

**LA DOCTRINA DEL ABUSO EN LOS MERCADOS CONEXOS:
DEL “MONOPOLY LEVERAGING” A LAS “ESSENTIAL
FACILITIES”.**

Fernando Díez Estella¹.

1. Introducción.

2. El “monopoly leveraging”.

A) Origen.

B) La Sentencia *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, et al.*

C) Valoración.

D) La Sentencia *Tetra Laval c. Comisión.*

3. La teoría del abuso en los “mercados vecinos” o “conexos”.

A) En las Decisiones de la Comisión y las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

B) En las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia.

C) Prácticas que constituyen habitualmente el contenido concreto del abuso:

a) Prácticas discriminatorias.

b) Negativa injustificada de suministro.

4. La doctrina de las “essential facilities”.

A) Origen estadounidense de la figura.

B) La denegación de acceso en el derecho comunitario.

C) La Sentencia *Oscar Bronner.*

D) Evoluciones recientes.

E) Recapitulación.

5. Conclusiones.

¹ Profesor Ayudante de Derecho Mercantil. Universidad Antonio de Nebrija.

Agradezco a la Fundación ICO el apoyo financiero a este trabajo a través de la Cátedra Fundación ICO-Nebrija de Derecho y Economía de la Competencia. Igualmente, al profesor Francisco Marcos por sus valiosos comentarios.

1. Introducción.

En dos recientes pronunciamientos de nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia, la Resolución *Tubogás / Repsol*² y la Resolución *Tabacalera / Mc Lane*³, se ha puesto de manifiesto el avance imparable de una doctrina que no siempre ha gozado de general aceptación en la jurisprudencia antitrust, la del abuso en los mercados “vecinos” o “conexos”.

Esta aproximación al abuso de posición dominante –que de forma habitual se particulariza en la realización de prácticas discriminatorias o en negativas de acceso, venta o suministro– está en íntima relación con otras dos figuras cercanas cuya génesis en el ámbito antitrust se sitúa al otro lado del Atlántico: por un lado, la teoría de los “recursos esenciales” (*essential facilities*), cuya virtualidad práctica en la Unión Europea y su derecho comunitario ha sido objeto de reciente controversia, y por otro, la del *monopoly leveraging*, que ha cobrado últimamente un especial protagonismo al haberla empleado el Tribunal de Primera Instancia como herramienta analítica para fundamentar su Sentencia *Tetra Laval BV c. Comisión de las Comunidades Europeas*⁴, pronunciamiento cuya significación en el ámbito del régimen de control de concentraciones ha sido fundamental.

El posible solapamiento de figuras aparentemente distintas y en la práctica tan próximas entre si lleva a plantearse, respecto del abuso de posición de dominio en mercados conexos, la doctrina de los recursos esenciales y el *monopoly leveraging*, ¿Hasta qué punto coinciden en cuanto a su configuración normativa? ¿Qué relación guardan con la forma primigenia del abuso de posición dominante? ¿Nos hallamos ante tres manifestaciones jurídicas de un mismo fenómeno económico? ¿Qué postura ha de adoptar al respecto el derecho de defensa de la competencia?.

Al interés propio de estas instituciones se añade el hecho de que las tres están íntimamente ligadas con otras dos figuras clásicas ya en el derecho antitrust como son los precios discriminatorios y los acuerdos anudados (*tie-ins* o *tying agreements*). En efecto, como tendremos oportunidad de ir comprobando a lo largo de este trabajo, el entrelazamiento entre éstas y aquellas se produce de forma continua y constante en los pronunciamientos jurisprudenciales que las abordan.

Estas cuestiones, y en especial las condiciones impuestas tanto por la Comisión o el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea como por nuestro propio TDC para hablar de “abuso en mercado conexo” serán objeto de análisis en estas páginas. De su importancia práctica en la actualidad baste la cita de las palabras del Comisario MONTI en su intervención en la Fordham Annual Conference on International Antitrust Law & Policy cuando, haciendo referencia a la citada Sentencia del TPI –que comentaremos más adelante– en el asunto *Tetra Laval-Sidel*, señalaba la importancia de determinar “la posibilidad de que Tetra fuera capaz de, mediante el

² Resolución del TDC de 7 de marzo de 2002, Expte. 513/01.

³ Resolución del TDC de 24 de abril de 2002, Expte. 486/00.

⁴ Sentencia del TPI, de 25 de octubre de 2002, Asunto T-5/02. Texto disponible en la página web <http://www.curia.eu.int>.

apalancamiento de su posición de dominio en un mercado, ganar una posición de dominio en otro”⁵.

Para ello se seguirá el siguiente esquema: por ser la primera de las tres figuras en aparecer en el tiempo, en el Apartado II se estudiará lo que podríamos considerar como “versión estadounidense” del abuso en mercados conexos, y es la conocida como *monopoly leveraging*, o extensión – apalancamiento- del poder monopolístico del mercado en el que se ostenta la posición de dominio a otro mercado distinto, pero relacionado con aquél.

A continuación, en el Apartado III se analizará la teoría del abuso en los “mercados vecinos” o “conexos” tal como ésta se ha ido delimitando por la jurisprudencia comunitaria y española. Esto se llevará a cabo mediante el análisis de los diferentes pronunciamientos que han ido emitiendo nuestras autoridades de competencia, y que giran habitualmente en torno a dos instituciones clásicas del ordenamiento antitrust: las prácticas discriminatorias y la negativa de acceso, venta o suministro.

En el Apartado IV se llevará a cabo un examen de la doctrina de las *essential facilities* en su actual configuración normativa y jurisprudencial, con especial referencia a su incidencia en los llamados sectores regulados (energía, telecomunicaciones, etc.) y su relación con las instituciones anteriormente descritas, en el sentido de dilucidar en qué medida unas y otras son figuras “intercambiables”.

Finalmente, se ofrecen en el Apartado V las conclusiones de este trabajo.

2. El “monopoly leveraging”.

La posibilidad de que tenga lugar un apalancamiento del monopolio de tal manera que justifique la prohibición de una operación bajo el Reglamento de Concentraciones, y por extensión que pueda constituir un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 82 del Tratado de la UE es de especial importancia, y ha cobrado en la actualidad un peculiar protagonismo.

