

DELIMITACIÓN DE LA NOCIÓN DE ABUSO DE UNA POSICIÓN DE DOMINIO

Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL
Catedrático de Derecho Mercantil.
Universidad Autónoma de Madrid/
CMS Albiñana & Suárez de Lezo

1. LA PROHIBICIÓN DE ABUSO: PLANTEAMIENTO Y CONSECUENCIAS

1. El control de las concentraciones y la prohibición del abuso de posición dominante no tienen tras de sí una legitimidad semejante al que disfruta la prohibición de los cárteles. En la persecución de los cárteles no hay falsos positivos¹, de modo que la ganancia social de prohibir (y hacer cumplir la prohibición) de los cárteles es evidente. Con el control de concentraciones o el abuso de posición dominante, la cuestión no está tan clara porque hay o puede haber ganancias de eficiencia en una fusión y porque al regular la conducta de una empresa en el mercado se corre el riesgo de reducir la competencia en lugar de preservarla. Como dicen los economistas, la prohibición de abuso de posición de dominio puede tener *efectos ambiguos sobre el bienes-*

¹ Si adoptamos una definición de cártel estricta como los acuerdos que tienen *por objeto* restringir la competencia y, por tanto, no calificamos como tales todos los acuerdos verticales, *vid.*, al respecto, J. ALFARO ÁGUILA-REAL, «La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatística del Derecho antimonopolio», *InDret*, 3, noviembre 2004, www.indret.com.

tar², por lo que decidir si una empresa dominante está compitiendo agresivamente o está abusando de la posición alcanzada en el mercado es una cuestión especialmente difícil.

2. La Ley de Defensa de la Competencia no define lo que se entiende por abusar de una posición de dominio limitándose a hablar de “*explotación abusiva*” de tal y recogiendo cinco supuestos concretos de abuso que están tomados casi literalmente del art. 82.2.º Tratado de la Unión Europea. Procede, pues, “concretizar” la cláusula general y elaborar las llamadas cláusulas generales intermedias situadas, por su nivel de abstracción, entre la “*explotación abusiva*” y cada uno de los grupos de casos específicos previstos en el art. 82.

3. Esta concreción debería hacer sistemáticamente coherente la prohibición de abuso de posición dominante con la finalidad general del Derecho de la competencia. Los autores de la Escuela de Chicago consideran que es *el bienestar del consumidor* el único objetivo plausible del Derecho antitrust. Otros —economistas— afirman que el objetivo debiera ser el de maximizar el excedente o bienestar total (el de los consumidores y el de los productores) y, en consecuencia, la eficiencia. Tal diferencia de planteamiento puede ser relevante, por ejemplo, en materia de evaluación de operaciones de concentración: si una fusión genera un beneficio para los productores enorme (en forma de reducción de costes de producción significativos y eliminación de redundancias) y un pequeño perjuicio para los consumidores (en forma de precios algo más altos), la operación debería permitirse si se acepta el segundo criterio y prohibirse si se sigue el primer criterio. La decisión del legislador europeo y español parece orientarse en el primer sentido a la vista de lo que disponen los arts. 3, 4 y 5 LDC y el art. 81.3 del Tratado. Parece generalmente admitido que el objetivo del Derecho de la competencia es, en todo caso, la protección de los consumidores de manera que la protección de los competidores del dominante o de los que se fusionan es sólo un efecto reflejo del primer objetivo³. En todo caso, parece que no hay diferencias entre ambos planteamientos si se tienen en cuenta los efectos a largo plazo⁴.

² W. KOLASKY, «What is competition?», speech, octubre 2002, publicado en *Antitrust Bulletin*, 2004, pp. 29 ss.; p. 9: «Efforts to regulate the conduct of individual firms, whether through the antitrust laws or otherwise, run the risk of destroying competition in the name of saving it»; KOLASKY, «Single-Firm Conduct: The Search of the Holy Grail of Administrable Procompetitive Standards», julio 2005, pp. 59 ss., p. 61 disponible en noviembre de 2005 en www.wilmerhale.com/files/Publication. Una exposición detallada de los *prejuicios* de las distintas escuelas de Economía sobre las empresas dominantes puede verse en M. CANOY, P. REY y E. VAN DAMME, «Monopolization and Dominance», *Tilburg discussion paper*, 2004/022, <http://www.tilburguniversity.nl/tillec/publications/discussionpapers/2004-022.pdf>, visitado en enero de 2006, pp. 8 ss.

³ STJCE *Oscar Bronner*, 1998, Rec. I-7791, asunto C-7/97.

⁴ H. HOVENKAMP, citado por R. SCHMALENSSEE, «Sunk Cost and Antitrust Barriers to Entry», MIT Sloan School of Management, *Working Paper*, 4457-04, enero 2004, disponible en

4. La aproximación económica al concepto de abuso conduce a la afirmación según la cual, el objetivo del Derecho de la competencia en general y de la prohibición de abuso en particular es proteger la competencia y no proteger a los competidores y que por lo primero se entiende atender a los efectos sobre el bienestar de los consumidores y —sobre todo— sobre el *proceso competitivo*. Como se señala en un reciente informe sobre el art. 82 del Tratado, si las conductas de las empresas se examinan desde la perspectiva de si causan daño a la competencia y “daño a la competencia” se entiende como reducción del bienestar de los consumidores, las autoridades de competencia deberían examinar, en cada caso, «el funcionamiento real de la competencia en un mercado determinado, sin prejuicios, y explicando de qué modo daña a los consumidores la conducta en cuestión». Este método de análisis debería disciplinar a las autoridades de competencia en el sentido de que se evitaría así la tentación de las autoridades de identificar la protección de la competencia con *la preservación de una estructura determinada del mercado*, con lo que se estaría, en realidad, protegiendo a los competidores y no a la competencia⁵. Veremos a continuación cómo al poner el foco sobre el bienestar de los consumidores determinados tipos de conductas por parte de empresarios dominantes pueden verse bajo una luz distinta y menos desfavorables. En este sentido, una cuestión muy debatida en el marco de la aplicación del art. 82 TCE es si es posible identificar conductas (como los descuentos de fidelidad) que deban considerarse abusivas en cualquier supuesto en que sean practicadas por una empresa dominante (prohibiciones *per se*) o desde una aproximación más económica a la cuestión concluir que, aunque se trate de una de las conductas del dominante identificadas en casos pasados (descuentos por fidelidad, negativa de venta...), hay que determinar si, en el caso concreto, produce daños a la competencia y deduce el bienestar de los consumidores⁶.

www.ssrn.com en mayo de 2004; M. CANOY, P. REY y E. VAN DAMME, «Monopolization and Dominance», *Tilburg discussion paper*, 2004/022, visitado en enero de 2006, <http://www.tilburguniversity.nl/tilec/publications/discussionpapers/2004-022.pdf>, pp. 4 ss. «Why would one look at consumer surplus rather than total surplus in welfare analysis? The dead weight loss argument is the most straightforward reason for looking at consumer surplus. In a simple monopoly setting, total welfare is maximized if consumer surplus is maximized and price equals marginal cost' Consumer surplus in the long run comes closer to total surplus than just consumer surplus in the short run. Maximizing consumer surplus in the long-run must involve producer surplus. Profits are necessary for investment and innovation, and are therefore also ingredients of consumer benefits in the long run... Consumer surplus is only a reasonable approximation of welfare if long run effects are taken into account...»

⁵ REY, *Economic Approach*, pp. 8-9.

⁶ *Ibid.*, p. 13, *vid.* p. 14, donde se afirma que «an effects-based approach needs to put less weight on a separate verification of dominance... if an effects-based approach provides evidence of an abuse which is only possible if the firm has a position of dominance, then no further sepa-

5. Este planteamiento tiene a su favor su mayor coherencia con el modelo *jurídico* constitucional de prevalencia de la libertad y excepcionalidad de la intervención pública en la actuación de los ciudadanos. Los poderes públicos pueden limitar la libertad de algunos para asegurar la libertad de todos pero no pueden limitar la libertad de nadie para *asegurar que los particulares actúan de forma coherente con cualquier patrón de racionalidad* que les venga impuesto desde los poderes públicos. También es más coherente con una concepción realista sobre lo que *pueden hacer las autoridades de competencia* en el sentido hayekiano. Los poderes públicos encargados de proteger la competencia tienen, así, una tarea hacedera: han de proteger la rivalidad efectiva y potencial pero no tienen que *gestionar* el sistema económico indicando a las empresas y a los consumidores qué conductas son racionales, qué procesos son los más eficientes, qué productos son los más deseables. Así, parece evidente que es más fácil decidir si una conducta reduce el bienestar de los consumidores que implementar una política de competencia dirigida a corregir las ineficiencias que, la propia autoridad, cree haber detectado en relación con monopolios u oligopolios. Y la razón no se escapa: si la política de competencia parte del reconocimiento de que la competencia —rivalidad— es el mejor mecanismo para reducir las ineficiencias en el mercado, las autoridades de competencia no deberían pretender sustituir la competencia por su propia intervención en el mercado como instrumento para lograr el funcionamiento eficiente del mismo ⁷.

6. También se sigue de este planteamiento que más vale *beneficio inmediato para los consumidores de una conducta* (reducción del precio, aumento de la oferta) que *beneficio futuro y sólo probable* (mantenimiento de una más intensa rivalidad por la presencia de mayor número de competidores), lo que hace realmente escasos los supuestos, por ejemplo en los que se podrá considerar predatorio un precio sobre coste que tenga efectos excluyentes ⁸. En el mismo sentido, no debería producirse una ponderación de efectos positivos y negativos —porque es especulativo— de la conducta del dominante cuando la conducta «mejora la eficiencia del monopolista reduciendo los costes o elevando la productivi-

rate demonstration of dominance should be needed - if no separate demonstration of dominance is provided, one may however require the abuse to be clearly established, with a high standard of proof». Sin embargo, a veces puede ser más fácil descartar que una empresa ostente posición de dominio que determinar (y ponderar) los efectos anticompetitivos y procompetitivos de una conducta de la empresa. En tal caso, una aplicación eficiente del Derecho conduce a la autoridad a centrarse en el análisis de la posición de la empresa en el mercado.

⁷ P. REY (coord.), «An Economic Approach to art. 82», disponible en octubre de 2005 en la página de competencia de la Comisión Europea, p. 10.

⁸ Vid. J. E. LOPATKA y W. H. PAGE, «Bargaining and Monopolization : In Search of the Boundary of Section 2 Liability between *Aspen* and *Trinko*», junio 2005.

dad». Viceversa, cuando una conducta causa un «daño evidente e inmediato a los consumidores» en forma de precios más elevados o una reducción de la oferta y el futuro beneficio para los consumidores es especulativo «la respuesta adecuada será normalmente descontar severamente la afirmación según la cual la conducta producirá ganancias de bienestar en el futuro»⁹.

7. En las páginas que siguen procederemos a examinar las dos cláusulas generales intermedias que sirven para concretar la prohibición de abuso: la prohibición de abusos por explotación de la posición de dominio y la prohibición de abusos por exclusión de rivales actuales o potenciales.

2. LAS CLÁUSULAS GENERALES INTERMEDIAS: ABUSO POR EXPLOTACIÓN Y ABUSO POR EXCLUSIÓN

8. 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 explotadora de la posición de dominio*), y iv) tal conducta del dominante no está basada en la competencia por eficiencia (*Hoffman-La Roche*)¹⁰. De modo que «aunque el hecho de que una empresa ostente una posición de dominio no le priva de su derecho a proteger sus intereses comerciales cuando se vean atacados y aunque estas empresas tienen derecho a tomar las medidas razonables que considere apropiadas para proteger estos intereses, estas conductas son ilegales si su propósito es reforzar su posición de dominio y, de esta forma,

⁹ *Ibid.*, p. 9.

¹⁰ *Vid.*, en la jurisprudencia española, la Resolución TDC *Interflora*, donde el TDC señaló que «cuando una empresa ocupa una posición dominante... la estructura de la competencia... está ya debilitada por lo que cualquier restricción adicional de la competencia producida por... dicha empresa (en forma de exclusivas impuestas a las floristerías de la red que no podían ejecutar encargos de floristerías no incorporadas a ella) constituye una explotación abusiva de su posición de dominio». Una tercera categoría de conducta abusiva sería la de «reprisal abuses —where the dominant firm takes action against a trading party as punishment for certain behavior in an effort to discipline that party— has also been suggested, but this will typically involve behaviour with both exclusionary and exploitative elements», T. LANG, «Abuse of Dominant positions in European Community Law, Present and Future: Some Aspects», en HAWK (ed.), 5 *Fordham Comp. L. Inst.*, 1979, pp. 25-83, citado por EFPIA, Art. 82, p. 49; J. TEMPLE LANG, *Fundamental Issues Concerning Abuse Under Art. 82 EC*, junio 2005: donde añade un grupo de casos de abuso discriminatorio que implicaría elementos explotadores y excluyentes.

abusar del que ya ostenta»¹¹. La consecuencia de esta interpretación es que *el empresario en posición de dominio sólo puede competir por eficiencia* y no puede recurrir «a métodos diferentes de los que rigen la competencia (fundada) en la eficiencia de las prestaciones» (Caso *Hoffmann-La Roche*)¹². «El art. 86 del tratado prohíbe a una empresa dominante eliminar a un competidor y, de esta forma, reforzar su posición recurriendo a medios que no quepan dentro de lo que es el ámbito de la competencia basada en el mérito propio» (Decisión de la Comisión *Virgin/British Airways*)¹³. El art. 2 de la *Sherman Act* contiene la prohibición de abuso, en términos semejantes a la europea (*monopolization*)¹⁴ y, sin perjuicio de las diferencias que se examinan más adelante, la idea de que el dominante sólo puede competir por eficiencia está también presente en la jurisprudencia norteamericana¹⁵.

