

EL ABUSO Y SUS EFECTOS. MODERNIZACIÓN DEL ARTÍCULO 82 TCE: REVISIÓN O REFORMA

Rafael ALLENDESALAZAR CORCHO
Abogado-Socio. Martínez Lage & Asociados

*In focussing on consumer welfare, one must not fall into the trap of seeing competition policy as a tool of active policy intervention designed to correct the inefficiencies associated with monopolies and oligopolies so as to maximize some measure of welfare. Competition policy is based on the principle that competition itself is the best mechanism for avoiding inefficiencies, so the competition authority should not try to let its own intervention replace the role of competition in the market place. The powers given to the competition authority are, with very few exceptions, powers to prohibit certain behaviours and certain developments, not powers to actively determine where the market participants should be going. **Economic Advisory Group for Competition Policy (EAGCP)***

An economic approach to art. 82 EC. July 2005

[c]ompetition is a ruthless process. A firm that reduces cost and expands sales injures rival (...) These injuries to rivals are byproducts of vigorous competition, and the antitrust laws are not balm for rivals' wounds

Juez EASTERBROOK

Ball Meml' Hosp., Inc. v. Mutual Hosp. Ins., Inc., 784 F. 2d 1325, 1338 (7th Cir. 1986).

Y para los juristas que ven con temor la irrupción de los economistas en el mundo del Derecho de la competencia:

The purpose of studying economics is not to acquire a set of ready-made answers to economic questions, but to learn how to avoid being deceived by economists.

Joan ROBINSON

1. INTRODUCCIÓN

Desde que hace algo más de dos años el entonces comisario Mario Monti anunciara públicamente que la Dirección General de Competencia había iniciado un proceso interno de revisión de su política en relación al art. 82 TCE, se ha abierto un intenso debate acerca de la oportunidad y el alcance de esta revisión.

Además, con independencia de cuál termine siendo la intensidad de este proceso, lo cierto es que no va a limitar sus efectos al ámbito de la política *européa* de la competencia. En virtud de la creciente descentralización en la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE y de los principios que rigen las relaciones entre los Derechos comunitario y nacionales de la competencia, dicha reforma también está llamada a incidir directamente sobre las políticas *nacionales* de la competencia. En efecto, el art. 3 del Reglamento 1/2003¹ dispone que cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales aplican el Derecho nacional de la competencia a una práctica abusiva prohibida por el art. 82 TCE, tienen la obligación de aplicar también a la misma dicho artículo.

En este sentido, conviene recordar un matiz con el art. 81 TCE: mientras que el art. 3 del Reglamento 1/2003 expresamente obliga a los Estados miembros a aplicar el Derecho nacional de la competencia de forma que no se prohíban prácticas que no restrinjan la competencia en el sentido de su apartado 1 o que estén cubiertas por una exención en virtud de su apartado 3, en el ámbito de los comportamientos unilaterales de las empresas se permite expresamente a los Estados miembros adoptar y aplicar en sus respectivos territorios *legislaciones* nacionales más estrictas². Ahora bien, esta disposición no constituye una limitación del principio de aplicación uniforme del Derecho comunitario de la competencia impuesto tanto a los órganos jurisdiccionales nacionales como a las autoridades de la competencia de los Estados miembros por el art. 16 del Reglamento 1/2003. En efecto, en la medida en que la legislación nacional contenga una disposición equivalente al art. 82 TCE, los órga-

¹ Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado (DO L1, de 4 de enero de 2003).

² Art. 3.2 *in fine* del Reglamento 1/2003.

nos administrativos y jurisdiccionales nacionales deberán aplicarla de forma compatible con los precedentes comunitarios, sin perjuicio de que esa misma legislación nacional pueda, además, sancionar otras conductas unilaterales distintas de las comprendidas en el art. 82 TCE³.

En definitiva, el proceso de revisión iniciado por la Comisión europea en el ámbito del art. 82 TCE presenta un gran interés, ya que está llamado a incidir directamente sobre la forma en que, tanto la Comisión europea como las autoridades y jueces nacionales, van a perseguir en el futuro los abusos de posición de dominio.

2. OPORTUNIDAD DE LA REFORMA

De los dos elementos que integran el tipo del art. 82 TCE —existencia de una posición de dominio y abuso de dicha posición—, posiblemente los aspectos más polémicos de la reforma se refieren al nuevo enfoque que se le pueda dar a la figura del abuso.

Antes de entrar a comentar cómo creemos que debería perfilarse en el futuro dicha figura, conviene recordar las razones por las que, en los últimos años, una gran mayoría de los comentaristas han criticado con dureza la forma en que la Comisión, con el respaldo entusiasta del Tribunal de Justicia, ha estado aplicando la noción de abuso y han venido clamando por una revisión en profundidad del ámbito de “*especial responsabilidad*”⁴ impuesta a las empresas en posición de dominio.

A) **El art. 82 TCE ha permanecido ajeno al proceso de modernización del Derecho comunitario de la competencia y sigue anclado en una concepción formalista que ignora los efectos de las prácticas**

Frente al importante proceso de modernización que ha afectado en los últimos años tanto al 81 TCE como al control de concentraciones, la aplicación de la tercera pata del Derecho europeo de la competencia —*i.e.* el art. 82 TCE— ha permanecido inalterada, aferrada a una mecánica

³ A este respecto, el Considerando 8 del Reglamento 1/2003 afirma que:

«las legislaciones nacionales más estrictas podrán incluir disposiciones que prohíban o impongan sanciones sobre comportamientos abusivos hacia empresas económicamente dependientes».

Este es el caso precisamente del actual art. 6 LDC, el cual, tras su reforma por la Ley 52/1999 de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE, núm. 311, del 29 de diciembre), incorpora la figura del abuso de la situación de dependencia económica.

⁴ Apartado 57 de la Sentencia *Michelin I* de 9 noviembre de 1983, *Nederlandsde Banden Industrie Michelin/Comisión*. (As. 322/81. Rec. Edición española, p. 00897).

nica reiteración de una serie de pronunciamientos adoptados por el Tribunal de Justicia hace ya muchos años⁵, o a su descontextualización al extenderlos a supuestos de hecho sustancialmente diferentes de aquellos en los que tuvo lugar el pronunciamiento inicial del Tribunal⁶. Como ha apuntado elocuentemente un comentarista, el art. 82 TCE ha quedado relegado a ser “*el último tren de vapor*” frente a la alta velocidad con la que circulan hoy en día tanto el art. 81 TCE como el control de concentraciones⁷.

El proceso de modernización que ha afectado al art. 81 TCE y a las concentraciones se ha caracterizado por consagrar un enfoque económico y el análisis casuístico de los efectos de las prácticas dentro del contexto económico y jurídico específico de cada mercado. Así, en el apartado 7 de las Directrices sobre restricciones verticales⁸, la Comisión afirma expresamente que:

«Cuando aplica las normas de competencia de la CE, la Comisión adoptará un **enfoque económico basado en las consecuencias en el mercado**; los acuerdos verticales han de **analizarse en su contexto económico y jurídico**» (negrita añadida).

Estos nuevos aires no han alcanzado aún al art. 82 TCE, que continúa aplicándose con criterios esencialmente formalistas, ajenos a cualquier análisis económico de los efectos específicos de las prácticas en cada caso concreto.

⁵ P. LOWE, director general de competencia, reconocía, al comentar la conveniencia de revisar la aplicación del art. 82, que:

«day-to-day enforcement of art. 82 so far has been to a large extent based upon a few important court judgements».

P. LOWE, Conferencia en la Fordham Institute Antitrust Conference en octubre 2003 (http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2003_040_en.pdf).

Las principales sentencias que se siguen citando como fundamento de las actuales decisiones *ex art. 82 TCE*, pese a tener todas ellas más de diez años de antigüedad, son las dictadas en los asuntos *Continental Can* [Sentencia de 21 de febrero de 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company/Comisión* (As. 6/72, Rec. p. 215)], *Hoffmann-La Roche* [Sentencia de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche/Comisión* (As. 85/76, Rec. p. 461)]; *Michelin I* [Sentencia de 9 de noviembre de 1983, *Nederlandsde Banden Industrie Michelin/Comisión* (As. 322/81, Rec. p. 3461)]; *AKZO* [Sentencia de 3 de julio de 1991, *AKZO/Comisión* (As. C-62/86, Rec. p. I-3359)]; *Hilti* [Sentencia de 12 diciembre de 1991, *Hilti/Commission* (As. T-30/89, Rec. p. II-1439)]; *British Gypsum* [Sentencia de 1 de abril de 1993, *BPB Industries y British Gypsum/Comisión* (As. T-65/89, Rec. p. II-389)]; *Tetra Pak* [Sentencia de 6 de octubre de 1994, *Tetra Pak/Comisión* (As. T-83/91, Rec. p. II-755)].

⁶ La práctica de la Comisión europea de ir dando como jurisprudencia asentada posiciones que el Tribunal no ha adoptado anteriormente ha sido incluso reconocida por destacados funcionarios de la DG de Competencia. Ver por ejemplo los comentarios a la decisión *Michelin II* de L. GYSELEN, «Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice?», en *European Competition Law Annual 2003: What is an Abuse of Dominant Position?* (en preparación).

⁷ B. SHER, *The Last of the Steam-Powered Trains: Modernising art. 82*, ECLR, 2004, p. 243.

⁸ Directrices sobre restricciones verticales (2000/C 291/01). *DO C 291*, de 13 de octubre de 2000, p. 1.

Es más, resulta chocante constatar cómo, al mismo tiempo que la Comisión emprendía el camino de la modernización respecto del art. 81 TCE, el Tribunal de Primera Instancia pronunciaba sendas sentencias que apuntaban en una dirección diametralmente opuesta. En efecto, tanto en *Michelin II*⁹ como en *British Airways*¹⁰ el TPI parece aceptar abiertamente la existencia de prohibiciones *per se* y reconocer que la Comisión no tiene que analizar los efectos de las prácticas presuntamente abusivas para poder aplicar el art. 82 TCE. Así, en la Sentencia *Michelin II* el TPI afirmó:

«El “efecto” al que se refiere la jurisprudencia citada en el apartado anterior no se refiere necesariamente al efecto concreto del comportamiento abusivo denunciado. Para poder demostrar la existencia de una infracción del art. 82 CE, **basta con demostrar que el comportamiento abusivo de la empresa que ocupa una posición dominante tiene por objeto restringir la competencia o, en otros términos, que el comportamiento puede tener dicho efecto.**

[...]

De ello se desprende que, en el marco de la aplicación del art. 82 CE, la demostración del objeto y del efecto contrario a la competencia se confunden (...). En efecto, si se demuestra que el objeto perseguido por el comportamiento de la empresa en situación de posición dominante consiste en restringir la competencia, dicho comportamiento podrá también producir dicho efecto»¹¹ (negrita añadida).

Algunas semanas más tarde, en su Sentencia *British Airways* el TPI señalaría nuevamente que:

«Por último, BA no puede reprochar a la Comisión no haber demostrado que sus prácticas producían un efecto excluyente. En efecto, por un lado, **al objeto de determinar si existe una violación del art. 82 CE, no es necesario demostrar que el abuso considerado tuvo un efecto concreto en los mercados afectados. Basta a este respecto con demostrar que el comportamiento abusivo de la empresa en posición dominante tiende a restringir la competencia o, en otras palabras, que el comportamiento puede tener tal efecto»¹² (negrita añadida).**

Estas sentencias supusieron una importante decepción para la mayoría de la doctrina. En efecto, el enfoque formalista y contrario al análisis de los efectos económicos que aplicó el TPI respecto del art. 82 TCE contrasta vivamente, no sólo con los principios que ya propugnaba la Comisión para el art. 81 TCE, sino también con la posición que el propio TPI había adoptado pocos meses antes en tres resonantes sentencias anulando otras tantas decisiones en materia de concentraciones por la insu-

⁹ Sentencia *Michelin II* de 30 septiembre de 2003, *Manufacture français des pneumatiques Michelin/Comisión* (As. T-203/01, Rec. p.II-04071).

¹⁰ Sentencia de 17 diciembre de 2003, *British Airways/Comisión* (As. T-219/99. Rec. p. II-05917).

¹¹ Considerandos 239 y 241 de la Sentencia *Michelin II*, cit. núm. 9.

¹² Considerando 293 de la Sentencia *British Airways*, cit., núm. 10.

ficiencia en su análisis económico¹³. De hecho, el formalismo del TPI pareció sorprender a la incluso Comisión, tal y como reconoció el director general de la Competencia a los pocos días de que se pronunciara la Sentencia *Michelin II*:

«We [the Commission], I think as you, were slightly surprised at the Court of First Instance's analysis in *Michelin II*, that it placed so great an emphasis on *per se* rules and on certain types of conduct and did not go into any further economic analysis of the case»¹⁴.