En efecto, cuestiones relativas al *leveraging* fueron invocadas por la Comisión Europea en la frustrada fusión *General Electric – Honeywell*, y están presentes –como veremos más adelante- en el procedimiento abierto en la actualidad contra la empresa *Microsoft*. Estas cuestiones seguirán teniendo importancia en el futuro del derecho de defensa de la competencia europeo en sí mismo y en sus relaciones con el derecho antitrust norteamericano, pues es precisamente este tema uno de los que más ha enfrentado recientemente a los miembros del Departamento de Justicia de EE.UU. y los de los organismos comunitarios de Bruselas.

Para una correcta comprensión de esta figura haremos un recorrido inicial por su origen histórico, veremos a continuación en qué medida su entendimiento se ha visto influido por la Sentencia del Tribunal Supremo

⁵ MONTI, M., “EU Competition Policy”, *Fordham Annual Conference on International Antitrust Law & Policy*, Nueva York, 31 de octubre de 2002 (texto en: <http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/>).

norteamericano *Eastman Kodak v. Image Technical Services, et al.* para seguidamente hacer una valoración de la misma a la luz de los comentarios doctrinales que ha recibido en los Estados Unidos y el pormenorizado análisis llevado a cabo por el Tribunal de Primera Instancia europeo en su Sentencia *Tetra Laval BV. c. Comisión de las Comunidades Europeas*.

A) Origen de la figura.

En la doctrina antitrust estadounidense el uso del poder de monopolio en un mercado para lograr una ventaja competitiva en otro, la teoría del *monopoly leveraging* –o en su traducción castellana, *apalancamiento del monopolio*– es conocida desde antiguo, y se ha considerado como violación de la Sección 2ª de la Sherman Act a partir de que el Tribunal Supremo estableciera en la Sentencia *United States v. Griffith*⁶ que “*the monopoly power cannot be used to beget monopoly*”, al concluir que una empresa monopolista en el mercado de la producción de películas no podía ampliar su monopolio al mercado de la distribución de películas mediante la obtención de derechos exclusivos.

Este concepto es bastante controvertido, ya que se discute la aplicabilidad de la Sección 2ª de la Sherman Act cuando, a pesar de adquirir también poder de monopolio en el segundo mercado, no se intenta “monopolizar”⁷ éste. Así, el Tribunal del 2º Circuito ha afirmado en la Sentencia *Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.*⁸ que existe infracción sólo en la medida en que se demuestre el abuso de dicho poder de mercado. Por su parte, el Tribunal de Apelaciones, en la Sentencia *Alaska Airlines v. United States*⁹, tras constatar que las leyes antitrust permiten el monopolio que se derive de una mayor eficiencia, afirma que:

“*los elementos que establecen las acciones de monopolizar e intento de monopolización son esenciales para diferenciar entre monopolios naturales y eficientes, por un lado, y monopolios ilegales por otro. La doctrina sobre el apalancamiento de monopolio contenida en la Sentencia Berkey Photo no establece la distinción adecuada entre dichos monopolios*”.

Consecuentemente, se establecen¹⁰ los siguientes requisitos para que esta doctrina sea aplicable:

⁶ 334 U. S. 100, 108 (1948).

⁷ Llegados a este punto se impone una pequeña digresión sobre el vocabulario y la terminología que se emplea en este trabajo. En el ámbito del derecho antitrust es conocida la similitud –cuando no plena identidad– conceptual entre el término castellano “abuso de poder de mercado” y el americano “*to monopolize*”. En aras de la claridad de la exposición utilizaremos ambos indistintamente, al igual que los términos “*monopoly power*” y “posición de dominio” o “poder de mercado”, señalando cuando sea preciso si hay algún matiz que conviene tener en cuenta. Este uso indistinto de los términos es el llevado a cabo por la doctrina que más ha elaborado estudios comparados de ambos ordenamientos; *Vid.*, por todos, HAWK, B., “The American (Anti-trust) Revolution: Lessons for the EEC?”, *European Competition Law Review*, Vol. 9 (1), 1988, págs. 78, 83, etc.

⁸ 603 F. 2d 263, 275 (2nd Cir. 1979).

⁹ 948 F. 2d 536, 548 (9th Cir. 1991).

¹⁰ *Grand Light & Supply Co. v. Honeywell, Inc.*, 771 F.2d 672, 681 (2nd Cir. 1985).

- 1) Tener posición de dominio –*monopoly power*- en un mercado.
- 2) Usar de ese poder, aún que haya sido adquirido por méritos propios y de forma totalmente legal, para perjudicar la competencia, ganar una ventaja competitiva o eliminar la competencia en un mercado distinto.
- 3) Que dicha conducta provoque un daño efectivo.

B) La Sentencia *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, et al.*

En la importante Sentencia *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, et al.*¹¹, el Tribunal Supremo ha vuelto a hacer unas interesantes consideraciones en relación a las ventas ligadas (acuerdos anudados, *tying agreements* o *tie-ins*), una de las fórmulas con las que más frecuentemente se lleva a cabo la extensión del poder de monopolio de un mercado a otro.

Por otro lado, y como reflejo de ese “entrelazamiento” entre diversas figuras que anunciábamos anteriormente, el abuso de posición dominante en mercados conexos a través de acuerdos anudados es una de las prácticas más comunes asociadas a la discriminación de precios¹²; así, en la Sentencia que estudiaremos detalladamente en el próximo apartado, *Tetra Pak II*, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea precisamente condenó la práctica conocida como *jumelage*, consistente en obligar a los clientes a adquirir los envases para productos alimenticios junto con las máquinas de envasado.

Empieza preguntándose el alto tribunal estadounidense (Párrafo n° 26) si la falta de poder de mercado en el mercado primario (fotocopiadoras y equipos de micro fotografía) impide detentarlo en los mercados descendentes derivados (servicio postventa y piezas de recambio para las máquinas). A continuación plantea (Párrafo n° 30 y ss.) el hecho de que en los mercados de bienes complejos y duraderos, la existencia de información y know-how muy relevante y altos costes de cambio –*switching costs*- hacen que la conexión entre ambos mercados sea menos apremiante. Finalmente concluye (Párrafo n° 36) que:

“Kodak practicó una política de precios discriminatorios, vendiendo piezas de recambio a clientes que tenían contratado su servicio postventa, y negándose a venderlas a clientes que tenían contratado ese servicio con terceros”.

Por otra parte, en un voto particular a esta sentencia, los magistrados SCALIA, O’CONNOR y THOMAS sostenían la tesis (Párrafo n° 75) de que:

¹¹ 504 U. S. 451 (1992).

