

**ABUSOS NO RELACIONADOS
CON PRECIOS**

LA NEGATIVA DE SUMINISTRO Y FIGURAS AFINES

Helmut BROKELMANN
Socio, Martínez Lage & Asociados

1. INTRODUCCIÓN

El principio de autonomía privada garantiza la libertad de las empresas de contratar con quien lo deseen, derecho protegido por los arts. 10 y 38 de la Constitución Española y el art. 1.255 del Código Civil. Una importante excepción a esta libertad contractual y de empresa se deriva de la aplicación de los arts. 82 del Tratado CE y 6 de nuestra Ley de Defensa de la Competencia (LDC) que, en determinadas circunstancias, imponen a las empresas en posición de dominio obligaciones de contratar. Como declaró la Audiencia Nacional en su sentencia en el asunto *McLane/Tabacalera*, «*la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado no ampara una ilimitada libertad de contratación*» (FD 4.º).

En la práctica y la jurisprudencia, tanto comunitaria como española, se han ido cristalizando los distintos supuestos en los que una negativa de suministro de una empresa dominante puede ser abusiva y, por tanto, dar lugar a una obligación de suministro. Al margen de los supuestos “clásicos” de negativa de suministro, desde principios de los años noventa se ha ido desarrollando una nueva categoría —conocida como *essential facilities doctrine*, según su denominación en el Derecho de la competencia americano— que abarca las negativas de dar acceso a un “recurso

esencial” o a una “instalación básica”, sin la cual un competidor potencial de la empresa dominante no puede entrar a competir con ésta en un mercado derivado del dominado. Es esta categoría de abuso —en donde las autoridades de la competencia recurren al art. 82 CE como instrumento de apertura de mercados monopolizados a la competencia— la que plantea los mayores interrogantes desde un punto de vista doctrinal y en la que los requisitos de aplicación del art. 82 CE aún no están del todo perfilados.

En las páginas que siguen analizaremos los distintos supuestos de negativa de suministro que han sido desarrollados por la jurisprudencia y la práctica administrativa, haciendo especial hincapié en la todavía relativamente novedosa doctrina de los recursos esenciales.

Dejando a un lado los supuestos de dependencia económica contemplados en el art. 6.1.b) LDC¹ (por tratarse de un concepto con fundamentos totalmente distintos que poco o nada tiene que ver con la noción clásica de negativa de suministro), los supuestos de negativa de suministro se pueden distinguir en función de si se trata de una negativa de suministro a un competidor o a un cliente que no compite —ni tan siquiera potencialmente— con la empresa dominante. Dentro de estas categorías cabe hacer una segunda distinción, dependiendo de si la negativa se dirige contra un cliente nuevo o habitual. Esta aproximación sistemática a los distintos supuestos de negativa de suministro contrasta con el Documento de trabajo sobre la aplicación del art. 82 CE que la DG de Competencia de la Comisión Europea acaba de publicar, en el que se distingue, en primer término, entre la terminación de una relación de suministro existente y la negativa de iniciar una relación comercial con un cliente nuevo, sin que de este documento se desprenda con claridad si la Comisión realiza, dentro de estas dos categorías, una ulterior diferenciación en función de si la empresa dominante compite o no en el mercado descendente en el que la negativa de suministro surte efectos².

2. LA NEGATIVA DE SUMINISTRO A CLIENTES COMPETIDORES

Uno de los primeros casos de negativa de suministro y, a su vez, uno de los escasos precedentes en los que el art. 82 CE ha sido aplicado a la negativa de suministrar a un cliente de la empresa dominante que no

¹ No sólo por su escasa relevancia práctica, el Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia, de 20 de enero de 2005, contempla la abolición de esta figura.

² *DG Competition discussion paper on the application of art. 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, de 19 de diciembre de 2005, apdos. 207-242 (publicado en <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>).

se encuentra en una relación de competencia, ni siquiera potencial, con esta última, es el asunto *United Brands*, en el que el TJCE confirmó la decisión de la Comisión de condenar a esta empresa por abuso de posición dominante por negarse a continuar el suministro de plátanos a su distribuidor danés.

El Tribunal fundamentó la aplicación del art. 82 CE en la relación de dependencia de aquel distribuidor respecto de su suministrador para concluir que una empresa en posición dominante no puede dejar de atender los pedidos ordinarios de un cliente habitual que sigue las prácticas comerciales al uso³. Sin embargo, la aplicabilidad del art. 82 CE a conductas puramente verticales —es decir, que carecen de todo efecto excluyente frente a los competidores de la empresa dominante— más allá de los abusos de explotación tipificados en las letras *a)-d)* del art. 82 parece dudosa, puesto que la verdadera razón de ser de esta disposición no es otra que impedir que la empresa dominante debilite la competencia mediante conductas dirigidas a obstaculizar a sus competidores. En este sentido, también el ya citado Documento de trabajo de la Comisión sobre la aplicación del art. 82 CE señala que la negativa de suministrar a un cliente habitual cuando la empresa dominante no está activa en el mercado descendente y en el mismo operan varios competidores normalmente no debiera dar lugar a problemas de competencia⁴. De hecho, la Comisión había basado su condena de *United Brands* en los efectos excluyentes de la conducta, cuya finalidad no había sido otra que disciplinar a un distribuidor que había participado en una campaña publicitaria de un competidor (*Star Fruit*) y así disuadir a otros distribuidores de promocionar e incluso de distribuir marcas competidoras ante la amenaza de quedarse sin el suministro de la marca dominante.

Es ante todo este carácter anticompetitivo de la conducta, destinada a impedir el acceso de los competidores de *United Brands* a estos distribuidores para así reforzar la propia posición de la empresa dominante, lo que justificaba la aplicación del art. 82 en este caso y no tanto la lesión a la independencia de las pequeñas y medianas empresas a la que alude la sentencia del TJCE, si bien éste también menciona el aspecto anticompetitivo de la conducta.

Otro precedente importante en esta categoría de abusos es el asunto *ABG*, pues se trata de una de las pocas ocasiones en que se han invocado con éxito intereses comerciales para justificar una negativa de suministro, lo cual, en el caso concreto, llevó al Tribunal a anular la decisión de la Comisión⁵ por entender que, en una situación de escasez de petró-

³ As. 27/76, *United Brands/Comisión*, Rec. 1978, p. 207, apdo. 182.

⁴ *Supra*, nota 3, apdo. 222.

⁵ As. 77/77, *BP/Comisión*, Rec. 1978, p. 1513.

leo, BP no estaba obligada a dispensar el mismo trato a un cliente meramente ocasional que a sus clientes habituales. De esta sentencia se puede deducir que en aquellos supuestos en los que la empresa dominante y el cliente no se encuentran en una situación de competencia, la empresa en posición de dominio no queda vinculada a una obligación de suministro respecto de nuevos clientes con los que no tiene establecida una relación comercial continua. Y ello, porque en ausencia de una relación de comercio habitual, difícilmente podrá darse la necesaria situación de dependencia susceptible de ser explotada por la empresa dominante de manera abusiva.

La única excepción que conocemos a esta regla lo constituye el asunto *GVL*⁶, en el que la Comisión (y posteriormente el TJCE al confirmar su decisión) consideró aplicable el art. 82 CE a la negativa de la sociedad alemana de gestión de derechos de autor, GVL, a concluir contratos de gestión con artistas de nacionalidad no alemana, que no habían tenido ninguna relación previa con GVL. La negativa mostraba, sin embargo, la peculiaridad de proceder de una empresa que disfrutaba de un monopolio legal y de fundamentarse en la nacionalidad de los artistas, contraviniendo así uno de los principios más elementales del Tratado (art. 6 CE).

