

ABUSOS MEDIANTE PRECIOS

ABUSOS MEDIANTE PRECIOS: LOS PRECIOS EXCESIVOS

Fernando Díez ESTELLA

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho
Mercantil (Universidad Antonio de Nebrija)

1. INTRODUCCIÓN

Una empresa en posición dominante que aplique un precio “excesivo” cometería una infracción de las previstas por el art. 82.a) CE. Aunque este principio está fuera de toda duda en el ámbito del Derecho comunitario de competencia, es significativo que ni la Comisión en sus Decisiones ni el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en sus Sentencias se pasaran años sin emitir un pronunciamiento condenando a una empresa por esta práctica¹, y sólo en fechas recientes encontramos precedentes —también por parte de autoridades antitrust de Estados miembros— que puedan arrojar algo de luz sobre la confusa interpretación de la prohibición contra los precios excesivos².

¹ E. Fox, «Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity and Fairness», *61 Notre Dame L. Rev.* 981, 1986, p. 992.

² Entre los últimos casos, comentaremos en este trabajo los aspectos más significativos de los siguientes asuntos: las decisiones de la Comisión *Deutsche Post II*, DOCE L 331/40, 2001, y *Duales System Deutschland AG*, DOCE L 166/1, 2001. En los Estados miembros cabe destacar el asunto *Napp Pharmaceuticals Holdings Ltd*, de 30 de marzo de 2001, decidido por la Competition Commission en el Reino Unido, y el asunto *Empresas Eléctricas*, expte. 552/02, de 7 de julio de 2004, del Tribunal de Defensa de la Competencia en España.

A esta ausencia de precedentes jurisprudenciales significativos se añade la dificultad teórica del concepto, en cuanto a su definición misma: ¿qué es un precio excesivo? Y lo que es más importante, desde un punto de vista práctico, ¿puede una autoridad de competencia decidir cuándo un precio establecido por una empresa en su actividad comercial debe reputarse excesivo, y por tanto ilícito desde un punto de vista antitrust? Finalmente, en el supuesto que se consigan “identificar” esos precios excesivos, y partiendo de que han de ser considerados abusivos, ¿están las autoridades antitrust capacitadas para una efectiva aplicación de una norma contra dichos precios?

A estas cuestiones se intentará aproximar una respuesta en este trabajo, haciendo un análisis de la figura de los “precios excesivos” en la política comunitaria de competencia en el contexto, más amplio, del actual debate sobre el concepto mismo del abuso de posición dominante y las propuestas de modernización del art. 82 CE contenidas en el “*Discussion Paper*” publicado³ recientemente por la Comisión Europea.

Para ello se seguirá el siguiente esquema. Después de esta introducción se abordará, brevemente, el contexto en el cual es necesario enmarcar el análisis de los precios excesivos, que no es otro que el de la prohibición genérica del abuso de una posición dominante. Como veremos en el epígrafe correspondiente, el 2, esta discusión no es meramente académica, sino que los presupuestos que se asumen con relación al concepto de dominio y abuso condicionan en la práctica la prohibición de aplicar precios excesivos. A continuación, en los epígrafes 3 y 4 se llevará a cabo un examen de la configuración jurisprudencial de las diferentes modalidades de precio excesivo incluidas en la prohibición del art. 82.a) CE, analizando los principales —y escasos— pronunciamientos en los que tanto la CE como el TJCE han imputado la comisión de esta práctica a una empresa, epígrafes que concluyen con la opinión que dicho tratamiento ha merecido a la doctrina y una breve mención al análisis económico de esta práctica, destacando cuáles han sido los principales test que se han propuesto desde este ámbito para intentar definir estándares legales. A modo de apéndice, se realizan en el epígrafe 5 algunas consideraciones sobre la relación, tan frecuente en las Decisiones de la Comisión y Sentencias del Tribunal de Justicia entre los precios excesivos y la discriminación de precios. Finalmente, en el epígrafe 6 se apuntan algunas conclusiones y sugerencias para el tratamiento antitrust de esta figura.

³ *DG Competition discussion paper on the application of art. 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Bruselas, diciembre 2005, disponible en la página web de la Comisión.

2. LOS PRECIOS EXCESIVOS EN EL CATÁLOGO DE PROHIBICIONES DEL ART. 82

Las problemáticas planteadas en relación al dominio, el abuso, etc., son abordadas en otros lugares de esta publicación, con lo que no me detendré a analizarlas aquí de forma genérica sino únicamente en la medida que sirvan para un mejor entendimiento de la figura de los precios excesivos.

En cuanto a los factores que se tienen en cuenta⁴ para establecer la “dominancia”, es importante a estos efectos considerar la importancia de las barreras de entrada, pues —como veremos más detalladamente en el apartado de conclusiones— uno de los factores que debería condicionar la legalidad o ilegalidad de una política de precios excesivos es precisamente la existencia de estas barreras, en especial si son barreras establecidas por una disposición legal y que confieren a la empresa incumbente la autonomía e independencia de comportamiento que caracterizan el poder de mercado, a la vez que imposibilitan a nuevos operadores el acceso al mismo.

En relación con el concepto del abuso, también nos parece oportuno recordar aquí las dificultades inherentes a la determinación de cuándo una conducta unilateral llevada a cabo por una empresa en posición de dominio es anticompetitiva, la dificultad —en ocasiones, las más— de diferenciar una competencia legítima de una conducta ilícita, así como la falta de claridad, coherencia y rigor económico que ha caracterizado —en ocasiones, por desgracia abundantes— la aplicación de la prohibición del art. 82 CE por las autoridades comunitarias de competencia⁵, ya que esta problemática la encontraremos paradigmáticamente presente en la interdicción de los precios excesivos.

En especial, en la medida en que las autoridades de competencia no pueden convertirse en autoridades *regulatorias* de precios, la prohibición de esta categoría específica de abuso contenida en el párrafo *a*) del art. 82 es particularmente difícil de llevar a la práctica, y es por ello frecuente encontrarla en la jurisprudencia “unida” a otras categorías de abuso como la discriminación de precios, la negativa de suministro, el pinzamiento de márgenes, etc. Esta peculiar fenomenología de los precios excesivos lleva a que su análisis no pueda deslindarse del de estas otras figuras.

⁴ Vid. D. GERADIN, P. HOFER, F. LOUIS, N. PETIT y M. WALKER, «The Concept of Dominance», *Research Paper on the Modernization of art. 82 EC*, Draft, 10 junio 2005, College of Europe (Brugge).

⁵ Vid. J. TEMPLE LANG y R. O'DONOGHUE, «The Concept of an Exclusionary Abuse under art. 82», *Research Paper on the Modernization of art. 82 EC*, Draft, 10 junio 2005, College of Europe (Brugge).

Igualmente, y como también veremos a lo largo de estas páginas, particular relevancia adquieren a la hora de abordar el estudio de los precios excesivos sectores como el energético o las telecomunicaciones que han atravesado recientes procesos de liberalización, y en los que subsisten antiguas compañías estatales actualmente privatizadas pero que ostentan una posición en el mercado cercana al monopolio y son operadores dominantes.