Urge pues superar las dudas que hayan podido suscitar las Sentencias *Michelin II* y *British Airways*, y realinear los principios que han de regir la aplicación del art. 82 TCE con el enfoque económico basado en los efectos de las prácticas que ha inspirado la modernización del art. 81 TCE. Así lo ha reconocido recientemente la comisaria Kroes al adelantar algunas de sus ideas sobre la reforma de la política relativa al art. 82 TCE:

«I am convinced that the **exercise of market power must be assessed essentially on the basis of its effects in the market**, although there are exceptions such as the *per se* illegality of horizontal price fixing. This is consistent with the way we apply Europe's rules on collusive behaviour, laid down in art. 81 of the EC Treaty, as well as other instruments of European competition law»¹⁵ (negrita añadida).

B) Deben eliminarse las incongruencias actuales entre los arts. 81 y 82 TCE

Debido al distinto grado de evolución de los principios que inspiran los arts. 81 y 82 TCE, en este momento se puede dar la paradoja de que una práctica esté autorizada *ex lege* en virtud del art. 81.3 TCE si la empresa no supera una cuota de mercado de 30 por 100 y sin embargo se considere *per se* contraria al art. 82 TCE cuando esa cuota de mer-

¹³ Sentencias del TPI de 6 de junio de 2002, *Airtours/Comisión* (As. T-342/99); de 22 de octubre de 2002, *Schneider Electric SA/Comisión* (T-301/01); y de 25 de octubre de 2002, *Tetra Laval/Comisión* (As. T-5/02).

¹⁴ P. LOWE, *op. cit.*, 5.

La sorpresa de la Comisión no debía ser sin embargo demasiado grande en la medida en que en el recurso de *British Airways* había argumentado que:

«El art. 82 CE no impone la demostración de efecto real o directo alguno del comportamiento criticado sobre los consumidores. El Derecho de la competencia se dirige a proteger la estructura del mercado contra las distorsiones artificiales y protege así lo mejor posible los intereses de los consumidores a medio y largo plazo».

Considerando 264 de Sentencia *British Airways*, cit., núm. 10.

¹⁵ N. KROES, *Preliminary Thoughts on Policy Review of art. 82*. Discurso ante la Fordham Corporate Law Institute el 23 de septiembre de 2005 (SPEECH/05/537).

cado es algo mayor¹⁶. En este sentido, no parece razonable que dos resultados tan dispares puedan depender de que una empresa llegue o no a ser considerada como dominante¹⁷.

La posibilidad de que se produzcan este tipo de situaciones incongruentes no es meramente teórica. Un ejemplo lo podemos encontrar en la autorización concedida *ex art.* 81.3 TCE por la Comisión a unos contratos de suministro de cerveza de la empresa *Interbrew*, pese a que contenían cláusulas de no competencia que podrían considerarse *per se* contrarias al art. 82 TCE en la medida en que, por su cuota de mercado¹⁸, *Interbrew* sería una clara candidata a ser calificada como dominante.

C) Conviene dotar de mayor coherencia interna a los principios que inspiran la aplicación del art. 82 TCE

El art. 82 TCE es actualmente la mayor fuente de “suspense” en la aplicación del Derecho comunitario de la competencia¹⁹. Y si bien es cierto que en Derecho de la competencia siempre existirá un área “gris” de cierta incertidumbre jurídica, no lo es menos que las empresas necesitan estabilidad en las pautas que permitan definir qué estrategias competitivas son lícitas y cuáles no lo son.

Pues bien, tras más de cuarenta años de aplicación del Derecho europeo de la competencia, no cabe sino constatar que el alcance de la prohibición establecida en el art. 82 TCE está lejos de ser clara.

Si una empresa deseosa de cumplir estrictamente las normas de la competencia ya tiene en muchos casos difícil determinar cuándo puede ser considerada dominante, lo que le resultará prácticamente imposible a su asesor jurídico será delimitar con precisión hasta dónde podrá com-

¹⁶ A. FLETCHER, *The reform of art. 82: recommendations on key policy objectives*, 2005:

«From an economic point of view, it is in fact hard to think of any form of unilateral behaviour that will only ever be harmful, or even any form of behaviour of which it is possible to say that it will tend to be harmful on average (ie more often harmful than not), even when carried out by dominant firms, without considering the market context in which the behaviour occurs. Moreover, in many cases the benefits of a particular behaviour can be easy to overlook and difficult to evaluate; as in the case in the price discrimination example above. **As such, it is hard to find an economic rationale for a regime in which certain types of behaviour are *per se* unlawful once a firm passes over the threshold into dominance, especially where they are *per se* lawful below this threshold**» (negrita añadida).

¹⁷ *British Airways*, por ejemplo, fue considerada empresa en posición de dominio con una cuota de mercado del 39,7 por 100, que además era decreciente. [Decisión de la Comisión, de 14 julio de 1999, *Virgin/British Airways* (DO, núm. L 030, de 4 de febrero de 2000, p. 1)].

¹⁸ *Interbrew* tenía una cuota de mercado del 56 por 100 del sector hostelero belga, frente a un 13 por 100 del segundo y de menos del 6 por 100 del tercero. [Comunicación publicada de conformidad con el apartado 3 del art. 19 del Reglamento núm. 17 relativa a la Comunicación COMP/A37.904/F3-*Interbrew* (DO C 283, de 20 de noviembre de 2002, p. 14)].

¹⁹ I. FORRESTER, *Art. 82: remedies in search of theories?*, en *International Antitrust Law & Policy* (Fordham, 2004, pp. 167-194).

petir sin incurrir en un eventual abuso. En efecto, la jurisprudencia se limita a afirmar que la empresa dominante no puede «*recurrir a medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios basada en las prestaciones de los agentes económicos*»²⁰, ni utilizar «*medios distintos a los propios de una competencia basada en los méritos*»²¹ y que tiene «*una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común*»²². Sin embargo, todas estas formulaciones son hueras —cuando no contradictorias²³— y desde luego no le permitirán conocer los límites que separan una estrategia comercial pro-competitiva agresiva, deseable desde el punto de vista del bienestar de los consumidores, de un eventual abuso anticompetitivo que perjudique ese bienestar.

A falta de una definición legal suficientemente precisa de lo que deba ser considerado como un abuso de posición dominante, sólo cabe recurrir al estudio de los distintos precedentes para deducir cómo la Comisión y/o el Tribunal de Justicia han perfilado en cada caso la noción de abuso. Pero si se realiza este análisis, lejos de desprenderse la existencia de unos principios claros, lo que se constata es la presencia de incongruencias entre la solución adoptada en unos u otros casos.

Así, por ejemplo, en algunas decisiones la Comisión ha entendido que el hecho de que una empresa dominante otorgue y pague los descuentos en factura o por adelantado podía afectar a su carácter fidelizador —y por lo tanto abusivo— ya que los clientes tendrían miedo a tener que devolverlos en el futuro²⁴ y esos pagos adelantados servirían como recordatorio a los clientes de sus compromisos de fidelidad²⁵. En otros casos, ese mismo carácter fidelizador se ha predicado de la situación inversa, respecto de descuentos pagados varios meses después de realizadas las transacciones, por entender que con ello se reforzaba la incer-

²⁰ Apartado 91 de la Sentencia de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche/Comisión* (As. 85/76, Rec. p. 461).

²¹ Apartados 69 y 70 de la Sentencia de 3 de julio de 1991, *AKZO/Comisión* (C-62/86, Rec. p. I-3359).

²² Apartado 57 de la Sentencia *Michelin I*, cit., núm. 4.

²³ Así, por ejemplo, la idea de que el abuso implica la utilización de «*medios distintos de los que rigen una competencia normal*» parecería excluir del concepto de abuso a las prácticas “normales” en el mercado; y, sin embargo, la imposición de una «*especial responsabilidad*» implica, precisamente, que se prohíbe a la empresa en posición de dominio emplear ciertos medios normales de competencia.

²⁴ Decisión 73/109/CEE, de 2 de enero de 1973 [IV/26 918-*Industria Europea del Azúcar* (DO L 140, de 26 de octubre de 1973, p. 17)].

²⁵ Decisión 81/969/CEE, de 7 de octubre de 1981 [IV.29.491-*Bandengroothandel Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin* (DO L 353, de 9 de diciembre de 1981, p. 33)] (*Michelin I*).

tidumbre del cliente que tendería así a mantenerse fiel a su suministrador dominante²⁶.

Otro aspecto en el que la práctica de la Comisión pone de manifiesto tratamientos dispares sin aportar una explicación coherente a esas diferencias es el relativo a la duración del período de referencia a la hora de fijar los descuentos por volumen. En *Michelin I* el Tribunal consideró que la duración de dicho período de referencia puede convertir en abusivo un sistema de descuentos en la medida en que «*es inherente a cualquier sistema de bonificaciones concedidas en función de las cantidades vendidas durante un período de referencia relativamente dilatado que, al final del período de referencia, aumente la presión para el comprador para alcanzar el volumen de compras necesario para obtener la ventaja o no incurrir en la penalización prevista para el conjunto del período*»²⁷. Y si bien en aquel procedimiento un período de un año fue considerado excesivamente largo, esa misma duración fue aceptada en otro caso sin mayores objeciones²⁸. En otros supuestos, el período de referencia que ha sido considerado normal fue de seis meses²⁹ o de tres meses³⁰.

De esta forma, pese a que la Comisión parece considerar que la duración del período de referencia es un elemento crucial a la hora de determinar el carácter abusivo de ciertos sistemas de descuento, lo cierto es que, a día de hoy, resulta imposible determinar con carácter general cuál es la duración crítica que permite distinguir un descuento normal de otro abusivo. Es más, algunos funcionarios de la Comisión han llegado a opinar que, tras *Michelin II*, cualquier descuento abonado con posterioridad a la fecha de pago de factura puede ser considerado, a falta de una justificación económica suficiente basada en economías de escala, como un intento abusivo de fomentar la lealtad del cliente³¹. Otros en cambio defienden que la duración del período de referencia resulta irrelevante

²⁶ Decisión de 20 de junio de 2001 [COMP/E-2/36.041/PO-*Michelin* (DO L 143, de 31 de mayo de 2002, p. 1)] (*Michelin II*).

²⁷ Apartado 81 de la Sentencia *Michelin I*, cit., núm. 4.

²⁸ Comunicación efectuada con arreglo al art. 19 (3) del Reglamento del Consejo núm. 17 en relación con los sistemas de descuentos aplicados por *British Gypsum*. Asunto núm. IV/33.460-*British Gypsum* (DO C321, de 8 de diciembre de 1992, p. 10).

²⁹ Decisión *Virgin/British Airways*, cit., núm. 17.

³⁰ *Coca-Cola Export*, Nota de Prensa IP(90) 7, de 9 de enero de 1990.

³¹ C. ROQUES, *CFI Judgment, Case T-203/01, Manufacture française des pneumatiques Michelin v Commission*, ECLR, 2004, p. 688. A parecida conclusión llega L. GYSELEN (cit., núm. 6), cuando afirma que la única forma de que un sistema de suprimir íntegramente los efectos de succión y de agrupación de compras sería vinculando los descuentos exclusivamente a los volúmenes pedidos en firme por el cliente. Por su parte, P. OLIVER identifica el concepto “descuento cuantitativo” —que la jurisprudencia considera lícito por contraposición a los descuentos de fidelidad— con los descuentos concedidos por un único pedido. Ver P. OLIVER, *The concept of “abuse” of a dominant position under art. 82 EC: recent developments in relation to pricing*, ECJ, vol. I, núm. 2, p. 315.

para valorar los costes de cambio (“*switching costs*”) y los potenciales efectos de cierre de mercado de los sistemas de descuentos retroactivos³².

Un tercer punto en el que la Comisión y el Tribunal han entrado en contradicción con sus propios precedentes son los precios predatorios. En efecto, en la sentencia *AKZO* el Tribunal de Justicia estableció de forma inequívoca que, para estar en presencia de precios predatorios, es necesario que dichos precios estén por debajo de una determinada medida de costes de la empresa: si son inferiores a la media de los costes variables se consideran *per se* predatorios, mientras que los costes inferiores a los costes medios totales pero superiores a la media de los costes variables serán predatorios si se enmarcan en el ámbito de una estrategia tendente a eliminar a un competidor³³. A pesar de la aparente claridad de este test, en el asunto *Compagnie Maritime Belge* la Comisión y el Tribunal consideraron predatorios los “precios de lucha” aplicados por unas empresas navieras como reacción a la aparición de un nuevo competidor, con independencia de que esos precios en ningún caso estaban por debajo de coste³⁴.

Un cuarto ejemplo de contradicción en la posición de la Comisión y del Tribunal con sus pronunciamientos anteriores se refiere a la posibilidad de considerar abusivos los sistemas de estandarizados de descuentos. En efecto, hasta *Michelin II* era pacífico que sólo los descuentos calculados de forma subjetiva, atendiendo al consumo individual de cada cliente, podían tener efectos fidelizadores contrarios al art. 82 TCE. Desde *Hoffmann-La Roche* el Tribunal había venido distinguiendo entre descuentos cuantitativos —lícitos— y descuentos de fidelidad —contrarios al art. 82 TCE— basándose en el carácter objetivo o subjetivo de sus criterios de aplicación³⁵. En *Michelin II*, sin embargo, tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia dieron al traste con esta distinción al considerar contrario al art. 82 TCE un sistema de descuentos que carecía de todo elemento discriminatorio, ya que los objetivos de volumen

³² F. P. MAIER-RIGAUD, *Switching Costs in Retroactive Rebates-What's time got to do with it?*, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, febrero 2005.