También nuestro TDC ha declarado en varias resoluciones recaídas en el sector farmacéutico que la negativa de suministrar a un cliente nuevo con el que no existe ninguna relación de competencia no es constitutiva de abuso. Así, en el asunto *Laboratorios Farmacéuticos*⁷, en el que el exportador paralelo Difar había denunciado a ocho laboratorios por negativa de suministro, el Tribunal declaró que, al no tener Difar entabladas relaciones comerciales con ninguno de los laboratorios denunciados, «*debe presidir el principio de libertad de contratación*», por lo que las negativas de suministro no podían considerarse constitutivas de abuso. En esta resolución el TDC señaló expresamente que con la negativa de suministro los laboratorios no pretendían proteger su posición en un mercado relacionado, pues ni siquiera operaban en el mercado descendente de la distribución mayorista, distinguiendo así este caso de los supuestos de negativa frente a un competidor que analizaremos a continuación. El pronunciamiento del TDC fue íntegramente confirmado por la Audiencia Nacional⁸ y reiterado por el TDC en la resolución *Spain Pharma/Smithkline*⁹.

⁶ Decisión 81/1030/CEE, de 29 de octubre de 1981, *DOCE* L370/49; as. 7/82, Rec. 1983, p. 483; *vid.* también el as. 125/78, GEMA/Comisión, Rec. 1979, p. 3173.

⁷ Expte. R 488/01, resolución de 5 de diciembre de 2001.

⁸ Recurso 79/2002, Sentencia de 14 de febrero de 2005.

⁹ Expte. R 558/03, Res. de 3 de diciembre de 2003.

Las citadas resoluciones del TDC son igualmente de interés porque reconocen toda una serie de posibles justificaciones para una negativa de suministro, tal como la existencia de fuentes alternativas de suministro; la imposibilidad de exigir que la dimensión de la empresa o su capacidad de producción deba adaptarse al deseo de terceros para poder atender sus pedidos; la exigencia de algún laboratorio de condicionar el suministro de sus especialidades a que el mayorista distribuya todo el vademécum del laboratorio en cuestión; y la posibilidad de dar la máxima prioridad al abastecimiento del mercado nacional por la obligación legal que existe a este respecto en el sector farmacéutico.

En esta misma línea se inscribe también el asunto *Syfait/GSK*, si bien el TJCE declinó finalmente responder a las interesantísimas cuestiones prejudiciales remitidas por la autoridad griega de la competencia en relación con la negativa de la farmacéutica GSK de atender íntegramente los desmesurados pedidos de sus mayoristas griegos, que solicitaban cantidades muy por encima de las necesidades nacionales para beneficiarse del lucrativo comercio paralelo de estas especialidades. Aunque el Tribunal no se pronunció, sí lo hizo el abogado general Jacobs¹⁰, llegando a la conclusión de que la negativa descrita no constituía en sí misma una conducta abusiva, aunque su intención fuera restringir el comercio paralelo. Según el abogado general, con arreglo a la jurisprudencia comunitaria que acabamos de analizar, una empresa en posición dominante no está obligada a servir pedidos que tengan carácter anormal (*United Brands*), puede adoptar una política comercial que establezca diferencias entre clientes para la asignación de suministros escasos (*BP/Comisión*) y, en términos más generales, tiene derecho a adoptar las medidas que estime necesarias para defender sus intereses comerciales. Concluye el AG Jacobs que cuando una negativa de suministro tiene como objeto proteger los intereses comerciales legítimos de una empresa dominante no puede considerarse abusiva, incluso aunque tenga como efecto una compartimentación del mercado al restringir el comercio paralelo. Al margen de las peculiaridades del sector farmacéutico, no cabe duda de que el análisis realizado por el AG Jacobs pone de manifiesto que también las negativas de suministro a clientes habituales sólo son constitutivas de abuso en casos excepcionales.

3. LA NEGATIVA DE SUMINISTRO A COMPETIDORES

En esta segunda categoría de negativas de suministro, el art. 82 CE se aplica a aquellas situaciones en las que una empresa que disfruta de

¹⁰ Conclusiones de 28 de octubre de 2004, asunto C-53/03, *Syfait/Glaxosmithkline*.

una posición de dominio en un determinado mercado se niega a suministrar el producto o servicio en cuestión a otra empresa que a su vez compite, al menos potencialmente, con la dominante en un mercado derivado o conexo. A modo de ejemplo, esto ocurre cuando el fabricante de una materia prima también está presente en el mercado descendente del producto procesado, o cuando el fabricante de un producto a su vez lo distribuye. La misma situación se daría respecto de la posición que tiene el fabricante de un producto en relación con las piezas de recambio y servicios de reparación y mantenimiento de ese producto y, en principio, también con relación a la explotación de una instalación o infraestructura (como por ejemplo un puerto marítimo) y la prestación del correspondiente servicio por un mismo operador.

Con la denegación de suministro en estos casos, la empresa dominante pretende eliminar la competencia en el mercado secundario o incluso impedir que se instale cualquier atisbo de competencia en el mismo, haciendo uso (*leverage*) del poder de mercado que posee en el mercado principal, sin que sea necesario que también disponga de una posición de dominio en el mercado derivado. La aplicación del art. 82 CE a estos supuestos de negativa de suministro se justifica por la tentativa de la empresa dominante de impedir —en el sentido de la fórmula *Hoffmann-La Roche*— «el mantenimiento del nivel de competencia aún existente en el mercado o el desarrollo de dicha competencia» en el mercado secundario¹¹.

Para analizar correctamente estos supuestos es preciso distinguir las negativas de suministro a un cliente habitual que compite con la empresa dominante de aquellas situaciones en que ambas partes aún no tienen entablada una relación comercial, de modo que la empresa que solicita el suministro es un competidor potencial de la dominante.

A) La negativa de suministro a un competidor y cliente habitual

En un principio, todos los casos de negativas de suministro analizados por la Comisión y el TJCE afectaban a empresas que no sólo se encontraban en una situación de competencia con la empresa dominante, sino que además eran clientes habituales de ésta.

Así, en el asunto *Commercial Solvents*¹², que constituye además el primer caso en el que el Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse sobre el carácter abusivo de una negativa de suministro, el TJCE declaró que «una empresa que ostenta una posición dominante en un mercado de

¹¹ As. 85/76, *Hoffmann-La Roche*, Rec. 1979, p. 461, apdo. 91.

¹² As. 6 y 7/73, *Commercial Solvents*, Rec. 1973, p. 357.

*materias primas y que, con la finalidad de reservarse dichas materias primas para su propia producción de productos derivados, se niega a suministrarlas a un cliente que fabrica estos productos derivados, con el consiguiente riesgo de eliminar cualquier competencia por parte de ese cliente, explota su posición de dominio de manera abusiva»*¹³. En el caso concreto, Commercial Solvents había interrumpido el suministro de la materia prima en cuestión a sus clientes que hasta entonces venían fabricando y comercializando el producto derivado que la empresa dominante ahora se disponía a fabricar ella misma¹⁴.

En la Sentencia *Telemarketing*¹⁵, una cadena de televisión en posición de dominio (CLT) intentó reservarse la explotación del sistema publicitario de televenta que otra empresa venía utilizando en su programación. Aunque la conducta bien podría haberse calificado como venta vinculada (*tying*), porque la CLT vendía su espacio publicitario a condición de que los anunciantes contratasen los servicios de televenta con una de sus filiales, el TJCE la calificó como negativa de ofrecer el espacio publicitario a cualquier empresa independiente de televenta con el fin de reservarse dicha actividad accesoria y con el consiguiente riesgo de eliminar toda competencia en dicho mercado secundario.

Estos casos no aportan ningún avance significativo en la aplicación del art. 82 CE porque, aunque las negativas se dirigían contra empresas competidoras, éstas a su vez eran clientes habituales de la empresa dominante en cuestión, de modo que, en todo caso, se daba la situación de dependencia que, según la jurisprudencia, permite calificar una negativa como abusiva. Como señala la Comisión en su Documento de trabajo sobre la aplicación del art. 82 CE¹⁶, el hecho de que una empresa dominante en el pasado haya considerado que el suministro a terceros resulta eficiente y que estos clientes hayan realizado inversiones relacionadas con estos suministros, crea una presunción *iuris tantum* de que la continuación de estas relaciones de suministro es pro-competitiva. En este mismo sentido, el Documento concluye que cuando la empresa dominante compite en el mercado descendente y corta el suministro a uno de sus competidores en el mismo, puede normalmente presumirse que la terminación del suministro tiene un efecto negativo sobre la competencia en el mercado descendente (*vertical foreclosure*).