Empleando la terminología clásica en cuanto a la tipología de abusos del art. 82, fácilmente se advierte que podemos encontrar prácticas de precios excesivos tanto en la categoría de abuso *explotativo* (serían precios demasiado altos en los mercados finales) como en la categoría de abuso *anticompetitivo* (se trataría de precios demasiado altos en los mercados de bienes intermedios).

Esta categorización coincide, además, con un enfoque más económico⁶ que formalista del art. 82, en el sentido de no atender tanto a las listas de prácticas anticompetitivas (predación, discriminación, venta vinculada, negativa de suministro, etc.) sino a sus efectos restrictivos, y éstos pueden resumirse en dos: efectos restrictivos sobre los *consumidores* (se correspondería con la primera categoría de abuso citado, el explotativo) y efectos eliminitorios sobre los *competidores*, actuales o potenciales (se correspondería con la segunda categoría de abuso, el anticompetitivo).

Sin embargo, tradicionalmente⁷ se ha “encasillado” la práctica de los precios excesivos en la categoría de abuso explotativo, recalcando la idea anteriormente expuesta de que, debido a la dificultad que entraña que una autoridad de competencia se convierta en reguladora de precios, éstas —la Comisión incluida— han sido reacias a la determinación de cuándo un precio ha de ser considerado excesivo a los efectos de aplicación del art. 82 CE. Por la misma razón, y como también ha quedado dicho, el TJCE nunca ha definido el concepto de forma taxativa en sus pronunciamientos.

El primer supuesto no ofrece dudas: un precio excesivo es considerado explotativo, y por tanto ilegal desde un punto de vista antitrust, cuando su efecto es una reducción neta del bienestar del consumidor. Esta pérdida de bienestar es consecuencia de un doble efecto: por un lado, algunos consumidores pagan más por un bien o servicio de lo que pagarían si el precio de éste se mantuviera en un nivel competitivo; por

⁶ *Vid.*, en este sentido, las interesantes —e innovadoras— propuestas planteadas en J. GUAL, M. HELLWIG, A. PERROT, M. POLO, P. REY, K. SCHMIDT y R. STENBACK, «An Economic Approach to art. 82», *Report by the EAGCP*, julio 2005.

⁷ *Vid.*, por todos, R. WHISH, *Competition Law*, 4th Ed, Sweet & Maxwell, London, 2001, p. 168.

otro lado, aquellos consumidores con una menor capacidad adquisitiva sencillamente se ven expulsados del mercado y no tienen acceso al bien o servicio.

Pero también cabe considerar⁸ los precios excesivos dentro de la categoría de abusos anticompetitivos o eliminatorios (*exclusionary*), en la medida en que si la empresa dominante aplica unos precios demasiado altos en el mercado de bienes intermedios, está consiguiendo que en el mercado aguas debajo de productos finales las empresas no sean competitivas por tener que adquirir sus *inputs* a un precio excesivo⁹. Algunas trasladarán a sus precios ese mayor coste (con lo que indirectamente este abuso también es explotativo y perjudica a los consumidores) y otras sencillamente se verán expulsadas del mercado (lo que también perjudica a los consumidores, que ven limitada su capacidad de elección entre diferentes ofertantes).

En este segundo supuesto, el del abuso anticompetitivo, la misma negativa de suministro bien podría ser considerada como un caso extremo de precio excesivo. La consecuencia es, en cualquier caso, la misma, el cierre de mercado (*foreclosure*), y de ahí se derivan sus principales efectos anticompetitivos. Las soluciones que recientemente se han dado en los casos de que esa negativa haga referencia a un bien protegido por un derecho de propiedad intelectual, la obligación de conceder la licencia (*compulsory licensing*) o al acceso a un bien o infraestructura considerado como esencial (doctrina de las *essential facilities*) plantea idénticos problemas a los de los precios excesivos: nos hallamos ante el necesario balance entre el aumento de bienestar y de *output* derivado de garantizar el acceso a bienes, servicios o patentes, y el lógico desincentivo que dicha actuación antitrust supone en los gastos de inversión y desarrollo que realizan las empresas —volveremos sobre esta cuestión más adelante.

Como veremos en el último epígrafe de este trabajo, ésta es precisamente una de las grandes dificultades que una adecuada regulación y aplicación de los precios excesivos debe resolver. Ambas modalidades de precios excesivos son diferentes y exigen por tanto un análisis por separado. Por su importancia procesal, se hará también una referencia a los medios de prueba exigibles para acreditar una u otra conducta.

Desafortunadamente, en el “*Discussion Paper*”, las tan largamente ansiadas directrices sobre la aplicación del art. 82, que como se acaba

⁸ M. MOTTA y A. STEEL, «Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in the EU Law», 8th Annual European Union Competition Workshop, Florence, junio 2003, publicado en C.-D. EHLERMANN e I. ATANASIU (eds.), *What is an abuse of a dominant position?*, Hart Publisher.

⁹ Esta situación de la empresa dominante se denomina de *gatekeeper*, y el control que puede llegar a ejercer sobre mercados vecinos o recursos esenciales es lo que le permite impedir la entrada de nuevos operadores o la expansión de los ya existentes.

de decir ha publicado la Comisión recientemente, se contempla únicamente la categoría de los abusos eliminatorios o anticompetitivos, y no los explotativos, dejando además la figura de los precios excesivos fuera de ambas categorías, y dejando también sin examinar otras importantes figuras del Derecho sancionador de la competencia como las prácticas discriminatorias.

Evidentemente no se trata aquí de analizar este importante documento de la Comisión Europea, pero no podemos dejar de manifestar cierta sorpresa ante esta exclusión (párrafo 53) y nuestra disconformidad con la categorización llevada a cabo por la Comisión de esta práctica, que como veremos a lo largo de estas páginas, tan “eficaz” se ha demostrado para producir un efecto de cierre de mercado y consecuencias eliminatorias para otros competidores, lo que, en última instancia —y por tanto no sólo cuando reviste la categoría de práctica explotativa—, provoca también un daño evidente a los consumidores, a quienes los principios de aplicación del art. 82 Tratado CE están llamados a proteger (párrafo 56).

3. PRECIOS EXCESIVOS COMO ABUSO *EXPLOTATIVO*. CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL Y VALORACIÓN POR LA DOCTRINA

A) Los “clásicos”: *General Motors, United Brands, British Leyland y Sacem*

Como se ha dicho en la introducción, los pronunciamientos de las autoridades antitrust comunitarias sobre esta particular prohibición del art. 82.a) CE han sido, hasta fechas recientes, escasos.

El TJCE ha definido el concepto de precio excesivo, como perteneciente a la categoría de abuso explotativo, en la Sentencia *General Motors Continental N. V. c. Comisión de las Comunidades Europeas*¹⁰ como un precio «*excesivo en relación con el valor económico del producto ofrecido*».