9. La “paternidad intelectual” del test del abuso corresponde a los ordoliberalistas 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

¹¹ *Irish Sugar*, núms. 111 y 112.

¹² *Vid.* esta formulación recientemente en STPI 23-X-2003, Asunto *van den Bergh*. También se encuentra en BELLAMY/CHILD, *European Community Law of Competition*, por lo menos desde la edición de 1978.

¹³ La jurisprudencia europea afirma entonces que la empresa dominante tiene una “*especial responsabilidad*” para evitar que su conducta distorsione la competencia; *vid.* la Sentencia TJCE *Michelin* y la Resolución TDC *Roca radiadores*.

¹⁴ El art. 2 de la *Sherman Act* reza: «*Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize ... shall be deemed guilty of a felony, and ... shall be punished by fine ... or by imprisonment...*».

¹⁵ Así, en la Sentencia *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 US 585, 1985, se juzgó el caso en el que el dueño de uno de los cuatro remontes de la estación de esquí de Aspen demandó al dueño de los otros tres remontes porque se negaba a renovar un contrato entre ambos que permitía ofrecer a los esquiadores un pase conjunto para usar todos los remontes y que, al terminar el contrato y no renovarse, provocó una gran pérdida de clientes para el demandante porque los consumidores, lógicamente, no utilizaban sus servicios y sólo los del competidor titular de los tres remontes. El Tribunal Supremo norteamericano consideró que la negativa a contratar por parte del dominante carecía de una justificación económica razonable y, por tanto, era un ilícito anti-trust por lo que repite que la conducta del demandado «no estaba motivada por razones de eficiencia». La jurisprudencia *Aspen* ha sido muy criticada (la conducta del dominante podría tener tras de sí razones de eficiencia evitando que el competidor hiciera *free riding* en los esfuerzos promocionales de las montañas en su conjunto por parte del dominante), pero parece consolidada por el caso *Trinko* del que hablaremos más adelante, *vid.* D. W. CARLTON, «A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal: Why Aspen and Kodak are Misguided», *NBER Working Paper*, 8105, febrero 2001; *vid.*, también, M. WALDMAN, «Antitrust Perspectives for Durable-Goods Markets», *CESIFO working paper*, 1306/2004, disponible en enero de 2005 en <http://SSRN.com/abstract=614866>. Quizá podría justificarse sobre la base de la *discriminación* porque el titular de los tres remontes se negaba a venderle *tickets* al otro ni siquiera al precio de venta al público; E. ELHAUGE, «Defining better monopolization Standards», *Stanford L. Rev.*, 56, 2003, pp. 308 y 311; en el caso *Trinko*, el TS Americano se refiere a *Aspen* diciendo que está «at or near the outer boundary of § 2 liability».

rivales. Para determinar cuándo había existido interferencia indebida, ULMER propuso que se examinase, en primer lugar, si la conducta afectaba significativamente las oportunidades competitivas de los rivales y, negativamente, si la conducta no podía calificarse como competencia por eficiencia de las propias prestaciones¹⁶. 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. El test de ULMER... fue adoptado esencialmente (por el TJCE en el caso Hoffman-La Roche)¹⁷. Tiene interés señalar que los ordoliberales, 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, casos que, como veremos, ocupan una posición residual en las modernas concepciones de la prohibición.

10. 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 explotadoras¹⁸.

¹⁶ Cita P. ULMER, *Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen*, 1977; *vid.* ELHAUGE, *Stanford L. Rev.*, 56, 2003, pp. 253 ss., p. 256.

¹⁷ KALLAUGHER/SHER, *ECLR*, 2004, p. 269; ampliamente, D. J. GERBER, «Law and the Abuse of Economic Power in Europe», *Tulane L. Rev.*, 62, 1987, pp. 58 ss. D. GERBER, «Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the “New” Europe», *Am. J. Comp. L.*, 1994, p. 52; sobre la influencia alemana en la configuración del Derecho europeo de la competencia *vid.* H. L. BUXBAUM, «German Legal Culture and the Globalization of Competition Law: A Historical Perspective on the Expansion of Private Antitrust Enforcement», *Berkeley J. Int. Law*, 23, 2005, pp. 101 ss., p. 109, «German influence played an increasingly substantial role in the development of competition policy. This was partly due to the fact that at the time, of the member states, Germany had the most substantial experience with competition regulation. Its Federal Cartel Office had been actively involved in enforcement (although it was at that stage still enforcing Allied law); in addition, parallel with the development of the treaty forming the European Community (EC Treaty), Germany was drafting the GWB. Thus, while the architects of regional law recognized the need to suppress the national policies of individual states in the service of regional goals, it was also inevitable that the German experience would influence the emerging law».

¹⁸ J. VICKERS, «Abuse of Market Power», *Speech to the 31st conference of the European Association for Research in Industrial Economics*, Berlin 3-IX-2004, p. 4. Publicado en *The Economic Journal*, 115, 2005, pp. 244-261, disponible en diciembre de 2005 en http://www.res.org.uk/economic/freearticles/jun_05.pdf.

3. ¿ADIÓS A LA CATEGORÍA DE ABUSOS POR EXPLOTACIÓN?

11. Si se ponen en relación los apartados anteriores, se podría concluir que la concretización de la cláusula general de prohibición de abuso en dos prohibiciones (prohibición de las conductas excluyentes y prohibición de las conductas explotadoras) merece ser *puesta en cuestión*. Un vistazo al Derecho norteamericano lo pone de manifiesto. El art. 2 de la *Sherman Act* incrimina el acto de «monopolizar o el intento de monopolizar, o concertarse o conspirar con otra persona o personas para monopolizar cualquier parte del comercio entre varios Estados o con naciones extranjeras». La monopolización tiene dos elementos: la posesión de poder monopolístico y «la adquisición o mantenimiento voluntario de tal poder (monopolístico) como distinto del que resulta del crecimiento o desarrollo de (una empresa) que sea consecuencia de la superioridad del propio producto, de la habilidad empresarial o de la casualidad»¹⁹. Pues bien, se han señalado dos diferencias entre el Derecho norteamericano y el europeo en este punto.

12. La primera se referiría a que el Derecho norteamericano trataría de impedir la formación de empresas con posición de dominio y, por tanto, *la adquisición de una posición de dominio* podría ser incriminada bajo el Derecho norteamericano mientras que el Derecho europeo trataría de constreñir el comportamiento de las empresas dominantes pero no perseguiría los intentos de adquirir tal posición²⁰. No parece que esto sea una buena interpretación de la sección 2 de la *Sherman Act*, ya que la referencia a *willful acquisition* de la posición de dominio indica que si la posición de dominio se ha obtenido por medios lícitos, no hay, en el Derecho norteamericano, una incriminación. En todo caso, sí que es cierto que «el planteamiento norteamericano se dirige a prevenir las situaciones de monopolio y se preocupa menos con la conducta efectiva de una empresa que ha logrado el monopolio. Por el contrario, el Derecho europeo prohíbe varios tipos de conducta de empresas dominantes»²¹.

¹⁹ En el caso *United States v. Grinnell Corp*, el Tribunal Supremo definió la “monopolización ilegal” a la que se refiere el § 2 de la Ley *Sherman*. El caso es el núm. 384 US 563, 570-510, 86 S. Ct. 1698, 1704, 1966, la cita la hemos tomado de H. HOVENKAMP, «*Federal Antitrust Policy. The «Law of Competition and Its Practice»*», *West Publishing Co*, St. Paul, Minn. 2.ª ed., 1999, p. 268.

²⁰ P. LOWE, «Speech delivered by Philip Lowe at the Fordham Antitrust», Conference in Washington 23 October 2003, disponible en octubre de 2005 en http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2003_040_en.pdf; *vid.*, también, B. McDONALD, «Section 2 and art. 82: Cowboys and Gentlemen», 2005 disponible en enero de 2006 en www.usdoj.gov/atr/public/speeches/210873.htm.

²¹ CANOY/REY/VAN DAMME, *Dominance*, p. 22 y en p. 28: «To cater to the various degrees of market power, legal practice in the US has developed a difference between “a lot of market power” and “a smaller amount of market power”. If the evidence suggests substantial market power then the courts have identified a certain set of practices that will condemn the defendant

13. La segunda es que en los EEUU, para que se produzca el tipo de la *monopolization*, ha de existir un nexo causal entre la conducta y el poder de mercado, es decir, la conducta ha de contribuir a *crear o mantener* el poder de mercado, de tal forma que, como hemos visto, pueda afirmarse que, sin la conducta, el poder de monopolio no habría existido o habría existido en menor grado. Por el contrario, el art. 82 se aplica sólo si existe dominio del mercado. En la misma línea, y esto es lo relevante ahora, dado que la *Sherman Act* requiere que la conducta esté dirigida a crear, mantener o reforzar el poder de mercado, la pura explotación del poder de mercado no constituye *monopolization* en los EEUU, mientras que constituye abuso en Europa, lo que permite, en Europa, incriminar, por ejemplo, los precios excesivos del monopolista [art. 82.a) TCE que prohíbe la imposición de precios o condiciones de compra y venta inequitativas]²². Así, de forma expresa y reciente, el TS norteamericano, en el caso *Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko* (124 S.Ct. 872, 2004)²³, ha dicho que «la mera posesión de poder de monopolio y la conducta concomitante consistente en cargar precios monopolísticos no sólo no es ilegal; es un importante elemento de un sistema de libre mercado... la oportunidad de cargar precios monopolísticos —al menos por un período corto de tiempo— es precisamente lo que atrae “el talento empresarial”; incentiva la asunción de riesgos que genera innovación y crecimiento económico». Por el contrario, es evidente en el Derecho europeo que *haya comportamientos en el mercado que son lícitos con carácter general pero que están vedados a las empresas que ostenten posición de dominio*. Porque —como sostenían los ordoliberales alemanes— las empresas con posición de dominio han de comportarse *como si* estuvieran sometidas a presiones com-

of illegal monopolization. If the evidence suggests lesser market power, then the courts tend to go for “attempt to monopolize” which carries stricter conduct requirements... In Europe, such a “sliding scale” of market power does not exist, at least not in a legally formal way. In the US (sufficient) market power and abuse of market power are not treated separately. In Europe, however, there is a rather strict distinction between dominance and abuse of dominance. The advantage of the European approach is that it starts with a “dominance test”, which is relatively straightforward compared to abuse. If there is no dominance, there is no case. This simple rule creates clarity for firms within a relatively short time period. The disadvantage is that it creates a somewhat artificial split between a “problem” area and a “no-problem” area, largely based on a market share criterion».

²² VICKERS, *Abuse*, p. 4; ELHAUGE, *Stanford L. Rev.*, 56, 2003, p. 331: «US antitrust law... focuses solely on illicit conduct that bears some reasonable causal connection to monopoly power, leaving completely unregulated the prices charged by a firm that properly acquired or maintained such power». Sobre la convergencia entre ambos Derechos *vid.* KOLASKY, *Single firm*, pp. 65-66. Por el contrario, la historia del art. 82 del Tratado indica que la *voluntas legislatoris* al menos era la de incluir exclusivamente los abusos por explotación de una posición de dominio; *vid.* CANOY/REY/VAN DAMME, *Dominance and Monopolization*, pp. 77 ss.; quienes refieren que el que fuera juez en el TJCE, Joliet, señaló que el art. 82 TCE sólo trataba de *regular la conducta del monopolista* y no preservar el proceso competitivo. El TJCE se pronunció por primera vez en sentido contrario en el asunto *Continental Can* y confirmó su jurisprudencia en *Hoffmann La Roche*.

²³ Lo citamos por KOLASKY, *Single firm*, p. 66.

petitivas, de forma que se consideran abusivos los comportamientos que el dominante puede desarrollar sólo porque tiene posición de dominio («obtener ventajas de las transacciones que no habría podido obtener en caso de una competencia practicable y suficientemente eficaz»)²⁴.