¹³ Apdo. 25; traducción propia.

¹⁴ Podemos encontrar supuestos muy similares en la práctica de la Comisión en los asuntos *Napier Brown/British Sugar*, Decisión 88/518/CEE, de 18 de julio de 1988, *DOCE* L 284/41, y *BBI/Boosey & Hawkes*, Decisión 87/500/CEE, de 29 de julio de 1987, *DOCE* L 286/36.

¹⁵ As. 311/84, *Telemarketing/CLT* y otros, Rec. 1985, p. 3261.

¹⁶ *Supra*, nota 3, apdo. 217.

B) La negativa de suministro a un competidor y cliente nuevo: la jurisprudencia *Magill*

Como hemos visto, en todos los asuntos analizados se daba la circunstancia de que la empresa afectada por la negativa de suministro ya tenía entablada una relación comercial con la empresa dominante, con la que competía en un mercado secundario. Hubo que esperar hasta el asunto *Magill*¹⁷ para que las autoridades comunitarias —primero la Comisión y después ambos Tribunales— tuvieran ocasión de aplicar el art. 82 CE en un caso de negativa de suministro a un cliente nuevo y competidor potencial de la empresa dominante, si bien es cierto que el TJCE ya se había pronunciado en las cuestiones prejudiciales *Volvo/Veng*¹⁸ y *CICRA/Renault*¹⁹ sobre la aplicabilidad del art. 82 en tales circunstancias.

En efecto, en dichos asuntos, el TJCE se pronunció sobre la negativa de las empresas Volvo y Renault a conceder licencias que permitieran a terceros fabricar y comercializar piezas de carrocería protegidas por un modelo registrado. Aunque el efecto de esa negativa suponía la imposibilidad de obtener las piezas de recambio por parte de un taller de reparación independiente —con la consiguiente reserva de este mercado a los concesionarios de los fabricantes de automóviles—, el Tribunal entendió que únicamente en casos excepcionales —que en todo caso no concurrían en ambos asuntos— el ejercicio de los derechos de propiedad industrial podía ser constitutivo de un abuso de posición dominante. Las tres situaciones identificadas por el Tribunal como excepcionales (y por ello constitutivas de una conducta abusiva), fueron: la denegación arbitraria de suministro de piezas de repuesto a talleres independientes, la fijación de precios no equitativos para dichas piezas y la reducción o el cese de producción de piezas de un modelo del que todavía estaban en circulación numerosos vehículos.

El primer asunto en el que ambos Tribunales comunitarios llegaron a la conclusión, confirmando la postura de la Comisión, de que el ejercicio del derecho excluyente frente a un competidor potencial efectivamente daba lugar a un comportamiento abusivo, fue el famoso asunto *Magill*, en el que varias cadenas de televisión cuyos programas podían recibirse en Irlanda se reservaban, apoyándose en sus derechos de autor, el derecho de publicar una programación semanal de sus ofertas televisivas en su propia revista de televisión. La negativa de las cadenas de

¹⁷ Decisión 89/205/CEE, DOCE L 78/43; as. T-69/89, RTE/Comisión, BBC/Comisión, ITP/Comisión, Rec. 1991, pp. II-485, 535 y 575; C- 242/91P, RTE y ITP/Comisión, Rec. 1995, p. I-743.

¹⁸ As. 238/87, Volvo/Erik Veng, Rec. 1988, p. 6211.

¹⁹ As. 53/87, CICRA y otros/Renault, Rec. 1988, p. 6039.

televisión a suministrar su programación a terceros —para así excluir cualquier competencia en el mercado derivado de las revistas sobre programación televisiva—, tenía el efecto de mantener el monopolio que éstas disfrutaban en este mercado complementario a través de la publicación de sus propias revistas, cuyo contenido, sin embargo, se limitaba a la programación de las respectivas cadenas.

Tres eran las circunstancias “excepcionales” en el sentido de la jurisprudencia *Volvo/Veng*, que condujeron tanto a la Comisión como a ambos Tribunales a concluir que el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual por parte de las cadenas de televisión había sido abusivo. Las cadenas de televisión estaban obstaculizando la aparición de un producto nuevo para el que no existía ningún sustituto real o potencial pero sí una demanda potencial de los consumidores (una completa guía semanal con los programas televisivos de todas las cadenas, cosa que ninguna de ellas ofertaba); la negativa carecía de justificación objetiva; y las cadenas de televisión se estaban reservando un mercado secundario —el de las guías semanales de televisión—, excluyendo cualquier competencia en ese mercado.

El razonamiento del TJCE no se distingue sustancialmente de las Sentencias *Volvo/Veng* y *CICRA/Renault*, en las que el TJCE consideró que el cese de la producción de recambios para los que aún existe una demanda —lo cual en *Magill* se corresponde con el requisito del impedimento de la aparición de un producto nuevo— sería constitutivo de abuso. El tercer requisito —la eliminación de la competencia en un mercado derivado— ya fue utilizado por el TJCE en las Sentencias *Commercial Solvents* y *Telemarketing*, sólo que en este caso la “*materia prima*” indispensable era la información que las cadenas de televisión tenían sobre su propia programación, sin la cual no era posible elaborar una guía semanal con toda la programación.

C) La aplicación de la jurisprudencia *Magill* por la Comisión y el TDC

La Sentencia *Magill* pronto suscitó la cuestión de si los requisitos desarrollados en la misma serían de aplicación a cualquier situación en la que una empresa dominante en un mercado ascendente monopolizara un mercado derivado de aquél o si su ámbito de aplicación debía ceñirse a los supuestos específicos en los que el titular de un derecho de propiedad industrial o intelectual denegaba la licencia de su derecho. La duda consistía, pues, en saber si la ampliación del ámbito de aplicación experimentado por el art. 82 CE a raíz de esta jurisprudencia iba a poder utilizarse en el futuro como instrumento de apertura de mercados mono-

polizados a la competencia o, dicho en otros términos, si la Sentencia *Magill* había introducido una *essential facilities doctrine* en el ámbito del Derecho de la competencia comunitario.

La Comisión afirmó rápidamente que la Sentencia *Magill* del TJCE corroboraba la doctrina de las “instalaciones básicas”, dando rango de “*principio general del Derecho comunitario de competencia*” a esta nueva doctrina²⁰. De hecho, a partir del respaldo recibido del TPI en primera instancia en el asunto *Magill* la Comisión no dudó en aplicar el art. 82 CE a las negativas de suministro a clientes nuevos para abrir mercados hasta entonces monopolizados a la competencia.

Las primeras decisiones de la Comisión —*B&I/Sealink*, *Sea Containers/Stena Sealink* y *Puerto de Rodby*— versaban sobre el acceso de terceros a instalaciones portuarias, siendo de especial interés las dos últimas, pues en estos casos los competidores que solicitaban acceder a las instalaciones portuarias no mantenían relaciones comerciales con los propietarios de las mismas²¹. La decisión *Sea Containers* contiene el más amplio desarrollo de la doctrina de las *essential facilities* hasta entonces efectuado por la Comisión: «Una empresa que ocupa una posición dominante respecto de la puesta a disposición de instalaciones básicas (esto es, instalaciones o infraestructuras sin cuya utilización los competidores no pueden prestar servicios a sus clientes) y utiliza ella misma dichas instalaciones, y que niega a otras empresas el acceso a las mismas sin razón válida o se lo concede únicamente en condiciones menos favorables que aquellas de que disfrutaban sus propios servicios, infringe el art. 86 si se cumplen las otras condiciones de este artículo. Una empresa que ocupa una posición dominante no puede efectuar discriminaciones en favor de sus propias actividades en un mercado conexo. Se produce una infracción al art. 86 cuando el propietario de instalaciones básicas utiliza su poder en un mercado para proteger o reforzar su posición en un mercado conexo, en particular, negando el acceso a un competidor o concediéndoselo en condiciones menos favorables que aquellas de que disfrutaban sus propios servicios e imponiendo, así, una desventaja a su competidor desde el punto de vista de la competencia».