Por otro lado, es en la conocida *United Brands* donde el TJCE establece un criterio de evaluación de este carácter “excesivo” de los precios, al afirmar que «*un exceso puede apreciarse, entre otras cosas, si puede determinarse objetivamente a través de una comparación entre el precio de venta del producto en cuestión y su coste de producción*»¹¹.

¹⁰ Sentencia del TJCE, Asunto 26/75, ECR, 1975, p. 1367, párrafo 12.

¹¹ Sentencia del TJCE, de 14 de febrero de 1978, *United Brands Company and United Brands Continental BV c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto 27/76, 1978, 1, CMLR, 429, párrafo 251.

La evaluación de este “exceso” se llevará a cabo —a la luz de esta jurisprudencia— mediante la comparación entre los precios de la empresa dominante y los precios de sus competidores, o los precios de la empresa para otros productos u otros clientes, o los precios de ese mismo producto en otros mercados geográficos¹².

Así, en la Sentencia *British Leyland c. Comisión*¹³, el TJCE tuvo en consideración el hecho de que los cánones aplicados a los vehículos con el volante a la izquierda eran hasta seis veces mayores que los aplicados a los vehículos con el volante a la derecha para inferir la existencia de una práctica de precios excesivos.

En este punto parece acertado el test propuesto por las autoridades comunitarias, ya que el ejercicio de comparación de los precios de la empresa dominante y otros precios (los que sean, la dificultad aquí radica en encontrar un marco de referencia —*benchmark*— adecuado) evita el arduo —y muchas veces infructuoso— ejercicio de intentar averiguar la supuesta excesividad de los precios sobre la base de variables internas de la empresa, lo que conllevaría la necesidad de definir una tasa de retorno de capital “adecuada”, un margen de beneficio “razonable”, qué costes se van a imputar al producto, etc., tarea cuya dificultad es patente e innegable¹⁴.

Decimos que parece acertado, pero insuficiente, ya que sigue sin resolver la cuestión de qué precios son el marco de referencia adecuado, y por tanto es un test que al carecer de la claridad y especificidad necesarias, no aporta la predictibilidad en cuanto a su resultado que exige la seguridad jurídica.

Finalmente, en el asunto *SACEM II*¹⁵ se trataba de dilucidar el carácter pretendidamente abusivo —por excesivo— de las tarifas aplicadas por la entidad de gestión de derechos de autor en Francia a los clientes —principalmente discotecas— por el uso de su repertorio musical. Para la evaluación de dicha abusividad de las tarifas se empleó el método de comparar las que aplicaba la sociedad francesa con las que aplicaban idénticas sociedades en otros Estados miembros. Se estimó que el 8,25

¹² *Ibid.*, párrafo 252: «las cuestiones a determinar son si la diferencia entre los costes en los que se ha incurrido y los precios que se han aplicado es excesiva, y si la respuesta a esta pregunta es afirmativa, si el precio aplicado es desleal en sí mismo o en comparación con los productos competidores».

¹³ Sentencia del TJCE, de 11 de noviembre de 1986, Asunto 226/84, 1986, ECR, 3263, párrafo 28.

¹⁴ *Vid.* para el asunto de las tasas de intercambio de las tarjetas de crédito VISA, la propuesta de J. BRIONES, «Excessive Prices: Visa Multilateral Interchange Fees», *€-Konomica's Newsletter*, núm. 3.

¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1989. *Francois Lucazeau y otros contra Société des Auteurs Compositeurs et Éditeurs de Musique (SACEM)*, Asuntos acumulados 110/88, 241/88 y 242/88, ECR, 1989, p. 02811.

por 100 aplicado sobre el volumen de negocio a las discotecas francesas era unas cuatro veces la cantidad media cobrada en el resto de Europa.

Concluyó (Considerando núm. 25) el TJCE, después de una cuestionable referencia a que los costes de producción que han de tenerse en cuenta son los propios de una empresa eficiente, y no necesariamente los de la empresa investigada, que:

«Es preciso hacer observar que, cuando una empresa en una posición dominante impone por los servicios que presta tarifas que son notablemente más elevadas que las que se aplican en los restantes Estados miembros, y cuando la comparación entre las cuantías de las tarifas se haya llevado a cabo sobre una base homogénea, dicha diferencia deberá ser considerada como el indicio de la explotación abusiva de una posición dominante».

B) Algunos asuntos recientes: KPN, T-Mobile y Vodafone, Deutsche Post II, Microsoft

La Comisión Europea había manifestado, en el año 2002, ciertas sospechas en relación a las tarifas cobradas por la compañía holandesa de telefonía KPN —que ostentaba entonces una indiscutida posición de dominio en el mercado de la telefonía móvil en los Países Bajos— por la terminación de llamadas en su red móvil¹⁶.

En efecto, en la Unión Europea era entonces —y lo sigue siendo ahora— motivo de inquietud general la competitividad de los mercados de terminación de llamadas de móviles, teniendo en cuenta que, siendo iguales los costes y la complejidad técnica exigida por el sistema, en 2001 las tarifas medias en hora punta cobradas por los operadores de móviles de la Unión por terminar llamadas telefónicas en sus respectivas redes (tarifas *roaming*) eran aproximadamente diez veces más altas que la tarifa media por la interconexión de fijo a fijo.

Tras la oportuna incoación del expediente y fase de instrucción, la Comisión consideró en su pliego de cargos que KPN había abusado de su posición dominante de las siguientes maneras:

1. Discriminación por parte de KPN Mobile a favor de KPN Telecom en cuanto a las condiciones de terminación directa.
2. Prácticas desleales de fijación de precios (= precios excesivos), que suponen una reducción de los márgenes entre los servicios de terminación al por mayor que KPN Mobile ofrece a otros operadores de redes y los precios al por mayor que KPN Mobile-Telecom ofrece por

¹⁶ Vid. Nota de prensa, IP/02/483, Bruselas, 27 de marzo de 2002.

determinados servicios móviles/fijos a los clientes profesionales de los Países Bajos.

3. Denegación (indirecta) de KPN Mobile a suministrar interconexión directa para la terminación de llamadas en su red.

Se pone así de manifiesto algo a lo que haremos más extensa referencia en otro epígrafe de este trabajo, y es la íntima relación entre los precios excesivos y los discriminatorios, así como la caracterización de la denegación de suministro como un caso extremo de precios excesivos.

En el mismo sentido, y hace escasos meses, la Comisión ha enviado un pliego de cargos¹⁷ a las operadoras alemanas de telefonía móvil Vodafone y T-Mobile por idénticas prácticas abusivas de posición de dominio consistentes en la aplicación de precios desleales y excesivos a otros operadores de telefonía móvil desde 1997 hasta final de 2003 en el mercado alemán de servicios de *roaming*.