14. La concepción del Derecho norteamericano parecería más coherente con una visión del Derecho de la competencia que se preocupe exclusivamente de evitar daños a la competencia y la reducción del bienestar de los consumidores. *No creemos, sin embargo, que las diferencias sean tan significativas*. En efecto, la primera diferencia puede descartarse. Es difícil imaginar que un empresario *sometido a competencia efectiva* pueda desarrollar eficaz y unilateralmente prácticas excluyentes de los competidores que puedan conducir a precios más elevados. Por definición, si alguien no tiene poder de mercado no puede influir sobre los precios. Por tanto, no hay ningún *unsound gap* en el Derecho europeo²⁵. En segundo lugar, cuando la posición de dominio se alcanza a través de acuerdos, se aplica la prohibición de cárteles o las normas sobre control de concentraciones que obligan a la Comisión Europea, precisamente, a prohibir las operaciones de concentración que generen o refuercen una posición de dominio. Por tanto, es probable que el tenor literal del art. 2 de la *Sherman Act* sea producto de un desarrollo conceptual menos depurado que el art. 82 del Tratado²⁶.

²⁴ STJCE *United Brands*, párrafo 249; *Michelin*, STPI *British Gypsum* y RTDC *Igualaatorio Médico Colegial*; *Mutua Madrileña Automovilística*. No obstante, la formulación del TJCE se ha pretendido hacer compatible con una prohibición de las conductas excluyentes en el art. 82, *vid. REY, Economic Approach*, p. 15: «Once we focus on the exclusionary effects of market practices, the notion of special responsibility naturally emerges from the analysis, in that certain practices are to be prohibited when they determine exclusionary effects, while they are lawful as long as no competitive harm is involved. Since in this analysis we do not need to assess the existence of dominance separately, the special responsibility implicitly applies to any conduct and firm that (is able to) interfere and distort the competitive process of entry into the market», y pp. 21-22: las mismas conductas que reflejan la existencia de rivalidad “normal” pueden tener un carácter predatorio y, por tanto, abusivo. Por ejemplo, es normal que la entrada de un nuevo competidor en un mercado provoque una reducción de precios como reacción de los ya presentes en él, con independencia de que esa reacción es también la típica del predador.

²⁵ ELHAUGE, *Stanford L. Rev.*, 56, 2003, p. 332, quien luego reconoce (p. 335) que no hay *monopolization* cuando la conducta excluyente —por ejemplo, imponer exclusivas a los distribuidores— la realiza una empresa que no tiene posición de dominio y también que son las conductas que *prolongan* la posición de dominio las que más deben preocupar al Derecho antitrust (p. 338). Recuerda VICKERS (*Abuse*, p. 7) que en materia de prácticas predatorias, los tribunales norteamericanos exigen que el predador pueda, realísticamente, recuperar las pérdidas —sufridas durante la fase en la que vendió bajo coste— en un momento posterior gracias a la exclusión del rival más débil, mientras que el TJCE, en la sentencia *Tetra Pak* (asunto C-333/94P, *Tetra Pak International SA c. Comisión Europea*, 1996, Rec. I-5951, párrafo 41), afirmó que no era necesaria tal prueba, pero —dice VICKERS— «arguably, however, dominance —without which there can be no abuse in European Law— implies ability to recoup», y es que, *a contrario*, si el predador es una empresa sometida a competencia efectiva, su estrategia es absolutamente irracional que conducirá, no a la expulsión de los rivales, sino a la propia ruina.

²⁶ Así, respecto al tipo del *intento de monopolización* sancionado por la sección 2 de la Ley Sherman su aplicación por la jurisprudencia no ofrece resultados claros. Parece que no es más que

15. La segunda diferencia expuesta tiene más peso. En el estudio encargado por la Comisión Europea a varios economistas y publicado en julio de 2005, se propone adoptar una perspectiva económica en el análisis del art. 82²⁷ y calificar como conductas abusivas las conductas del dominante que causen “daño competitivo” (*competitive harm*) que dañen la competencia. Y frente a la justa objeción en el sentido de que cambiar el nombre no resuelve el problema (abusar de la posición de dominio/causar daños a la competencia) el Informe pone algunos ejemplos, entre ellos, el de los precios excesivos de conducta explotadora²⁸. Dice el Informe que «una respuesta al problema (de los precios excesivos) puede ser la intervención de la autoridad de competencia considerando como una infracción de la prohibición de abuso el precio excesivo impuesto por un monopolista... Otra respuesta podría ser dejar las cosas como están esperando que los beneficios (extra) que gana el monopolista provocarán innovaciones o imitaciones y nuevas entradas en el mercado, de manera que *el problema será resuelto cuando proceda por el propio proceso competitivo*»²⁹. En otros términos, los problemas de

una forma de sancionar no sólo al dominante que logra su objetivo (distorsionar la competencia, eliminar a un rival igualmente eficiente, explotar su posición perjudicando a los consumidores), sino también al que lo intenta cuando existe un riesgo significativo de que su estrategia tenga éxito y consiga incrementar su poder en el mercado o expulsar a la competencia residual. Así, el demandado ha de poseer una cuota de mercado muy significativa (más de un 30 por 100) para que pueda analizarse si su estrategia puede conducir al monopolio; *vid.* HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, pp. 280 ss., p. 286, donde concluye: «the attempt offense is designed to reach conduct likely to create a monopoly. The attempt offense was not designed to condemn the exercise of present market power. Nor was it designed, however, to condemn conduct unlikely to give the defendant a monopoly. At the very least a plaintiff should be required to identify some market in which the defendant's activities, if allowed to run their course, plausibly would have generated a monopoly».

²⁷ REY, «An Economic Approach to art. 82», pp. 6-7.

²⁸ Aunque, como dice MOTTA/STREEL, «Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law», junio 2003, disponible en octubre de 2005 en <http://www.iue.it/Personal/Motta/Papers/ExcessivePrices18122003.pdf>, precios excesivos pueden ser excluyentes cuando una empresa dominante presente en un mercado ascendente —donde tiene la posición de dominio— y un mercado descendente los emplea para colocar en una situación desventajosa a sus competidores en un mercado descendente donde el productopreciado excesivamente es un insumo. En el texto nos referiremos sólo a los precios excesivos que implican un acto de explotación de la posición de dominio. *Vid.*, también, J. LÜCKING, «Presumed margin squeeze for broadband access in Germany: settlement with Deutsche Telekom», *Competition Policy Newsletter*, 2004-3, p. 11. Hay un grupo de casos, más frecuente de lo que pueda suponerse, que se genera cuando en un sector determinado se observa la igualación de una determinada práctica. Por ejemplo, el redondeo hacia arriba en el cálculo del tipo de interés en préstamos hipotecarios o el cómputo por hora o fracción de la prestación en el contrato de aparcamiento u obligando a los consumidores a “darse de baja por escrito” mientras que el “alta” se realizaba por teléfono. No podemos detenernos en la cuestión pero, en todos estos casos, al final, el legislador ha intervenido y ha sustituido a la competencia por regulación (prohibiendo el redondeo, obligando a cobrar por segundos o forzando a reconocer las bajas “por teléfono”). Seguramente, en algunos de estos supuestos, el regulador no ha tenido suficiente paciencia y, al menos en algunos de ellos, la competencia habría acabado resolviendo el problema sin pérdidas en innovación o variedad contractual.

²⁹ REY (coord.), *Economic Approach*, pp. 10-11; una concepción semejante se encuentra en M. MOTTA, *Competition Policy*, Cambridge, 2004, p. 35; MOTTA/STREEL, *Exploitative*, p. 15, con un resumen de los argumentos en contra del control antimonopolio de los precios excesivos.

precios excesivos no son problemas del Derecho de la competencia y los precios excesivos se autocorrigen por el mercado. Así, como afirmó el TS americano en la Sentencia *Trinko*, deben incriminarse las conductas ilícitas que crean poder de mercado porque la creación de la posición de dominio conduce a precios más elevados indeseables socialmente y que si esos precios más altos son resultado de que una empresa comportándose correctamente y creando algo valioso se hace con una posición de dominio, no debería procederse a incriminar dichos precios como excesivos³⁰. El caso *Trinko* pone de manifiesto que la afirmación realizada respecto de los precios inequitativos es extensible a otros casos de abuso de posición dominante tales como la negativa a facilitar el acceso a una infraestructura esencial. Así, en un tono que recuerda al del caso europeo *Bronner* (en el caso *Trinko* se trataba de obligar a una empresa a compartir la utilización de una infraestructura con competidores) el TS americano señala que la posición de dominio la obtiene la empresa, entre otras formas lícitas, «cuando crea una infraestructura que la coloca en una posición inigualable para atender a sus clientes». En tal caso, «obligar a estas empresas a compartir lo que constituye la fuente de su ventaja competitiva... entra en contradicción con la finalidad de las normas antimonopolio, porque puede reducir los incentivos del monopolista, de su rival o de ambos, de invertir en tales infraestructuras beneficiosas»³¹. En efecto, precios altos atraen inversiones. Si se fijan precios más bajos que los que el mercado “quiere” pagar, se reducen los incentivos para invertir en el sector³². Por tanto, si los precios excesivos se producen en un mercado donde una empresa se ha convertido en dominante sin que existieran límites a la entrada, el Derecho de la competencia no debe intervenir porque «precios elevados tienden a constituir una recompensa por las inversiones pasadas» (en otro caso son una simple renta «debida a razones que no tienen que ver con la competencia, en cuyo caso la intervención puede estar justificada»), por lo que la injerencia del Derecho antimonopolio puede alterar los incentivos para invertir en primer lugar.

16. No procede realizar aquí un análisis de la aplicación de este supuesto de conducta abusiva pero, como bien señala este estudio, si el problema es sólo el del *tiempo*, la opción norteamericana es claramente preferible. Son conocidas las dificultades de las autoridades de compe-

³⁰ ELHAUGE, *Stanford L. Rev.*, 56, 2003, p. 332.

³¹ KOLASKY, *Single-firm*, p. 67, que recoge dos afirmaciones añadidas del TS americano que tienen interés: «enforced sharing... World require antitrust courts to act as central planners, identifying the proper price, quantity and other terms of dealing —a role for which they are ill suited. Second, by compelling negotiation between competitors, enforced sharing may facilitate... collusion».

³² MOTTA/STREEL, *Exploitative*, p. 16.

tencia para determinar qué precios son —o no— excesivos y lo mucho de arbitrario que tienen las decisiones al respecto y, aunque “perdamos un poco de tiempo”, es preferible dejar al mercado lo que el mercado —la competencia— hace mejor que la más competente de las autoridades de competencia³³, sobre todo —una vez más HAYEK— porque es el proceso competitivo el que generará la información de la que tendría que disponer la autoridad de competencia para establecer correctamente los resultados que el propio proceso competitivo habría generado si no estuviera distorsionado por la presencia de un empresario con poder de monopolio. Consecuentemente, *utilizar el Derecho antimonopolio para controlar los precios puede tener efectos perniciosos*³⁴. Por otra parte, en aquellos ámbitos en los que el desarrollo de un producto exitoso requiere inversiones importantes en I+D y donde tales desarrollos se producen en un entorno de incertidumbre, utilizar los costes de producción y el precio de venta del producto para determinar el beneficio de la empresa dominante es engañoso tanto porque el coste de producción *hoy* no incluirá las inversiones de hace diez años, por ejemplo, como porque por cada producto de éxito, la empresa habrá invertido en cinco —por ejemplo— que no tuvieron éxito³⁵.

³³ «A regime in which consumer protection from monopoly abuses is based on competition is greatly to be preferred to one in which consumer protection is due to political or administrative control of prices»; REY, *Economic Approach*, p. 11, y en p. 12: «a structure in which the policy authority foregoes any attempt to control monopoly pricing, but other suppliers are free to enter the market was deemed superior in most cases to a structure involving policy control of monopoly pricing and reduced entry incentives».

³⁴ «If firms anticipated that an antitrust authority is ready to cap their prices when they are so successful as to become dominant and enjoy high profits, then their incentive to invest and innovate would be strongly diminished. The threat of excessive price actions that “expropriate” firms from the fruit of their investments would diminish the expected returns and thus discourage them to invest. In other words, if the charging of monopoly prices is prohibited, then in fact monopoly itself is prohibited since a monopolist must be entitled to maximise profits»; MOTTA/STREEL, *Exploitative*, p. 15, quienes añaden que es muy difícil decidir cuándo un precio es excesivo, sobre todo para la autoridad de competencia que no tiene por qué conocer adecuadamente el mercado; TEMPLE LANG, *Fundamental*, p. 26: «high barriers to entry... should be part of the legal concept of unfair prices under art. 82(a)».