Como muestran estos precedentes, la actividad de la Comisión en aquellos años se centraba en aplicar la nueva doctrina a verdaderas “instalaciones” —tales como puertos marítimos, aeropuertos o infraestruc-

²⁰ XXV Informe (1995), punto 40; ver también las declaraciones del entonces comisario de Política de Competencia, Sr. Van Miert, en un discurso de 3 de septiembre de 1995, IP/95/29.

²¹ *B&I*, IP/92/478, de 11 de junio de 1992; Decisión de 21 de diciembre de 1993, *Sea Containers/Stena Sealink*, DOCE L 15, de 18 de enero de 1994; Decisión 94/119/CE, *Puerto de Rødby*, DOCE L 55/52, de 26 de febrero de 1994.

turas ferroviarias—²², lo que podría hacer pensar que la misma sólo es de aplicación cuando una empresa propietaria de una instalación física o de un monopolio natural de este tipo monopoliza también el mercado secundario de la explotación de dicha instalación. Como veremos en los casos analizados más adelante, el ámbito de aplicación de esta doctrina no puede, sin embargo, limitarse a las negativas de dar acceso a tales instalaciones físicas, sino que el concepto jurídico de “instalación básica” o “recurso esencial” abarca cualquier producto o servicio indispensable para desarrollar una actividad determinada en un mercado derivado.

Por su parte, también nuestro TDC ha declarado que en determinadas circunstancias la negativa de suministrar a un cliente nuevo que pretende competir con la empresa dominante en un mercado derivado puede ser constitutiva de abuso. Como es sabido, a diferencia de lo que sucede en el ámbito del art. 82 CE, la LDC tipifica explícitamente los supuestos de “negativa de suministro” en la letra c) de su art. 6.2, que dispone que el abuso podrá consistir, en particular, en «la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios».

El Tribunal resumió su práctica en materia de negativa de suministro en un *obiter dictum* formulado en la resolución *Amargos*²³: «*Que además, en jurisprudencia constante de este Tribunal, en el caso de existencia de una posición de dominio, no se obliga sin más a contratar con cualquier peticionario sino a explicar motivadamente, en términos de fundamentación jurídica bastante y razonabilidad económica suficiente, los motivos en cuya virtud se produce una determinada decisión y solamente, a partir del contraste legal y económico de esa fundamentación, demostrando, en su caso, la desviación de poder jurídica y la irrazonabilidad económica, podría llegarse a la conclusión de la existencia de un abuso por la negativa a originar o mantener una determinada relación contractual*».

De estas afirmaciones podemos deducir que, en principio, el TDC parecería aplicar el art. 6.2.c) LDC tanto a las negativas de suministro a un cliente habitual (“mantener”) como a aquellas dirigidas contra clientes nuevos (“originar”), sin que la fórmula empleada por el TDC parezca establecer un régimen distinto para cada uno de estos supuestos tan dispares desde el punto de vista del Derecho de la competencia. Ahora bien, en la misma resolución, el TDC declaró que «*si bien es cierto que se mantuvieron relaciones comerciales anteriores, es perfectamente lícito modificar una determinada política comercial siempre y cuando se garan-*

²² Cfr. XXIII Informe sobre Política de Competencia (1993), punto 142.

²³ Resolución *Amargos*, de 24 de enero de 1995, expte. R 97/94.

tice, como sucede en este caso, que la modificación de las relaciones comerciales no supone un daño a una de las partes que no pueda encontrar justificación en lo que es la necesaria lucha por la supervivencia en un mercado».

El primer caso en el que el Tribunal impuso una obligación de suministro a un cliente nuevo fue la resolución *Teléfonos en aeropuertos*²⁴, en el que Telefónica había denegado y retrasado la interconexión de los terminales telefónicos de la denunciante 3C Communications a su red, alegando que éstos carecían de homologación. En su resolución, el TDC destacó que la conducta de Telefónica estaba impidiendo que 3C accediera al mercado de la prestación de servicios telefónicos con pago mediante tarjeta de crédito (que la propia Telefónica estaba todavía desarrollando), eliminando toda competencia en dicho mercado y obstaculizando la aparición de un producto nuevo, lo cual, junto con la imposibilidad de duplicar la instalación en cuestión, justificaba en este caso la aplicación del art. 6 LDC, en sintonía con los precedentes comunitarios que hemos analizado.

La resolución de medidas cautelares en el asunto *McLane/Tabacalera* constituye el primer pronunciamiento del TDC en el que se alude a la doctrina de las instalaciones básicas²⁵. Aunque el TDC invocara la doctrina de las instalaciones básicas a partir de la decisión *Sea Containers/Stena Sealink* de la Comisión en apoyo de su razonamiento en la resolución cautelar —anulada por la Audiencia Nacional, pero confirmada por el Tribunal Supremo²⁶—, la resolución final se limita a concluir que la negativa de suministro infringía la letra c) del art. 6.2 LDC²⁷, distinguiendo expresamente este caso de la doctrina de las instalaciones básicas. Al confirmar la legalidad de dicha resolución, tampoco la Audiencia Nacional recurre a dicha doctrina²⁸.

La resolución —que cuenta con dos votos particulares referidos al fondo del asunto— exige a Tabacalera el suministro en condiciones no discriminatorias de todas las labores de tabaco de sus propias marcas a McLane. En este caso, la negativa de suministro impedía a un potencial competidor de Tabacalera el acceso al mercado derivado de la distribución mayorista de labores de tabaco, siendo así que Tabacalera dominaba ambos mercados, el principal de la fabricación de labores de tabaco y el mercado descendente de la distribución mayorista de estos produc-

²⁴ Expte. A 46/93, resolución de 3 de junio de 1993; expte. MC 6/96, resolución de 8 de abril de 1994, y expte. 350/94, resolución de 1 de febrero de 1995.

²⁵ Expte. MC 21/97, resolución de 26 de mayo de 97.

²⁶ Recurso 654/1997, Auto de 21 de enero de 1998 y recurso de casación 9748/1998, Sentencia de 7 de junio de 2000.

²⁷ Expte. 486/00, *McLane/Tabacalera*, Res. de 24 de febrero de 2002.

²⁸ Recurso 341/2002, Sentencia de 5 de noviembre de 2003.

tos. Según el TDC, el acceso a las labores de tabaco de Tabacalera era “indispensable” por cuanto Tabacalera no sólo distribuía sus propias labores, sino también aquellas de sus competidores, por lo que era imposible acceder al mercado de distribución mayorista sin contar con el abastecimiento de Tabacalera.

No está muy claro que efectivamente nos encontremos ante un supuesto de negativa de acceso a un recurso esencial, pues la negativa de Tabacalera no parecería obstaculizar la aparición de un producto nuevo en el mercado derivado de la distribución mayorista —actividad logística que también estaba realizando una filial de la propia Tabacalera—, lo cual podría explicar por qué el TDC en su resolución principal calificara la conducta simplemente como negativa de suministro injustificada. En efecto, como subraya el Tribunal Supremo en su sentencia de casación, el carácter abusivo de la negativa tendría su fundamento en el monopolio legal de Tabacalera en la fabricación de labores de tabaco en la Península, que le permitía monopolizar el mercado descendente de la distribución mayorista en contra de la voluntad del legislador de liberalizar este último mercado varios años atrás. El carácter abusivo de la negativa tendría, por tanto, en este caso su fundamento más bien en el monopolio legal de Tabacalera que en una aplicación de la doctrina de las instalaciones básicas.

En resoluciones posteriores, el TDC volvió a recurrir a esta doctrina, haciendo referencia a la jurisprudencia comunitaria más reciente, por ejemplo para calificar a los servicios funerarios como indispensables y, por tanto, a los tanatorios como “instalaciones esenciales” que ocupan una posición dominante en el mercado²⁹, lo cual demuestra que el TDC está siguiendo la evolución de la práctica y jurisprudencia comunitaria en este campo.