Por su parte, la *Competition Commission* del Reino Unido, en su Informe¹⁸ en relación a las tarifas aplicadas por las operadoras de telefonía móvil Vodafone, O2, Orange y T-Mobile, concluyó, después de un exhaustivo estudio de los precios en el sector de la telefonía móvil, el marco regulatorio, la situación financiera de cada una de las empresas encausadas, el sistema de atribución de costes y la competencia existente en el mercado tanto mayorista como minorista de telefonía móvil, que dichas empresas, en cuanto prestadoras de servicios a otras operadoras de telefonía móvil para poder hacer llamadas entre diferentes redes:

1. Aplicaban unos precios que en modo alguno reflejaban los costes incurridos para la prestación de servicio (empleando el test de los costes incrementales a largo plazo, *LIRC*), trasladando las operadoras ese mayor coste en un mayor precio aplicado a los usuarios.

2. Que además provocaban una distorsión de las pautas de consumo de los usuarios, ya que para evitar los precios de las llamadas de fijo a móvil los clientes directamente evitaban hacerlas.

3. Se producía una injusta subsidización cruzada entre los anteriores consumidores y aquellos que no hacían llamadas de fijo a móvil, o hacían pocas, o sólo las hacían entre usuarios de la misma red y operadora.

¹⁷ Vid. Nota de Prensa, IP/05/161, Bruselas, 10 de febrero de 2005.

¹⁸ *Report on references under section 13 of the Telecommunications Act (1984) on the charges made by Vodafone, O2, Orange and T-Mobile for terminating calls from fixed and mobile networks*, diciembre 2002 (disponible en http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2003).

Todas estas consecuencias se entendió que producían una distorsión del funcionamiento del mercado, y no había ningún tipo de beneficio social o efecto pro-competitivo que pudiera contrarrestarlas, por lo que iban contra el interés público.

Asimismo, en una Decisión reciente, la multa impuesta a *Deutsche Post II*, la Comisión estimó¹⁹ que las tasas aplicadas por la operadora postal alemana al correo remitido desde otro país con destino Alemania eran excesivos, al estar por encima de los costes que le suponía la gestión de ese correo y equipararlo además al correo doméstico. Es interesante, y así queda reflejado en el texto de la Decisión, que la Comisión no pudo llevar a cabo un análisis de los costes medios de Deutsche Post por no existir, en el período relevante, la necesaria información contable; tampoco pudo comparar los precios de dicha operadora con los de otras, porque en aquel momento era el monopolista en el mercado postal en Alemania. A través de comparaciones con el coste estimado por la propia Deutsche Post, así como el acuerdo REIMS II (sobre distribución postal en toda Europa), la Comisión concluyó que el coste efectivo de gestión del correo en litigio era un 20 por 100 menos que las tarifas aplicadas, determinando la existencia de unos precios excesivos.

Por otro lado, en el conocido asunto *Microsoft*, precisamente una de las preocupaciones de las empresas denunciadas era que, al tener una posición dominante indiscutida en el mercado de los sistemas operativos para PCs, dicha empresa intentara extender dicha posición en otros mercados relacionados (buscadores de Internet, reproductores de archivos multimedia, etc.) y «empezara a aplicar precios excesivos»²⁰. Como es bien sabido la Comisión finalmente estimó que las dos únicas prácticas abusivas habían sido la venta vinculada del SO Windows con el Windows Media Player, y la negativa de proporcionar información sobre el *interface* para hacer los ordenadores —y sobre todo los servidores— compatibles entre sí. Con todo, en el largo texto de la decisión no falta la referencia a la Sentencia *Volvo*²¹, en la que se reafirma una vez más la doctrina de que si bien el ejercicio de un derecho exclusivo —como por ejemplo los que otorga la propiedad intelectual— no es en sí mismo abusivo, sí podría infringir el art. 82 CE si además conlleva conductas del tipo de vender piezas separadas a un precio excesivo.

En relación a esta última cuestión, otro ámbito en el que esta práctica ha tenido lugar es precisamente en el *interface* entre la aplicación

¹⁹ Decisión de la Comisión de 25 de julio de 2001, *DOCE* L 331/40, 2001, Considerandos núms. 159 a 167.

²⁰ Decisión de la Comisión de 24 de marzo de 2004, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 82 del Tratado CE (Asunto COMP/C-3/37.792 *Microsoft*), Considerando núm. 897.

²¹ Sentencia del TJCE, de 5 de octubre de 1988, Asunto 238/87, *Volvo. c. Veng*, 1988, ECR 6211.

de la normativa de defensa de la competencia y la regulación sobre derechos de propiedad intelectual e industrial. Como es bien conocido —y por ello no vamos a entrar aquí a analizar esta complejísima cuestión— esta cuestión se ha revelado como uno de los campos de estudio más dinámicos²² en el ámbito del Derecho antitrust, especialmente en lo que a abusos de posición dominante se refiere.

En el citado asunto *Volvo* y también en el asunto *Renault*²³, la Comisión (y la posterior confirmación por el Tribunal de Justicia) detectó la existencia de una práctica anticompetitiva del art. 82 del Tratado CE, por haber aplicado las empresas dominantes en los mercados de piezas separadas para sus vehículos precios excesivos, a la vez que dicho abuso estaba ligado la práctica —también abusiva— de la negativa de suministro, en este caso de la negativa a conceder una licencia de un derecho de propiedad industrial.

Como se ha indicado anteriormente, estos asuntos vienen a confirmar la opinión de algunos autores²⁴, según la cual, la negativa de suministro como tal (en ese caso la negativa a licenciar un producto que incluye una cierta tecnología patentada) no es en sí misma abusiva, sino que tiene que venir acompañada de otra práctica contraria al art. 82 del Tratado CE, en este caso la aplicación de precios excesivos.

C) Los medios de prueba

Como venimos diciendo, si difícil es determinar la existencia de unos precios excesivos en el mercado, mayor complicación reviste aún la tarea de acreditar dicha práctica, y la aproximación jurisprudencial a esta cuestión es la de un auténtico *cocktail* de diferentes enfoques y test empleados.

²² Además de por su importancia en jurisprudencia reciente (*Magill*, *IMS* o el propio asunto *Microsoft*) esta cuestión ha sido recientemente objeto de estudio y atención por todo tipo de autoridades antitrust a ambos lados del Atlántico, ya que uno de los puntos más controvertidos es precisamente la “divergencia” que en algunas áreas del conflicto se da entre el ordenamiento comunitario y el estadounidense. Así, p. ej., *Vid.* R. HEWITT PATE (Assistant Attorney General, Antitrust Division, US Department of Justice), «Competition and Intellectual property in the US: Licensing Freedom and the Limits of Antitrust», discurso pronunciado en la *EU Competition Workshop* celebrada en Florencia, 3 de junio de 2005; M. DELRAHIM, «US and EU Approaches to the Antitrust Analysis of Intellectual Property Licensing: Observations from the Enforcement Perspective», *ABA Section of Antitrust Law*, Washington, 1 de abril 2004, disponible en la página <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/203228.htm>.