³⁵ *Vid.* al respecto la crítica a la Decisión *Napp*, del CCAT británico, que desarrolla RBB economics en RBB Brief005, septiembre 2002, donde puede leerse: «Ultimately, the conclusion that Napp’s prices for MST amounted to an excess pricing abuse is highly dependent on the observation that Napp had not felt the need to reduce the product’s price despite patent expiry and market entry. The OFT’s own definition, endorsed by the CCAT, states that a price is excessive: “if it is above that which would exist in a competitive market, and where it is clear that high profits will not stimulate successful new entry within a reasonable period”. The fact that MST’s community price had remained virtually fixed for over 20 years in nominal terms indicates an absence of the kind of price dynamics that we expect in conventional markets. But that merely reflects the imperfect quasi-regulated environment in which Napp operates. After all, most true monopoly suppliers operating in conventional markets would have taken steps to increase prices in line with costs at some point in this year period. Moreover, no rational firm in this or any other industry would rush to cut prices in response to market entry if the entrant was failing to make any headway into the market despite its price advantage. Yet it was Napp’s failure to take such preemptive action that constituted the abuse in this case». *Napp* alegó igualmente que el Servicio británico de

17. Lógicamente, esta forma de abordar el problema de los precios excesivos encuentra su límite en aquellos supuestos en los que, por tratarse de monopolios naturales o redes de distribución, no cabe esperar que la entrada de nuevos competidores resuelva el problema de los precios excesivos. Pero, como dice el Informe, en tales casos, la *regulación directa de los precios* por parte de autoridades especializadas en el sector de que se trate es la forma de intervención más eficiente en comparación con la utilización de la política de competencia³⁶. La conclusión es, pues, que considerar los precios excesivos como un abuso de posición dominante es un instrumento peligroso para ser usado en Derecho antitrust³⁷.

18. No obstante, a nuestro juicio, la doble concretización de la cláusula general que ha venido realizando la Comisión Europea y los Tribunales de la Unión no es tan defectuosa. Las diferencias “filosóficas” entre EEUU y la Unión Europea están relativamente justificadas. El empresario dominante “modelo” en EEUU es un empresario cuyo superior talento le ha proporcionado el éxito en el mercado, de ahí que no haya que maltratarlo una vez que ha alcanzado el éxito si no queremos desincentivar que otros traten de alcanzar esta posición desbancando al ahora dominante y no queremos, a la vez, proteger a empresarios ineficientes —los rivales derrotados por el dominante— frente a los rigores del mercado y la competencia³⁸. Pero cuando —como sucede a menudo en Europa— las posiciones de dominio son resultado del *reducido tamaño de los mercados nacionales y de la intervención estatal*, el respeto por el dominante no está tan justificado, ya que a menudo ambos factores son los principales obstáculos a la formación de un mercado único en Europa donde, lógicamente, esas posiciones de dominio se diluirían. Por las mismas razones, la desconfianza respecto a la posibilidad de que alguien con un talento muy superior sea capaz de desbancar al dominante también es muy superior³⁹. No

Salud, como comprador casi monopsonista, podría haber resuelto el problema. RBB se pregunta: «should dominant firms who are enjoying a steady stream of profit contributions from mature products suddenly volunteer price reductions to their customers in order to secure compliance with the (abuso de posición de dominio) prohibition? Or, to turn the proposition around, should customers who believe they are currently paying prices that contribute to such profit streams react by lodging complaints with the OFT and/or initiating a claim for damages through the courts?». Y concluyen que las autoridades británicas de la competencia deberían haberse centrado en la conducta excluyente de Napp en los suministros de su morfina de acción lenta en lugar de en acusarla de practicar precios excesivos.

³⁶ REY, *Economic Approach*, p. 11.

³⁷ MOTTA/STREEL, *Exploitative*, p. 16.

³⁸ KOLASKY, «What is competition», p. 9, recoge estos principios y la famosa frase del juez Learned Hand «the successful competitor, having been urged to compete, must not be turned upon when he wins».

³⁹ KOLASKY, «What is competition», p. 10: la diferencia entre la aproximación al abuso de posición dominante en Europa y en los EEUU «may derive from our different histories. In Europe,

porque los europeos sean *gentlemen* y los norteamericanos *cowboys*⁴⁰. Es lógico, pues, asignar al Derecho la función de vigilar la conducta de estas empresas. En efecto, muchas de las empresas dominantes en Europa son ex monopolios o empresas con derechos exclusivos o preferentes en el sentido del art. 86 del Tratado CE y en muchos de los casos de conductas explotadoras a los que se ha enfrentado la Comisión la empresa era una empresa dominante gracias a su carácter de empresa pública monopolista en el pasado o a que disfruta de una posición en el mercado fundada en privilegios o en derechos especiales o exclusivos atribuidos por el Estado bajo la protección de la *neutralidad* del Derecho comunitario respecto de la propiedad pública o privada de las empresas y el derecho de los Estados a utilizar empresas para prestación de servicios esenciales a la Comunidad (art. 295 TCE)⁴¹ creando a tal efecto empresas monopolísticas⁴². En efecto, los mercados europeos están llenos de empresas que son titulares de derechos especiales o exclusivos en el sentido del art. 86 del Tratado, derechos que se definen precisamente como «derechos atribuidos por las autoridades de un Estado miembro a una empresa o a un número limitado de empresas que afectan sustancialmente a la capacidad de otras empresas para desarrollar la actividad económica en cuestión en la misma zona geográfica y bajo condiciones sustancialmente semejantes»⁴³. Consecuentemente, es irrealista considerar que las posiciones de dominio que tales derechos y regulaciones generan puedan ser demolidas por el juego de la competencia cuando es, precisamente, éste el que dichas normas excluyen.

your national markets were formerly protected by internal trade barriers, resulting in more local monopolies, and you had many more government-owned monopolies. As a result, you may have more undertakings with dominant positions that are not the natural result of market dynamics than we do in the United States. If so, greater vigilance by competition authorities may well be warranted to assure that the competitive process can operate freely to restore or create competitive conditions». MOTTA/STREEL, *Exploitative*, pp. 16-17; «... one possible explanation for the greater general willingness of EC lawmakers to impose duties to deal on monopolists is that, compared to the United States, more of the monopolies in Europe were created by regulations, government subsidies, or permitted combinations rather than by innovation or other investments»; ELHAUGE, *Stanford L. Rev.*, 56, 2003, p. 307. Una exposición amplia de las ventajas e inconvenientes del *approach* regulatorio y el de competencia puede verse en CANOY/REY/VAN DAMME, *Dominance*, pp. 14 ss.

⁴⁰ B. McDONALD, «Section 2 and art. 82: Cowboys and Gentlemen».

⁴¹ TEMPLE LANG, *Fundamental*, p. 25: «In practice excessive pricing cases are rare, and usually also involve either statutory or other officially caused monopolies or other clearly anticompetitive (exclusionary) illegal conduct by the dominant company».

⁴² El art. 31 del Tratado prohíbe la creación de *nuevos monopolios comerciales*, el art. 86 sólo limita la actuación de los Estados en relación con la concesión de derechos exclusivos o especiales respecto de la prestación de servicios. Así, por ejemplo, el Derecho comunitario no se opone a que el Estado reserve al sector público el servicio de la televisión y se lo atribuya a un monopolio (STJCE 30 de abril de 1974 *Sacchi*).

⁴³ Definición del abogado general Jacobs, en el asunto *Ambulancias Glöckner*, núm. 89; *vid. SCHWARZE, EuZW*, 2000, p. 624, con más indicaciones.

19. La diferencia entre EEUU y la Unión Europea se entiende completamente si a lo anterior se añade que *el Derecho de la competencia es comunitario mientras que las regulaciones son nacionales*. En la mayoría de los sectores seguimos en presencia de una multiplicidad de mercados nacionales y siguen existiendo multiplicidad de derechos especiales atribuidos por los Estados a empresas determinadas, regulaciones que, a menudo, incitan a estas empresas a explotar la posición de dominio generada a su favor. De ahí que el Derecho de la competencia y, en particular, el art. 82, tenga un papel relevante en relación con el art. 86 del Tratado para asegurar que las empresas así favorecidas por *los poderes públicos nacionales no adoptan medidas o se comportan de forma que distorsionan el funcionamiento competitivo del mercado europeo*. No procede realizar aquí un análisis de la relación entre el art. 86 y los arts. 81 y 82⁴⁴, pero tampoco es necesario para concluir que los abusos de posición dominante por explotación son una categoría absolutamente necesaria en el Derecho europeo para asegurar el cumplimiento de lo previsto en el art. 86, esto es, si se pretende garantizar que los Estados nacionales y las empresas cuya posición de dominio deriva de su especial relación con el Estado no distorsionan cuando no impiden el funcionamiento competitivo de los mercados nacionales y, a menudo, comunitarios.

⁴⁴ El actual art. 86 (antiguo art. 90) del Tratado establece en su párrafo primero que «*los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos ninguna medida contraria a las normas del presente tratado, especialmente las previstas en los arts. 7 y 85 (debe entenderse 81) a 94*». El segundo párrafo establece que «*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 la competencia en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contrario al interés de la comunidad*». Suele aceptarse que el primer párrafo se dirige a los Estados y el segundo a las empresas. Por último, el tercer párrafo encarga a la Comisión que vigile a las empresas públicas o con derechos exclusivos o especiales, pudiendo la Comisión «*cuando sea necesario, tomar las directivas o decisiones apropiadas. El primer supuesto sería el configurado por una empresa que, habiendo obtenido mediante Ley una posición de dominio en el mercado, abusa de ella por su sola voluntad. En este caso habría que considerar la eventual responsabilidad del Estado por su negligencia al haber otorgado una posición de dominio en el mercado a una empresa sin haber establecido las adecuadas garantías en evitación de abusos. El segundo supuesto correspondería a una situación en la que el Estado otorgase legalmente una posición de dominio a una empresa induciéndole a abusar de ella. Tal sería el caso cuando la posición de dominio se hubiese otorgado a una empresa en un mercado conexo con otro en el que la misma empresa tuviese, a su vez, una posición de dominio previa... El tercer supuesto sería el de una empresa a la que se le otorgara legalmente una posición de dominio que condujera inevitablemente al abuso. Se trata de un caso límite del anterior y tal sucedería si el Estado concediese legalmente el monopolio del suministro de un bien o servicio necesarios a una empresa incapaz de satisfacer la demanda existente*»; PASCUAL, RDM, 245, 2002, pp. 1320-1321. Vid. R. ALONSO SOTO, «Significado y aplicación del art. 90 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea», junio 1998, disponible en noviembre de 2004 en <http://www.uam.es/centros/derecho/privado/mercanti/Publicaciones.htm>.

20. Si se examinan los casos en los que el problema de los precios excesivos ha dado lugar a una condena por abuso de posición de dominio se comprobará que casi en ningún caso son empresas privadas que se muevan —aun con cuotas de mercado muy elevadas— en mercados no regulados. Por el contrario, los casos de explotación de la posición de dominio a través de precios o condiciones inequitativas se refieren a puertos⁴⁵, entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual⁴⁶, funerarias⁴⁷ y *empresas que disfrutaban de derechos exclusivos o especiales* atribuidos por el Estado para la prestación de “servicios económicos de interés general” o que han disfrutado de tales privilegios en el pasado ya que sus mercados han sido privatizados y sometidos a procesos de liberalización⁴⁸, es decir, se trata de mercados en los que las barreras de entrada son muy elevadas y permanentes por lo que parece poco probable que el mercado se “autocorrija” y los precios bajen⁴⁹.

21. El famoso *caso del Puerto de Génova* expresa bien lo que se acaba de señalar. En la STJCE 12 de febrero de 1998, las autoridades europeas se enfrentaron a *una regulación pública italiana* que provocaba que una empresa se colocara en situación de conflicto de intereses porque: i) disponía de un derecho exclusivo —a operar en un mercado— y, al mismo tiempo ii) participaba en un mercado distinto y próximo en el que existían otros competidores pero que precisaban de su actuación en el mercado exclusivo. Es este supuesto uno de aquellos en los que, en aplicación del art. 86 en combinación con el art. 82 TCE, el Tribunal de Justicia dice que la regulación italiana *obligaba* a la empresa a la que se le habían otorgado derechos especiales a abusar de su posición de dominio. Así, afirma que «A este respecto es preciso señalar que, en la medida en que el sistema establecido por la Ley de 1994 no sólo con-

⁴⁵ Decisión *Helsingborg*, Decisiones de 23 de julio de 2004, que hemos tomado de M. LAMALLE/LINDSTRÖM-ROSSI/A. C. TEIXEIRA, «Two important rejection decisions on excessive pricing in the port sector», *Competition Policy Newsletter*, 2004-3, p. 40.

⁴⁶ *Vid.* RTDC 14 de febrero de 1991, que consideró abusivo el precio fijado por la Sociedad General de Autores de España por comparación con lo que venía cobrando en el pasado; STJCE 13 de julio de 1989 (*Asunto Ministère Public c. Tournier 395/87*): «cuando las remuneraciones que cobra son notablemente más elevadas que las que se aplican en los restantes Estados miembros» (STJCE 5 de octubre de 1994; 17 de julio de 1997) o en la RTDC 27 de julio de 2000, Sentencia de la Audiencia Nacional confirmatoria, de 14 de enero de 2004; para Gran Bretaña, TEMPLE LANG, *Fundamentals*, p. 26: «the leading cases (en abusos de explotación por condiciones contractuales inequitativas) concerning obligations imposed by national copyright collection societies and performing rights societies on holders of copyright in musical Works, among other things unnecessarily to transfer their worldwide rights (and not merely to licence the rights which the societies in question were able to manage, directly or indirectly, for them)».