¹² De hecho, en la doctrina que se ha dedicado al estudio de los acuerdos anudados, se ha llegado a afirmar que los precios discriminatorios han “sustituido” a la formulación clásica del *monopoly leveraging*. Vid., a este respecto, BOWMAN, W. S., “Tying Arrangements and the Leverage Problem”, 67 *Yale L. J.* 19 (1957), págs. 19 y ss; y BURSTEIN, M. L., “A Theory of Full-Line Forcing”, 55 *N. W. U. L.Rev.* 62 (1960), págs. 62 y ss.

“aunque el Tribunal ha apreciado correctamente que las leyes antitrust no permiten ni siquiera a un monopolista natural proyectar su poder monopolístico a otro mercado, v.gr. para explotar su posición dominante en un mercado expandiendo su imperio al mercado próximo, sin embargo, cuando el productor usa su control sobre piezas de recambio de marca para adquirir importancia en el servicio postventa de esa marca, el apalancamiento del monopolio no suele tener consecuencias prácticas”.

C) Valoración.

Como era de esperar, desde amplios sectores doctrinales se ha llevado a cabo una valoración de esta teoría que, en ocasiones, ha sido bastante demoledora. Es el caso de los juristas-economistas vinculados a la Escuela de Chicago, para quienes la empresa no tiene realmente incentivos suficientes para llevar a cabo esta práctica. Así, el profesor BORK afirma que “la teoría legal de los acuerdos anudados es simplemente otro ejemplo de la teoría, ya desacreditada, de la *transferencia de poder*, y es posible que ninguna otra variedad de dicha teoría haya sido más concienzuda y repetidamente desbaratada por la literatura legal y económica”¹³. Por su parte, el juez POSNER, tras constatar que “la tradicional objeción frente a los acuerdos anudados es que permiten a una empresa con poder monopolístico en un mercado obtener un monopolio en un segundo mercado”¹⁴, plantea las siguientes objeciones:

1) Una vez que se da por supuesto que los acuerdos anudados son una fórmula a través de la cual una empresa monopolista apalanca su posición dominante en otro mercado, es superfluo o redundante exigir demostrar la posición de dominio en el primer mercado, ya que si éste poder no existe no se puede imponer el tie-in.

Este tipo de razonamiento “circular” es el que encontramos en la Sentencia *AKZO*, en la que el Tribunal de Primera Instancia de la UE confirmó la postura de la Comisión al considerar como mercado relevante el de los peróxidos orgánicos, a pesar de que los abusos se estaban cometiendo en el de los aditivos farináceos. El motivo aducido¹⁵ fue que *AKZO* había planteado ese comportamiento estratégico en ese segundo mercado, donde no era dominante, para proteger su posición en el primero, donde sí lo era. Como ha señalado la doctrina: “este razonamiento parece viciado, si no circular: a primera vista, si uno no es dominante en un mercado no puede cometer un abuso allí porque la capacidad de cometer un abuso es imprescindible para determinar la existencia de posición dominante”¹⁶.

¹³ BORK, R. H., *The Antitrust Paradox, A policy at War with Itself*, Ed. Free Press, Nueva York, 1983., pág. 372.

¹⁴ POSNER, R. A., *Antitrust Law, An Economic Perspective*, The University of Chicago Press, Chicago 1976, pág. 172.

¹⁵ Sentencia del TPI, de 3 de julio de 1991, Asunto C-62/86, *E.C.R.* (1991) p. I-3359, párrafos 38 a 46.

¹⁶ JEBSEN, C. y STEVENS, R., “Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: the regulation of competition under article 86 of the European Union”, *64 Antitrust L. J.* 443 (1996), pág. 477.

2) Por otro lado, tal como los Tribunales parecen aplicar esta teoría, no se exige ninguna demostración de que el monopolio en el segundo mercado es una consecuencia, si quiera remotamente posible, del acuerdo anudado.

3) Finalmente, la teoría no explica porqué una empresa con poder monopolista en un producto iba también a querer monopolizar los productos complementarios. Aunque es evidente que dos monopolios son “mejor” que uno solo, si los productos –por definición- se usan conjuntamente, al aumentar el precio del producto secundario disminuirá la demanda también del producto principal¹⁷.

Especialmente clarificador resulta, en este sentido, el profesor KAPLOW cuando aborda esta cuestión en un extenso artículo¹⁸ en el que recoge –y arremete contra- las opiniones anteriormente citadas. Por razones de espacio no podemos aquí comentar todas sus tesis, con lo que nos limitaremos a dejar constancia de las principales afirmaciones a las que luego se hará referencia a lo largo de este trabajo:

1) Es incorrecto pensar que un monopolio es un coste de “suma fija”, en el sentido que da igual que se explote ese poder en el mercado donde se ostenta el dominio o en un mercado próximo¹⁹.

2) La distinción, relativa al *monopoly leveraging*, entre maximización del beneficio por un monopolista y extensión de su poder a otro mercado no es adecuada para distinguir prácticas anticompetitivas de la que no lo son²⁰.

3) A la hora de valorar el *monopoly leveraging* desde una perspectiva antitrust se hace necesario evaluar no sólo la posibilidad sino también los incentivos que tiene la empresa en cuestión de llevar a cabo este tipo de prácticas²¹.

Otros enfoques doctrinales²² comparten esta opinión desde el análisis de situaciones concretas, como por ejemplo, la extensión del monopolio –ya que sólo él sabe la identidad de los pacientes- que tiene un hospital sobre la atención básica a otros servicios de salud complementarios –como la atención a domicilio-.

Especialmente ilustrativa y acertada nos parece la interpretación de la teoría del *monopoly leveraging* como el antecedente norteamericano de lo que en versión europea se conoce como abuso en mercados vecinos, o viceversa, hechas naturalmente las oportunas salvedades. Estas se derivan del hecho de que la *equidad* o *justicia distributiva* constituyen en el Derecho comunitario de competencia principios rectores de un peso mucho mayor que en el ordenamiento antitrust estadounidense. Toda la jurisprudencia en torno al

¹⁷ De ahí que, para que la comercialización de ambos productos sea rentable y el productor pueda obtener beneficios adicionales de la monopolización del producto complementario tiene que poder aplicar una política de precios discriminatorios.

¹⁸ KAPLOW, L., “Extension of Monopoly Power through Leverage”, 85 *Colum. L. Rev.* 515 (1985), págs. 515 a 556.