²³ Sentencia del TJCE, Asunto 53/87 *Cicra v. Renault*, 1988, ECR 6039.

²⁴ *Vid.*, por todos, J. TEMPLE LANG, «Anticompetitive Abuse under art. 82 Involving Intellectual Property Rights», 8th Annual European Union Competition Workshop, Florence, junio 2003, publicado en C.-D. EHLERMANN e I. ATANASIU (eds.), *What is an abuse of a dominant position?*, Hart Publisher, pp. 28 ss.

Siguiendo la clasificación propuesta²⁵ por MOTTA, pueden resumirse en los siguientes:

	<i>Costes de la empresa dominante</i>	<i>Otros precios de la empresa dominante (discriminación)</i>	<i>Precios de otros productos similares de otras empresas</i>
Mismo mercado relevante (de producto y geográfico)	<i>United Brands 1978 CICCE 1985 SACEM II 1988 Ahmed Saeed 1989</i>	—	(Comparación con competidores) <i>United Brands 1978 Parke Davis 1968 Renault 1988</i>
Otro mercado relevante en el mismo Estado miembro	—	<i>General Motors 1975 British Leyland 1986</i>	<i>General Motors 1975 Bodson 1988</i>
Otro mercado relevante en un Estado miembro diferente	—	<i>United Brands 1978</i>	(Benchmarking) <i>Sirena 1971 Deutsche Grammophon 1971 SACEM I 1989 SACEM II 1989</i>

D) Análisis económico y valoración por la doctrina

El análisis exhaustivo de los diferentes tests propuestos desde un punto de vista económico excedería el ámbito de este trabajo, por lo que nos limitaremos a remitirnos a los estudios más recientes publicados a este respecto. En especial, siguiendo el enfoque adoptado por EVANS y PADILLA²⁶, pensamos que la principal utilidad de los mismos es la de garantizar una mínima coherencia económica del estándar legal que permita una valoración acertada de la política de precios de una empresa.

¿Qué valoración han merecido dichos pronunciamientos y en especial la línea jurisprudencial que parecen apuntar? La única conclusión en la que todos los autores parecen coincidir es en la dificultad de identificar los precios excesivos y en la insuficiencia de los tests propuestos hasta ahora.

Comentando decisiones recientes que abordan la regulación y aplicación de la prohibición contra los precios excesivos, como la mencionada Sentencia SACEM II²⁷ del TJCE, y en relación con las diferencias

²⁵ M. MOTTA y A. STEEL, 2004, p. 4.

²⁶ D. EVANS y J. PADILLA, «Excessive Prices: Using Economics to define administrable legal rules», *CEMFI Working Paper, núm. 0416*, septiembre 2004.

²⁷ Sentencia del TJCE, de 13 de julio de 1989, *Lucazeau, Debelle y Soumagnac c. SACEM*, Asuntos 395/87, 110/88, 241/88 y 242/88, *ECR*, 1989, p. 2811.

de enfoque entre la jurisprudencia norteamericana y la comunitaria, se ha señalado que «este tipo de decisiones magnifican las dificultades prácticas a la hora de tratar los precios excesivos del art. 86, a la vez que subestiman las diferencias entre el art. 86 y la Sección 2.^a (de la Sherman Act) (...). Los tribunales americanos han sido renuentes a asumir la función de determinar cuándo unos precios son razonables y a la continua supervisión de los precios que aplican las empresas dominantes. El art. 86, sin embargo, sí exige esa función. La Sentencia *SACEM II*, por supuesto, va más allá, en la medida en que sugiere que los tribunales son capaces de medir y evaluar la eficiencia. Esto también sería anatema para los Tribunales americanos, que generalmente han conseguido eludir estas cuestiones»²⁸.

Se ha criticado igualmente que la falta de precisión en cuanto a los criterios de consideración de un precio como excesivo lleva a que una empresa en situación de dominio nunca podrá saber cuándo se está comportando dentro de las normas del Derecho de la competencia, y por tanto estará permanentemente sujeta a una “debilitadora incertidumbre”²⁹.

En efecto, un rápido repaso de la jurisprudencia refuerza la conclusión —ya apuntada anteriormente— de la inexistencia de un test único y la presencia en cambio de un *cocktail* de aproximaciones empleadas para la determinación de cuándo un precio es excesivo. Una relación alternativa a la del profesor MOTTA de los factores que se deberían tener en cuenta a la hora de evaluar la existencia de una práctica abusiva de precios excesivos por parte de una empresa en posición dominante es la propuesta por GREEN, que señala que podrían practicarse una serie de tests que tengan en cuenta una serie de variables, a partir de la siguiente relación³⁰:

1. La inclusión injustificada de determinados costes.
2. Diferencias entre Estados miembros.
3. Diferencias con respecto a empresas competidoras.
4. Aproximación por relación precio-coste.
5. Capacidad del cliente de ser competitivo al precio que compra.
6. Evaluación de los precios a lo largo del tiempo.
7. Comparación con los precios de otros productos del mismo oferente.

²⁸ T. KAUPER, «EC Competition Law-The Road to 1992: art. 86, Excessive Prices, and Refusals to Deal», *59 Antitrust L. J.* 441, 38th Annual Meeting of the American Bar Association, 1990, p. 448.

²⁹ P. JEBSEN y R. STEVENS, «Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: the regulation of competition under art. 86 of the European Union», *64 Antitrust L. J.* 443, 1996, p. 505.

³⁰ Seguimos aquí la categorización expuesta en N. GREEN, «Problems in the Identification of Excessive Prices: The United Kingdom Experience in the Light of Napp», en C. D. EHLERMANN e I. ATTANASIU (eds.), *European Competition Law Annual 2003: What is an Abuse of Dominant Position?*, Hart Publishing Oxford.

4. LOS PRECIOS EXCESIVOS COMO ABUSO DE TIPO ANTICOMPETITIVO

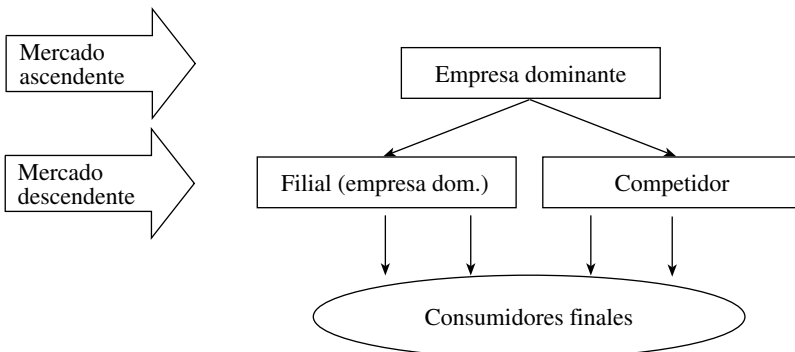
Las veces en que encontramos pronunciamientos de la Comisión o el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas condenando este tipo de abuso de los incluidos en el art. 82.a) CE son todavía más contadas que en el caso anterior.