D) El desarrollo de los requisitos de *Magill* en la jurisprudencia posterior

La jurisprudencia posterior a *Magill* ha desarrollado con más nitidez el concepto de “recurso esencial” y los demás requisitos que deben concurrir para que la negativa de dar acceso a tales recursos sea abusiva. Según la Sentencia *Magill*, estos requisitos son: i) que el producto o servicio en cuestión sea un recurso “indispensable” en el sentido de que no exista ninguna alternativa real o potencial al mismo; ii) que la negativa

²⁹ Exptes. 598/00, *Funerarias Madrid*, resolución de 5 de julio de 2001; r 464/00v, *Funerarias Castellón*, resolución de medidas cautelares de 11 de enero de 2002, y r 568/03, *Floristerías Tanatorios Castellón*, de 13 de mayo de 2004; ver igualmente la resolución en el expte. r 551/02, *Farmacéuticos Formulistas*, de 22 de mayo de 2003 (FD 7.º).

pueda excluir toda competencia de un mercado derivado; iii) que obstaculice la aparición de un producto nuevo para el que existe una demanda potencial de los consumidores, y iv) que carezca de justificación objetiva, criterio que, dado que se trata de un requisito general aplicable a cualquier tipo de abuso, no analizaremos en más detalle, teniendo en cuenta que los ejemplos analizados anteriormente (*supra*, sección 2) son igualmente aplicables a los supuestos de negativa a un cliente nuevo.

a) *El requisito de “indispensabilidad”*

Como se desprende de la jurisprudencia y de la práctica administrativa analizada hasta ahora, la obligación de suministro a clientes nuevos con los que no existía una relación comercial previa está condicionada a que esté en juego el acceso a una “instalación básica” (en la nomenclatura de la Comisión) o a un “recurso esencial” (*essential facility*), en el lenguaje utilizado en la jurisprudencia comunitaria. Esto hace necesario una definición más exacta de dicha noción para distinguir estos supuestos de una simple negativa de dar acceso a cualquier producto o servicio que no tenga el carácter de indispensable, aunque la empresa en cuestión ocupe una posición de dominio en el mercado del mismo. Esta definición es de suma relevancia por cuanto la negativa de dar acceso a un “recurso esencial” a un cliente nuevo y competidor potencial es constitutiva de abuso, mientras que la negativa de dar acceso a un producto o servicio no indispensable para competir en el mercado derivado del producto en cuestión, en principio no será constitutiva de una conducta abusiva. El criterio de “indispensabilidad” se convierte así en el requisito central para establecer si una negativa de suministro constituye o no un abuso.

Curiosamente, la única sentencia comunitaria que se refiere expresamente a la noción de «*recursos esenciales*» (*essential facilities* en la versión inglesa) es la Sentencia *European Night Services* (ENS) del TPI³⁰, recaída en un recurso de anulación contra una decisión de exención de la Comisión que autorizaba, conforme al art. 81.3 CE, la creación de la empresa en participación ENS dedicada a la prestación de servicios ferroviarios nocturnos de pasajeros a través del túnel bajo el Canal de la Mancha. La decisión condicionaba la exención concedida a una obligación impuesta a las matrices de ENS —empresas ferroviarias de varios países— de suministrar las locomotoras y su personal a terceros en las mismas condiciones que a ENS, basándose en que constituían “*recursos esenciales*” para el acceso al mercado en cuestión.

³⁰ As. ac. T-374,375, 384 y 388/94, *European Night Services y otros/Comisión*, Rec. 1998, p. 3141.

Tras recordar la jurisprudencia *Magill*, según la cual un producto o servicio sólo puede considerarse esencial o indispensable si no existe ningún sustituto real o potencial para el mismo, el TPI declaró que las empresas matrices y/o la empresa en participación sólo «*disponen de infraestructuras, productos o servicios “indispensables” o “esenciales” para el acceso al mercado pertinente si dichas infraestructuras, productos o servicios no pueden sustituirse por otros y si, a causa de sus especiales características y en especial del coste prohibitivo de la reproducción de los mismos y/o del tiempo razonablemente necesario para ello, no existen alternativas viables para los competidores potenciales de la empresa en participación, que se verían por tal motivo excluidos del mercado*»³¹. Dado que cualquier tercero podía comprar o alquilar las locomotoras especializadas libremente en el mercado, el Tribunal en este caso negó que éstas y el personal de las mismas pudieran calificarse como “recursos esenciales”.

En esta línea se inscribe también la Sentencia *Ladbroke*³², que versaba sobre la negativa de las sociedades francesas de carreras de caballos de ceder al corredor de apuestas Ladbroke el derecho a retransmitir el sonido y las imágenes de las carreras hípcas francesas en Bélgica, país en el que una filial de Ladbroke aceptaba apuestas sobre carreras celebradas en el extranjero. El Tribunal confirmó la desestimación de la queja por la Comisión por entender que las sociedades de carreras francesas no estaban presentes en el mercado belga de la retransmisión de imágenes de carreras hípcas —geográficamente distinto al francés y alemán donde sí operaban—, por lo que no existía el elemento horizontal necesario para poder calificar la negativa como abusiva. El Tribunal también distinguió este caso del asunto *Magill*, puesto que, por un lado, Ladbroke ya estaba presente como principal operador en el mercado de las apuestas y, por otro, la retransmisión televisiva de las carreras, aunque constituyera un servicio complementario, e incluso conveniente, no era indispensable para el ejercicio de la actividad principal de los “*bookmakers*”, como demostraba la sólida implantación de Ladbroke en dicho mercado³³.

³¹ Apdo. 209.

³² As. T-504/93, *Ladbroke/Comisión*, Rec. 1997, II-923.

³³ Sorprende, sin embargo, que el Tribunal en esta sentencia contemplara como alternativos los requisitos de indispensabilidad y obstaculización de la aparición de un producto nuevo, cuando no cabe duda, y así lo confirmaría la jurisprudencia posterior que comentaremos a continuación, que se trata de condiciones cumulativas: «*la negativa opuesta a la demandante sólo puede estar sujeta a la prohibición del art. 86 si se refiere a un producto o servicio que es esencial para el ejercicio de la actividad de que se trata, 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 potencial específica, constante y regular, por parte de los consumidores*» (apdo. 131, el subrayado es nuestro). La decisión cautelar de la Comisión en el asunto *IMS Health*, aplicando este precedente, incurrió en el mismo error, como pone de manifiesto el Auto del presidente del TPI al analizar el requisito de *fumus boni iuris* (as T-184/01 R, Rec.2001, p. II-3193, apdo. 104).

El requisito de indispensabilidad fue clarificado, y endurecido, en la Sentencia *Bronner/Mediaprint*³⁴ del TJCE, recaída pocos meses después de la Sentencia *ENS*. En esta cuestión prejudicial, la empresa editora de los diarios austriacos con mayor difusión denegó a un pequeño diario austriaco el acceso a su propio sistema de reparto a domicilio, el único de ámbito nacional existente en Austria, por lo que su propietario ocupaba una posición dominante en el correspondiente mercado de servicios. Sobre la base de los criterios elaborados en la Sentencia *Magill*, el TJCE analizó si esta modalidad de distribución podía considerarse “esencial” o “indispensable” para la venta de diarios, «*en el sentido de que no hubiera ninguna alternativa real o potencial al citado sistema de reparto a domicilio*» (apdo. 41). A la vista de que existían otras modalidades de distribución de diarios (por correo, venta en quioscos, etc.) y que no había ningún obstáculo técnico, reglamentario ni económico que pudiera hacer imposible la creación de un propio sistema nacional de reparto a domicilio, el Tribunal concluyó que no se trataba de un servicio “indispensable”, por lo que la negativa de acceso no era contraria al art. 82 CE.

La Sentencia *Bronner* también es esclarecedora en la afirmación de que, para acreditar el carácter indispensable del sistema, «*no basta con alegar que no resulta económicamente rentable en razón de lo reducido de la tirada del diario o los diarios que deben distribuirse*» (apdo. 45). A este respecto el Tribunal exigió que debe demostrarse, al menos, «*que no es económicamente rentable crear un segundo sistema de reparto a domicilio para la distribución de aquellos diarios que tengan una tirada comparable a la de los diarios distribuidos mediante el sistema existente*» (apdo. 46), es decir, que la falta de rentabilidad económica lo debe ser para una producción a una escala comparable a la de la empresa que controla el producto o servicio existente³⁵.