¹⁹ *Ibid.*, págs. 517 y ss.

²⁰ *Ibid.*, págs. 520 y ss.

²¹ *Ibid.*, págs. 539 y ss.

²² BLAIR, R. y BURT, J., “Leveraging Monopoly Power Through Hospital Diversification”, 1 *Stan. J. L. Bus. & Fin.* 287 (1995).

artículo 82 y en especial la “extensión” de la figura del abuso a mercados distintos a aquellos en los que se detenta la posición de dominio ha de interpretarse, como veremos detalladamente en el epígrafe siguiente con esta consideración de fondo: la preocupación por los pequeños competidores²³.

En el caso de la Sentencia *Tetra Pak II* fue la protección de su competidor *Elopak* lo que motivó la decisión final. Como ha señalado un autor estadounidense comentando esta Sentencia, “uno puede considerar la teoría del *monopoly leveraging* en los Estados Unidos como un intento por parte de los tribunales –que, en este aspecto, carecen del expreso mandato que sí tiene la Comisión Europea- de introducir en sus pronunciamientos consideraciones de equidad. De hecho, la viabilidad de esta doctrina dependerá de la voluntad y habilidad de los Tribunales estadounidenses para trascender las nociones de eficiencia económica y poder de mercado en la aplicación de la Sherman Act”²⁴.

El último “capítulo” de esta historia²⁵ lo constituye el caso *Microsoft* pues, como es bien conocido, una de las principales imputaciones que se le hacían al gigante²⁶ de la informática era precisamente pretender extender su dominio en el mercado de los sistemas operativos para PCs al mercado del software para servidores –en especial los navegadores- a través de un ‘tie-in’ entre *Windows* y el *Internet Explorer*. Una vez aprobado el 1 de noviembre de 2002 por la juez federal Collen Kollar-Kotelly el acuerdo entre el Gobierno de EE.UU. y esta empresa que zanja el largo proceso iniciado en 1999, la atención se centra ahora en la Unión Europea, ya que la Comisión inició el 3 de agosto de 2000 una investigación contra Microsoft por un supuesto abuso de posición de dominio. El Pliego de Cargos se hizo público el 31 de agosto de 2001 y el proceso está todavía pendiente de resolución final.

A este respecto, ante una pregunta escrita a la Comisión sobre si es abusivo el comportamiento de esta empresa de aumentar al precio al que licencia su paquete de software *Office* en Bélgica y Holanda, el comisario MONTI ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre estas dos cuestiones, el *monopoly leveraging* y los *tie-ins*, señalando que la investigación “se centra en la alegación de que Microsoft ha abusado de su posición de dominio en el mercado de los sistemas operativos de los ordenadores personales apalancando este poder en el mercado de software de servidores de Internet” así como “que está atando ilegalmente su producto *Media Player* con su sistema operativo dominante *Windows*”²⁷.

²³ *Vid.*, para un mayor abundamiento en esta cuestión, GRIMES, W. S., “Antitrust and the Systemic Bias Against Small Business: Kodak, Strategic Conduct, and Leverage Theory”, *Case Western Reserve Law Review*, Fall 2001, n° 1, págs. 153 y ss.

²⁴ KAREFF, S., “Tetra Pak International S. A. v. Commission (Tetra Pak II): The European Approach to Monopoly Leveraging”, *28 Law & Pol’y Int’l Bus.* 549 (1997), pág. 574.

²⁵ *Vid.*, un interesante análisis en JIMÉNEZ LAIGLESIA, J. M., “El asunto *Microsoft*: competencia y tecnología”, *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la UE*, n° 215, Septiembre 2001, págs. 26 a 42.

²⁶ Los paralelismos con el caso IBM son, desde luego, dignos de mención; *Vid.*, “The long shadow of Big Blue”, *The Economist*, Nov. 7th 2002, págs. 45 y 46, en donde se detalla además como Microsoft no ha conseguido –de momento- extender su monopolio a otros mercados como las agendas electrónicas, los teléfonos móviles, la televisión interactiva o las consolas y videojuegos.

²⁷ Cuestión Escrita E-0174/02, por Bart States (Verts/ALE) a la Comisión, de 5 de febrero de 2002, *D.O.C.E. C 301 E/027*, de 5 de diciembre de 2002.

En este sentido, los intentos –por el momento frustrados- por parte de Microsoft de *extender* la posición de dominio que ostenta en el mercado de los sistemas operativos y software para PC's a lo que se presenta como el nuevo y prometedor mercado digital, el de la telefonía móvil²⁸, dominado de momento por un grupo de empresas (Nokia, Motorola, Samsung, Ericsson, Siemens) que han desarrollado el *Symbian* (un “sistema operativo” para teléfonos móviles que pretende convertirse en el *Windows* de este mercado) promete interesantes conflictos en relación a las figuras aquí estudiadas.

D) La Sentencia *Tetra Laval c. Comisión*.

En pocos pronunciamientos de los órganos judiciales comunitarios se ha llevado a cabo un análisis tan extenso y pormenorizado de una figura como el realizado por el Tribunal de Primera Instancia respecto del *monopoly leveraging* en su Sentencia *Tetra Laval c. Comisión*.

Como es conocido, este reciente pronunciamiento es el tercero de una serie de casos en los que el TPI ha anulado sendas Decisiones de la Comisión Europea (las anteriores fueron *Air Tours/First Choice* y *Schneider/Legrand*) en las que ésta prohibía dichas operaciones de concentración según el Reglamento 4064/1989. Como hemos avanzado, la importancia de esta Sentencia probablemente no tenga parangón en el ámbito del derecho comunitario del control de concentraciones (que a partir de ella va a verse sometido a una intensa reforma en los próximos meses) y aún en campos más amplios del propio derecho comunitario como son la fundamentación por parte de la Comisión de sus decisiones, el test de la dominancia frente al de reducción efectiva de la competencia, el empleo del análisis económico del derecho y el mismo papel revisor por parte de las instancias judiciales europeas de las decisiones de los órganos administrativos. Sin embargo, el estudio de estas cuestiones excede con creces el ámbito de este estudio, y el motivo de traer aquí a colación esta sentencia es la cuestión analizada en ella del *monopoly leveraging*.