⁴⁷ RTDC 25 de mayo de 1999 (*La Ley*, núm. 7434), cuando «las tarifas aplicadas por la sociedad denunciada... han sido muy superiores a los precios medios aplicados por los demás cementerios de la Comunidad Autónoma».

⁴⁸ En este grupo incluyen MOTTA/STREEL, *Exploitative*, p. 17, los principales casos de la Comisión Europea.

⁴⁹ MOTTA/STREEL, *Exploitative*, p. 16.

cede a la antigua compañía portuaria transformada el *derecho exclusivo a proporcionar mano de obra temporal a los concesionarios de terminales* y a las demás empresas autorizadas a operar en el mismo puerto, sino que también le permite... *competir con ellos en el mercado de servicios portuarios*, dicha antigua compañía portuaria transformada se encuentra en una situación de conflicto de intereses»⁵⁰. El abuso explotador consistía en que la empresa dominante exigía «unos precios excesivos (a las otras compañías que prestaban los servicios de estiba y desestiba) para proporcionarles mano de obra» o en que ponía «a su disposición una mano de obra poco adaptada a las tareas que habían de desempeñar». Y el TJCE concluye condenando *el régimen legal italiano* que conducía al abuso poniendo en relación el art. 86 con el art. 82⁵¹.

22. Pueden verse también las SSTJCE 18 de junio de 1991⁵² —*derechos especiales atribuidos por el Estado* a una empresa de televisión que le ponía en condiciones de explotar a sus competidoras— y 13 de diciembre de 1991 —derechos especiales atribuidos por el Estado a una empresa de telecomunicación que le permitían explotar a sus competidoras—; la SJTCE 17 de mayo de 1994 —aprobación por el Estado de unas tarifas fijadas por una empresa dominante a la que se le atribuye un derecho exclusivo que permitían a ésta «aplicar a las partes con las que mantiene relaciones comerciales condiciones desiguales para prestaciones equivalentes»—; la STJCE 17 de julio de 1997, también referida a una infraestructura que suele desarrollarse en términos de monopolio geográfico —puertos— y en la que puede leerse que «el hecho de que una empresa pública que es propietaria de un puerto comercial y lo gestiona exima del pago de dichas tasas a sus propias líneas de transbordadores y, a título de reciprocidad, a las de algunos de sus socios comerciales, puede también constituir un abuso, en la medida en que implica la aplicación a los otros socios comerciales de la empresa pública de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes» e introduce la sospecha de que los precios comparativamente muy bajos de la línea de transbordadores de la empresa pública era resultado de subvenciones cruzadas entre líneas

⁵⁰ *Vid.* también las STJCE 18 de junio de 1991 y 13 de diciembre de 1991, GB-Inno-BM, C-18/88 (25).

⁵¹ «En estas circunstancias, un régimen jurídico como el establecido por la Ley de 1994 debe considerarse, por sí mismo, contrario al apartado 1 del art. 90, en relación con el art. 86 del Tratado». Este planteamiento (los Estados no pueden convertir a sus empresas públicas en juez y parte del proceso competitivo en los mercados en los que están presentes) se refleja bien en la opinión del abogado general Jacobs en *Ambulanz Glöckner*, núm. 72: «*the court case-law requires that a State body with regulatory powers over a given market should be independent from any undertaking operating on that market*». Si actúa en ambos conceptos, el problema es el de la compatibilidad con el Tratado del conflicto de interés en el que incurre la autoridad como reguladora y como empresa.

⁵² Asunto *ERT*, Rec. 1991, pp. 2925 ss.

de negocio sometidas y no sometidas a competencia⁵³. También puede verse la STJCE 17 de mayo de 2001 *TNT-Traco SpA*⁵⁴, donde el TJCE afirma que una legislación que permite al servicio de correos italiano *Poste Italiane* cobrar a un competidor que presta servicios de correo urgente una cantidad semejante a la que la *Poste italiane* cobraría si prestara el servicio ella misma, es una normativa que obliga a la *Poste* a abusar de su posición de dominio porque constituye un acto de abuso de posición de dominio cobrar por sus servicios cantidades inequitativas «o desproporcionadas en relación con el valor económico del servicio prestado» y, en el caso, ni siquiera se prestaba servicio alguno al proveedor privado. En la SJTCE 5 de octubre de 1994 se analiza la alegación de que los centros de inseminación animal en Francia cobraban precios exorbitantes. La norma legal se limitaba a «autorizar a los centros de inseminación para que exijan a los ganaderos que les solicitan el suministro de semen procedentes de centros de producción diferentes el pago de los gastos adicionales resultantes de dicha elección». El TJCE concluyó que no era la norma legal la que inducía a la empresa con derechos especiales o exclusivos —los centros de inseminación— a abusar de su posición («no les incita a exigir gastos desproporcionados y, de este modo, a explotar abusivamente su posición dominante»). En la sentencia *Brentjens*, el TJCE resume su posición diciendo que «aunque la creación de una posición de dominio a través de la atribución de derechos exclusivos en el sentido del art. 90 del Tratado (actual 86) no es incompatible con el art. 86 (art. 82 actual) un Estado miembro infringe la prohibición establecida en ambas disposiciones cuando la empresa afectada por el simple ejercicio de los derechos exclusivos que le han sido atribuidos explota abusivamente su posición de dominio o cuando a través de tales derechos se crea una situación en la que la empresa comete un abuso semejante»⁵⁵. Especialmente significativo es el caso de la Decisión *SNELPD*⁵⁶. *La Poste* francesa tenía atribuida por el Gobierno la competencia para establecer las reglas a las que debían someterse las empresas de preparación de cartas cuya distribución está reservada monopolísticamente a *La Poste*. El caso reúne todos los elementos necesarios para considerar que *La Poste* «no podía evitar abusar de la situación de dominación en la que la legislación francesa del sector de

⁵³ Una narración completa de los monopolios respecto de los trabajos de estiba y desestiba en los puertos italianos se encuentra en E. M. ARMANI, «Ports italiens: les meilleurs histories ont un fin», *Competition Policy Newsletter*, 3, 2001, pp. 17 ss.

⁵⁴ Asunto C-340/99, *La Ley*, 29 de junio de 2001.

⁵⁵ Párrafo 93. Cita otras sentencias: *Centre d'insemination de la Crespelle*, 1998, I, 533, y *Raso*, publicada en *EuZW*, 1998, 254.

⁵⁶ Comisión de 23 de octubre de 2001, *vid.* C. HOCEPIED, «The SENELPD Decision in the light of the previous art. 86 (3) Decisions of the Commission», *Competition Policy Newsletter*, 1, 2002, pp. 19 ss. Las citas en las notas que siguen son de este texto.

correos la colocaba». En efecto, disponía de una posición de monopolio en el mercado de distribución de determinados envíos (cartas, etc.)⁵⁷; se le atribuía la capacidad de “regular” un mercado vecino (el de preparación del correo para su distribución por el monopolio estatal) de modo que *actuaba* en el mercado, *regulaba* el comportamiento de otras empresas y *participaba* en el mercado que regulaba⁵⁸; el Gobierno tiene poderes de supervisión sobre *La Poste* limitados y en la práctica no los ejerce, y tanto la autoridad supervisora como *La Poste* se encuentran en un conflicto de intereses. *La Poste* por su condición de reguladora y competidora de las empresas de preparación de correo para su distribución y la autoridad supervisora —el Ministerio de Finanzas francés— porque es dueña de *La Poste* y, por tanto, tiene interés en maximizar sus ganancias, lo que «puede afectar a la imparcialidad del Ministerio cuando ejerce su control sobre *La Poste*». Así las cosas, la conclusión de la Comisión es que la legislación francesa es contraria al art. 86 del Tratado en conexión con el art. 82⁵⁹. Lo más importante es que, según se ha expuesto, la Comisión considera contrario al Tratado no el abuso de posición dominante por parte de una empresa dotada de derechos especiales o exclusivos, sino *el diseño legal de la posición* de la empresa dotada de derechos especiales o exclusivos, como un diseño prono a provocar abusos⁶⁰.

23. En definitiva, el Derecho de la competencia y, en concreto, la prohibición de 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 art. 82, la aplicación del art. 86 en relación con aquél no permitiría el control de la actividad regulatoria y anti-

⁵⁷ «In the Decision, the Commission takes the view that by granting a legal monopoly to La Poste for the transport and delivery of certain mail items, the French Government creates a situation where La Poste is induced to abuse its dominant position. It can indeed determine the scales of charges and technical conditions for access to its network by mail preparation firms in a discretionary way».

⁵⁸ «Abuses are all more likely given that La Poste along with a number of its subsidiaries, like Datapost and Mikros, are themselves active on the mail preparation market».

⁵⁹ *Ibid.*, pp. 19-20.

⁶⁰ Lo que se justifica porque, en otro caso, «*this would mean that the Commission would only intervene when the competition has already been distorted and market share has already been lost to the incumbent, which would make no sense*», HOCEPIED, *Competition Policy Newsletter*, 1, 2002, p. 20.

competitiva de los Estados ni la conducta anticompetitiva de las empresas amparadas o impunes a los Estados nacionales.

24. En sentido contrario, la prohibición de abuso no debería utilizarse cuando la *regulación del mercado* correspondiente garantiza que las empresas dominantes en el mismo no pueden abusar de su posición o que, si lo hacen, los perjudicados disponen de acciones específicamente establecidas en dicha legislación. Típicamente sucede tal cosa en sectores liberalizados y regulados ¡por el propio Derecho comunitario!, como ocurre con las telecomunicaciones. Como se ha recordado acertadamente, hay que suponer que la regulación sectorial limita mucho más la conducta del dominante de lo que lo hace el Derecho antimonopolio, de forma que no deberían extenderse los límites a la conducta del dominante. Nuevamente, con la salvedad de que cuando la regulación nacional sea contradictoria con los principios del Derecho comunitario de la competencia.

25. El caso *Trinko* ya referido refleja bien estas tensiones. El TS norteamericano ha establecido que si la conducta del dominante es objeto de regulación desde criterios de competencia —como sucede con las leyes de telecomunicaciones y la conducta del monopolista del bucle local— no debería aplicarse el Derecho de la competencia *además* afirmándose que la conducta de las empresas en los sectores regulados debe enjuiciarse de acuerdo con la legislación específica. El Derecho regulatorio —en el caso la Ley de Telecomunicaciones— «se diseñó para promover la competencia (por lo que) los beneficios de la intervención vía Derecho antitrust son, seguramente, reducidos». Y estos beneficios reducidos han de ser comparados con los costes de la intervención. Estos costes tienen dos aspectos: el primero es el de falsos positivos, y el segundo es que casos como los que suponen imponer al dominante compartir una infraestructura, la autoridad se ve obligada a instaurar un sistema de vigilancia para asegurar que el acceso a la infraestructura se realiza en condiciones adecuadas. Por tanto, carece de sentido utilizar el Derecho antimonopolio para imponer tales obligaciones cuando éstas figuran ya dibujadas en la legislación reguladora del mercado⁶¹. La legis-

⁶¹ La cita la hemos tomado de KOLASKY, *Single-firm*, pp. 68-69. *Vid.* también nota siguiente. En la sentencia *Trinko* se plantea, además, el problema de la *obligación de contratar* del dominante. KOLASKY menciona, en este sentido, el caso *MetroNet Services Corp. V. Qwest Corp.* Que tiene interés: «*MetroNet* is a case in which a reseller of Centrex services in the Seattle-Tacoma metropolitan area sued the incumbent local Exchange carrier, Qwest, alleging that Qwest had violated section two by changing the terms of a quantity discount it offered to require that a customer purchase 21 lines at a single location to qualify for the discount, thereby eliminating the arbitrage opportunity that had previously existed for reseller to buy at a discount and resell to customers who otherwise World not qualify. Prior to *Trinko*, the US Court of Appeals for the Ninth Circuit had relied on the essential facilities doctrine to hold that Qwest's conduct could be found to violate section two. Following *Trinko*, the Supreme Court vacated the Ninth Circuit decision and

lación sectorial, como legislación especial, establecerá normalmente una regulación más adaptada al caso y permitirá decidir con menor riesgo de error si la conducta del incumbente ha de ser reprimida ⁶².