En efecto, hemos considerado anteriormente el supuesto en el que la empresa dominante vende sus productos a un precio considerado como excesivo a clientes finales u otras empresas con las que no compite. Sin embargo, se da también la situación de que una empresa dominante, que esté verticalmente integrada, y aguas arriba (mercado ascendente) produzca un bien que es utilizado como *input* por una filial suya aguas abajo (mercado descendente), así como por otras empresas independientes, para la producción del bien final.

Hablamos entonces de bienes intermedios, y en esta situación, si la empresa dominante establece un precio demasiado alto en el *input* de su rival en el mercado descendente, éste sufrirá una desventaja competitiva con respecto a la filial de la empresa dominante que compite en su mismo mercado, y puede que, en último extremo, se vea expulsada de dicho mercado.

Este tipo de precio excesivo (que se ilustra en la figura 1) es calificado por algunos autores como *price squeeze*, y es considerado como un tipo de abuso eliminatorio o anticompetitivo. Como tal, es una estrategia de cierre (*foreclosure*) con la que, al igual que las negativas de suministro, las ventas anudadas o los precios predatorios, se consigue crear o mantener una posición dominante en el mercado descendente.

FIGURA 1



Como ya ha quedado dicho en el epígrafe introductorio, nos llama por ello la atención que en el reciente *Discussion Paper* sobre la aplicación del art. 82 del Tratado CE, en el que uno de los temas que con más profundidad se abordan es precisamente este tipo de estrategias de cierre (*vid.*, por ejemplo, los párrafos 70 y ss., en los que se distingue entre cierre vertical y horizontal), la Comisión Europea ignore totalmente la existencia de los precios excesivos, aun cuando reconozca explícitamente (párrafo 72) que el *price squeeze* puede incluirse como una sub-categoría de la negativa de suministro (que se analiza en detalle en los párrafos 207 y ss.).

Como en cualquier otro supuesto de abuso eliminatorio es necesario distinguir entre un *price squeeze* anticompetitivo y una política de precios legítima. De hecho, el art. 82 CE —en ninguna de sus prohibiciones— impide que una empresa, aunque sea dominante, ejerza una competencia efectiva, y aun agresiva, fundada en su mejor eficiencia empresarial, y por tanto el hecho de dejar un margen reducido a la entrada de nuevos rivales no puede ser considerado *per se* como un ilícito antitrust. Como se ha señalado acertadamente³¹, sólo aquel *price squeeze* que elimine del mercado a una empresa igual o más eficiente que la verticalmente integrada es anticompetitivo, y por tanto debe ser perseguido y sancionado.

Desde la primera decisión en la que la Comisión Europea aborda el tema del *price squeeze*, el asunto *National Carbonising*³², pasando por el conocido asunto del azúcar en el Reino Unido —*British Sugar v. Napier Brown*³³—, empezarán a proliferar casos de precios excesivos y pinzamiento de márgenes en sectores recientemente liberalizados (principalmente energía y telecomunicaciones) en los que el anterior monopolista tiene dominio en el mercado ascendente o es propietario de un recurso esencial, y compite —a través de filiales— con otros operadores en el mercado descendente de la prestación de servicios.

El caso del asunto *Poudres Sphériques*³⁴, y aunque sólo se toca la cuestión del precio excesivo eliminatorio a través de un *price squeeze* de forma tangencial, ha sido hasta la fecha el único pronunciamiento en el que la autoridad judicial comunitaria —en este caso el Tribunal de Primera Instancia— ha abordado de manera directa y tal como lo entendemos hoy este tipo de abuso.

«Así pues, la demandante considera que PEM aplicaba lo que la doctrina denomina “precios-tijera” o “squeeze”. Existe práctica de precios-tijera cuando

³¹ M. MOTTA y A. STEEL, *op.cit.*, p. 21.

³² Decisión de la Comisión de 29 de octubre de 1975, DOCE L 35/6, 1976.

³³ Decisión de la Comisión de 18 de julio de 1988, DOCE L 284/41, 1988.

³⁴ Asunto T-5/97, 2000, ECR II-3755, Considerando núm. 178.

una empresa que dispone de una posición dominante en el mercado de un producto intermedio y utiliza ella misma una parte de su producción para la fabricación de un producto elaborado, vendiendo en el mercado el excedente de dicho producto intermedio, fija el precio de venta a terceros del producto intermedio a un nivel tal que éstos no disponen de un margen de transformación suficiente para seguir siendo competitivos en el mercado del producto transformado».

Sí es de esperar que esta cuestión se aborde en profundidad en el recurso presentado ante el mismo TPI contra la Decisión de la Comisión en el Asunto *Deutsche Telekom*³⁵, y que está pendiente de resolución.

Como es sabido, este asunto se planteó por las elevadas tarifas que la operadora dominante en Alemania, con una situación de cuasimonopolio en el mercado mayorista de red de telefonía fija, aplicaba a los nuevos entrantes en el mercado minorista de las líneas telefónicas fijas.

La Comisión concluyó (Considerando núm. 107) que existía una práctica abusiva porque la diferencia entre los precios minoristas aplicados por la empresa dominante y el precio mayorista que aplicaba a sus competidores por servicios similares era negativa, o por lo menos insuficiente para cubrir los costes en que incurría ella misma cuando actuaba como prestador de servicios en el mercado descendente de líneas minoristas.

En su pronunciamiento la Comisión consideró probada la dominancia de DT en los mercados mayorista y minorista de acceso al bucle local, y que había llevado a cabo una práctica de pinzamiento de márgenes al dejar muy poco “espacio” entre las tarifas que tenía en el mercado mayorista de acceso al bucle local y los precios aplicados en el mercado descendente de suscripciones minoristas. Como consecuencia de este sistema los terceros competidores no podían establecer un precio competitivo que fuera atractivo a los consumidores finales.

Como se ha señalado desde ámbitos de análisis económico del Derecho de la competencia, uno de los muchos motivos por los que esta decisión ha sido polémica es porque en ella la Comisión «parece haber ido más lejos que el propio regulador nacional»³⁶. Como estamos viendo a lo largo de estas páginas, esta tentación regulatoria es uno de los peligros que con mayor frecuencia acechan a la autoridad antitrust cuando aborda el tema de los precios excesivos.

Desde luego, el debate está abierto acerca de si el *price squeeze* es una conducta anticompetitiva en sí misma, con independencia de que se

³⁵ Decisión de 21 de mayo de 2003, *DOCE* L 263/9, 2003.