El pronunciamiento más reciente sobre el requisito de “indispensabilidad” se encuentra en la Sentencia *IMS Health* del TJCE, un asunto procedimentalmente enrevesado, en el que la Comisión ya había adoptado medidas cautelares contra IMS, que, sin embargo, fueron suspendidas cautelarmente por los presidentes del TPI y del TJCE antes de que la Comisión revocara, aparentemente por falta de urgencia, su decisión

³⁴ As. C-7/97, *Bronner/Mediaprint*, Rec. 1998, p. I-7791.

³⁵ A la vista de esta sentencia parece dudoso que la Comisión haya podido considerar el acceso de British Midland a un acuerdo de interlínea con Aer Lingus como “indispensable”, porque la decisión adoptada en este asunto se limita a constatar que la negativa de Aer Lingus tenía un efecto significativo sobre la capacidad de la nueva competidora de iniciar y mantener el nuevo servicio por incrementar sus gastos significativamente (Decisión de 26 de febrero de 1992, *Aer Lingus/British Midland*, DOCE L 96/34).

de medidas cautelares³⁶. En la cuestión prejudicial dirigida al TJCE por un Tribunal alemán, éste indagaba si la negativa de una empresa en posición dominante, IMS, a celebrar un contrato de licencia para la utilización de una base de datos amparada por un derecho de autor con una empresa que pretende introducirse en el mismo mercado (NDC) constituía una infracción del art. 82 CE.

En su respuesta al Tribunal nacional, el TJCE se limita estrictamente a dar cuenta del estado actual del Derecho comunitario, sin entrar a valorar —en contraste, por ejemplo, con la Sentencia *Bronner*— si los requisitos jurisprudenciales se cumplían en el caso concreto, dejando dicha valoración al órgano jurisdiccional nacional. No obstante, la sentencia puede interpretarse en el sentido de que el Tribunal se inclina porque la base de datos elaborada sobre una “estructura de segmentos” constituye un recurso “indispensable” para poder realizar la actividad derivada de presentación de datos sobre ventas de productos farmacéuticos, puesto que no sería posible para un competidor —como pone de manifiesto el propio Tribunal nacional— desarrollar una estructura alternativa.

De la jurisprudencia analizada, que también queda reflejada en el citado Documento de trabajo de la Comisión sobre la aplicación del art. 82 CE³⁷, se desprende que los tribunales comunitarios no sólo han ido definiendo el criterio de “indispensabilidad” con más claridad, sino que también existe una clara tendencia a endurecer los requisitos que deben concurrir para poder calificar a un producto o servicio como “indispensable” o “esencial”, lo cual subrayaría el carácter excepcional del recurso al art. 82 CE para abrir un mercado a la competencia.

b) *El requisito de eliminación de toda competencia*

Como ya ocurriera en la Sentencia *Magill*, en la citada Sentencia *IMS*, el Tribunal no parece formular la exigencia de que se trate de un recurso “indispensable” como un requisito autónomo, sino como una premisa, puesto que afirma expresamente que «*basta que se cumplan tres requisitos con carácter acumulativo, a saber, que esa negativa obstaculice la aparición de un producto nuevo para el que existe una demanda potencial de los consumidores, que carezca de justificación y que pueda excluir toda competencia de un mercado derivado*»³⁸. En nuestra opinión, sin embargo —y así lo demuestra la Sentencia *Bronner*, en la que

³⁶ Decisión, as. COMP D3/38.044-NDC Health/IMS Health: medidas provisionales, IP/01/941; TPI, *vid. supra* nota 34 *in fine*; TJCE, as. C-481/01 P (R), Rec. 2002, p. I-3401; IP/03/1159.

³⁷ *Supra*, nota 3, apdos. 228-230.

³⁸ Apdo. 38, el subrayado es nuestro.

el Tribunal sólo se pronunció sobre este requisito, para negar la existencia de un abuso—, la exigencia de “indispensabilidad” constituye un requisito independiente y adicional a los otros criterios desarrollados en la jurisprudencia e incluso puede calificarse como el requisito central sobre el que vira el análisis de los Tribunales comunitarios.

No obstante, nos queda la duda sobre si este requisito realmente se diferencia del requisito enunciado por el TJCE de que la negativa debe excluir toda competencia en el mercado derivado. Si el producto o servicio no es “indispensable” para competir en el mercado derivado, la negativa de dar acceso al mismo tampoco será susceptible de eliminar toda competencia en dicho mercado, puesto que un tercero podrá reproducirlo —como en el caso de las locomotoras de ENS— o recurrir a alguna solución alternativa —como la distribución por correo o en quioscos en el caso *Bronner*— para entrar a competir en el mercado derivado. Sólo si nos encontramos ante un producto o servicio “indispensable” será imposible competir en el mercado derivado por otros medios, excluyendo así toda competencia en el mismo. De ahí que, en rigor, entendamos que el requisito de indispensabilidad y el de eliminación de cualquier competencia en el mercado derivado son dos caras de una misma moneda, lo cual podría explicar por qué el Tribunal se refiere a tres y no a cuatro requisitos que deben concurrir para poder calificar una negativa de suministro como abusiva.

Por otra parte, al analizar el requisito de eliminación de cualquier competencia en el mercado derivado en el asunto *IMS*, el Tribunal tuvo mucho cuidado en enfatizar un elemento que no había desarrollado en su jurisprudencia anterior, a saber, que «*es decisivo que puedan determinarse dos fases de producción distintas, que están relacionadas entre sí porque el producto anterior es un elemento indispensable para suministrar, en la fase posterior, datos sobre las ventas de productos farmacéuticos en Alemania*»³⁹. El origen de este pronunciamiento probablemente se encuentre en el Auto del presidente del TPI⁴⁰ que suspendió cautelarmente la decisión *IMS Health* de la Comisión, entre otros motivos, porque la negativa de acceso no intentaba excluir la aparición de un servicio nuevo en un mercado diferente, sino que pretendía impedir que los competidores de *IMS* prestaran servicios en el mismo mercado dominado por *IMS*. Hasta entonces, sin embargo, la doctrina de los recursos esenciales sólo se había aplicado cuando la empresa dominante utilizaba su poder de mercado en un mercado derivado (*leverage*) para obstaculizar o impedir la competencia en el mismo.

³⁹ Apdo. 45.

⁴⁰ Auto del presidente del TPI, *supra* nota 34, apdos. 101 y 105.

De la Sentencia *IMS* parece desprenderse, sin embargo, que el requisito de la existencia de dos mercados separados normalmente no debiera plantear mayores problemas, puesto que bastará con que pueda determinarse un mercado potencial, incluso hipotético. Según el TJCE, así sucede «*cuando los productos o servicios son indispensables para desarrollar una actividad determinada y existe una demanda efectiva de ellos por parte de las empresas que pretenden desempeñar la actividad para la que son indispensables*»⁴¹, lo cual prácticamente equivale a decir que no es necesario que existan dos mercados separados para poder aplicar la doctrina.

c) *El requisito de la obstaculización de la aparición de un producto nuevo*

El requisito de que la negativa, para ser abusiva, debe obstaculizar la aparición de un producto nuevo para el cual exista una demanda potencial por parte de los consumidores fue formulado por primera vez en la Sentencia *Magill*. Aunque en *Ladbroke* el TPI sembrara cierta confusión, al formular esta exigencia como requisito alternativo al requisito de indispensabilidad⁴², ya hemos visto que en *IMS* el TJCE clarificó que los tres requisitos enunciados en la Sentencia *Magill* son cumulativos. Pero, además, en *IMS* el Tribunal define por primera vez el contenido material de este requisito en el sentido de que una negativa «*sólo puede considerarse abusiva en el caso de que la empresa que ha solicitado la licencia no pretenda limitarse, esencialmente, a reproducir productos o servicios que ya ofrece en el mercado derivado el titular del derecho de propiedad intelectual, sino que tenga la intención de ofrecer productos o servicios nuevos que el titular no ofrece y respecto de los cuales existe una demanda potencial por parte de los consumidores*»⁴³.