³³ Apartados 70-72 de la Sentencia *AKZO*, cit., núm. 21.

³⁴ Decisión de la Comisión de 23 de diciembre de 1992 (*DO*, núm. L 034, de 10 de febrero de 1993, p. 20) y Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de octubre de 1996, *Compagnie Maritime Belge/Comisión* (As. T-24/93, T-25/93, T-26/93, T-28/93. Rec. p. II-01201).

³⁵ En efecto, en el apartado 100 de la Sentencia *Hoffmann-La Roche*, cit., núm. 20, el Tribunal afirmó que:

«Este método de calcular los descuentos se diferencia de la concesión de descuentos cuantitativos relacionados exclusivamente con el volumen de las compras efectuadas al productor de que se trate, en que los descuentos controvertidos no dependen de cantidades fijadas objetivamente y válidas para todos los posibles compradores, sino de estimaciones realizadas, caso por caso, para cada cliente según la capacidad de absorción que se supone que éste tiene, siendo el objetivo no la máxima cantidad, sino las máximas necesidades» (negrita añadida).

se aplicaban por igual a todos los clientes. Es más, ni la Comisión ni el Tribunal razonaron adecuadamente por qué consideraban que el criterio de la subjetividad ya no resultaba relevante a efectos del art. 82 TCE.

Todos estos ejemplos ponen, en definitiva, de manifiesto que la práctica de la Comisión y del Tribunal en materia de abuso de posición dominante adolece en este momento de no pocas incongruencias internas. Esta situación adquiere mayor gravedad en un momento en el que el proceso de modernización del Derecho europeo de la competencia está impulsando la descentralización en la aplicación del art. 82 TCE por 25 autoridades nacionales de la competencia³⁶ y un sinnúmero de jueces nacionales. Como apuntaba con humor británico un autor, esta situación puede llegar a parecerse a un caótico partido de fútbol en el que participaran muchos jugadores, con varios balones de distinto tamaño y forma y con porterías que fuesen cambiando de tamaño³⁷.

D) Deberían reducirse las divergencias con las legislaciones de competencia de otros países

En un momento en que la globalización de las economías mundiales aconseja limitar las divergencias entre las principales legislaciones de la competencia, la política de la Comisión en relación con algunas prácticas unilaterales choca abiertamente con las posiciones sostenidas, no sólo por las autoridades de la competencia de países terceros, sino incluso también por algunas autoridades nacionales de los Estados miembros.

Así por ejemplo, la *Office of Fair Trading* británica se ha pronunciado expresamente a favor de una concepción del abuso en la que prevalezca el análisis de los efectos sobre la forma de las prácticas³⁸, difí-

³⁶ En un discurso pronunciado coincidiendo casi con el primer año de aplicación del Reglamento 1/2003, la comisaria Kroes aportaba a este respecto un dato muy significativo: de las nueve decisiones del art. 82 TCE adoptadas hasta ese momento, ocho lo habían sido por autoridades nacionales de la competencia y sólo una por la Comisión europea. Con ser este dato elocuente, lo es todavía más si se compara con la proporción de decisiones del art. 81 TCE: seis correspondían a la Comisión, por tan sólo cinco a autoridades nacionales. N. KROES, *Taking Competition Seriously - Anti-Trust Reform in Europe*; Conferencia ante la Internacional Bar Association el 10 de marzo de 2005 (Speech 05/157).

³⁷ T. SOAMES, *Towards a "smart" art. 82: qui aude adipiscitur*, Fordham 31st Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, septiembre 2005:

«Abuse control in the EU now has the potential to resemble a chaotic game of football with many players using not just one football as would normally be the case, but many and furthermore, not all of the same size and shape. The goal posts —rather confusingly— also may have an unfortunate tendency to move depending on who is kicking the sometimes misshapen ball».

³⁸ OFT, *Abuse of a dominant position. Understanding Competition Law*, 2004.

«The Act and art. 82 list broad categories of business behaviour, within which particular examples of abusive conduct are most likely to be found. In general, the OFT considers that **the likely effect of a**

cilmente reconciliable con el formalismo de *Michelin II* o *British Airways*. La posición de la OFT es también mucho más matizada que la de la Comisión europea y del Tribunal de Justicia respecto de los descuentos otorgados por empresas en posición de dominio que producen efectos fidelizadores para sus clientes³⁹.

Por otra parte, es precisamente en el ámbito de las prácticas unilaterales donde la política europea de la competencia más claramente difiere de la práctica de las autoridades norteamericanas de la competencia.

En efecto, más allá de las diferencias en el ámbito de las prohibiciones establecidas por el art. 82 TCE y la equivalente sección 2 de la Sherman Act, en los últimos años la aplicación de ambas disposiciones ha seguido enfoques cada vez más divergentes. Ya no se trata de teorizar sobre hasta qué punto es cierto que unos protegen la competencia y otros a los competidores, o si unos apoyan a los “vaqueros capitalistas” mientras que otros preservan a los “caballeros competidores”⁴⁰. El problema real se ha planteado desde el momento en que una misma práctica ha sido analizada a ambos lados del Atlántico y se han alcanzado soluciones diametralmente opuestas.

Así sucedió con la denuncia presentada por *Virgin Atlantic Airways* contra *British Airways* por su sistema de descuentos y comisiones a las agencias de viajes. Mientras que los Tribunales norteamericanos consideraron que *Virgin* no había acreditado que tales descuentos perjudicasen a los consumidores⁴¹, la Comisión europea entendió que eran abusivos, imponiendo a *British Airways* una multa de 6,8 millones de euros⁴².

Pero probablemente el conflicto más llamativo hasta la fecha ha sido el célebre caso *Microsoft*. Mientras que la Comisión europea terminó sancionando con una multa récord de más de 497 millones de euros e imponiendo severas obligaciones a Microsoft, en los Estados Unidos ésta y el Gobierno pusieron fin al procedimiento mediante terminación con-

dominant undertaking's conduct on customers and on the process of competition is more important to the determination of an abuse than the specific form of the conduct in question. Conduct may be abusive when, through the effects of conduct on the competitive process, it adversely affects consumers directly (for example, through the prices charged) or indirectly (for example, conduct which reduces the intensity of existing competition or potential competition)» (negrita añadida).

³⁹ OFT, *Assessment of conduct; Draft competition law guideline for consultation*, 2004.

«However, even where a discount scheme adopted by a dominant undertaking has a loyalty inducing effect, the scheme would not be found abusive if it did not (or was not likely to) harm competition».

⁴⁰ B. McDONALD, *Section 2 and art. 82: Cowboys and Gentleman*, Conferencia ante la Segunda Conferencia Anual del Global Competition Law Center, Bruselas, junio 2005 (<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/210873.htm>).

⁴¹ Sentencia de la Corte Federal de Apelación, *Virgin Atlantic Airways limited v. British Airways Plc.* [257 F.3d 256, 2, 2001 US].

⁴² Decisión *Virgin/British Airways*, cit., núm. 17.

vencional (“*consent decree*”). Se da así la paradoja que lo que empresas norteamericanas como *Sun* o *Real Player* no consiguieron ante las autoridades de la competencia de su propio país lo han logrado a través de la Comisión Europea. Es más, es evidente que el efecto de los remedios impuestos por la Comisión —permitir el acceso a terceros del código fuente de *Windows* y la obligación de sacar una versión de *Windows* sin reproductor *media player*— trascienden del ámbito europeo.

Estos ejemplos ilustran los riesgos que padecen las empresas multinacionales de verse sometidas a unas reglas distintas de competencia para unos negocios que muchas veces requieren de estrategias comerciales globales. Pensemos, por ejemplo, en los problemas que supondría para *Microsoft* tener que sacar una versión específica de sus programas para Europa cada vez que lanzase nuevas versiones que incorporasen aplicaciones añadidas; llegado el caso, podría incluso plantearse no comercializar en Europa esas nuevas versiones, lo que, a su vez, podría infringir el art. 82.b) TCE.

Pues bien, aunque la revisión de la política europea de la competencia en relación al art. 82 TCE no tiene como objetivo inmediato la eliminación de esas disparidades, sí cabe esperar que, como un subproducto de este proceso⁴³, se aproximen los principios que inspiran estos ordenamientos, reduciéndose con ello algunas de las actuales diferencias.

E) La actual política en relación con algunos abusos es excesivamente rígida y desincentiva la competencia

Otra crítica frecuente a la política de la Comisión en relación con el art. 82 TCE es la de que limita excesivamente la capacidad de las empresas dominantes para competir y en especial de otorgar descuentos y rivalizar así en precio. Se suele señalar que, si la política de la competencia aspira esencialmente a beneficiar a los consumidores, resulta paradójico que la mayoría de las decisiones adoptadas por la Comisión en aplicación del art. 82 TCE hayan prohibido distintas formas de descuentos, ya que de esta forma se ha sacrificado un beneficio cierto —aunque sólo sea a corto plazo— a los clientes, en aras a la protección de una estructura competitiva del mercado cuyas hipotéticas ventajas se percibirán en todo caso a medio o largo plazo⁴⁴.

⁴³ Discurso del entonces comisario M. MONTI, Monti ante el Fordham Corporate Law Institute de Nueva York el 7 de octubre de 2004, *Internacional Antitrust-A personal perspectiva* (Speech/04/449).

⁴⁴ J. KALLAUGHER y B. SHER, *Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse under art. 82, ECLR*, 2004, p. 263.

Además, las reglas propugnadas por la Comisión impiden a las empresas, por el hecho de ser dominantes, adoptar estrategias comerciales perfectamente racionales y pro-competitivas.

Así, por ejemplo, su oposición al otorgamiento selectivo de descuentos podría impedir a una empresa dominante con elevados costes fijos y reducidos costes variables diferenciar sus precios en función de la elasticidad de la demanda de sus clientes, de forma que los que sean menos sensibles al precio cubran los costes fijos y aquellos con una demanda más elástica obtengan el producto a un precio ligeramente superior al coste variable (“*Ramsey pricing*”)⁴⁵. Un ejemplo cotidiano de la racionalidad y de los beneficios de este tipo de estrategia lo encontramos en los precios diferenciados de los billetes de avión: si la compañía aérea consigue cubrir los costes fijos de sus vuelos con los pasajeros con demanda rígida que están dispuestos a pagar un mayor precio, podrá ofrecer el resto de las plazas a precios mucho más baratos a aquellos consumidores que no pagarían un precio tan elevado pero que, en cambio, aceptan adaptarse a la disponibilidad de plazas.

Por otra parte, el principio que parece subyacer en *Michelin II* y *British Airways* de que los descuentos otorgados por una empresa en posición de dominio «*sólo pueden corresponder a las economías de escala realizadas por la empresa gracias a las compras suplementarias inducidas de los consumidores*»⁴⁶ ignora el hecho de que los descuentos son, hoy en día, una práctica comercial ubicua. Las empresas, sea cual sea su poder de mercado, se ven abocadas a otorgar descuentos a sus clientes por razones comerciales absolutamente ajenas a las economías de escala que puedan derivarse de los pedidos concretos de ese cliente⁴⁷.

«The fact that all rebate schemes involve a potential benefit in the form of lower prices means that prohibiting rebate schemes without proof of likely consumer harm from the scheme in question will itself lead to consumer harm in a significant percentage of cases».

⁴⁵ Los eventuales efectos pro-competitivos de este tipo de discriminación de precios han sido expresamente reconocidos por algunas autoridades de la competencia. Así, por ejemplo, la OFT ha señalado que:

«[p]rice discrimination can be beneficial if it leads to a sufficiently large increase in output in relation to the output level that would have pertained if there was no price discrimination. Indeed, in some cases price discrimination may allow a new market segment to emerge. This might occur, for example, in industries characterised by relatively high fixed costs, where customers can be split up into groups according to their willingness to pay, and where groups with low willingness to pay would not buy in the absence of price discrimination».

OFT, *Assessment of conducts OFT414a*, 2004 (<http://www.of.gov.uk/nr/rdonlyres/2e79a0a6-b14e-4e54-ab25-09007726cc6f/0/oft414a.pdf>).

⁴⁶ Considerando 101 de la Sentencia de *Michelin II*, cit., núm. 9, en el que el TPI cita, sin contradecirlo, un argumento de la Comisión.

⁴⁷ A este respecto, D. RIDYARD, «*Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses under art. 82-an Economic Analysis*, ECLR, 2002, p. 286, señala que:

«Price differences that cannot be fully explained by differences in the costs of supply are an extremely pervasive phenomenon in real world markets [...] there is almost no plausible cost function that

En definitiva, esa concepción del abuso viene a cercenar sustancialmente el margen de las empresas en posición de dominio para competir en precios⁴⁸, situándolas ante una disyuntiva diabólica: o bien deniegan a sus clientes descuentos que son normales en el mercado y que sus competidores —que no están sometidos al art. 82 TCE— sí podrán conceder, con lo que se enfrentarán con sus clientes y se arriesgarán incluso a ser denunciadas⁴⁹; o siguen otorgando los descuentos normales en el mercado, asumiendo con ello el riesgo de ser denunciadas por sus competidores.