26. La sentencia *Trinko* ha sido objeto de críticas y parece reflejar una comprensión diferente a la mantenida en Europa donde la Comisión, en el asunto *Deutsche Telekom*, afirmó que la existencia de regulación no justificaba la inaplicación de las normas antimonopolio ⁶³. En ese caso, se acusó a *Deutsche Telekom* de fijar unas tarifas a sus clientes finales tan bajas en comparación con el precio que cobraba a los competidores por el acceso al bucle local (del cual es el propietario exclusivo) que hacía imposible para éstos obtener un beneficio revendiendo los servicios a los consumidores. *Deutsche Telekom* se defendió diciendo que sus tarifas habían sido aprobadas por la Administración alemana. La Comisión utilizó la doctrina tradicional aplicable a cualquier conducta regulada: el Derecho de la competencia encuentra aplicación siempre que la regulación deje espacio para una conducta autónoma por parte de la empresa, lo que ocurría, respecto a las tarifas, en el caso de *Deutsche Telekom*, de modo que la Comisión impuso una multa a esta empresa por “exprimir los márgenes” de los competidores ⁶⁴. En el caso *Deutsche Telekom*, y a diferencia de lo que sucedió en el caso *Trinko*, resultaba incomprensible que la regulación nacional (o la aplicación de la misma por parte de las autoridades alemanas) permitiera al incumbente “exprimir el margen” de sus rivales ⁶⁵.

remanded for reconsideration in light of *Trinko*. On remand, the Ninth Circuit reversed itself and affirmed a grant of summary judgment in favor of Qwest dismissing the case on the basis of the Court’s reasoning in *Trinko*. An important part of the Court’s reasoning was that Qwest had always been willing to sell to *MetroNet* at the prevailing retail price and that preventing a dominant firm from changing the terms of a discount to prevent arbitrage might chill competition by making the firm less willing to discount at all» (p. 69). Aquí no analizamos los problemas de la negativa a contratar del dominante. Al respecto *vid.* ampliamente los trabajos citados en las notas siguientes.

⁶² R. C. PICKER, «Understanding Statutory Bundles: Does the Sherman Act Come with the 1996 Telecommunications Act?», *The Law School The University of Chicago*, enero 2003, disponible en http://ssrn.com/abstract_id=374320 en diciembre de 2005, p. 10; J. B. SPETA, «Antitrust and Local Competition under the Telecommunications Act», *Antitrust Law Journal*, 71, 2003, disponible en diciembre de 2005 en www.ssrn.com como SSRN-id478129[1].pdf.

⁶³ D. GERADIN, «Limiting the Scope of art. 82 of the EC Treaty: What can the EU learn from the US Supreme Court’s Judgment?» in *Trinko in the Wake of Microsoft, IMS and Deutsche Telekom? Common Market L. Rev.*, diciembre de 2005, disponible en diciembre de 2005 en www.ssrn.com como SSRN-id617263[1].pdf.

⁶⁴ Otros argumentos para justificar la aplicación del Derecho de la competencia se encuentran en GERADIN, *Limiting the Scope*, pp. 26 ss.: la regulación norteamericana de la conducta de los operadores incumbentes de telecomunicaciones es mucho más detallada que la europea, por lo que hay más espacio para la aplicación del Derecho de la competencia en Europa; las normas de competencia son superiores jerárquicamente respecto a las normas regulatorias europeas... Éste no nos parece un buen argumento: si la Unión Europea ha regulado detalladamente un mercado, la aplicación del Derecho antimonopolio debería tener un carácter excepcional.

⁶⁵ *Vid.* GERADIN, *Limiting the Scope*, p. 26. En el caso norteamericano *Trinko*, por el contrario, la Federal Communications Commission había abierto un expediente a *Verizon* por incum-

27. Una cuestión distinta y añadida es la *indemnización de los daños y perjuicios* sufridos por el competidor al que se le ha denegado el acceso a una red por parte del dominante. En este punto, la aplicación del Derecho antimonopolio como fundamento de la pretensión de indemnización puede estar justificada si la regulación no prevé la indemnización y sólo sanciones administrativas. Desde la promulgación del Reglamento 1/2003, la aplicación judicial del derecho antimonopolio comunitario por los jueces ha abierto a los particulares la posibilidad de reclamaciones de este tipo. A menudo, sin embargo, el particular podrá utilizar las normas generales sobre responsabilidad contractual y extracontractual (incluyendo el art. 15 de la Ley de competencia desleal) para fundar tal reclamación.

28. Por último, el problema que venimos examinando acerca de la inconveniencia de incriminar las conductas explotadoras se plantea *también* con las conductas abusivas por ser excluyentes. Así, por ejemplo, «reglas rígidas contra los *precios predatorios* pueden conducir al empresario predador a ofrecer mejores condiciones en otras dimensiones del producto y puede ser menos probable que tales mejores condiciones se trasladen hasta los consumidores finales» de manera que con la prohibición de precios predatorios habremos privado a los consumidores de precios bajos en el corto plazo y el riesgo de que empresarios igualmente eficientes sean expulsados del mercado a largo plazo se mantiene. Del mismo modo, si a un empresario dominante se le prohíbe *discriminar* a los distribuidores o empresarios que trabajan en un mercado descendente (*vertical foreclosure*) la reacción del dominante puede ser la de integrarse verticalmente de forma que *no mantenga relaciones con ningún distribuidor o empresario de los mercados descendentes*, con lo que el resultado de la prohibición de discriminación puede ser peor para los consumidores ⁶⁶.

29. Cuanto se ha expuesto en relación con la conveniencia de mantener incriminadas las conductas explotadoras no obsta para que, en *los mercados no regulados, sea razonable dar prioridad a la represión de las prácticas excluyentes* para facilitar la aparición o el reforzamiento de la competencia a la que está sometido el dominante y con ello reducir la frecuencia de las posiciones de dominio ⁶⁷. En esta medida, es

plir las normas reguladoras del acceso al bucle local y le había impuesto multas y otras sanciones; *vid.* P. J. WEISER, «The Relationship of Antitrust and Regulation In A Deregulatory Era», *Antitrust Bulletin*, 20, 2005, pp. 1 ss., disponible en www.ssrn.com en diciembre de 2005, SSRN-id814945[1].pdf, señalando las limitaciones a las facultades sancionadoras de la FCC.

⁶⁶ REY (coord.), *Economic Approach*, p. 6.

⁶⁷ N. KROES, *Preliminary Thoughts on Policy Review of art. 82*, Speech at the Fordham Corporate Law Institute, New York, 23 septiembre 2005, disponible en <http://europa.eu.int/rapid/press-ReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/537&format=HTML&aged=0&language=EN&gui-Language=en>, octubre de 2005.

igualmente preferible tomar las medidas que puedan eliminar o reducir las barreras de entrada a tomar medidas *ad hoc* respecto de la política concreta de precios del dominante. Debe recordarse, no obstante, que si las barreras de entrada son *legales* y tienen su origen en la política industrial o de otro tipo de los Estados miembros, el Derecho de la competencia es, como vimos anteriormente, la única herramienta disponible para la Comisión para proteger a los consumidores en dicho territorio. Pero esto no hace sino confirmar el carácter subsidiario de la prohibición de actos de explotación de la posición de dominio frente a las medidas de regulación del mercado.

4. EL ABUSO POR EXCLUSIÓN

30. La prohibición de conductas excluyentes encaja mucho más limpiamente con el sentido genérico de la prohibición de abuso: se trata de «mantener los mercados abiertos a la competencia»⁶⁸. Con la prohibición de abuso se pretenden impedir las conductas del dominante que pueden dañar no a los competidores, sino *al propio proceso competitivo* porque la conducta dificulta *la reproducción del proceso* en forma de acción-reacción (SCHUMPETER). Sólo un dominante puede influir con su conducta sobre las condiciones competitivas y, al hacerlo, puede distorsionar el funcionamiento del proceso competitivo tal como se desarrollaría en otro caso. Las conductas excluyentes son aquellas —en el lenguaje norteamericano— que contribuyen a que el dominante mantenga, refuerce o prolongue su posición monopolística.

31. Es claro que las empresas dominantes *no tienen sólo la capacidad* de afectar con su conducta unilateral al proceso competitivo, *sino que tienen también los incentivos* para hacerlo porque sus acciones dirigidas a subir los precios o a reducir la calidad de los productos aumentan los beneficios totales de la empresa dominante. En este sentido, los *incentivos de una empresa con poder de dominio son diferentes a los de una empresa que se enfrenta a competidores efectivos*. Un ejemplo nos lo proporciona el problema de la compatibilidad entre programas de *software*. Mientras un empresario sin posición de dominio tiene incentivos para maximizar la compatibilidad de su sistema operativo con cualquier otro tipo de programa informático porque si su sistema operativo es el “más compatible” con otros programas, los compradores de sistemas operativos lo preferirán frente a sus competidores, cuando se convierte en dominante sus incentivos cambian porque *puede forzar a los clientes* del sistema operativo a “elegir” los programas complementarios dis-

⁶⁸ REY (coord.), *Economic Approach*, p. 12

tribuidos por él, ya que la opción alternativa para los compradores de sistemas operativos —cambiar de sistema operativo— no está disponible a bajo coste⁶⁹. Por tanto, el dominante *puede y tiene los incentivos para* desarrollar conductas que dañan al proceso competitivo y le permiten extender o prolongar su posición de dominio.

32. Encaja también la prohibición de las conductas excluyentes con la *calificación jurídica* de la conducta del dominante como *abusiva*. En efecto, *abusa* de su libertad empresarial (art. 38 CE) el empresario que desarrolla comportamientos que sólo él puede llevar a cabo y que tienen por intención o efecto *impedir* que otros puedan ejercitar su libertad de empresa en los mismos términos. Por tanto, en términos jurídicos, el dominante que abusa, abusa de su libertad de empresa y el abuso se deduce de que *impide o dificulta el ejercicio de igual libertad* de la que disfrutaban los rivales⁷⁰. Como exponíamos más arriba, la idea es que, sin poder de mercado, la única forma en que una empresa puede arrebatar clientes a sus competidores es mejorando la eficiencia de las propias prestaciones. Por el contrario, una empresa con poder de mercado puede debilitar a las empresas rivales *interfiriendo* en la actividad de éstas (*Behinderungswettbewerb*).

33. A menudo, sin embargo, no resulta fácil deslindar los supuestos en los que una empresa dominante *se defiende* frente a la entrada de un rival de los supuestos en los que la empresa *está impidiendo* a un eventual entrante la posibilidad de competir⁷¹. Es en esta categoría, y no en la de explotación abusiva de la situación de dependencia, donde se plantean los problemas más difíciles de aplicación de la prohibición de abuso. La razón se encuentra en que la mayor parte de las conductas excluyentes son ambiguas si se prescinde de la posesión de poder de

⁶⁹ «The same phenomenon explains why the antitrust consent decree that broke up the telephone company separated local telephone service from long distance, and why the FCC acting under the 1996 Telecommunications Act has been slow to permit the local operating companies to enter into long distance markets. As long as those companies hold dominant positions in the local market they have every incentive to degrade the long distance systems of rivals in order to switch customers to their own long distance offerings. By contrast, once meaningful competition exists in local service, each local firm will profit only by maximizing its compatibility with long distance providers», HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, pp. 276-277.

⁷⁰ Puede hacerse aquí una remisión a la concreción de la cláusula general de buena fe que se encontraba en el actual art. 5 LCD donde se consideraba contrario a la buena fe competir *por interferencia*.

⁷¹ En el caso *Microsoft*, si esta empresa actuó tan agresivamente contra la amenaza que suponía el *Navigator* de *Netscape* fue porque entendió que estaba en juego su dominio en el mercado de los sistemas operativos, en cuanto el navegador, unido al lenguaje *Java*, podía constituir una alternativa al sistema operativo *Windows*. Cosa distinta —e incomprensible— es que una autoridad de competencia dirija mensajes a la dominante para que «mantenga su esfuerzo competitivo, reaccionando con eficacia a las acciones de sus competidores, ya que sólo así se derivarán los efectos beneficiosos de la competencia», RTDC *Retevisión/Telefónica*, *vid.* el aplauso a esta concepción del papel del Tribunal de Defensa de la Competencia en PASCUAL, *RDM*, 245, 2002, p. 1339.

mercado por parte de la empresa que las realiza porque son conductas que, realizadas por una empresa sin poder de mercado, son, normalmente, perfectamente lícitas. Cuando es una empresa dominante la que las realiza hay que decidir, por un lado, si actúa abusivamente la empresa dominante que se comporta agresivamente frente a la competencia residual o potencial y parece que hay acuerdo en que se debe permitir a las empresas dominantes competir agresivamente. Por otro, los límites que han de imponerse al dominante en el uso de sus propios derechos o activos cuando el acceso de terceros es imprescindible para la existencia de competencia.

34. Para delimitar los casos en los que la conducta del dominante ha de calificarse como excluyente, los autores y la jurisprudencia proponen tres *tests*. El primero es el test del sacrificio, que califica como excluyentes las conductas del dominante que no serían rentables sino porque se logra expulsar al rival. El segundo es el test de la expulsión del competidor *igualmente* eficiente y el tercero el de daños a los consumidores⁷².

