Organization*. Edited by Richard Schmalensee y Robert Willing. 1989. Holanda.

Phillip Areeda. *Antitrust Analysis: Problems*. Ed. Little Brown. Boston. 1988

Von Kalinowski y Peter Sullivan y Maureen Mc Guirl. *On Antitrust* N1 102 ago 96. Mathew Bender.

Philip Areeda. *Antitrust Analysis: Problems*. 1988.

Hovenkamp, H. *Economics and Federal Antitrust Laws*. 1985.

Posner and Easterbrook. *Cases and Economic Notes on Antitrust*. Second Edition. 1077 (Casebook) 1984-85. West Publishing Co.

Frank Easterbrook. *The Limits of Antitrust* Texas Law Review Vol.63, N° 1, Agosto 1984. págs. 1-40.

Committee on Competition Law and Policy.

Robert Bork. *The Antitrust Paradox: a Policy at War with itself* 1978 New York: Basic Books.

Phillip Areeda y Donald Turner. *Antitrust Law: An Analysis*. Vol. 1 Ed. Little. Boston. 1978.

Phillip Areeda y Donald Turner. *Antitrust Law: An analysis*. Vol. 2. Ed. Little Boston 1978.

Phillip Areeda y Donald Turner. *Antitrust Law: An Analysis*. Vol. 3. Ed. Little. Boston 1978.

Richard A. Posner. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. The University of Chicago Press 1976.

Richard A. Posner *The Social Costs of Monopoly and Regulation*. Journal of Political Economy, 83, 807-28, 1975.

A.D. Neale. *The Antitrust Law of the U.S.A.* 2nd. Ed. Cambridge University Press. 1970 Cambridge.