Es más, ante este dilema, la empresa dominante puede buscar una estrategia menos arriesgada para maximizar su beneficio: puede renunciar a crecer en volumen de ventas con una política agresiva de precios —en mercados maduros ese crecimiento sería a costa de los competidores, lo que incrementaría el riesgo de denuncia— y optar por aumentar su rentabilidad elevando los precios o reduciendo los descuentos. Una vez señalizada esta estrategia, el resto de los competidores pueden optar por alinearse y mantener el diferencial de precios; ésta sería, probablemente, la respuesta más racional si los competidores pensasen que no son más eficientes que la empresa dominante y quisieran maximizar su propio beneficio sin arriesgarse a desencadenar una guerra de precios de la que podrían no salir vencedores⁵⁰.

En definitiva, creemos que no carecen de fundamento las críticas que señalan que la actual política de la competencia en relación con el art. 82 TCE puede tener el efecto paradójico de “enfriar” dicha com-

would make [a volume based] discount scheme “cost related” in the sense that the differences in price were explained by differences in the costs of supply».

⁴⁸ Como apunta W. KOLASKY, *What is competition?*, 2002:

«Two of the main reasons for cutting prices are to discourage entry and to take away sales from rivals. **If such price cuts are disallowed, competition would necessarily be less intense**» (negrita añadida).

Otro comentarista ha hecho este elocuente resumen de la situación tras *Michelin*:

«[T]he only way a dominant company’s management can ensure the legality of its rebate scheme is to give no rebate at all. This situation is clearly counterproductive and could ultimately lead to a market where the main actors are afraid to compete, the opposite of what competition law is intended to achieve».

P. TROBØL, *Modernising art. 82. Combining legal certainty and an economic effect-based approach*, Competition Law Insights, 4 de octubre de 2005.

⁴⁹ Esta opción, además de ser contraria a la lógica comercial, facilitaría la prueba de al menos el primero de los dos elementos que integran el tipo del art. 82 TCE. En efecto, desde *United Brands* la posición de dominio se ha venido definiendo, precisamente, como capacidad de una empresa «de actuar en gran medida con independencia de los demás competidores, de su clientela y, por último, de los consumidores». Sentencia de 14 de febrero de 1978, *United Brands/Comisión*, As. 22/76, Rec. p. 207.

⁵⁰ La propia Comisión en sus Directrices sobre restricciones verticales (cit., núm. 8) reconoce que, en mercados concentrados, una mayor transparencia en precios facilita la colusión horizontal (apartado 112).

petencia⁵¹ en perjuicio de quienes, en principio, deberían ser sus beneficiarios directos, *i.e.* los consumidores⁵².

3. PRINCIPIOS QUE DEBERÍAN GUIAR LA MODERNIZACIÓN DEL ART. 82 TCE

A la vista de los problemas en la actual aplicación del art. 82 TCE que hemos identificado en el apartado anterior, creemos que para su modernización convendrían plantearse al menos las siguientes cuestiones:

A) ¿Una definición de los abusos por la forma o por los efectos?

Para responder a esta pregunta, hay que partir de la premisa de que la eventual modernización en la aplicación del art. 82 TCE en ningún caso va a afectar a la literalidad del propio precepto. Y aunque, como hemos señalado, esta disposición no contiene una definición del concepto de abuso, sí menciona cuatro tipos de conductas que, al menos en determinadas circunstancias, deben ser abusivas⁵³:

— Los apartados *a)* y *b)* abarcan dos formas de conductas *directamente explotadoras* de la posición de dominio: la imposición de precios u otras condiciones no equitativas [letra *a)*] y la limitación de la producción, el mercado o el desarrollo técnico [letra *b)*].

⁵¹ La doctrina anglosajona ha acuñado la expresión “*chilling effect*”. Así, por ejemplo, en un reciente estudio publicado la OFT (*Selective price cuts and fidelity rebates*, Economic discussion paper prepared by RBB, julio 2005, OFT 804) se afirma:

«Since economic theory does not indicate that dominant firms usually use discounts and price cuts that result in anti-competitive outcomes, we do not support placing the burden upon dominant firms to justify their price cuts or discounts, even when those discounts are non-cost-related, or conditional on the share of a buyer’s needs. Such a presumption would cast the net too widely, catching many benign practices and generating an administratively costly process of throwing the beneficial practices back to sea. **As a result, it would also risk chilling effective competition by discouraging firms from engaging in a wide range of pro-competitive pricing practices**» (negrita añadida).

⁵² RBB Brief 13, *The special responsibility of dominant firms under art. 82: don’t compete on price*, febrero 2004:

«The CFI judgments represent a major set-back to the introduction of a more economic effect-based enforcement regime for art. 82. As such, they are bad news for European business, consumers and even for DG COMP. The adverse impact on business arises from the impracticality of the compliance advice that follows from such judgments. **The special responsibility of dominant firms that is sketched out by these judgments appears to translate into a requirement not to compete on price, irrespective of whether that price competition seriously threatens the vitality of the competitive process.** The result may make life easier for competitors, but the breadth of the intervention that is implied by the judgments makes it **very unlikely that consumers will enjoy more competitive markets and lower prices as a result**» (negrita añadida).

⁵³ P. LOWE, *op. cit.*, núm. 5.

— Por su tenor literal, el apartado c) que prohíbe las *prácticas discriminatorias* parecería limitarse a los supuestos de “*secondary line discrimination*” —la que perjudica a una empresa respecto de otras de su mismo nivel—; sin embargo, en la práctica se ha utilizado con mayor frecuencia para sancionar casos de “*primary line discrimination*” —la que perjudica al competidor de la empresa que discrimina—. En ocasiones, so pena de condenar una discriminación de segundo nivel, en realidad lo que se ha sancionado son los efectos de primer nivel⁵⁴.

— *La vinculación*, contemplada en la letra d).

En la medida en que ni el concepto general de abuso ni tampoco los ejemplos de prácticas abusivas contenidas en el art. 82 TCE aparecen suficientemente delimitadas, surge la duda de si debería intentarse una definición formal de conductas que *per se* estarían prohibidas o si sería mejor optar por definir las prácticas que deben prohibirse en función de sus efectos.

Quienes propugnan el establecimiento de reglas *per se* consideran que es posible definir *a priori* las condiciones que son necesarias y suficientes para distinguir, con carácter general, cuándo determinadas conductas son anti-competitivas y cuándo son pro-competitivas. Entienden además que este tipo de reglas son indispensables para ofrecer a las empresas la necesaria seguridad jurídica.

Uno de los más destacados defensores de esta posición, el presidente del Bundeskartellamt Dr. Böge, parece propugnar lo que podríamos calificar de reglas *per se* “*flexibles*”, ya que admite que deben ajustarse si varía la teoría económica que las sustenta⁵⁵ y que deben también dejar suficiente espacio para que puedan existir soluciones divergentes en casos individuales⁵⁶.

Ahora bien, si las reglas han de interpretarse de forma flexible, cabe preguntarse si no perderán parte de su propia esencia *per se* y de su finalidad fundamental, *i.e.* otorgar seguridad jurídica a las empresas. Las empresas eventualmente dominantes podrían ser sancionadas por conductas que escapasen a las reglas *per se*, y las que padecieran el presunto abuso tampoco podrían estar seguras *a priori* de la suerte de una eventual denuncia. En definitiva, tales reglas flexibles se quedarían en

⁵⁴ Decisión *British Airways*, cit., núm. 17. Aunque la Comisión consideró abusivas las diferencias entre los distintos niveles de descuentos percibidos por agencias de viajes similares, es claro que el origen y la esencia del expediente eran los efectos de los descuentos sobre las compañías aéreas competidoras.

⁵⁵ Siguiendo el famoso aforismo de que, en economía, las cuestiones esenciales no varían; lo que cambia regularmente son las respuestas.

⁵⁶ U. BÖGE, *Modernisation of art. 82 EC.*, 2005 (http://www.competition-commission.org.uk/our_role/cc_lectures/abuse_of_market_1904_05_boge.pdf).

meras presunciones *iuris tantum* de que una determinada práctica puede restringir la competencia en perjuicio de los consumidores. Su virtualidad se limitaría, en esencia, a invertir la carga inicial de la prueba: ante este tipo de prácticas, la acusación ya no tendría que empezar por demostrar que, en ese caso concreto, se produce el efecto restrictivo, sino que correspondería a la empresa acusada probar que la presunción no debería aplicarse en su caso⁵⁷.

Por otra parte, los dos ejemplos de reglas *per se* que sugiere el Dr. Böge no hacen sino reforzar nuestras dudas acerca de su utilidad.

Una de las reglas consistiría en definir como predatorios los precios inferiores a los costes medios variables (el llamado “*Test Arreda-Turner*”). La eficacia de esta regla a efectos del art. 82 TCE resulta, sin embargo, muy limitada, en la medida en que la práctica de la Comisión y del Tribunal han extendido la noción de precios predatorios más allá del *Test Arreda*⁵⁸. Además, tampoco creemos que exista el suficiente consenso entre los economistas como para enunciar una definición *per se* de práctica predatoria que resulte suficientemente operativa⁵⁹. Así, mientras que algunos economistas consideran que deberían considerarse predatorias algunas conductas aun cuando los precios se mantengan por encima de los costes⁶⁰, otros rechazan el carácter predatorio de cualquier práctica que no implique la existencia de precios inferiores a costes⁶¹. Tal disparidad de criterios demuestra hasta qué punto resulta difícil encontrar un consenso entre los economistas —por no mencionar a los juristas— que permita definir una regla *per se*, incluso para los casos de predación.

⁵⁷ La demostración de que una práctica denunciada no produce efectos restrictivos en un caso concreto es conceptualmente distinta de la prueba de que dicha práctica produce eficiencias pro-competitivas; sin embargo, ambas argumentaciones pueden solaparse en una suerte de “*ballancing test*”.

⁵⁸ Ya hemos indicado que en *Akzo* el Tribunal señaló que los precios superiores a los costes medios variables pero inferiores a los costes medios totales también deberían ser considerados predatorios si se enmarcan en una estrategia tendente a eliminar a un competidor. Además, en *Compagnie Maritime Belge* se aplicó el art. 82 TCE a precios estratégicos superiores a costes.

⁵⁹ Una definición sería “operativa” cuando permite a las empresas para distinguir *a priori* y sin gran dificultad entre práctica prohibida y permitida. Para ello, no debe ser ni tan estrecha que sólo se aplique a prácticas comerciales excepcionalísimas, ni tan amplia que abarque prácticas que puedan tener, según los casos, efectos pro y/o anticompetitivos.

⁶⁰ Ver, por ejemplo, P. BOLTON, J. BRODLEY y M. H. RIORDAN, *Predatory pricing: strategic theory and legal policy*, Boston University School of Law Working Paper Series, Law & Economics Working Paper, núm. 99-5, para quienes:

«A cost standard can be faulted as difficult and expensive to prove, an also under-inclusive because price above costs can be both predatory and injurious to competition» (p. 42).

⁶¹ Ver E. ELHAUGE, *Why above-cost price cuts to drive out entrants are not predatory-and the implications for defining costs and market power*, *The Yale Law Journal*, vol. 112, 2003, p. 681, que concluye afirmando:

«This analysis reaffirms the wisdom of the position that antitrust law should not recognize any claim of above-cost predatory pricing» (p. 827).

El otro ejemplo de regla *per se* propuesta por el Dr. Böge —*i.e.* los descuentos de fidelidad otorgados por empresas dominantes infringen en principio el Derecho de la competencia— produce mayor perplejidad. En efecto, si una cuestión es capaz de obrar el milagro de poner de acuerdo a la práctica totalidad de los economistas, es precisamente la imposibilidad de predecir *a priori* cuándo los descuentos de fidelidad son anti-competitivos. Los descuentos de fidelidad son el paradigma de práctica que siempre debería valorarse casuísticamente, atendiendo a las particularidad de cada forma de concesión y a las condiciones concretas de cada mercado en el que se otorgan. En consecuencia, no parece posible —ni deseable— intentar reconducir su tratamiento a una regla *per se*⁶².

No existe pues ninguna base económica o empírica sólida que demuestre que los ejemplos de prácticas mencionadas por el Dr. Böge deban ser consideradas *a priori* abusivas, y que permita, en consecuencia, inducir una regla de prohibición *per se*. Y siendo esto así para las dos conductas que se proponen como paradigma de regla *per se*, no podemos sino pensar que lo mismo ocurrirá con el resto de “multitud de reglas *per se*” que, según el D. Böge, existirían en materia de prohibición de abusos⁶³.

Antes de descartar definitivamente la utilidad de las reglas *per se*, conviene examinar brevemente los inconvenientes que sus partidarios atribuyen a la opción de definir las conductas prohibidas en función de sus efectos, por si fuesen de tal entidad que nos condujeran a reconsiderar nuestra opción.