En efecto, el eje vertebrador de este pronunciamiento y lo que lleva al TPI a anular la Decisión de la Comisión *Tetra Laval – Sidel*²⁹ no es otro que el análisis de si efectivamente es legal y económicamente posible que fruto de la posición dominante en un mercado una empresa pueda apalancarse y extender su poder a otro mercado vecino o conexo.

Al igual que hizo en la Decisión *Tetra Pak II* –que estudiaremos en detalle en el siguiente epígrafe- la Comisión consideró probado el dominio de la empresa Tetra en los mercados de envasados asépticos y de máquinas de envasado aséptico. En esta ocasión la Comisión identificó³⁰ dos mercados vecinos más en los que la concentración podría tener efectos relevantes: el

²⁸ *Vid.*, “Nokia v. Microsoft: the fight for digital dominance”, *The Economist*, Nov. 21st 2002, págs. 32 y ss.

²⁹ Decisión C (2001) 3345 final, de la Comisión, de 30 de octubre de 2001, por la que se declara una concentración incompatible con el Mercado Común y el acuerdo EEA (Asunto No COMP/M.2416 - *Tetra Laval / Sidel*). Texto disponible en la página web <http://www.curia.eu.int>.

³⁰ *Ibid.*, Considerando n° 213.

primero, el de maquinaria de envasado para PET (*polyethylene terephthalate*), material empleado para la fabricación de botellas de plástico transparentes y el de maquinaria SBM (*stretch blow moulding*), tanto las de baja como las de alta capacidad; el segundo, el mercado de maquinaria de envasado de botellas “opacas” HDPE (*high density polyethylene*).

De forma muy sintética podemos resumir la Decisión en el sentido de que la Comisión entendió que la operación no debía autorizarse por los siguientes motivos:

1) Reforzaría la actual posición de dominio de Tetra en el mercado del envasado de comida en recipientes asépticos de cartón ya que eliminaría la actuación de Sidel como competidor en el mercado de envasado PET, lo que llevaría a una estructura de mercado apta para el *leveraging*³¹.

2) Llevaría a la creación de una posición de dominio por parte de la entidad resultante en el mercado del envasado PET, derivada precisamente de la posibilidad de que Tetra apalancara su dominio en el mercado de envasado aséptico en cartón al mercado de envasado PET en el cual Sidel tenía ya una posición muy consolidada.³²

3) La situación de fuerza de la entidad resultante en los mercados de cartón y PET unido a su posición destacada en el mercado de maquinaria HDPE le llevarían a reforzar su posición dominante en ambos mercados, elevando barreras de entrada y eliminando la posibilidad de competencia³³.

Por su parte, el TPI entendió –y resumimos mucho su extensa argumentación- que si bien la Comisión había identificado correctamente en riesgo de que Tetra intentara apalancar su posición de dominio³⁴ del mercado de maquinaria de envasado en cartón al de PET, y que este tipo de *monopoly leveraging* tomaría la forma de ventas anudadas, precios predatorios y discriminatorios, guerras de precios, descuentos de fidelidad, negativas de suministro de equipos o de servicios post-venta, había errado a la hora de evaluar los incentivos para llevar a cabo este tipo de conductas anticompetitivas. Habida cuenta de que estas conductas constituirían un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 82 del Tratado UE, del riesgo de su detección y sanción por parte de las autoridades antitrust y del compromiso ofrecido por la propia Tetra de no llevarlas a cabo, concluye³⁵ el

³¹ *Ibíd.*, Considerando n° 359.

³² *Ibíd.*, Considerando n° 325 a 330. Refiriéndose *inter alia* a los estrechos vínculos existentes entre los mercados de envasado en cartón y maquinaria de envasado sistema PET, la Comisión concluye que la fusión “*would create a market structure providing considerable scope for anti-competitive effects arising from the merged entity’s simultaneous dominant and leading position in carton and PET equipment respectively*”.

³³ *Ibíd.*, Considerando n° 214.

³⁴ *Vid.*, como botón de muestra de lo “académico” en su razonamiento que resulta el TPI en esta ocasión las enseñanzas contenidas en el Considerando n° 151 de la Sentencia: “*Thus, by way of example, in a case where the markets in question are neighbouring markets and one of the parties to a merger transaction already holds a dominant position on one of the markets, the means and capacities brought together by the transaction may immediately create conditions allowing the merged entity to leverage its way so as to acquire, in the relatively near future, a dominant position on the other market. This could especially be the case where the relevant markets are tending to converge and where, in addition to the dominant position held by one of the parties to the transaction on a market, the other party, or one of the other parties, to the transaction holds a leading position on another market*”.

³⁵ Sentencia del TPI, *cit.*, Considerando n° 254.

TPI que la Comisión no ofrece la “evidencia suficientemente convincente” de que dicho *monopoly leveraging* iba a tener lugar. En la línea de lo apuntado por KAPLOW, no hay suficientes incentivos para desarrollar este tipo de comportamiento.

En concreto, afirma el TPI que no es óbice para la posibilidad del apalancamiento el hecho de que éste tenga lugar entre mercados de productos que son “débiles sustitutivos” en vez de “complementarios”³⁶. Además, mientras se señala específicamente que la entidad resultante de la operación tendrá la ventaja propia del que “mueve ficha” primero a la hora de proveer a clientes de cartón cuando éstos se cambien al PET para el envasado de sus productos, se constata también que el crecimiento previsible del mercado del envasado PET aducido por la Comisión en este sentido no reúne los requisitos de estándares legales necesarios.

Como hemos avanzado ya, en cuanto al tema del previsible y potencial *leveraging*, el TPI señala³⁷ que al excluir las conductas que infringirían el artículo 82 y las que la propia Tetra se compromete a no llevar a cabo, se limitan bastante los posibles medios de *leveraging* de la entidad resultante de la fusión.

En particular, y dado que el principal aserto de la Comisión en cuanto al *leveraging* se refería a las máquinas SBM, el TPI lleva a cabo una concienzuda labor de “desguace” de los razonamientos de la Decisión recurrida, en dos tiempos –en función del líquido que envasan-:

1) Respecto a las máquinas SBM de baja capacidad³⁸, el TPI le reprocha a la Comisión un “error de apreciación manifiesto” en cuanto a la posibilidad de *leveraging* derivado de no haber tenido en cuenta una serie de factores: el hecho de que la cuota de Sidel sólo fuera del 40%, el compromiso de Tetra de escindir su filial Dynaplast –activa en este segmento-, la llegada de dos nuevos competidores y el potencial de crecimiento del mercado de este tipo de envasado, especialmente en productos como la cerveza o el agua.