De esta definición parece desprenderse que el requisito de producto nuevo no va tan lejos como para exigir que se trate de un servicio nuevo en un mercado de producto distinto de aquel en el que opera la empresa dominante, sino que puede tratarse de un producto o servicio novedoso, pero a su vez sustituible con la actividad desarrollada por la empresa dominante en el mercado derivado. No obstante, debe tenerse en cuenta que aunque el AG Tizzano interpretara el requisito de producto nuevo en este sentido en sus Conclusiones sobre este asunto, la Sentencia del Tribunal no recoge la matización del AG de que la negativa de conceder una licencia sólo es abusiva cuando la empresa que la solicita «*pretende*

⁴¹ Apdo. 44.

⁴² *Vid. supra*, nota 34.

⁴³ Apdo. 49.

*producir bienes o servicios con características diferentes que —aun cuando compitan con los del titular del derecho— respondan a necesidades específicas de los consumidores que no son satisfechas por los bienes o servicios existentes»*⁴⁴, con lo cual esta cuestión aún no está del todo solventada.

d) *El ámbito de aplicación de los requisitos de la jurisprudencia Magill e IMS*

El análisis jurisprudencial realizado hasta ahora nos suscita un importante interrogante: ¿pueden los requisitos desarrollados por ambos tribunales comunitarios en relación con las negativas de licenciar un derecho de propiedad industrial o intelectual —y, en particular, el requisito de producto nuevo— extrapolarse sin más a la negativa de dar acceso a un derecho de propiedad de otro tipo?

Obsérvese que en los precedentes que hemos analizado de la Comisión —los casos de puertos marítimos, acuerdos de interlínea y sistemas de reserva— no siempre concurría este requisito de que la negativa de dar acceso a la instalación básica obstaculizaba la aparición de un producto nuevo, pues en muchos casos sólo se trataba de ofrecer el mismo servicio que la empresa titular del recurso esencial, que es precisamente lo que el TJCE declaró insuficiente en la Sentencia *IMS*. Por otra parte, no puede excluirse que en estos casos la novedad podría haber consistido en ofrecer la misma línea marítima o aérea en horarios diferentes, con mejores servicios o a un precio más económico, lo cual, sin embargo y aunque pueda resultar deseable desde el punto de vista del consumidor, parece difícil que pueda calificarse realmente como un “producto nuevo”.

Pues bien, la Sentencia *Bronner* todavía dejaba abierta la cuestión de si la jurisprudencia desarrollada por ambos tribunales comunitarios en relación con las negativas de licenciar un derecho de propiedad industrial o intelectual podía extrapolarse sin más a la negativa de dar acceso a un derecho de propiedad de otro tipo⁴⁵. La Sentencia *IMS*, sin embargo, se presta a la conclusión de que los mismos requisitos son aplicables a uno y otro tipo de derecho. Si en *Bronner* —asunto relativo a un derecho de propiedad material— el Tribunal ya arrancaba con su análisis, reproduciendo los requisitos de su jurisprudencia *Magill*, relativa a un derecho de propiedad intelectual, en *IMS* —otro asunto relativo a un derecho de autor— el recurso al precedente sentado en *Bronner* es todavía más llamativo, puesto que en el apartado 36 de la Sentencia el Tri-

⁴⁴ Apdo. 62.

⁴⁵ Cf. el apdo. 41 de la sentencia.

bunal cita el resumen de los requisitos desarrollados en la Sentencia *Magill* realizado en el apartado 40 de la Sentencia *Bronner* —y no directamente la Sentencia *Magill*— para realizar su análisis de los hechos del caso concreto.

Por otra parte, cabe preguntarse por qué en el caso de derechos de propiedad material la imposición de una obligación de suministro debiera obedecer a requisitos menos exigentes que en el caso de una negativa de dar acceso a un derecho de propiedad industrial o intelectual. En uno y otro caso la propiedad —sobre todo cuando es fruto del esfuerzo empresarial y no de la concesión de un (antiguo) monopolio legal— confiere un derecho exclusivo sobre la misma a su titular, cuya protección en los ordenamientos nacionales respeta el art. 295 CE. De ahí que el Derecho de la competencia sólo pueda imponer, en ambos supuestos, una obligación de acceso a la misma en casos muy excepcionales, en los que se trata de permitir el “desarrollo” de la competencia en un mercado derivado en el sentido de la antes citada fórmula *Hoffmann-La Roche*. Otros autores —como Ian FORRESTER, que intervino en asuntos como *Magill*, *Syfait/GSK* o *Microsoft*— defienden la tesis contraria de que es necesario establecer una distinción entre las obligaciones de acceso a derechos de propiedad inmaterial y otros derechos de propiedad⁴⁶ y el Documento de trabajo de la Comisión sobre la aplicación del art. 82 CE también parece limitar el ámbito de aplicación del requisito de “producto nuevo” a los supuestos de negativa de acceso a un derecho de propiedad inmaterial⁴⁷.

En nuestra opinión, sin embargo, la jurisprudencia en la materia debe entenderse en el sentido de que los requisitos desarrollados en los casos de negativa de dar acceso a un derecho de propiedad industrial o intelectual —y, en particular, el requisito de que la negativa sólo puede ser abusiva si obstaculiza la aparición de un producto nuevo para el que existe una demanda insatisfecha por parte de los consumidores— son igualmente aplicables a aquellos casos en los que el recurso esencial cuyo acceso se deniega no constituye un derecho de propiedad inmaterial, sino un derecho de propiedad distinto, tales como el sistema de reparto de prensa en *Bronner* o las locomotoras en *ENS*.

Únicamente cuando la ausencia de competencia en el mercado derivado perjudica al consumidor, que no ve satisfecha su demanda de un servicio o producto, siempre que no existan posibilidades de replicar el recurso en el mercado primario, puede estar justificada la aplicación del

⁴⁶ I. FORRESTER, «Article 82: Remedies in Search of Theories», en *Fordham Corporate Law Institute, International Antitrust Law & Policy*, 2004, pp. 183-184.

⁴⁷ *Supra*, nota 3, apdos. 237-240.

art. 82 para crear competencia en el mercado derivado, y ello con independencia del derecho de propiedad de que se trate. De no ser así, una aplicación excesiva del art. 82 a otros derechos de propiedad pronto se convertiría en un desincentivo para que las empresas inviertan en la creación de nuevos productos, si en lugar de cosechar los legítimos beneficios de sus inversiones pueden acabar estando obligados a compartir los frutos de su esfuerzo empresarial. No debe olvidarse que la consecuencia de cualquier obligación de acceso impuesta por las autoridades de la competencia elimina la competencia para desarrollar una instalación similar, pues desaparecen los incentivos económicos para ello⁴⁸. En este sentido, el Documento de trabajo de la Comisión sobre la aplicación del art. 82 CE reconoce la necesidad de proteger los incentivos para invertir e innovar y, por consiguiente, la legitimidad de rentabilizar, al menos durante un determinado período, tales inversiones⁴⁹.

e) *El asunto Microsoft*

En cierto modo, las conclusiones que hemos alcanzado hasta ahora, respecto de los requisitos que deben concurrir para que la negativa de suministrar a un cliente nuevo que quiere competir con la empresa dominante en un mercado derivado sea constitutiva de abuso, han vuelto a verse cuestionadas en el célebre asunto *Microsoft*, que en este momento se encuentra *sub iudice* ante el TPI⁵⁰. En este caso se suscitan toda una serie de cuestiones que en el futuro, una vez que los Tribunales comunitarios se hayan pronunciado definitivamente, podrían todavía enmendar la jurisprudencia hasta ahora vigente.