Una primera crítica derivaría de la necesidad y dificultad de probar el vínculo de causalidad entre la conducta y los efectos en el mercado. En la medida en que esa demostración exige comparar las condiciones reales del mercado con otras condiciones potenciales de mercado, siem-

⁶² Esta parece ser, no sólo la opinión casi unánime de la doctrina, sino incluso también de numerosos órganos públicos y autoridades de la competencia. Así, la OECD, en su Informe de 2003 *Loyalty and fidelity discounts and rebates* (<http://www.oecd.org/dataoecd/18/27/2493106.pdf>), afirmaba:

«Fidelity discounts have the obvious pro-competitive effect of lowering prices and may also have other pro-competitive effects especially those sometimes associated with exclusive dealing; because fidelity discounts have potentially significant pro-and anticompetitive effects, and both are highly dependent on specific features of the discounts and the markets they are found in, a case by case approach to fidelity discounts seems warranted».

Por su parte, la OFT británica, en su borrador de guía de consulta *Assessment of conducts*, 2004, cit., núm. 45, señala:

«Fidelity rebates may be abusive where they lead to foreclosure effects. It is the “loyalty inducing effect” of a fidelity rebate that generally raises potential competition concerns. However, even where a discount scheme adopted by a dominant undertaking has a loyalty inducing effect, the scheme would not be found abusive if it did not (or was not likely to) harm competition».

⁶³ U. BÖGE, *op. cit.*, núm. 56, p. 4.

pre será necesario teorizar acerca de cuáles deberían ser estas condiciones potenciales de mercado. De esta forma, el análisis de los efectos quedará siempre abierto, en mayor o menor medida, a la especulación y por lo tanto a la crítica⁶⁴.

A este respecto cabe señalar que, si bien es cierto que en ocasiones puede resultar difícil probar el vínculo entre la conducta y sus eventuales efectos en el mercado y que tal demostración conllevará siempre una cierta carga especulativa, también lo es que ese inconveniente no se evita con la aplicación de prohibiciones *per se*. En efecto, para el Dr. Böge las reglas *per se* se inducirían, precisamente, de la constatación de una relación generalizada de causalidad entre una determinada conducta y unos efectos restrictivos sobre la competencia. Por lo tanto, las reglas *per se* adolecerán en su raíz del mismo carácter especulativo que un sistema basado en el análisis de los efectos.

Una prueba práctica de que el razonamiento especulativo no se evita con una regla *per se* nos lo proporciona el caso *British Airways*. Ante su alegación de que la persistente pérdida de cuota de mercado demostraba que sus descuentos carecían de efecto fidelizador, la Comisión se limitó a responder con un razonamiento puramente especulativo:

«esto no significa que dichos sistemas careciesen de efecto. Tan sólo cabe deducir que los competidores hubieran tenido aún más éxito de no haber existido dichos sistemas abusivos de comisiones»⁶⁵.

Por lo demás, no parece que el análisis necesario para delimitar los efectos de una conducta en relación con el art. 82 TCE precise de razonamientos más especulativos ni más complejos que los que se requieren para determinar si un acuerdo restringe o no sensiblemente la competencia y, en especial, si cumple los cuatro criterios fijados en el art. 81.3 TCE. Más bien cabría pensar todo lo contrario. Así pues, si en el actual sistema de autoevaluación se considera a las empresas y jueces nacionales capaces de valorar por sí mismos los efectos sobre la competencia de los acuerdos a la luz del art. 81 TCE, no se ve por qué serían incapaces de evaluar esos mismos efectos respecto de una práctica unilateral y en relación con el art. 82 TCE.

Una segunda crítica a la definición del abuso basada en los efectos señala que la necesidad de constatar tales efectos impediría a las autoridades de la competencia intervenir antes de que se haya materializado el daño al mercado.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 8.

⁶⁵ Apartado 107 de la Decisión *British Airways*, cit., núm. 17.

Esta crítica tampoco nos parece convincente. Por una parte, la teoría de los efectos no impide que, en determinadas condiciones (por ejemplo, ante mercados emergentes), puedan también prohibirse las prácticas que tengan un *efecto potencial* sobre la competencia. Más adelante volveremos sobre este punto. Además, la objeción resulta esencialmente teórica ya que, en la inmensa mayoría de los casos, la intervención de las autoridades de la competencia se produce cuando la empresa dominante lleva aplicando desde hace tiempo las prácticas supuestamente restrictivas. En estas condiciones, si tales prácticas realmente perjudican sustancialmente a la competencia y/o a los consumidores, debería resultar relativamente fácil acreditar esos perjuicios. Es más, el hecho de que una autoridad de la competencia no sea capaz de probar los daños causados por una determinada práctica que ha venido siendo aplicada desde hace años debería ser considerado como un indicio serio de su falta de efectos restrictivos.

Por todo ello, y como conclusión, nos parece que la modernización del art. 82 TCE debe renunciar a intentar encontrar definiciones apriorísticas y basadas en la forma de las prácticas que pueden ser abusivas, e inclinarse decididamente por definir los abusos como aquellas conductas unilaterales que producen efectos anticompetitivos sensibles.

En efecto, la experiencia de más de cuarenta años de aplicación del art. 82 TCE pone de manifiesto la dificultad de definir *ex ante* y con un mínimo de rigor jurídico qué tipo de prácticas deberían, por su forma, ser consideradas *per se* abusivas. Ni siquiera para las cuatro categorías de prácticas mencionadas en el art. 82 TCE ha sido posible encontrar una definición operativa, basada en la forma de la práctica, que abarque todos aquellos supuestos en los que sus efectos sean primordialmente anticompetitivos y que al mismo tiempo todos los casos donde preponderen los pro-competitivos.

Esta imposibilidad responde al menos a dos razones. Por un lado, a que las prácticas comerciales de las empresas no suelen responder exclusivamente a uno de los tipos contemplados en el art. 82 TCE, sino que con frecuencia pueden encajar en más de un apartado. Por otro lado, a que una misma práctica puede tener efectos fundamentalmente pro-competitivos en unas determinadas condiciones de mercado, mientras que en otras pueden primar los efectos anticompetitivos; es más, dos prácticas diferentes pueden también tener un mismo efecto (pro o anticompetitivo).

En estas circunstancias, creemos que es necesario optar decididamente por definir los abusos en función de sus efectos restrictivos sobre la competencia. En esta dirección parece apuntar la actual comisaria, cuando afirma:

«I am convinced that the **exercise of market power must be assessed essentially on the basis of its effects in the market**, although there are exceptions such as the *per se* illegality of horizontal price fixing. This is consistent with the way we apply Europe's rules on collusive behaviour, laid down in art. 81 of the EC Treaty, as well as other instruments of European competition law» (negrita añadida)⁶⁶.

Es más, en la medida en que el análisis de los efectos de las conductas responda a una metodología económica bien fundamentada que permita llegar a conclusiones sólidas, creemos que no sólo no se reducirá la seguridad jurídica, sino que por el contrario se ofrecerá a las empresas pautas más realistas y predecibles para analizar sus conductas en el mercado. En este sentido se ha apuntado, creemos que con razón, que el razonamiento económico y la seguridad jurídica no son productos sustitutivos sino complementarios⁶⁷ y que la vinculación virtuosa de Derecho y economía debería implicar la desaparición del enfoque *per se* en el tratamiento del abuso de posición de dominio⁶⁸.

Una última consideración acerca de una consecuencia de la definición de abuso que proponemos. Centrar el análisis de cada caso en los efectos de la práctica reducirá la trascendencia de un debate jurídico que, a nuestro juicio, enturbia con frecuencia el debate en los expedientes por abuso de posición dominante. En efecto, ya no será indispensable agotarse en la discusión previa de si la empresa está o no en posición de dominio —lo que muchas veces, y como consecuencia de una errónea concepción estructuralista, deriva en una estéril discusión acerca de la definición exacta de cuál es “*el*” mercado relevante—⁶⁹, sino que las

⁶⁶ N. KROES, *op. cit.*, núm. 15. Nótese que el ejemplo de prohibición *per se* que cita como excepción —los acuerdos horizontales de precios— caen en el ámbito del art. 81 TCE y no del 82 TCE.

⁶⁷ J. VICKERS, «*Law and economics: the case for bundling*», Londres 19 de abril de 2005.

⁶⁸ *Id.*, «*What is competition on the merits?*», Oxford 12 de julio de 2005:

«The law-and-economics bundle should (on the merits) eliminate *per se* approaches to abuse of dominance».

⁶⁹ No pretendemos negar la importancia de la definición de los mercados relevantes en los expedientes de competencia. Como señala la Comunicación de la Comisión, de 9 de diciembre de 1997, relativa a la definición de mercado de referencia, esa definición permite determinar de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia. También cumple una función fundamental para robustecer el razonamiento de las decisiones *ex art.* 82 TCE, evitando incurrir en razonamientos circulares. Ver en este sentido el espléndido informe que preparó NERA en 2001 para la OFT: *The role of market definition in monopoly and dominance inquiries*.

Pero lo cierto es que, en muchos expedientes, la definición del mercado relevante se asemeja a la búsqueda de una “Verdad Absoluta”, cuasi religiosa, que acapara el debate y eclipsa el análisis de los efectos, en la medida en que permite determinar unas cuotas de mercado de las que, con frecuencia, se termina infiriendo de forma casi automática tanto de la existencia de una posición de dominio como, en su caso, de una infracción a definida *per se*.

Nos parece absurdo que el resultado final de un expediente termine dependiendo más de cómo se defina el mercado de producto que de los efectos de las prácticas enjuiciadas en ese caso con-

partes podrán centrar los esfuerzos en analizar lo que realmente debería importar, *i.e.* el daño a la competencia. En efecto, si la autoridad de competencia es capaz de probar que el comportamiento unilateral de la empresa produce un daño sensible a la competencia, podrá presumir que la empresa tiene poder de mercado y por lo tanto que debería ser considerada dominante; por su parte, si la empresa consigue demostrar que sus prácticas no producen ese efecto negativo sensible sobre la competencia, le resultará inocuo ser calificada como dominante o no. Es decir, ambas partes tendrán interés en centrarse, desde el principio, en el verdadero problema de competencia, *i.e.* en los eventuales efectos restrictivos derivados de las prácticas unilaterales de la empresa presuntamente dominante.

B) ¿Cómo medir los efectos anticompetitivos?

Si nos limitásemos a decir que son prácticas abusivas aquellas conductas unilaterales de las empresas dominantes que producen efectos anticompetitivos estaríamos incurriendo en una petición de principio. Es necesario decidir qué criterio utilizar para valorar los efectos anticompetitivos.

— Tradicionalmente las instituciones europeas han identificado el concepto de daño a la competencia con *daño a la estructura del mercado*. Esta concepción refleja tanto la desconfianza que la escuela ordoliberal alemana tenía hacia las empresas con poder de mercado⁷⁰ como el paradigma estructura-comportamiento-resultado.

En efecto, pese a las reiteradas declaraciones de que «*la existencia de una posición dominante no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate*»⁷¹, lo cierto es que muchos pronunciamientos de las instituciones europeas aparecen preñados de una clara reticencia hacia las empresas con elevadas cuotas de mercado, a las que se viene a “culpar” de la debilidad de la competencia en el mercado. En *Hoffmann-La Roche*, pero también veinte años más tarde, en *Irish Sugar*, el Tribunal afirmaba que:

«*el concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en situación de posición dominante que pueden*

creto, lo que puede suceder cuando la cuota de mercado de la empresa varía sustancialmente según que se incluya o no en el mercado relevante algún otro producto sustitutivo relativamente próximo.

⁷⁰ Para una descripción de la influencia del pensamiento ordoliberal de la Escuela de Friburgo en la configuración inicial del Derecho comunitario de la competencia, ver D. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, 1998.

⁷¹ Apartado 112 de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de octubre de 1999, *Irish Sugar Plc/Comisión*, As. T-228/97, Rec. p. II-2969.

influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trata, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada...»⁷² (negrita añadida).

En esta concepción, la protección de la estructura del mercado aparece como una finalidad fundamental del Derecho de la competencia. Así, en *British Airways* el TPI afirmó:

«El Derecho de la competencia se dirige a proteger la estructura del mercado contra las distorsiones artificiales y protege así lo mejor posible los intereses de los consumidores a medio y largo plazo»⁷³ (negrita añadida).

Para preservar esa “estructura de mercado debilitada” se impone a la empresa dominante una especial responsabilidad y se le prohíbe utilizar formas de competencia que el resto de sus competidores sí podrán emplear. Se parte de la idea de que sin competidores no hay competencia, por lo que se adopta el objetivo primordial de proteger a los rivales presentes en el mercado, con independencia de que sean más o menos eficientes que la empresa dominante.

Esta concepción pudo tener un fundamento mientras la mayoría de las empresas dominantes en Europa eran antiguos monopolios nacionales y los nuevos competidores podían ser acreedores a una especial protección para superar las barreras de entrada al mercado, a fin de poder competir con el incumbente sólidamente establecido en el mercado al amparo de su previa situación monopolística. Pero al ir paulatinamente desapareciendo estos monopolios nacionales, este planteamiento está quedando superado⁷⁴. En efecto, salvo circunstancias excepcionales⁷⁵, la experiencia demuestra que el grado de competitividad en un mercado no depende del número de operadores presentes. Los oligopolios pueden

⁷² Apartado 111 de la Sentencia *Irish Sugar*, cit., núm. 71.