2) Respecto a las máquinas SBM de alta capacidad³⁹, el TPI igualmente echa en cara a la Comisión que no ha evaluado correctamente una serie de factores que minarían la capacidad de la entidad resultante de alcanzar una posición dominante en este mercado por la vía del *monopoly leveraging*: la posibilidad que los clientes que envasan productos alimenticios se pasen al sistema HDPE en vez de al PET, el compromiso de Tetra de no efectuar ofertas conjuntas de envasado en cartón y equipamientos de PET, la existencia de otros competidores, y el hecho de que productos como la cerveza

³⁶ *Ibid.*, Considerando n° 164. Para otra interesante disertación sobre la naturaleza y el carácter sustitutivo o no de dos productos, *Vid.*, el Considerando n° 169: “*Leveraging is possible not only when the products in question are 'complements' in the economic sense of the term, but also when they are 'commercial complements', that is to say, when the products are used by the same group of customers. This is so when, for example, as in the present case, the products in question are related and belong to closely neighbouring markets. The assessment of leveraging involving products which are commercially related (such as whisky and gin or vitamins for different psychological needs) is based on an approach which is supported by the case-law (Case T-30/89 Hilti v Commission [1991] ECR II-1439, confirmed on appeal in Case C-53/92 P Hilti v Commission [1994] ECR I-667; and also the Tetra Pak II cases, cited above in paragraph 40)*”.

³⁷ *Ibid.*, Considerando n° 224.

³⁸ *Ibid.*, Considerando n° 283.

³⁹ *Ibid.*, Considerando n° 306.

difícilmente se van a envasar en cartón, y sí en cambio en PET, con lo que el *leveraging* de un mercado a otro es imposible.

3. La teoría del abuso en los “mercados vecinos” o “conexos”.

Uno de los caracteres más peculiares de todo el derecho comunitario de competencia –sobre todo si se compara con su homólogo estadounidense- es la capacidad de sancionar un abuso de posición dominante cometido en un mercado relevante de producto distinto a aquel en el que la empresa tiene posición de dominio, pero relacionado o “conexo” con éste. Este mercado la doctrina europea anglosajona⁴⁰ lo conoce como *ancillary market* o mercado auxiliar; en el ámbito de la Unión Europea esta construcción recibe la denominación de “abuso en un mercado vecino”, y el equivalente principal en Estados Unidos es –como hemos tenido oportunidad de ver- el *monopoly leveraging*.

Las consideraciones apuntadas anteriormente sobre el diferente peso que en uno y otro ordenamientos tienen las consideraciones sobre equidad, justicia redistributiva, maximización de la eficiencia, integración de mercados y asignación de recursos cobran, en un análisis comparado del *monopoly leveraging* estadounidense y el abuso en mercados conexos comunitario toda su significación.

A) En las Decisiones de la Comisión y las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

El primer pronunciamiento judicial que fue más explícito a la hora de admitir esta concepción ampliada del abuso -con la consiguiente relativización⁴¹ o debilitamiento del vínculo geográfico entre la posición dominante y la conducta- lo constituye la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el Asunto *Tetra-Pak Internacional, S.A. c. Comisión de las Comunidades Europeas*⁴² según la cual, en opinión de la profesora CURTO POLO “es posible aplicar el artículo 82 a conductas realizadas por un oferente en un mercado en el que no goza de posición dominante (o al menos no ha sido establecida por las autoridades comunitarias) cuando sí ha quedado establecida su posición privilegiada en un mercado conexo en el que no se dejan sentir los efectos de la práctica llevada a cabo”⁴³.

⁴⁰ *Vid.*, por ejemplo, JEBSEN, P. y STEVENS, R., “Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: the regulation of competition under article 86 of the European Union”, *64 Antitrust L. J.* 443 (1996), págs. 443 a 517.

⁴¹ *Vid.*, la extensa e interesante opinión del Abogado General Sr. Ruiz Jarabo Colomer, cuando este asunto llegó al TJCE, en la que habla de “estos precedentes (...) reflejan un cambio de tendencia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia hacia una progresiva *relajación* de la relación entre la posición dominante y el abuso” (la cursiva es añadido nuestro), Opinión del Abogado General, nº 52.

⁴² Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala 2ª), de 6 de octubre de 1994, Asunto T-83/91, *E.C.R.* (1994) p. II-0755.

⁴³ CURTO POLO, M., “Hacia una noción ampliada del abuso de posición dominante (Comentario a la Sentencia del TJCE de 14 de noviembre de 1996, *Tetra Pak Internacional, S. A. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto C-333/94 P)”, *ADI*, Vol. XVIII, Madrid – Santiago de Compostela, 1997, pág. 367. Sobre esta ampliación del concepto tradicional de abuso, *Vid.*, también RODRÍGUEZ ARTIGAS,

Esta Sentencia resuelve el recurso de anulación planteado por la empresa Tetra Pak contra la Decisión *Tetra Pak II*⁴⁴, en la que la Comisión estableció (párrafo n° 11) la presencia de la empresa en cuatro mercados diferentes:

- 1) el mercado de las máquinas con tecnología de esterilización de envases de cartón que permiten acondicionar es estos envases, en condiciones asépticas, productos líquidos.
- 2) el mercado del material para envasado en las máquinas asépticas.
- 3) el mercado de las máquinas para el acondicionamiento en envases de cartón de productos alimenticios, en condiciones no asépticas.
- 4) el mercado del material para envasado en las máquinas no asépticas.

Como ha señalado acertadamente la profesora VILÁ COSTA, “el interés principal de la Sentencia de 6 de octubre de 1994 reside en el hecho de que confirma un método de análisis según el cual puede constatarse la realización de un abuso *sobre un mercado distinto* de aquél sobre el que la empresa es dominante, cuando menos, si se da una *vinculación estrecha* entre ambos mercados”⁴⁵.

Esta “vinculación estrecha” no está definida por la Comisión ni el Tribunal de Justicia, pero el examen de la abundantísima jurisprudencia reciente sobre abuso en mercados conexos nos puede proporcionar una idea de qué ha de entenderse por tal⁴⁶. Además, el análisis de esta flexibilización de la relación entre posición de dominio y abuso hasta el punto de plantear “serias dudas sobre la necesidad de un vínculo causal”⁴⁷ ha sido también objeto de gran número de estudios doctrinales.