35. El *test del sacrificio* hace referencia a la idea de que el dominante que pone en práctica tales conductas sacrifica un beneficio inmediato (en cuanto que la conducta tiene costes para la empresa dominante en forma de pérdida de beneficios a corto plazo) para obtener un beneficio mayor y futuro, beneficio derivado exclusivamente de la destrucción de la competencia, esto es, de la prolongación del monopolio o de la reducción de la amenaza que suponen los rivales. Se dice que una conducta es excluyente cuando su rentabilidad depende de la eliminación de los rivales. En este sentido, explica adecuadamente por qué son abusivas las prácticas predatorias pero conduce a declarar abusivas prácticas que se consideran generalmente lícitas como, por ejemplo, las reducciones de precios por parte del dominante como respuesta a un movimiento de la competencia (*meet competition*)⁷³. La mayoría de los autores concluye que este *test* parece más bien un instrumento para decidir sobre la *intención o voluntad* del dominante, en el sentido de que si su conducta

⁷² VICKERS, *Abuse*, p. 13. H. HOVENKAMP, «Exclusion and the Sherman Act», *U. Chicago L. Rev.*, 72, 2005, pp. 147 ss., p. 148.

⁷³ *Vid. Discussion Paper* sobre el art. 82 de la Comisión Europea, p. 25. La posición de la Comisión Europea no es clara en este punto porque parece considerar la *meet competition* como una defensa que legitimaría una conducta que, sin tal defensa, sería ilícita. Dado que rebajar los precios por encima de coste no es una conducta ilícita aun realizada por un dominante y aunque tenga efectos excluyentes, la excepción no se aplicaría. Sin embargo, en el párrafo 83, la Comisión afirma que «In case the abuse concerns *pricing above average avoidable cost* the meeting competition defence can be applied only if all the conditions of the proportionality test described in the previous paragraph are fulfilled, which in general is considered unlikely to be the case». Como veremos, esto presupone que hay rebajas de precios por encima de coste que en Europa se consideran abusivas.

carece de lógica empresarial aparente, podemos deducir que su intención era eliminar la competencia residual o evitar la entrada de competencia potencial⁷⁴. Por otro lado, la idea de sacrificar beneficios a corto plazo en aras de los beneficios a largo plazo no ayuda mucho porque todas las planificaciones a largo plazo sacrifican racionalmente beneficios (menores) a corto plazo para obtener beneficios (mayores) a largo plazo y se corre el riesgo de calificar de irracionales conductas que no entendemos bien pero que tienen lógica económica⁷⁵. Al contrario, el test del sacrificio puede utilizarse *para excluir* la calificación como abusiva de una conducta, precisamente, porque tiene racionalidad económica (no implica un sacrificio de beneficios por parte del dominante) y, en este sentido, no es más que una expresión de una alegación de eficiencia de su conducta por parte del dominante⁷⁶. De ahí que el test se convierta en una comparación sólo entre dos cursos alternativos de conducta: el efectivamente llevado a cabo por el dominante y una alternativa claramente disponible, en particular, porque la alternativa elegida por el dominante implique *un cambio en la estrategia* del dominante, de forma que el abuso se identifica con el cambio de estrategia⁷⁷. La conclusión de VICKERS parece compatible: el test del sacrificio no es suficiente y más bien circular: «el comportamiento del dominante es excluyente si carece de sentido económico si no es porque distorsiona o daña la competencia»⁷⁸. Y, por tanto, no nos libra de preguntarnos por lo que significa *dañar la competencia*.

36. El test del competidor “igualmente eficiente” lo formuló POSNER señalando que las conductas del dominante deben calificarse como excluyentes cuando son idóneas para eliminar a un competidor tan eficiente como el dominante. Y, en este sentido, un grupo de casos especialmente importante lo conforman las conductas que elevan los costes de los rivales⁷⁹. Casos típicos que se pueden incluir bajo esta etiqueta son las conductas predatorias, muchos casos de discriminación, la celebración de contratos en exclusiva, la negativa injustificada a contratar y muchas

⁷⁴ Vid. T. BRENNAN, «*Trinko v. Baxter: The Demise of US v. AT&T*» manuscrito, octubre de 2005, disponible en diciembre de 2005 en http://www.aeaweb.org/annual_mtg_papers/2006/0108_1015_1502.pdf p 17-18, donde explica el origen del “test del sacrificio” y su función limitada a explicar las intenciones del dominante. HOVENKAMP examina el caso *Aspen (Aspen Skiing Co. V., Aspen Highlands Skiing Corp., 472 US 585, 105 S. Ct. 2847, 1985, HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, p. 275)* desde esta perspectiva; *vid.* también M. LAO, *Aspen Skiing and Trinko: Antitrust Intent and “Sacrifice”, Antitrust L. J., 73, 2005, núm. 1*, disponible en www.ssrn.com en diciembre de 2005 con el número SSRN-id844944[1].pdf.

⁷⁵ VICKERS, *Abuse*, p. 15, citando a COASE.

⁷⁶ BRENNAN, *Trinko v. Baxter*, p. 19.

⁷⁷ VICKERS, *Abuse*, pp. 15-16.

⁷⁸ *Ibid.*, pp. 16-17. Si se une a lo anterior, el carácter objetivo del abuso, «as a matter of European Law... sacrifice is by no means necessary for abuse», p. 18.

⁷⁹ *Vid.* referencias en HOVENKAMP, *U. Chicago L. Rev.*, 75, 2005, p. 149; KOLASKY, «What is Competition», p. 12.

formas de descuentos anticompetitivos⁸⁰. Según este criterio, la conducta no es excluyente si un rival igualmente eficiente podría “responder” a la misma con una estrategia semejante o, en general, devolviendo el golpe.

37. No obstante, se ha dicho que el criterio es insuficiente porque, por definición, el dominante habrá obtenido ya el tamaño suficiente para explotar las *economías de escala*, por ejemplo, economías que el entrante no podrá obtener hasta que esté completamente “instalado” en el mercado, lo que hace que el dominante sea, en principio, más eficiente que los entrantes, lo que habría de ser tenido en cuenta. Por tanto, también deberían considerarse prohibidas las conductas del dominante que carezcan de cualquier racionalidad aparente salvo impedir o dificultar la entrada en el mercado de los rivales o su asentamiento en el mismo⁸¹. No es seguro, sin embargo, que un rival más o igualmente eficiente que el dominante no pueda obtener financiación suficiente para permanecer en el mercado el tiempo suficiente como para alcanzar el tamaño que le permita obtener las economías de escala si los mercados de capitales funcionan adecuadamente. Este test tiene a su favor, además, lo convincente de la intuición que afirma que la prohibición de abuso no debería ser un instrumento de política industrial y las enormes posibilidades de error en tal aplicación.

38. El test del competidor igualmente eficiente funciona adecuadamente en los casos de *cierre del mercado* por parte del dominante a través de exclusividades o descuentos de fidelidad porque estas conductas son idóneas para impedir la entrada o la consolidación de competidores tan eficientes como el incumbente a los que se impide alcanzar una escala de producción mínima porque se le cierra el acceso a una parte sustancial del mercado. De esta forma, entran limpiamente en la producción las conductas típicamente excluyentes que, por ejemplo, limitan las posibilidades de producción del competidor residual negándole el acceso a insumos esenciales o a la distribución o porque le impiden acceder a una tecnología esencial para producir.

39. El tercer test, el que utiliza como criterio de abuso el *daño a los consumidores*, no es, probablemente, muy diferente del criterio del competidor igualmente eficiente y, más bien, otra formulación del mismo, ya que bien puede decirse que las mismas conductas que reducen la capacidad de los competidores igualmente eficientes para competir dañan a

⁸⁰ Vid. el párrafo 26 de la Comunicación sobre la aplicación del art. 81.3 del Tratado en el que la Comisión hace referencia a esta forma de ejercicio del poder de mercado; KROES, *Preliminary Thoughts*, p. 5: «One possible approach to pricing abuses could be based on the premise that only the exclusion of “equally efficient” competitors is abusive. The benchmark for “as efficient” would normally be the costs of the dominant company, except where it is not possible to determine such costs, or when the dominant company, for instance in a newly liberalised market, has some “first-mover advantages” that later entrants cannot be expected to match».

⁸¹ HOVENKAMP, *U. Chicago L. Rev.*, 75, 2005, p. 155.

los consumidores al reducir sus posibilidades de elección y la rivalidad entre los que les ofrecen.

40. Otro tipo de clasificación de las conductas excluyentes del dominante se basa en el mercado en el que se realizan, y así se habla de *exclusión en el mismo mercado* donde está presente el dominante (predación-reputación, predación-señal y predación financiera); *exclusión en un mercado adyacente* a aquel que está dominado (a través de prácticas como contratos vinculados, venta de conjuntos de productos, descuentos, acceso a interfaces, integración técnica, control de estándares técnicos, decisiones sobre compatibilidad...) ⁸² y *exclusión en un mercado relacionado verticalmente*, es decir, la exclusión tiene lugar en el mercado en el que se desarrolla otra fase de la producción distinta a aquella donde se encuentra el dominante ⁸³. En el primer caso, el incumbente desarrolla una política agresiva que reduce los beneficios del competidor con el objeto de inducir al competidor residual (o al potencial) para que salga del mercado (o no entre) para, a continuación, recuperar lo invertido en dicha política agresiva. Las conductas típicas que permiten lograr este objetivo son las prácticas predatorias, las vinculaciones exclusivas con proveedores o clientes, la negativa a contratar, los descuentos selectivamente ofrecidos, la saturación del mercado con una variedad de calidades y precios excesiva o con una inversión enorme en publicidad ⁸⁴.

⁸² REY (coord.), *Economic approach*, p. 23: «such business strategies often yield benefits to consumers, but they may also have anticompetitive effects if the dominant firm distorts competition in the market adjacent to its own home market in order to exclude or discipline rivals in that market, or to influence entry conditions in the home market. The key condition needed for these actions to cause competitive harm, is that the linkage must place some rivals at a competitive disadvantage so that they cannot compete effectively in the adjacent market or so that they might be deterred from competing in the home market». En cuanto al *bundling*, «the modern economic analysis of strategic leveraging of a dominant position in adjacent markets has shown that, beyond the Chicago school critique, there may well be sound profit-maximizing reasons why dominant firms attempt to extend their market power beyond their home market», estando identificadas las circunstancias en las que una estrategia semejante puede tener efectos dañinos para la competencia.

⁸³ *Ibid.*, pp. 17 ss., p. 26: cuando el dominante controla un insumo necesario para las empresas que están en un mercado ascendente o descendente de forma que el dominante niega o limita el acceso de dichas empresas al insumo (discriminándolas respecto de sus competidores). Estas estrategias de cierre —*foreclosure*— son especialmente frecuentes en mercados liberalizados donde se ha separado la propiedad de la infraestructura de los negocios de venta de los productos que se transportan a través de dicha red o infraestructura. El dominante puede estar integrado verticalmente y negarse a contratar con sus competidores o puede hacer que el insumo crítico sea incompatible con los productos de los competidores; *vid.*, al respecto, MOTTA/STREEL, *Exploitative*, pp. 20 ss. Se discute, en primer lugar, si para apreciar abuso es necesario que la empresa sea dominante en ambos mercados (en el ascendente y en el descendente).

⁸⁴ «There are many subtle distinctions among economies of scale, scope, learning, research, and network effects. But they can all roughly be described as economies that depend on reaching a certain market share... the common element is that such economies of share can be denied to rivals through marketwide foreclosure. Exclusionary conduct that produces a marketwide foreclosure that denies rivals these economies of share thus impairs rival efficiency... by depriving rivals of efficiencies they could have obtained without the exclusionary conduct»; ELHAUGE, *Stanford L. Rev.*, 56, 2003, p. 323.

41. Entre los muchos casos dudosos de conductas excluyentes, la aplicación del criterio del competidor igualmente eficiente se refleja bien en el caso de *las reducciones de precios severas y selectivas pero por encima del coste* como reacción a la entrada (real o potencial) de un rival y los casos de *margin squeeze*. Se trata de *rebajas selectivas de precios* por parte del dominante ante la entrada de un competidor en un determinado punto o sector del mercado dominado. Si estas rebajas por parte del dominante se hacen sólo en el punto donde se ha producido la entrada pero no suponen practicar precios predatorios, no habría, en principio, motivo de incriminación. Es obvio, sin embargo, que tienen efectos excluyentes. La competencia potencial queda avisada de que si entra en el mercado, el dominante reducirá los precios y, con ello, cualquier posibilidad de beneficio. Pero el dominante no necesita sacrificar sus beneficios en *todo* el mercado ni *todo* el tiempo⁸⁵.

42. El caso norteamericano donde se planteó este problema es el iniciado por el Departamento de Justicia norteamericano contra *American Airlines* por conductas predatorias (precios y expansión del número de rutas) desde su sede en el aeropuerto de Dallas-Fort Worth. «El Departamento de Justicia argumentó que *American Airlines* tenía un monopolio en el tráfico de viajeros desde y hacia el aeropuerto de Dallas o que había intentado o estaba intentando lograr el monopolio respecto de determinadas rutas (en nota: *American Airlines* tenía una cuota superior al 70 por 100 de los pasajes originados en Dallas). El Departamento de Justicia demostró que cuando *Vanguard Airlines* comenzó a operar en una ruta entre Kansas City y Dallas a precios bajos, *American Airlines* igualó inmediatamente los precios bajando los propios en más de un 25 por 100 y aumentando la frecuencia de vuelos sustancialmente. Los pasajeros, en consecuencia, perdieron cualquier incentivo para volar con *Vanguard* a la vista de la reacción de *American Airlines*. Una vez que *Vanguard* “se rindió”, *American* volvió a subir sus precios y redujo la frecuencia de sus vuelos»⁸⁶. El Departamento de Justicia perdió y los tribunales declararon que *no podía haber precios predatorios si eran superiores a los costes*. Para justificar la prohibición de estas rebajas de precios se alega que si la reducción de precios por parte del dominante, aunque no implique venta bajo coste, es suficiente para eliminar cualquier beneficio al que se introduce en el mercado, provocará la salida de éste y, lo que es más grave, que, aunque los precios practicados por

⁸⁵ Vid. VICKERS, *Abuse*, pp. 9-10 con más indicaciones.