⁷³ Apartado 264 de la Sentencia *British Airways*, cit., núm. 10.

⁷⁴ Incluso para preservar la competencia en los sectores recientemente liberalizados, se suele considerar que es preferible la acción de organismos especializados antes que una aplicación asimétrica de las normas de la competencia.

⁷⁵ La protección de la estructura del mercado como un medio para salvaguardar la competencia debería, en todo caso, quedar circunscrita a supuestos excepcionales, tales como los cuasimonopolios. A. FLETCHER, *op. cit.*, núm. 16:

«Effect on competitors might perhaps be a suitable proxy for effect on competition when the threshold for dominance is set very high (at the level we now term “super-dominance”), since in that case harm to any competitor is likely to imply harm to competition. However, it is far from clear that this approach remains appropriate today, given the substantial lowering of the dominance threshold».

Otros autores han señalado que el perjuicio a los competidores únicamente puede derivar en daño a los consumidores si concurren las siguientes circunstancias: i) el perjuicio ha de ser tal que afecte significativamente a la efectividad de los competidores; ii) los competidores perjudicados han de ser lo suficientemente importantes como para que su efectividad redunde a corto plazo en los consumidores, y iii) el perjuicio que a corto plazo padece la competencia no debe poder ser compensado con la entrada o expansión de otros competidores. Ver A. PERA y V. AURICCHIO, *Consumer welfare, standard of proof and the objectives of competition policy*, ECJ, vol. 1, Issue 1, marzo 2005.

ser extraordinariamente competitivos, e incluso los monopolistas pueden comportarse de forma competitiva si, en ausencia de barreras de entrada significativas, existen entrantes potenciales que puedan ejercer una amenaza creíble de penetración en el mercado.

Además, resulta quimérico pretender que una empresa —sea o no dominante— compita vigorosamente en beneficio de los consumidores si, simultáneamente, se amenaza con sancionarla si con ello termina perjudicando a sus competidores. En palabras del juez Easterbrook, el daño a los competidores es un subproducto inherente a la propia competencia:

«[c]ompetition is a ruthless process. A firm that reduces cost and expands sales injures rival (...) These injuries to rivals are byproducts of vigorous competition, and the antitrust laws are not balm for rivals' wounds»⁷⁶.

Las críticas a esta concepción tradicional parecen haber calado en la actual comisaria de Competencia, que recientemente ha afirmado en relación con la modernización del art. 82 TCE:

«First, it is competition, and not competitors, that is to be protected. Second, ultimately the aim is to avoid consumers harm. I like aggressive competition —including by dominant companies— and I don't care if it may hurt competitors—as long as it ultimately benefits consumers. That is because the main and ultimate objective of art. 82 is to protect consumers, and this does, of course, require the protection of an undistorted competitive process on the market»⁷⁷ (negrita añadida).

— Un segundo posible criterio para determinar cuándo las prácticas de una empresa dominante son anticompetitivas es el llamado *test del sacrificio* (“*sacrifice test*”). Una conducta sería anticompetitiva cuando implica para la empresa un sacrificio de beneficios a corto plazo cuya única explicación reside, precisamente, en que dicha conducta consigue restringir la competencia⁷⁸.

La doctrina ha puesto de manifiesto que este test presenta algunos inconvenientes importantes⁷⁹.

Por un lado, algunas prácticas que normalmente se consideran abusivas escapan a esa definición en la medida en que no implican un sacri-

⁷⁶ *Ball Memorial Hospital, Inc. v. Mutual Hospital Insurance, Inc.*, 784 F.2d 1325, 1338 (7th Cir. 1986).

⁷⁷ N. KROES, *op. cit.*, núm. 15.

⁷⁸ En su intervención como *amicus curiae* en el asunto *Trinko* [Brief for the United States and Federal Trade Commission as Amici Curiae Supporting Petitioner, *Verizon Communications, Inc. v. Law Office of Curtis V. Trinko*, núm. 02-682 (docketed US Sup. Ct. Dec. 13, 2002), at 15], el DOJ y la FTC propusieron el siguiente test:

«[c]onduct is exclusionary where it involves a sacrifice of short-term profits or goodwill that makes sense only insofar as it helps the defendant to maintain or obtain monopoly power».

⁷⁹ J. TEMPLE LANG y R. O'DONOGHUE, *The concept of an exclusionary abuse under art. 82*, GCLG Research papers on art. 82 EC, julio 2005, p. 38.

ficio para la empresa dominante. Así sucede con las conductas que buscan incrementar los costes de las empresas competidoras (“*rising rivals costs*”); dos ejemplos reales relativamente próximos son el abuso de un laboratorio farmacéutico del régimen de las patentes para impedir la entrada de un producto genérico⁸⁰ y la realización por un antiguo monopolio de una campaña de publicidad engañosa dirigida a entorpecer la aparición de un nuevo competidor⁸¹.

Además, sería necesario predeterminar contra qué beneficios debería medirse el sacrificio. Si se comparase con la estrategia que maximiza los beneficios a corto plazo, existe el riesgo de calificar de abusivas estrategias que producen efectos pro-competitivos a medio y largo plazo (por ejemplo, inversiones en I+D). Si en cambio se establece un horizonte temporal excesivamente largo, se estarían tomando en consideración beneficios obtenidos por la empresa como consecuencia de la estrategia anticompetitiva.

Finalmente, este criterio tiene difícil encaje con la actual concepción del abuso por parte de la Comisión y el Tribunal. En efecto, en la medida en que se impone a las empresas dominantes una especial responsabilidad de no adoptar conductas que pudieran restringir la competencia, pueden verse obligadas a renunciar a algunas estrategias que maximizarían su beneficio. De esta forma, el sacrificio se convierte en una exigencia para evitar el abuso, por lo que no podría ser el criterio para delimitar ese mismo abuso.

El test del sacrificio no constituye pues un criterio sustantivo válido para determinar cuándo una práctica es anticompetitiva, si bien puede servir de indicio de la intencionalidad de la empresa al adoptar esa práctica⁸².

— Un tercer posible criterio para determinar cuándo una empresa en posición de dominio restringe sensiblemente la competencia sería el *test del competidor igual de eficiente*: una práctica sería abusiva cuando resulte probable que excluya del mercado a un competidor igual o más eficiente que la empresa dominante. Esta idea aparece implícita en la conclusiones del abogado general Fenelly en el asunto *Compagnie Maritime Belge*:

«[s]i los competidores de la empresa dominante son igual de eficientes o más que ésta, deberían ser capaces de competir en las mismas condiciones. Así

⁸⁰ Decisión de la Comisión de 15 de junio de 2005 imponiendo una multa de 60 millones de euros a *AstraZeneca*, pendiente de publicación. Ver IP/IP/05/737.

⁸¹ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 8 de marzo de 2000 (expte. 456/99 Retevisión/Telefónica).

⁸² J. VICKERS, *Abuse of market power*, 2004 (<http://www.offt.gov.uk/NR/rdonlyres/948B9FAF-B83C-49F5-B0FA-B25214DE6199/0/spe0304.pdf>).

pues, **el Derecho comunitario de la competencia no debe ofrecer a las empresas menos eficientes protección contra una competencia vigorosa, ni siquiera cuando proceda de empresas dominantes**»⁸³ (negrita añadida).

Este método también presenta importantes inconvenientes. En primer lugar, no toma en consideración el hecho de que, en determinadas circunstancias, la entrada de competidores menos eficientes puede incrementar el bienestar del consumidor cuando la reducción de precios que suponen supera los mayores costes⁸⁴. Ahora bien, si se quisiera favorecer la entrada de estos competidores, se podría estar enviando a la empresa dominante la señal de que, para evitar incurrir en un abuso, debe «resguardar bajo el paraguas de unos precios elevados a los competidores menos eficientes».

Por otra parte, presenta una dificultad práctica importante, en la medida en que resulta muy difícil comparar la eficiencia de dos empresas que tienen una distinta estructura de costes fijos y variables, o cuando la empresa dominante ha alcanzado unas economías de escala derivadas de su ventaja como primer entrante en el mercado de las que carece el nuevo competidor⁸⁵.

En consecuencia, creemos que este test tampoco resulta operativo para definir, con carácter general, cuándo estamos ante una práctica abusiva. Sí puede en cambio servir para intentar comprender mejor, en caso de denuncia por un competidor, cuál es el origen del daño que invoca.

— Finalmente, una práctica unilateral sería abusiva si produce un *perjuicio a los consumidores*. Así, el abogado general Jacobs en sus conclusiones al asunto *Oscar Bronner* afirmaba:

«[e]s importante no perder de vista que **la primera finalidad del art. [82] es impedir las distorsiones de competencia** —y, en particular, **proteger los intereses de los consumidores**— más que proteger la situación de los competidores particulares»⁸⁶ (negrita añadida).

El daño a los consumidores se puede materializar a través de mayores precios, de una limitación de la producción o de una reducción de la oferta. El art. 82.b) TCE menciona expresamente el perjuicio a los consumidores derivado de la limitación de la producción o del mercado, es decir, que estaría muy cercano a poder considerarse como una cláusula

⁸³ Conclusiones del abogado general Fenally Asuntos acumulados C-395/96 P y C-396/96 P *Compagnie Maritime Belge NV y Dafra-Lines/Comisión*.

⁸⁴ J. VICKERS, *op. cit.*, núm. 82.

⁸⁵ Para corregir este último inconveniente, A. FLETCHER propone una variante “más suave” del test en el que se compararía la eficiencia de las empresas descontando la ventaja del primer entrante. *Op. cit.*, núm. 16. Esta modalidad presenta, sin embargo, la dificultad de tener que delimitar y cuantificar dicha ventaja, lo que sin duda será casi siempre complejo y polémico.

⁸⁶ Apartado 58 de las conclusiones en el asunto C-7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co. KG/Media-print Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG*, Rec. I-7791.

general de prohibición de los abusos. Por otra parte, la consagración de este criterio implicaría atenuar la distinción entre abusos anticompetitivos y abusos de explotación, ya que, en última instancia, sólo se considerarían abusivas las prácticas que perjudiquen a los consumidores de forma directa o indirecta pero sustancial.

Cuando se trate de una conducta que todavía no se ha puesto en práctica o que no ha desplegado plenamente sus efectos, podría admitirse que el daño fuera sólo potencial. Ahora bien, potencial desde luego no es sinónimo de meramente hipotético. A tal efecto, cabría pensar que quien invoque la existencia de un perjuicio potencial tuviera que acreditar el cumplimiento de determinados requisitos que permitan presuponer que tal perjuicio se llegará a materializar, al igual que sucede con quien invoca la existencia de eficiencias en el ámbito del control de concentraciones o del art. 81.3 TCE. Y si la conducta denunciada estuviera siendo aplicada desde hace un tiempo, sólo de forma excepcional y muy razonada debería admitirse la posible existencia de un daño latente pendiente de materializarse.

Una correcta aplicación de este test debe permitir en la mayoría de los casos diferenciar entre la protección de la competencia y la protección de los competidores.

En este sentido, las autoridades de la competencia deben ser conscientes de que el procedimiento está sesgado de forma natural a favor de los competidores, ya que normalmente disponen de más medios para presentar sus quejas ante las autoridades que los consumidores⁸⁷. Una posible forma de corregir este desequilibrio sería favoreciendo que, en aquellos casos en los que se invoquen efectos directos sobre los competidores e indirectos sobre los consumidores, las autoridades de la competencia, antes de adoptar cualquier decisión, lleven sistemáticamente a cabo un estudio de mercado (“*market survey*”)⁸⁸, con especial incidencia en los clientes, a fin de comprobar que las conductas supuestamente abusivas perjudican, no sólo a los competidores, sino también a los consumidores y por ende a la competencia.

La comisaria parece aceptar que el daño a la competencia se delimita utilizando este criterio del perjuicio a los consumidores:

«[u]ltimately the aim [of competition] is to avoid consumers harm. I like aggressive competition —including by dominant companies— and I don’t

⁸⁷ Report by the EACGP «*An economic approach to art. 82*».

⁸⁸ La Comisión ha realizado este tipo de estudios antes de adoptar decisiones sobre compromisos *ex art. 9* del Reglamento 1/2003, lo que ha resultado particularmente útil en la medida en que ha permitido perfilar algunos de los compromisos que se estaban negociando o incluso eliminar alguno que se venía pidiendo a la vista de la reacción negativa de los propios clientes.

care if it may hurt competitors —as long as it ultimately benefits consumers—. **That is because the main and ultimate objective of art. 82 is to protect consumers**, and this does, of course, require the protection of an undistorted competitive process on the market»⁸⁹ (negrita añadida).

C) ¿Cómo valorar las eficiencias?