Desde luego, la postura adoptada por la Comisión en la Decisión *Tetra Pak* no ofrece ninguna duda tanto en cuanto a la posición de dominio⁴⁸, como en cuanto a la vinculación entre mercados, por los siguientes motivos⁴⁹:

- 1) los productos para cuyo acondicionamiento se utilizan los envases de cartón son los mismos en ambos mercados: los productos lácteos líquidos y los zumos de fruta;

F., “Sobre el Abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Libre Competencia”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Tomo I, Ed. Civitas, Madrid 1996, págs. 983 a 1017.

⁴⁴ Decisión 92/163/CEE de la Comisión, de 24 de julio de 1991 (IV/31.043 – *Tetra Pak II*), D.O.C.E. L 72/1, de 18 de marzo de 1992.

⁴⁵ VILÁ COSTA, B., Comentario a la Sentencia del TPI de 6 de octubre de 1994, Asunto T-83/91, Tetra Pak Internacional, S.A. c. Comisión, *Revista Jurídica de Cataluña*, n° 3, 1995, pág. 818.

⁴⁶ Sobre esta ampliación del concepto tradicional de abuso, *Vid.*, también RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Sobre el Abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Libre Competencia”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Tomo I, Ed. Civitas, Madrid 1996, págs. 983 a 1017.

⁴⁷ PELLISÉ CAPEL, J., *Mercado Relevante, Posición de Dominio y otras Cuestiones que Plantean los Artículos 82 TCE y 6 LDCE*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 157.

⁴⁸ Tampoco planteó ninguna duda la posición de dominio, ya que la estructura del “sector aséptico” de la Comunidad es cuasi monopolista, ocupando Tetra Pak aproximadamente entre el 90 y el 95% del mercado. Por su parte, la estructura del “sector no aséptico” es más abierta, aunque presenta rasgos de mercado oligopolístico, con el siguiente reparto de cuotas: Tetra Pak (55%), Elopak (27%) y PKL (11%).

⁴⁹ Decisión 92/163/CEE, *Tetra Pak II*, de 24 de julio de 1991, *cit.*, Párrafo n° 102

2) por el lado de la demanda, la gran mayoría de usuarios de los productos de Tetra Pak que operan en los mercados asépticos lo hacen también en los no asépticos;

3) por el lado de la oferta, el comportamiento de los principales productores de envases de cartón confirma la relación existente entre ambos mercados, ya que dos de esos productores (el propio Tetra Pak y PKL) están presentes en los dos.

Todo lo cual le lleva a concluir⁵⁰ que:

“los cuatro mercados, los del sector aséptico y los del no aséptico, no sólo son próximos sino también conexos, hasta tal punto que las prácticas abusivas descritas en la presente Decisión están sujetas igualmente al artículo 86 del Tratado cuando son o han sido cometidas por Tetra Pak en los mercados no asépticos. Ello es consecuencia de la posición dominante de Tetra Pak en los mercados asépticos, junto con la conexión existente entre los cuatro mercados”.

En su articulado, la Decisión de la Comisión hace una interesante reflexión sobre el debilitamiento o relativización del vínculo entre la posición de dominio ocupada por la empresa y el abuso que lleva a cabo⁵¹:

“tiene muy poca importancia el que los abusos se cometan en el mercado en el que la empresa tiene dominio, en el vecino –o, como es el caso, el mercado asociado–, o en ambos... El artículo 86 del Tratado CE se aplica a aquellos supuestos en los que la situación de dominio en un mercado permite cometer abusos en otro”.

A pesar de pretender la recurrente impugnar dicho razonamiento, en la Sentencia *Tetra Pak c. Comisión* el Tribunal de Primera Instancia no deja lugar a dudas sobre su postura⁵², como tampoco lo hace el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que confirmó ambos pronunciamientos en su Sentencia *Tetra Pak Internacional, S.A. c. Comisión de las Comunidades Europeas*⁵³.

Como no podía ser de otra manera, el pronunciamiento del TPI *Tetra Laval VB c. Comisión* que hemos comentado al hablar del monopoly leveraging en el epígrafe anterior hace bastantes referencias explícitas a sus antecesores, en particular la Decisión *Tetra Pak II*. En concreto, se llama la

⁵⁰ *Ibid.*, Párrafo nº 102, *in fine*.

⁵¹ *Ibid.*, Párrafo nº 22.

⁵² Sentencia del TPI, de 6 de octubre de 1994, *cit.*, Párrafo nº 115: “*está comprendido dentro del ámbito de aplicación del artículo 86 del Tratado el hecho de que una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado determinado se reserve sin necesidad objetiva una actividad auxiliar o derivada en un mercado próximo, pero distinto, en el que no ocupaba posición dominante, a riesgo de eliminar toda la competencia existente en dicho mercado*”.

⁵³ Sentencia del TJCE, de 14 de noviembre de 1996, Asunto C-333/94, *E.C.R.* (1996) p. I-755.

atención sobre la relación entre dos áreas del derecho comunitario de la competencia que hasta hace poco eran compartimentos estancos y que últimamente han ido convergiendo: el control de concentraciones y las conductas prohibidas de los artículos 81 y 82 del Tratado UE.

En este sentido, y en relación al establecimiento que venimos estudiando de los vínculos o “conexidad” entre los mercados vecinos, afirma⁵⁴ expresamente el TPI que:

“no hay, en principio, nada que impida la aplicación de la teoría de los ‘vínculos asociativos’ del control de concentraciones, cuyo empleo, de forma excepcional, se ha reconocido en la Decisión Tetra Pak II en el contexto de la aplicación del artículo 82 CE (...)”.

Se recalca una vez más que un aspecto esencial a analizar en la Sentencia era el reforzamiento de la posición de dominio de Tetra en el mercado de envasado aséptico en relación con el mercado vecino del envasado en PET, y recuerda⁵⁵ el TPI que la Decisión *Tetra Pak II*:

“hacía referencia a conductas en el mercado de envasado no aséptico que, excepcionalmente, constituía un abuso de la posición dominante de Tetra en el mercado de envasado aséptico conforme al artículo 82 CE, ya que los dos tipos de mercados estaban ‘íntimamente relacionados’ y por tanto Tetra estaba en una situación ‘asimilable a la de ostentar una posición de dominio en dichos mercados en su conjunto’”.