³⁶ C. D. EHLERMANN y J. RATLIFF, «Mario Monti's Legacy for Competition Policy in art. 82», *Competition Policy International*, vol. 1, núm. 1, Spring 2005, p. 91.

demuestren o no también abusos de precios excesivos, discriminatorios o predatorios³⁷. Sí debería prohibirse al menos en dos ocasiones: cuando el pinzamiento de márgenes tiene como consecuencia efectos eliminatorios, y supone la expulsión del mercado de un competidor igual o más eficiente que la empresa dominante; cuando la autoridad de competencia detecta la existencia de precios excesivos —cuya prohibición está fuera de toda duda incluida en el ámbito del art. 82 CE— pero no puede probarlos por falta de datos u otro tipo de evidencia, y entonces acude a demostrar la existencia del *price squeeze* como prueba indirecta de la otra conducta anticompetitiva.

En nuestro país, cabe señalar la Resolución del TDC *Empresas Eléctricas*³⁸, en las que se dilucidaba si las empresas encausadas —Iberdrola, Endesa y Unión Fenosa—, todas ellas dominantes en sus respectivas zonas en el suministro para resolver restricciones técnicas, se separaron o no de la legalidad en las fechas de autos, mediante la aplicación de precios excesivos, para alcanzar sus fines.

Así, se señala en la Resolución (Considerando núm. 56):

«las autoras presentaron sus ofertas cumpliendo la letra de la Ley, pero vulneraron completamente su espíritu porque, al hacerlo a precios injustificada y artificialmente elevados, falsearon en su propio beneficio un proceso de formación de los precios competitivo querido por la Ley, prevaleciendo de que los demandantes afectados por las restricciones técnicas no tenían más remedio que pagar esos precios impuestos».

Concluye nuestra máxima autoridad antitrust que dicha actuación por parte de las compañías eléctricas se considera una conducta abusiva de su posición de dominio colectivo, y por tanto una infracción del art. 6 LDC y por la que fueron multadas cada una con una multa de 900.000 euros.

5. PRECIOS EXCESIVOS Y DISCRIMINATORIOS

Es evidente que, si se cuenta con los recursos necesarios para generar la necesaria evidencia procesal, la determinación de que un precio es o debe reputarse como excesivo puede llevarse a cabo a partir de un análisis de los costes de la empresa, teniendo en consideración los criterios habituales en este tipo de procedimientos: márgenes comerciales, costes de producción, estructura de costes, etc. En caso de una supuesta investigación, la cuestión determinante sería qué tipo de costes habrían de ser tenidos en cuenta para la determinación del margen de beneficio

³⁷ M. MOTTA y A. STEEL, *op.cit.*, 2004, pp. 21 ss.

³⁸ Resolución de 7 de julio de 2004, expte. 552/02.

aplicable a unas ventas concretas, así como qué factores de los mercados locales habrían de tenerse en consideración para determinar si las diferencias en los márgenes de beneficio es tal que los precios pueden considerarse excesivos, y por tanto ilícitos desde un punto de vista anti-trust en el sentido del art. 82.a).

Es en este último aspecto en donde el “parentesco” con la figura objeto de estudio, con otros ejemplos del catálogo del art. 82 —como por ejemplo la figura de la discriminación de precios—, resulta más patente. A este respecto, se ha señalado que «en la medida en que los diferentes niveles de precios en los diferentes Estados miembros resulten de la consideración de los mismos elementos que pueden tenerse en cuenta para evitar caer en la categoría del abuso consistente en la aplicación de precios discriminatorios del art. 86.c), los diferentes márgenes de beneficio en las ventas de productos en diferentes Estados miembros no pueden considerarse suficientes para establecer la existencia de precios excesivos, y por tanto desleales»³⁹. En palabras del profesor MOTTA, «en la práctica, la mayoría de los casos de precios excesivos se han tendido a subsumir en casos de precios discriminatorios»⁴⁰.

Es evidente que la discriminación no tiene por qué ocurrir en diferentes Estados miembros; basta con tener dos mercados geográficos diferenciados, en los que las diferentes condiciones de la demanda permitan al productor aplicar precios distintos extrayendo así el máximo excedente del consumidor en cada uno de ellos (a partir de la regla de la elasticidad inversa, o *Ramsey pricing*). Allí donde la demanda es más elástica no aplicará un precio demasiado elevado, para no correr el riesgo de perder clientes; si en cambio lo aplica en demasía en el mercado donde la demanda es más rígida, además de discriminatorio probablemente nos hallaremos ante un precio excesivo.

Desde luego, es importante distinguir esta figura de la de los precios discriminatorios propiamente dichos, pues —como acabamos de decir— aunque un precio puede ser a la vez excesivo y discriminatorio, los criterios para evaluar uno y otro han de ser diferentes, porque también lo es su efecto sobre la estructura y funcionamiento del mercado. Esta distinción es llevada a cabo con admirable precisión en la Sentencia *Aéroports de Paris c. Comisión de las Comunidades Europeas*⁴¹.

³⁹ M. SIRAGUSA, «The Application of art. 86 to the Pricing policy of Dominant Companies: Discriminatory and Unfair Prices», *CMLR*, núm. 16, 1979, p. 188.

⁴⁰ M. MOTTA y A. STEEL, *op.cit.*, p. 7.

⁴¹ Sentencia del TPI (Sala 3.ª) de 12 de diciembre de 2000, Asunto T-128/98, ECR, 2000, p. 0000: «el abuso consistente en la aplicación de tarifas discriminatorias sólo puede tener lugar, por definición, cuando un competidor de AFS, en concreto OAT, entra en el mercado. El hecho de que la tasa pagada por AFS fuera el resultado de una propuesta hecha por ella misma en el contexto de una convocatoria de ofertas no puede hacer que dicho canon escape al ámbito de

En otros casos ambas figuras pueden apreciarse conjuntamente, como fue el asunto dirimido por la Comisión⁴² cuando *ITT Promedia*, la filial belga de *US ITT World Directories*, formuló una queja formal de que los precios de acceso establecidos por el operador dominante eran tanto excesivos como discriminatorios, en el sentido de lo previsto por el —entonces— art. 86 del Tratado. Como se ha señalado acertadamente⁴³, la cuestión de los precios de acceso y su posible carácter excesivo o discriminatorio es una cuestión de especial relevancia en el sector de las telecomunicaciones.

Sin embargo, no es infrecuente que las autoridades comunitarias, ante la dificultad que también entraña la determinación de una discriminación de precios, acudan a la figura de los precios excesivos para constatar la apreciación de un abuso de posición dominante: «las investigaciones de la Comisión sobre políticas de precios suelen centrarse en las diferencias de precios para unos mismos productos que frecuentemente existen entre diferentes Estados miembros. Mientras que estos precios pueden ser, por sí mismos, discriminatorios en el sentido del art. 86, a la vista de las dificultades para demostrar esa discriminación, la Comisión frecuentemente ha preferido apoyarse en esas diferencias para alegar que los precios elevados eran excesivos y, por tanto, abusivos»⁴⁴.