⁸⁶ A. S. EDLIN, «Stopping Above-Cost Predatory Pricing», *Yale L. J.*, 111, 2002, pp. 941 ss., pp. 942-943. En estos mercados se da una característica añadida que justifica la racionalidad de la predación: el efecto que una conducta pasiva (no predatoria) por parte de *American Airlines* tendría sobre otros mercados en los que también es dominante, HEMPILL, *Stanford L. Rev.*, 53, 2001, p. 1604.

el dominante vuelvan a ser supracompetitivos, no aparecerán nuevos entrantes ante el temor de una reacción semejante por parte del empresario dominante⁸⁷.

43. Frente al argumento de que en la medida en que con un precio monopolístico el monopolista corra el riesgo de que otros empresarios entren en el mercado, bajará los precios para desestimular dicha entrada, y habrá de bajarlos hasta el coste de producción de los nuevos entrantes de manera *que la competencia “potencial” protegería a los consumidores* frente a precios excesivos, se contesta que si el dominante no necesita practicar los precios más bajos sino sólo mandar “el mensaje” creíble de que los bajará si alguien osa entrar en su mercado, los precios supracompetitivos serán la regla en tal mercado acompañados, excepcionalmente, por cortas guerras de precios entre el empresario dominante y el entrante.

44. Un argumento más potente en contra de incriminar estas conductas es el que afirma que si el entrante *es tan eficiente* como el incumbente que baja los precios por encima de coste, no se reducirá la posibilidad de que entre en el mercado⁸⁸. Por tanto, prohibiendo estas reducciones de precios se estaría protegiendo a los competidores, no a los consumidores, incitando a entrar a empresarios menos eficientes que el incumbente y reduciéndose la eficiencia productiva como consecuencia de dicha entrada⁸⁹.

⁸⁷ «Cuando una empresa es expulsada del mercado, la demanda de bienes proporcionada por las empresas que quedan en el mercado aumenta porque muchos consumidores que habrían comprado los productos de ésta no los pueden comprar y, por tanto, recurren a las empresas que permanecen en el mercado. Este incremento de la demanda puede ser suficiente incentivo para hacer rentable la exclusión de un rival del mercado sin necesidad alguna de subir los precios. Del mismo modo, si las decisiones estratégicas de una empresa se refieren a las cantidades y no a los precios, un aumento de la cantidad producida por la firma A puede no ser una decisión óptima si se asume que la otra empresa, la empresa B, responde eligiendo la cantidad óptima condicionada a la no salida, pero puede ser óptima porque induce a la firma B a abandonar el mercado y por tanto provoca que el precio al que se enfrenta la empresa A aumente sin requerir de la empresa A disminuir su nivel de producción tras la salida del mercado de B»; D. SPECTOR, «Definitions and Criteria of predatory pricing», *working paper*, 01-10, MIT, enero 2001, disponible en www.ssrn.com.

⁸⁸ E. ELHAUGE, «Why Above-Cost Price Cuts to Drive Out Entrants Are Not Predatory—and the Implications for Defining Costs and Market Power», *Yale L. J.*, 112, 2003, pp. 681 ss., p. 774.

⁸⁹ El juez Breyer, en el más famoso caso norteamericano acerca de la licitud de *above-cost predatory pricing*, dijo que no era *unlawful* porque «A price cut that ends up with a price exceeding total cost—in all likelihood a cut made by a firm with market power—is almost certainly moving price in the “right” direction (towards the level that would be set in a competitive marketplace). The antitrust laws very rarely reject such beneficial “bird in hand” for the sake of more speculative (future low price) “birds in the bush”. To do so opens the door to similar speculative claims that might seek to legitimate even the most settled unlawful practices» [Caso *Barry Wright Corp v. ITT Grinnell Corp.*, 724 F. 2d 227, 234 (1st Cir. 1983), citado por LOPATKA/PAGE, *Bargaining and Monopolization*, p. 8].

45. En definitiva, los problemas se plantean respecto a los *efectos de estas rebajas sobre la entrada en ese mercado*. Al respecto, permitir las rebajas selectivas y discriminatorias puede tener consecuencias negativas. En efecto, si, por ejemplo, el incumbente tiene amortizadas sus inversiones en ese sector y ante la entrada de un *newcomer* baja los precios hasta el coste marginal, el *newcomer* nunca podrá obtener un beneficio que le compense los costes hundidos en los que ha incurrido para entrar en el mercado. En realidad, lo que sostienen los economistas es que utilizar una regla semejante *para regular la entrada en el mercado* es altamente incierto y se puede estar “subvencionando” entradas ineficientes en el mercado o duplicación de infraestructuras (cuando las economías de escala son muy elevadas, el mercado puede estar mejor servido por un solo oferente), etc. Por tanto, será muy extraño que esté justificada la intervención de la autoridad de competencia a través del art. 6 LDC/82 del Tratado⁹⁰.

46. La perspectiva de la jurisprudencia europea parece distinta, al menos en algunos casos excepcionales, ya que, aunque no predatorios, ha considerado abusivas las rebajas selectivas de tarifas por parte de una empresa dominante que dificulta la consolidación del competidor residual. Así, en el caso *Cewal*⁹¹, la Comisión Europea consideró que había abuso de posición dominante en la fijación de precios por parte de una conferencia marítima por encima de coste pero aproximándolos sistemáticamente a los del rival que no formaba parte de la conferencia (es decir, la conferencia bajaba los precios de los barcos que salían en fechas próximas a los barcos de los rivales). Esta decisión fue confirmada por la STJCE en el Asunto C-395/96P *Compagnie Maritime Belge SA v. Commission* (Rec. 2000, I-1365). Por tanto, cuando el “predador” es un empresario con posición de dominio se le prohíbe realizar reducciones significativas y *selectivas de precios, aunque no impliquen venta bajo costes* cuando tales rebajas constituyan un medio idóneo para impedir la consolidación en el mercado de un competidor entrante, de la misma forma que se actúa en el ámbito de mercados que se liberalizan⁹².

⁹⁰ Estos argumentos están expuestos claramente en CRA International, disponible en enero de 2006 en http://www.crai.com/ecp/assets/Meeting_Competition.pdf.

⁹¹ Decisión de la Comisión Europea de 23 de diciembre de 1992, *DOCE* L 24/20, 1993, confirmada por la Sentencia *Compagnie Maritime Belge*.

⁹² Va más allá EDLIN, *Yale L. J.*, 111, 2002, p. 945: el dominante «should be prevented from responding with substantial price cuts or significant product enhancements until the entrant has had a reasonable time to recover its entry costs and become viable, or until the entrant’s share grows enough so that the monopoly loses its dominance», y p. 966: «If an incumbent monopoly can and will quickly reduce prices below an entrant’s cost so that the entrant cannot recover the cost of entry, then potential entrants with costs above the incumbent’s will not enter. Since this pricing strategy allows a low-cost monopoly to maintain its monopoly to the detriment of consumers (el perjuicio para los consumidores, sin embargo, sólo se produce si los precios del domi-

47. Según VICKERS, el TJCE era consciente de los argumentos a favor de permitir tales rebajas de precios desde el punto de vista de la eficiencia productiva y el riesgo que corría de proteger a competidores ineficientes, pero pesó el hecho de que la finalidad de las rebajas fuera eliminar a un competidor manteniendo los precios elevados en los servicios en los que no existía competencia⁹³. En términos de bienestar social la prohibición puede ser positiva si las ganancias en eficiencia asignativa derivada de los precios más bajos compensa las pérdidas en eficiencia productiva derivadas de los más elevados costes⁹⁴. Parece relevante, no obstante, que la conferencia marítima en cuestión ostentaba entre el 90-95 por 100 del mercado. Y, por otro, que una conferencia marítima es, en sí, un cártel autorizado por lo que no debería permitírsele, en ningún caso, la adopción de medidas dentro del cártel que pudieran reforzar la reducción de la competencia incluyendo la *reacción coordinada de todos los miembros de la conferencia ante la entrada de un rival*⁹⁵. El otro grupo de casos respecto de los que existe polémica acerca de si están correctamente prohibidos en la Unión Europea es el de los *descuentos* de fidelidad. En los últimos tiempos se ha extendido la voz de quienes consideran que la doctrina de las autoridades europeas es demasiado rígida, ya que aplica una especie de *prohibición per se* de los descuentos con efectos fidelizadores cuando son practicados por empresas dominantes y no atiende a las circunstancias de cada caso.

nante son supracompetitivos) it should constitute monopolization and violate section 2 (de la Sherman act)»; KON/TURNBULL, *ECLR*, 2003, p. 76.

⁹³ Recuérdese, en este sentido, que la Ley de Competencia Desleal prohíbe la inducción a la terminación regular de un contrato sólo cuando —entre otros casos— exista la intención de eliminar un competidor del mercado.

⁹⁴ *CMB*, párr. 117, VICKERS, *Abuse*, pp. 8 y 19 v., en pp. 9-10, un modelo del que se deduce que prohibir las rebajas selectivas por empresas dominantes como respuesta a la entrada de un competidor «would have mixed effects on social welfare even if no price is reduced below variable cost, and even if the dominant firm merely meets competition and does not engage in profit sacrifice... Such a rule could be good for competitors and consumers but costly in terms of productive efficiency. Though consumers benefited from the ban on selective price cuts in the simple example... this is not a general result. Indeed a rule against selective price cuts could often be bad for consumers in contested markets, and sometimes detrimental to consumers overall». Y concluye que, dados estos efectos ambiguos sobre el bienestar, no hay una guía clara sobre cuándo deben prohibirse las rebajas selectivas de precio sobre coste (p. 20).

⁹⁵ *Vid.* núm. 128 del *Discussion Paper* de la Comisión. También es relevante —señala VICKERS— para afirmar el carácter abusivo de una rebaja de precios sobre coste que forme parte del comportamiento del dominante impedir al entrante *alcanzar economías de escala*, lo que puede lograr a través de cláusulas de exclusividad, esto es, rebajando los precios que carga a sus distribuidores a cambio de que no contraten con el entrante de manera que éste no puede alcanzar el volumen de producción que le permitiría explotar las economías de escala y reducir sus costes medios por debajo de los del incumbente, VICKERS, *Abuse*, p. 20, *Discussion Paper* de la Comisión, núm. 129.

5. CONCLUSIONES

48. El concepto de abuso de posición dominante merece una actualización. En la misma ha de profundizarse en la “aproximación” económica al concepto de abuso tal como se ha hecho en el ámbito de las concentraciones y de la definición de los cárteles y acuerdos autorizables. Esta aproximación económica implica enfocar la prohibición hacia la protección de los consumidores y no hacia la protección de los competidores del dominante, de forma que las autoridades estén en condiciones de probar que la conducta incriminada *daña la competencia* en el sentido de que consolida, refuerza o prolonga el poder de mercado de la empresa dominante.

49. En términos prácticos, esto se traduce, en primer lugar, en centrar la aplicación del art. 82 TCE en la represión de las prácticas excluyentes. Y hacerlo eliminando cualquier prohibición *per se* de conductas (descuentos, ventas bajo costes) y sometiendo cualquiera de ellas a un análisis *caso por caso* para decidir si en las particulares circunstancias en que tiene lugar la conducta incriminada produce daños a la competencia. También se traduce en considerar lícitas cualesquiera reducciones de precios por encima de los costes totales del dominante. En este sentido, la aplicación del test del competidor igualmente eficiente debería impedir suficientemente a las autoridades de la competencia utilizar la prohibición de abuso de posición dominante para apuntalar determinadas estructuras de mercado o para manipular artificialmente la entrada en los mercados.

50. No significa, sin embargo, que haya que renunciar a la categoría de “abusos por explotación”: la inacabada formación del mercado único europeo y la extraordinaria interferencia de los Estados en la configuración de las posiciones de las empresas en los mercados (atribución de derechos exclusivos o especiales, creación de empresas y organismos públicos que participan en la vida económica en competencia con empresas privadas, regulaciones que favorecen a determinado tipo de empresas...) continúan haciendo imprescindible utilizar el Derecho de la competencia y la prohibición de abuso de posición dominante para limitar las consecuencias anticompetitivas de las conductas estatales y, con su anuencia o apoyo, de las empresas públicas o dominantes.