El asunto versa, en lo que a la negativa de suministro se refiere, sobre la negativa del gigante de la informática Microsoft a facilitar la información de interoperabilidad protegida por derechos de propiedad intelectual a sus competidores en el mercado de sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo necesaria para conseguir la plena interoperabilidad de sus productos con el sistema operativo de Windows. Aunque en su decisión la Comisión intentara acreditar la concurrencia de los cuatro requisitos desarrollados en la jurisprudencia de los tribunales comunitarios, el Auto del presidente del TPI que denegó la suspensión cautelar de esta decisión (por falta de urgencia, no de *fumus*) pone de manifiesto que las cuestiones jurídicas suscitadas por las partes

⁴⁸ En el asunto *Sea Container/Stena Sealink*, *supra* nota 22, Sea Containers acabó prestando servicios hacia Irlanda desde otro puerto, desvirtuando así la conclusión de la Comisión de que el puerto de Holyhead constituía un “recurso esencial”.

⁴⁹ *Supra*, nota 3, apdos. 213 y 235, citando la Sentencia *European Night Services*, *supra* nota 31, apdo. 230.

⁵⁰ As. T-201/04.

van más allá de demostrar meramente que la decisión se ajusta a los requisitos de la Sentencia *IMS*⁵¹, cuya concurrencia niega Microsoft⁵².

Así, la Comisión sostiene que una negativa de suministro también puede ser abusiva si no concurren todos los requisitos hasta ahora desarrollados en la jurisprudencia, lo cual nos llevaría a la cuestión de si los requisitos establecidos en *IMS* son “suficientes” —como mantiene la Comisión— o “necesarios” —como entiende Microsoft— para demostrar el carácter abusivo de una negativa de suministro⁵³. Esta interpretación de la jurisprudencia por parte de la Comisión también queda reflejada en el ya citado Documento de trabajo sobre la aplicación del art. 82 CE: «[...] *it may not be appropriate to apply to such refusals to supply information the same high standards for intervention as those described in the previous subsection*».

Por otra parte, la decisión también se basa en que Microsoft habría reducido los niveles de suministro anteriores al desarrollo del sistema operativo Windows 2000, con lo cual la Gran Sala del TPI que está conociendo del recurso principal tendrá primero que establecer si nos encontramos ante un supuesto de negativa de suministro a un cliente nuevo o habitual, antes de pasar a aplicar el *test* correspondiente.

En definitiva, habrá que esperar a ver si la sentencia del TPI —y eventualmente del TJCE— sobre el fondo del asunto consolida la jurisprudencia existente o abre nuevos caminos para la aplicación del art. 82 CE a las negativas de suministro. Si el Tribunal acepta que se trata de un caso de negativa de acceso a un cliente nuevo, en nuestra opinión, la sentencia sólo debiera versar sobre si se cumplen los requisitos enunciados en la Sentencia *IMS*, pues parece difícil que la jurisprudencia previa pueda interpretarse en el sentido de que una negativa también puede ser abusiva sin que concurren los tres requisitos expresamente declarados cumulativos por el TJCE en *IMS*.

⁵¹ As. T-201/04 R, Auto del presidente del TPI del 22 de diciembre de 2004, apdo. 206.

⁵² En concreto, la alegaciones de Microsoft se centran en los siguientes argumentos: que la información no es indispensable porque existen varias formas alternativas de conseguir la interoperabilidad entre sistemas operativos diferentes; que la negativa no ha impedido la aparición de ningún producto nuevo para el que exista una demanda insatisfecha de los consumidores y que los competidores sólo desean replicar las funcionalidades de los productos que Microsoft ya comercializa en el mercado; que la competencia existente en el mercado de sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo demuestra que la negativa no es susceptible de eliminar toda competencia en dicho mercado; y, finalmente, que la conducta estaría, en todo caso, justificada objetivamente.

⁵³ *Supra* nota 3, apdo. 242.

4. CONCLUSIÓN

Como recordó el AG Jacobs en sus Conclusiones en el asunto *Bronner*: «Admitir la pretensión de Bronner llevaría a las autoridades y órganos jurisdiccionales comunitarios a efectuar una reglamentación detallada de los mercados comunitarios, que conlleva la fijación de precios y condiciones de entrega en amplios sectores de la economía. Intervenir en una escala semejante sería no sólo impracticable, sino también contrario a la competencia, a largo plazo, y, en verdad, no sería compatible en modo alguno con una economía de mercado»⁵⁴. Es por ello que la negativa de suministro, de la que la negativa de dar acceso a un recurso esencial no es más que una manifestación, sólo debiera considerarse abusiva en circunstancias excepcionales, debiendo regir, por lo demás, el principio de libertad contractual.

Dado su carácter excepcional, los supuestos en los que la negativa se dirige contra un cliente habitual, reconocidos por la jurisprudencia comunitaria, sólo debieran considerarse abusivos si además de la explotación de una situación de dependencia la negativa tiene algún efecto excluyente por ir dirigida contra los competidores de la empresa dominante, ya sea en el mercado dominado (*United Brands*) o en el mercado derivado de aquél (*Commercial Solvents*).

En cuanto a las negativas de suministro o de dar acceso a un cliente nuevo, es pacífica la consideración de que estos supuestos sólo son constitutivos de abuso cuando la empresa que solicita el suministro o acceso compete, al menos potencialmente, con la empresa dominante en un mercado derivado del dominado. De la jurisprudencia existente aún no se desprende con toda la claridad deseable si en estos supuestos deben aplicarse siempre los requisitos desarrollados para los casos de negativa de acceso a un derecho de propiedad industrial o intelectual —Sentencias *Magill* e *IMS*— o si el acceso a otros derechos de propiedad —como las locomotoras en *ENS* o el sistema de reparto de prensa en *Bronner*— se rigen por requisitos menos exigentes.

Nuestra conclusión del análisis de la jurisprudencia existente hasta la fecha es que los requisitos desarrollados en los casos referidos a negativas de licencia de derechos de propiedad inmaterial debieran ser aplicables a cualquier supuesto de negativa de suministro o acceso a un cliente nuevo que quiere entrar a competir con la empresa dominante en un mercado derivado, dado que cualquier derecho de propiedad merece la protección que la jurisprudencia ha otorgado a los derechos inmateriales. Estos requisitos son: i) que el producto o servicio en cuestión sea

⁵⁴ Apdo. 69.

un recurso “indispensable” en el sentido de que no exista ninguna alternativa real o potencial al mismo o, lo que viene a ser lo mismo, que la negativa pueda excluir toda competencia de un mercado derivado; ii) que obstaculice la aparición de un producto nuevo para el que existe una demanda potencial de los consumidores, y iii) que carezca de justificación objetiva.

La obligación de suministrar a un competidor potencial de la empresa dominante que aún no mantiene relaciones comerciales con ésta sólo está justificada cuando la ausencia de competencia en el mercado derivado perjudica al consumidor, que no ve satisfecha su demanda de un servicio o producto, y siempre que no existan posibilidades de replicar el recurso en el mercado primario. De no ser así, una aplicación excesiva del art. 82 en tales situaciones pronto se convertiría en un desincentivo para que las empresas invirtieran en innovación, si en lugar de cosechar los legítimos beneficios de sus inversiones pudieran acabar estando obligadas a compartir los frutos de su esfuerzo empresarial. La consecuencia de cualquier obligación de acceso impuesta por las autoridades de la competencia elimina la competencia para desarrollar una instalación similar, pues desaparecen los incentivos económicos para ello.

De ahí que nuestra conclusión sea que en el marco de los arts. 82 CE y 6 LDC la negativa de suministro debiera seguir siendo un supuesto de abuso que sólo se materializa en situaciones excepcionales (cuestión distinta sería la relativa a las obligaciones sectoriales de acceso que el legislador impone a las empresas con un peso significativo en el mercado y que en ningún caso deben “contaminar” los principios que rigen la aplicación de las normas de competencia). Y es que la doctrina de los recursos esenciales no instaura ninguna obligación de favorecer la competencia ajena ni un deber general de que empresas dominantes asistan a sus competidores mediante el suministro de bienes y servicios, sino que se limita a corregir la explotación abusiva de una posición de dominio para impedir el desarrollo de la competencia en un mercado derivado en perjuicio del consumidor.