Todo ello ha llevado, en la práctica, a la consideración frecuente de un tipo de abuso, híbrido entre el apartado *a)* y el *c)* del art. 82 CE, consistente en la «aplicación discriminatoria de precios excesivos»⁴⁵, y ante la dificultad —ya reseñada— de analizar costes, márgenes diferentes condiciones de mercado, etc., las autoridades de competencia acuden al recurso de la elevada diferencia en cuanto a la escala de precios, y la consiguiente discriminación entre los diferentes clientes, como factor determinante de la excesividad de los precios.

6. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS PARA EL DEBATE

La prohibición del art. 82.a) CE contra los precios excesivos no puede analizarse fuera del contexto de los fines que persigue la política comunitaria de competencia. En el asunto *British Leyland* anteriormente citado

aplicación del art. 86 del Tratado, especialmente cuando la cuestión aquí debatida no es el nivel de esos cánones como tales sino su carácter discriminatorio» (FJ 169).

⁴² Vid. nota de prensa de la Comisión IP/97/292, de 11 de abril de 1997.

⁴³ M. HAAG y R. KLOTZ, «Commission Practice concerning excessive pricing in Telecommunications», *Competition Policy Newsletter*, junio 1998, núm. 2.

⁴⁴ M. SIRAGUSA, *op.cit.*, p. 194.

⁴⁵ D. GERARD, «Price Discrimination under art. 82.c) EC: Clearing up the Ambiguities», *Research Paper on the Modernization of Article 82 EC*, Draft, 10 junio 2005, College of Europe (Brugge).

es evidente que, al aplicar ese mayor precio a los coches con el volante a la izquierda dicha empresa perseguía sencillamente impedir o por lo menos dificultar su compra y posterior reventa fuera del Reino Unido, problema que no se planteaba con los coches con volante a la derecha. El TJCE, al prohibir esta práctica, no sólo condena los supuestos precios excesivos, también —y sobre todo— quiere que no se limiten las posibilidades de comercio paralelo, ya que así se consigue el objetivo de integración de mercados.

La pregunta es: ¿es adecuada la política de competencia para perseguir estos fines? Pensamos que no, que eso debería conseguirse desde otros ámbitos del ordenamiento comunitario (regulación, libertad de circulación de bienes, etc.), ya que las consideraciones ajenas a la eficiencia en ocasiones —y ésta es una de ellas, como lo es en el ámbito de los precios discriminatorios— contribuyen notablemente a oscurecer y enturbiar la aplicación de la normativa antitrust. No lo es el hecho, por seguir con el ejemplo anterior, que el precio aplicado sea tan alto que no deje margen al comprador para participar en el libre juego de la oferta y la demanda en un mercado aguas abajo. En ese caso sí podría reputarse como excesivo, y quizá pueda ser éste un test adecuado para la determinación de esta figura, pero no desde luego la consecución de fines u objetivos que no son directamente el mantenimiento de un orden concurrencial saneado.

En este sentido, la prohibición actual contra los precios excesivos merece una valoración negativa —en conjunto—, por los siguientes motivos:

En primer lugar, no hay unos criterios objetivos y claros sobre cuándo un precio ha de considerarse como excesivo. Esto crea un marco de inseguridad jurídica en las empresas que mina su capacidad de actuación en el mercado y la sana política de competencia en precios.

En segundo lugar, no se tienen suficientemente en cuenta los desincentivos que esta regla antitrust supone para la inversión en desarrollar nuevos productos y servicios, por la falta de libertad en la que se ven incursas las empresas a la hora de fijar unos precios que garanticen un adecuado retorno de esas inversiones.

En tercer lugar, y tal como está configurada la prohibición en la actualidad, una aplicación efectiva de la misma exigiría una fiscalización continua de los precios aplicados por las empresas, tanto en los mercados de consumidores finales como en los de bienes intermedios, función que la actual carencia de medios de las autoridades antitrust, tanto comunitarias como nacionales, parece que está fuera de su alcance llevar a cabo.

En cuarto lugar, algunas de las propuestas formuladas hasta la fecha —como el test derivado de la jurisprudencia *SACEM II*— conlleva un

análisis y evaluación de la eficiencia de las empresas, tarea que también parece exceder el ámbito de actuación y los medios de las autoridades antitrust.

En quinto lugar, y al igual que ocurre con otros preceptos del catálogo de prohibiciones del art. 82 (especialmente la relativa a los precios discriminatorios), no puede utilizarse la figura de los precios excesivos como pretexto para conseguir objetivos regulatorios o fines metaconcurrentiales (e.g. la integración de mercados).

En el plano de las propuestas y recomendaciones, nos acogemos a la que plantea ⁴⁶ el profesor MOTTA, de definir una serie de condiciones o requisitos cuyo cumplimiento —cumulativo— justifique una actuación sobre los precios excesivos. Con una reformulación que permita fácilmente identificar los tres principios, podríamos hablar, en el caso de precios excesivos de carácter explotativo, de:

1. *Contestabilidad*: sólo puede prohibirse una política de precios excesivos si existen barreras legales de entrada (barreras, naturalmente, no justificadas por la protección de derechos de propiedad intelectuales u otros condicionamientos similares) que hagan al mercado en que dichos precios se aplican inexpugnable.

En caso contrario, los precios excesivos —especialmente en su modalidad más habitual, la explotativa— se autocorregirán, ya que la presencia en el mercado de rentas monopolísticas incentivará la entrada de nuevos operadores que rápidamente arrastrarán a la baja los niveles de precios.

2. *Subsidiariedad*: sólo debe permitirse una intervención directa de la autoridad antitrust prohibiendo una política de precios excesivos si no se encuentra otra forma alternativa para evitar sus efectos anti-competitivos.

Como ha quedado expuesto, aunque en el corto plazo parece que una intervención antitrust directa puede ser necesaria para proteger el bienestar del consumidor, en el largo plazo puede tener consecuencias negativas, ya que si las empresas anticipan que van a ver recortadas sus posibilidades de fijar precios para un producto o servicio que han desarrollado, ello desincentivará la inversión en investigación y desarrollo, y en definitiva la innovación, con lo que supone de perjuicio para el mercado en su conjunto y para el consumidor en particular.

3. *Especificidad*: sólo puede prohibirse —por la normativa antitrust— una política de precios excesivos si no existe una normativa sec-

⁴⁶ M. MOTTA y A. STELL, *op. cit.*, pp. 16 ss.

torial (e.g. telecomunicaciones, energía, etc.) que regule la aplicación de precios por las empresas presentes en dicho sector. En caso de existir agencias de regulación específicas del sector, es de suponer que su mejor conocimiento del mismo y sus mayores y mejor orientados recursos les convierten en los idóneos para vigilar y, en su caso, sancionar las políticas de precios excesivos.

Por otra parte, en el caso de los precios excesivos de carácter anti-competitivo o eliminatorio, y de igual modo que en el supuesto de los abusos explotativos, la intervención antitrust debe limitarse a aquellos mercados con elevadas barreras de entrada y contemplar asimismo los efectos desincentivadores sobre las decisiones de inversión e innovación de las empresas que ese tipo de intervención provocaría.