A diferencia del art. 81 TCE, cuyo apartado 3 admite excluir de la prohibición enunciada en el apartado 1 a los acuerdos que, siendo restrictivos de la competencia, permitan obtener eficiencias que compensen esos efectos negativos, la prohibición establecida en el art. 82 TCE se presenta en principio como absoluta. Sin embargo, el Tribunal ha reconocido que las empresas pueden alegar “justificaciones objetivas” que, de ser aceptadas, harían que las conductas enjuiciadas dejasen de ser consideradas abusivas.

Hasta la fecha, sin embargo, este reconocimiento ha sido esencialmente teórico, ya que el Tribunal ha rechazado, en la gran mayoría de los casos en que se han invocado justificaciones objetivas concretas, que implicasen la inexistencia de un abuso: ni el deseo de mejorar la planificación de la producción⁹⁰, ni el de garantizar las condiciones de seguridad del producto⁹¹, ni la necesidad de responder a ofertas puntuales de otros competidores⁹² han evitado la aplicación del art. 82 TCE. En cambio, el Tribunal sí ha confirmado una decisión de la Comisión rechazando una denuncia contra el Reglamento de la FIFA sobre acceso a la actividad de agente de jugadores. El Tribunal admitió que, si bien la exigencia de una licencia y la imposición de determinadas restricciones cualitativas restringían la competencia, estas restricciones estaban justificadas, en ausencia de regulaciones nacionales o profesionales, por la necesidad de proteger a los futbolistas y a los clubes de los riesgos de transferencias mal negociadas⁹³. Y en el marco de los recientes compromisos suscritos por Coca-Cola, la Comisión también ha admitido ciertas excepciones a la prohibición de exclusividad y de ventas conjunta de la gama completa de productos cuando se negocien para responder a concursos de suministro convocados por los clien-

⁸⁹ *Preliminary Thoughts on Policy Review of art. 82*. Discurso de Neelie Kroes ante la Fordham Corporate Law Institute el 23 de septiembre de 2005 (SPEECH/05/537).

⁹⁰ Apartado 57 de la Sentencia *Michelin I*, cit., núm. 4. En cambio, el TDC sí admitió esta justificación objetiva en su Resolución de 28 de septiembre de 1995, expte. 356/94 *Roca radiadores*.

⁹¹ Sentencia de 12 diciembre de 1991, *Hilti/Comisión* (As. T-30/89, Rec. p. II-1439).

⁹² Sentencia de 1 de abril de 1993, *BPB Industries y British Gypsum/Comisión* (As. T-65/89, Rec. p. II-389).

⁹³ Sentencia de 26 de enero de 2005, *Laurent Piau/Comisión* (As. T-193/02, pendiente de publicación).

tes⁹⁴ o en caso de patrocinio de eventos. Por su parte el abogado general Jacobs proponía que se considerase que las negativas de suministro por una empresa farmacéutica tendentes a evitar el comercio paralelo podrían estar objetivamente justificadas a la vista de las condiciones particulares de regulación de precio a la que están sometidos estos productos, de las características económicas de la industria farmacéutica innovadora y de las consecuencias del comercio paralelo⁹⁵. La doctrina, por su parte, ha apuntado que otras justificaciones objetivas aceptadas en el ámbito del art. 81.3 TCE también podrían llegar a aplicarse en respecto del art. 82 TCE⁹⁶.

Parece lógico que, al igual que en el ámbito del art. 81.3 TCE⁹⁷ y del control de concentraciones⁹⁸, al aplicar el art. 82 TCE también se puedan sopesar los efectos restrictivos de las prácticas con sus eventuales eficiencias⁹⁹. Nuevamente en este punto destacamos los recientes

⁹⁴ Llama la atención que la Comisión calificase a esta excepción de “obvia” en su nota de prensa acerca de estos compromisos (ver IP/04/1247) y que sin embargo haya exigido que quede topada, por lo que se refiere a los concursos convocados por clientes privados, a un máximo de suministros en exclusiva de hasta un 5 por 100 de las ventas totales de bebidas refrescantes carbonatadas al canal Horeca.

⁹⁵ Conclusiones del abogado general Jacobs presentadas el 28 de octubre de 2004 en el Asunto C-53/03 *Synetairismos Farmakopoiou Aitolias & Akarnanias (Syfait) y otros/Glaxosmithkline AVEE*. Desgraciadamente, el TJCE declinó responder a la cuestión prejudicial planteada por la Comisión de Defensa de la Competencia griega. Ver Sentencia de 31 de mayo de 2005.

⁹⁶ P. OLIVER (*op. cit.*, núm. 31, *vid.* p. 336) menciona la posibilidad de invocar motivos medioambientales, especialmente en la medida en que el propio Tratado hace suyos objetivos tales como la salud pública, la protección del medio ambiente y la protección de los consumidores.

⁹⁷ Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado (*DO C 101*, de 27 de abril de 2004, p. 97).

⁹⁸ Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (*DO C 31*, de 5 de febrero de 2004, p. 5).

⁹⁹ El abogado general Jacobs, en sus conclusiones al asunto *Syfait* (*cit.*, núm. 95), afirma que, a diferencia de lo que sucede con el art. 81.3 TCE, en el ámbito del art. 82 TCE las eficiencias o justificaciones objetivas no son una excepción a la prohibición de unas conductas consideradas abusivas sino que impiden que dichas conductas sean consideradas abusivas:

«[c]omo alega la Comisión, es evidente que la jurisprudencia comunitaria ofrece a las empresas dominantes la posibilidad de demostrar una justificación objetiva de su comportamiento, aunque se trate de un abuso prima facie. (...) He de añadir que el análisis de dos fases sugerido por la distinción entre un comportamiento abusivo y su justificación objetiva es, en mi opinión, algo artificial. El art. 82, a diferencia del art. 81, no contiene ninguna disposición expresa para la exención de los comportamientos que, de no ser por dicha exención, estarían comprendidos en él. En efecto, el propio hecho de que el comportamiento sea calificado como “comportamiento abusivo” sugiere que ya se ha alcanzado una conclusión negativa, a diferencia de la terminología más neutral de “impedir, restringir o falsear el juego de la competencia” con arreglo al art. 81 CE. A mi juicio, resulta, por tanto, más exacto afirmar que determinados tipos de comportamiento por parte de una empresa dominante no están comprendidos en absoluto en la categoría de comportamiento abusivo» (apartado 72).

Por su parte, el Tribunal, en la Sentencia *Piau*, *cit.*, núm., 93 afirma que el hecho de que una práctica cumpla las condiciones para beneficiarse de una exención «llevaba consecuentemente a estimar que no existía ninguna infracción con arreglo al art. 82».

P. OLIVER (*op. cit.*, núm. 31, *vid.* p. 335) considera que esta distinción no es baladí en la medida en que la carga de la prueba de que la conducta es abusiva recae en quien acusa, mientras que la demostración de la justificación objetiva corresponde a la empresa acusada. No estamos

comentarios de la comisaria, en los que precisa las condiciones en las que se puede alegar que la conducta enjuiciada produce eficiencias:

«Art. 82 does not expressly foresee the possibility of “exempting” abusive behaviour under Art. 82 because of efficiencies. However, **we must find a way to include efficiencies in our analysis**. We must take into account that the same type of conduct can have efficiency-enhancing as well as foreclosure effects. This should be reflected in our analytical framework.

[...]

For reasons of consistency, the analytical framework for reviewing efficiencies under **art. 82 should not differ much from those used under art. 81 and the Merger Regulation**.

In particular, I consider that it is for the dominant company to demonstrate that the following conditions are fulfilled:

- First, the claimed efficiencies **should be realised or be likely to be realised as a result of the conduct concerned**.
- Second, the efficiencies should be “**conduct-specific**” —the unilateral conduct should be indispensable to realise these efficiencies.
- Third, the efficiencies should **outweigh the negative effects of the conduct concerned**. This means that we balance the pro- and anticompetitive effect of the conduct and ensure that, in the final analysis, consumers are not harmed by the conduct. Under art. 81 (3) there must be a pass on to consumers. I think that this should also be the case under art. 82.

Last—but in the art. 82 context certainly not the least—the well-known condition for applying art. 81 (3), namely that **competition in respect of a substantial part of the products concerned not be eliminated**, must also be respected when applying art. 82. Therefore, there is a level of market power where efficiencies can no longer prevail over the long-term interest of protecting competition in the market»¹⁰⁰ (negrita añadida).

Este último comentario no deja de llamar la atención. Según la comisaria, cuando la empresa acusada alcanza un determinado grado de poder de mercado —que no se precisa—, la invocación de eficiencias ya no sería posible. Esta posición implica una importante limitación a la consagración del test del perjuicio a los consumidores. En efecto, a partir de un cierto nivel de poder de mercado se opta nuevamente por proteger a los competidores, con independencia de que las eficiencias hayan superado el tercer criterio mencionado por la comisaria, *i.e.* que prevalezcan sobre los efectos restrictivos de la práctica y que repercutan en los consumidores.

sin embargo convencidos de la trascendencia práctica de esta cuestión en la medida en que, en todo caso, es la empresa acusada la que tiene interés en probar que su conducta está objetivamente justificada, sin que parezca para ella relevante el hecho de que la justificación objetiva implique que su conducta no sea abusiva o que, aun siéndolo, no esté prohibida. Por otra parte, no cabe olvidar que el art. 2 del Reglamento 1/2003 impone la carga de la prueba de que se cumplen las condiciones del art. 81.3 TCE a la empresa que invoque esta disposición.

Sea como fuere, como veremos a continuación, lo cierto es que parece que la comisaria se inclina por un tratamiento de las eficiencias en el art. 82 TCE similar al art. 81.3 TCE.

¹⁰⁰ N. KROES, *op. cit.*, núm. 15.

Por último, creemos importante recordar que la necesidad de justificar la existencia de eficiencias sólo debería surgir después de que haya quedado acreditado que una determinada conducta produce un perjuicio sensible a los consumidores¹⁰¹. Es decir, que el hecho de que una empresa dominante no pueda justificar adecuadamente que sus prácticas producen eficiencias no debe, por sí mismo, conducir a presuponer que son contrarias al art. 82 TCE.

D) ¿Deben establecerse presunciones para hacer más administrable el procedimiento? El papel del análisis económico en su definición

Llegados a este punto, parece claro que propugnamos erradicar toda aplicación del art. 82 TCE que recurra al establecimiento apriorístico de reglas *per se* definidas en función de la forma de las conductas y que nos inclinamos por favorecer un sistema basado en la llamada “*regla de razón*”, es decir, en un análisis casuístico del contexto competitivo en el que opera la empresa dominante, de las circunstancias concretas de las prácticas enjuiciadas y de sus efectos actuales o probables, así como de sus posibles eficiencias y de las consecuencias de las eventuales medidas correctoras¹⁰².

Ahora bien, aun cuando este sistema de “*regla de razón*” sea en teoría el mejor medio de discernir, en cada caso, cuándo prevalecen los efectos anti-competitivos de una determinada práctica comercial unilateral sobre los pro-competitivos, lo cierto es que eleva sensiblemente los costes de aplicación del art. 82 TCE tanto para las empresas —al no existir reglas claras de lo que está o no prohibido— como para los órganos judiciales y las autoridades de competencia, que deberían siempre llevar a cabo un análisis completo de todas esas circunstancias antes de adoptar una decisión.

Para evitar estos inconvenientes, la práctica aconseja buscar sistemas intermedios entre uno basado exclusivamente en el establecimiento de reglas *per se* y un sistema puro de regla de razón:

— Por un lado, cabe atemperar el carácter automático y general de las reglas *per se*¹⁰³ permitiendo que, en circunstancias excepcionales,

¹⁰¹ Se trata del mismo principio expresado, en relación con los apartados 1 y 3 del art. 81, en el apartado 43 de las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado.

¹⁰² Esta definición clásica de la “*regla de razón*” fue formulada por primera vez en 1918 por el juez Brandeis en los Estados Unidos en *Board of Trade of City of Chicago v. United States*, 246 US 231, 238, 1918.

¹⁰³ Que a su vez pueden ser de ilegalidad o de legalidad, según definan automáticamente situaciones prohibidas o permitidas.

las conductas puedan escapar al principio de prohibición o de legalidad ¹⁰⁴.

— Por otro lado, pueden delimitarse circunstancias que actúen como filtros en el proceso de aplicación de la regla de razón, cribando las prácticas en las que normalmente predominan los efectos pro-competitivos, de forma que sólo sea preciso realizar el proceso completo de análisis y de ponderación final de los efectos pro y anti-competitivos en un número limitado de casos ¹⁰⁵.

A la hora de definir todas esas circunstancias y en definitiva de intentar delimitar las condiciones necesarias para que una determinada práctica pueda producir efectos anti-competitivos, es donde las autoridades de competencia deberían ineludiblemente apoyarse en análisis económico. En efecto, si bien existen discrepancias entre los economistas a la hora de definir qué condiciones son suficientes para que una determinada práctica unilateral produzca esencialmente efectos anti-competitivos, parece en cambio haber un mayor grado de consenso sobre las condiciones necesarias para producir tales efectos ¹⁰⁶.

Ello no quiere decir, como es evidente, que el análisis económico sea la panacea que permita establecer reglas sencillas y claras para delimitar cuándo la conducta unilateral de una empresa en posición de dominio debe ser considerada abusiva.

En primer lugar, no cabe esperar de los economistas —como tampoco de los juristas— un diagnóstico unánime y unívoco de las distintas prácticas comerciales unilaterales, sino sólo, y no es poco, el establecimiento de unos instrumentos que permitan valorar sus efectos ¹⁰⁷.

El análisis económico tampoco puede sustituir al juicio de oportunidad que deben realizar las autoridades de la competencia a la hora de decidir cómo quieren configurar la competencia para maximizar el bie-

¹⁰⁴ La doctrina anglosajona suele distinguir entre reglas *per se* “absolutas” y “modificadas” (“*absolute*” y “*modified per se rules*”). Ver, por ejemplo, D. EVANS, *Economics and the design of Competition Law* (http://www.lecgp.com/resources/documents/151_economic_and_design.pdf?pubtitle=Working%20Paper).

¹⁰⁵ En este caso, se suele hablar de regla de razón “estructurada”, “truncada” o “de vistazo” (“*structured*”, “*truncated*” or “*quick look*” rule of reason).

¹⁰⁶ D. EVANS y J. PADILLA, *Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: a Neo-Chicago Approach* (<http://www.aei-brookings.org/admin/authorpdfs/page.php?id=1028>).

¹⁰⁷ En este sentido, cabe recordar la clásica afirmación de KEYNES:

«The theory of economics does not furnish a body of settled conclusions immediately applicable to policy. It is a method rather than a doctrine, an apparatus of the mind, a technique for thinking, which helps its possessor to draw correct conclusions».

nestar del consumidor o si anteponen el bienestar social, que incluye además el de los productores ¹⁰⁸.

Finalmente, la aplicación del análisis económico tampoco evita —aunque sí reduce— las posibilidades de que las autoridades de la competencia puedan terminar adoptando una decisión excesivamente restrictiva, prohibiendo prácticas cuyos efectos globales son esencialmente pro-competitivos (los llamados errores de Tipo II o falso positivo), o por el contrario ser excesivamente laxa, dejando sin sancionar una práctica con efectos globales negativos sobre el bienestar de los consumidores (los falsos negativos o errores de Tipo I) ¹⁰⁹.

Lo que sí puede hacer el análisis económico es ayudar a comprender la probabilidad de incurrir en errores de uno u otro tipo y el coste de estos errores para, en función de ello, establecer reglas más o menos amplias o distribuir la carga de la prueba.

En este sentido, coincidimos con los autores que se autodefinen como “Neo-Chicago”, cuando propugnan que, a la hora de establecer las reglas o presunciones para enjuiciar las conductas unilaterales de las empresas en posición de dominio, las autoridades de la competencia actúen con enorme prudencia tomando en consideración los siguientes principios ¹¹⁰:

— Cuando una empresa dominante recurre a unas prácticas comerciales que son habituales en mercados competitivos, en principio no hay motivos para considerar que dichas prácticas no producen efectos pro-

¹⁰⁸ A este respecto, el Informe del EAGCP, cit., núm. 87, afirma:

«In considering consumer welfare effects in multiple, present, and future markets, one usually faces tradeoffs. [...] When faced with such tradeoffs, the competition authority must exercise its judgement, which necessarily involves a certain element of subjectivity. However, acknowledging that there is room for a certain element of subjectivity in taking choices concerning tradeoffs does not absolve the competition authority from the requirement to be clear about the tradeoffs themselves and to indicate precisely what consumer welfare effects are relevant to its decision».

¹⁰⁹ Se ha señalado incluso que el establecimiento de reglas óptimas no debe buscar tanto evitar incurrir en errores de tipo I y II como fijar unos principios claros y sencillos que permitan a las empresas discernir con relativa facilidad qué prácticas están prohibidas y cuáles están permitidas, reduciendo con ello sus costes de transacción:

«[a]ntitrust policy needs to evolve in a way that firms receive clear signs from these enforcement institutions, so that they are able to determine where to draw the line between behaviour and markets structures that are likely to be legal and those that are illegal.

[...]

[T]he test for a good legal rule is not whether it leads to the correct decision in a particular case, but rather whether it does a good job deterring anticompetitive behaviour throughout the economy given all the relevant costs, benefits, and uncertainties associated with diagnosis and remedies. While there are good reasons to develop antitrust rules that are clear, objective, stable and relatively simple to apply, it is neither easy to achieve this goal nor can they be achieved without potentially significant costs. (...) As result, there is always a tension between the specification of clear simple rules and their confrontation with situations where their rigid application can lead to type I or type II errors».

P. L. JOSKOW, *Transaction Costs Economics, Antitrust Rules and Remedies*, Oxford University Press, 2002.

¹¹⁰ D. EVANS y J. PADILLA, *op. cit.*, núm. 106.

competitivos en ambos casos. Por ello, cabe presumir que las empresas dominantes recurren a este tipo de prácticas buscando las mismas eficiencias que obtienen las empresas no dominantes.

— Aun cuando la doctrina post-Chicago ha señalado algunas circunstancias en las que el teorema de la imposibilidad enunciado por esta escuela ¹¹¹ no se cumpliría, lo cierto es que dicho teorema sigue siendo esencialmente válido.

— El coste social de los errores de Tipo II es sensiblemente mayor que el de los errores de Tipo I.

En efecto, la mayoría de la doctrina económica coincide al señalar que el propio mercado es capaz de corregir con más facilidad los falsos negativos que los falsos positivos ¹¹². Además, la posibilidad de que las autoridades de la competencia no se limiten a prohibir determinadas prácticas sino que, además, impongan remedios de comportamiento incrementa sustancialmente el coste social de los falsos positivos ¹¹³.

En este punto, la doctrina económica entronca con el principio jurídico volteriano que ha de inspirar la aplicación de toda norma sancionadora, en virtud del cual siempre es mejor absolver a un culpable que condenar a un inocente.

Por lo demás, si una vez establecidas las condiciones generales en las que una práctica queda excluida del ámbito de la prohibición, se llegase a la conclusión de que, bajo determinadas circunstancias muy específicas, produce efectos esencialmente anti-competitivos, nada impediría modificar la regla con efectos *ex tunc*, evitando, eso sí, impo-

¹¹¹ En esencia, esta teoría viene a afirmar que las empresas con poder de mercado carecen de incentivos para dañar a los consumidores mientras que las empresas que sí tendrían tales incentivos no podrían adoptar ese tipo de estrategias por el poder disciplinante de los demandantes o de los potenciales entrantes.

¹¹² H. CHANG, D. EVANS y R. SCHMALENSEE, «Has the consumer harm standard lost its teeth?», en *High Stakes Antitrust: The Last Hurrah?*, 2003, p. 89:

«The cost of false acquittals depends on the extent of consumer harm from anticompetitive behavior. Assuming an act is anticompetitive, market forces may provide a correction in the longer run even when a court has failed to prohibit the act, but market forces are probably less effective in correcting judicial errors. As Judge Frank Easterbrook wrote, “the economic system corrects monopoly more readily than it corrects judicial errors. There is no automatic way to expunge mistaken decisions of the Supreme Court. A practice once condemned is likely to stay condemned, no matter its benefits. A monopolistic practice wrongly excused will eventually yield to competition, though, as the monopolist’s higher prices attract rivalry”. [...] Market forces will certainly not correct all harms flowing from anticompetitive behavior, especially in the short run, but they can offset some of the anticompetitive effects in the long run.

When courts mistakenly prohibit behavior that is procompetitive, however, market forces are prevented to some extent from serving as offsets. Competition is directly reduced in the market or markets at issue, and production and transaction costs may be increased. Moreover, procompetitive behavior is discouraged in other markets as companies across the economy seek to reduce their legal risk».

¹¹³ *Ibid.*, núm. 112.

ner sanciones por las prácticas realizadas antes de dicha modificación¹¹⁴.

4. ¿CÓMO LLEVAR A CABO LA MODERNIZACIÓN? ¿REVISIÓN O REFORMA?

En la medida en que el proceso de modernización no va a modificar el tenor literal del art. 82 TCE y que esta disposición no precisa de ninguna norma de Derecho secundario para su desarrollo, la única opción que parece posible es la de que la Comisión adopte unas Directrices explicando cómo entiende que las autoridades y jueces nacionales deberían aplicarse el art. 82 TCE en el futuro y comprometiéndose a aplicarlo ella misma de la misma forma.

La redacción de unas Directrices que abunden realmente en el camino de la modernización que se propone deberá, sin embargo, salvar un escollo importante: los precedentes excesivamente formalistas y restrictivos propugnados, recientemente confirmados en *Michelin II* y *British Airways*.

En efecto, el hecho de que estos antecedentes deban ser aplicados por las autoridades y jueces nacionales mientras no queden superados por otros pronunciamientos expresos parecen apuntar a que la Comisión no puede limitarse a adoptar una visión pragmática que mire hacia el futuro “olvidando” algunos nefastos precedentes del pasado¹¹⁵.

Bien al contrario, creemos que si la Comisión pretende seriamente introducir el análisis económico de los efectos en la aplicación del art. 82 TCE, debe dar un clarísimo golpe de timón para rectificar un rumbo que, en este momento, apunta hacia las prohibiciones *per se*. En definitiva, creemos que no basta con una mera *revisión* de la política de la competencia en materia de prácticas unilaterales, sino que será necesario adoptar un verdadero proceso de *reforma*, en el que se indiquen con toda claridad qué aspectos del anterior enfoque se pretenden abandonar y hacia dónde se debe dirigir en el futuro esa política.

¹¹⁴ J. PADILLA y D. SLATER, *Rebates as an Abuse of dominance under art. 82 EC*, GCLC Research papers on art. 82 EC, julio 2005.

¹¹⁵ El juez R. POSTNER propone una magnífica reflexión acerca del pragmatismo jurídico. En *OVERCOMING LAW*, Harvard University Press, 1995, afirma:

«[by pragmatic] I mean, to begin with, an approach that is practical and instrumental rather than essentialist —interested in what works and what is useful rather than in what “really is”—. It is therefore *forward-looking*, valuating continuity with the past only as far as such continuity can help us cope with the problems of the present and of the future. [...] The pragmatist is not afraid to say that a little forgetting is good. Forgetting emancipates us from the sense, which can be paralyzing, of belatedness. [...] Applied to law, pragmatism would treat decision according to precedent (the doctrine known as “stare decisis” as a policy rather than a duty».

Evidentemente, existe el riesgo de que el Tribunal no quiera seguir a la Comisión en esta evolución. La reciente Sentencia *DaimlerChrysler*¹¹⁶ es un recordatorio claro de que el Tribunal de Justicia, so pena de un control de legalidad, puede realizar un examen de oportunidad de aspectos importantes de la política de la competencia de la Comisión¹¹⁷. No cabe descartar pues que el Tribunal se rebele ante un proceso de modernización del art. 82 TCE que, como hemos señalado reiteradamente, debería avanzar en una dirección opuesta a la expresada en *Michelin II* y *British Airways*.

Ahora bien, también es cierto que hasta la fecha, en el ámbito del art. 82 TCE, el Tribunal siempre ha apoyado los principales argumentos de la Comisión. Por ello creemos que, si las Directrices son capaces de diseñar una política coherente de aplicación del art. 82 TCE explícitamente sustentada en principios económicos robustos, ese peligro puede ser bastante remoto.

Ahora bien, si la Comisión no está dispuesta a emprender ese camino de reforma sustancial¹¹⁸, cabe pensar si no sería preferible que deje las cosas como están hasta que alguna nueva “convulsión” como la causada, tanto en la doctrina como entre los propios funcionarios de la DG COMP, por las Sentencias *Michelin II* o *British Airways* sirva de catalizador definitivo que desencadene el proceso de reforma en profundidad que la política comunitaria en el ámbito del art. 82 TCE necesita.

¹¹⁶ Sentencia de 15 de septiembre de 2005, As. 325/01 *DaimlerChrysler/Comisión*, pendiente de publicación.

¹¹⁷ El Juez H. LEGAL, denunció recientemente en un artículo (Le contentieux communautaire de la concurrence entre contrôle restreint et pleine juridiction, *Concurrences* núm. 2, 2005) la presencia en el TPI de «*ayatolabs de la libre empresa*» que le llevan en ocasiones a rebasar el marco de sus competencias revisoras:

«Le contrôle juridictionnel est un contrôle de la légalité qui exclut en principe tout regard sur l'opportunité de la mesure; il n'appartient pas au juge, selon les termes consacrés, de substituer son appréciation à celle de l'administration sauf si, celle-ci ayant mal interprété ou mal appliqué la règle de droit, les circonstances permettent de juger le litige en fixant, sans renvoi, la sanction».

¹¹⁸ Algunas manifestaciones de la comisaria Kroes (*op. cit.*, núm. 15) apuntan desgraciadamente en ese sentido:

«**Ladies and gentlemen, I would like to emphasise that it is not our intention to propose a radical shift in enforcement policy.** We simply want to develop and explain theories of harm on the basis of a sound economic assessment for the most frequent types of abusive behaviour to make it easier to understand our policy, not only as stated in policy papers but also in individual decisions based on art. 82» (negrita en el texto original).