Otro de los casos emblemáticos en la configuración de esta doctrina es la Sentencia *AKZO Chemie BV c. Comisión*⁵⁶, en la que AKZO, fabricante de peróxidos orgánicos era el líder en el conjunto del Mercado Común –con una cuota entre el 45 y el 50 %- para ese producto, una de cuyas especialidades era el peróxido de benzoilo, empleado en la fabricación de harina y en el proceso de fabricación de plásticos. Por su parte ECS, era una pequeña empresa británica que detentaba una cuota del 35% en el mercado de fabricación de peróxido de benzoilo –para harina- del Reino Unido.

Cuando ECS se propuso entrar en los mercados alemán y británico del peróxido orgánico para la fabricación de plásticos, AKZO le planteó una guerra de precios en su propio terreno, el mercado británico de aditivos para harinas. En dicha Sentencia el Tribunal considera que es de aplicación la doctrina del abuso en los mercados conexos porque “*los documentos encontrados en la filial inglesa de AKZO y la matriz AKZO Chemie muestran un vínculo explícito entre la política de AKZO en el mercado de los plásticos y su actuación en el mercado de los aditivos farináceos*”⁵⁷. Y, tras recoger

⁵⁴ Sentencia del TPI, de 25 de octubre de 2002, *cit.*, Considerando nº 322.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Sentencia del TJCE, de 3 de Julio de 1991, Asunto C-62/86, *E.C.R.* (1991) p. I-3359.

⁵⁷ *Ibid.*, Párrafo nº 48.

expresamente algunos precedentes de la jurisprudencia comunitaria, afirma⁵⁸:

“de donde se deduce que una empresa que tiene una posición dominante en un mercado puede ser acusada de abuso en otro distinto a aquél en que tiene dicha posición dominante (por ejemplo, un submercado especializado o un mercado asociado)”.

Si había algún titubeo inicial en torno a la admisibilidad de esta figura, la mayor parte de la doctrina ya ha despejado sus dudas: “es perfectamente posible que pueda producirse la explotación abusiva en otro mercado distinto (...) la Comisión fundamenta esta doctrina en la jurisprudencia de los Asuntos Zoja, y Telemarketing”⁵⁹.

Precisamente es en esta última, la importante Sentencia *Telemarketing*, donde establece⁶⁰ el TJCE que la negativa de suministro es abusiva si el bien denegado es imprescindible para la actividad de la otra empresa y no está justificado por razones técnicas o comerciales del primer mercado, sino que se encamine a reservarse una actividad en el segundo, con la consiguiente posibilidad de eliminar la competencia por parte de otra empresa. Se ha señalado acertadamente que con este pronunciamiento se establece la línea jurisprudencial de que “la consideración del abuso no dependerá del daño que se origine a los consumidores”⁶¹.

Como tendremos ocasión de ver a lo largo de estas páginas, otras ocasiones en las que las autoridades antitrust comunitarias también han aplicado esta doctrina ha sido mediante el pertinente establecimiento de la “conexión” entre el mercado del yeso y el de las planchas de yeso⁶², el mercado de transporte aéreo de pasajeros y mercancías y el de servicios de aterrizaje y despegue⁶³, el mercado de servidores de Internet y el de contenidos “online”⁶⁴, el mercado de suministro de instalaciones portuarias y el de prestación

⁵⁸ *Ibíd.*, Párrafo n° 85.

⁵⁹ FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, C., *Derecho de la Competencia*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1994, pág. 210.

⁶⁰ *Centre belge d'études de marché – télémarketing (CBEM) c. SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) y SA Information publicité Benelux (IPB)*, Sentencia del TJCE, de 3 de octubre de 1985, Asunto 311/84, E.C.R. (1985), Considerando n° 258.

⁶¹ FOX, E., “Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity, and Fairness”, *61 Notre Dame L. Rev.* 981 (1986), pág. 999.

⁶² *BPB Industries plc.*, Decisión 89/22/CEE, de la Comisión, de 5 de diciembre de 1988 (Asunto IV/31.900), D.O.C.E. L 10/42, p. 50.

⁶³ *Ilmailulaitos / Luffartsverket*, Decisión 1999/198/CEE, de la Comisión, de 10 de febrero de 1999 (Asunto IV/35.767), D.O.C.E. L 69/24, de 16 de marzo de 1999.

⁶⁴ Investigación de la Comisión en torno a la pretendida fusión entre *AOL* y *Time Warner*, Nota de prensa de la Comisión, IP/00/634, de 19 de junio de 2000 (aunque aquí –desde el punto de vista del derecho de defensa de la competencia- se trataría más bien de un problema de integración vertical).

de servicios de transporte marítimo de automóviles y pasajeros⁶⁵, el mercado de programación televisiva y el de guías semanales de televisión⁶⁶, etc.

B) En las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia.

Las ocasiones en que se ha aplicado esta doctrina empiezan a multiplicarse, y con ellas el repertorio de “mercados conexos” que los órganos comunitarios y nuestro propio Tribunal de Defensa de la Competencia manejan⁶⁷. En concreto, en lo que a la “jurisprudencia” de nuestra máxima autoridad antitrust se refiere, encontramos una reiterada doctrina de aplicación de la teoría de los mercados relacionados estableciéndose esta conexión entre el mercado de tiendas “duty free” y el de tiendas “duty paid” en los aeropuertos⁶⁸, el mercado de analizadores y el de agrupadores de pacientes hospitalarios⁶⁹, el mercado de terminales de teléfonos en la vía pública y el de uso público fuera de ella⁷⁰, el mercado de la telefonía fija y el de la telefonía digital⁷¹, el mercado de servicio telefónico básico y el de voz de valor añadido⁷², y –en Resoluciones ya citadas - entre el mercado de fabricación de labores de tabaco y el de distribución de tabaco⁷³, y entre el mercado de la distribución de gases licuados de petróleo y el de servicios de revisiones periódicas obligatorias⁷⁴.

Es importante señalar, y así lo ha hecho con precisión nuestro TDC, que no es suficiente que exista una conexión entre ambos mercados –aquel en el que se ostenta la posición de dominio y aquel en el que se lleva a cabo el abuso-, hace falta que la extensión del poder de mercado de uno a otro sea factible y susceptible de obstaculizar la competencia de forma efectiva, v. gr., mediante la expulsión del mercado de un competidor. Así se expresaba el Tribunal en la Resolución *Talleres Landaluce*⁷⁵:

“aún en el hipotético supuesto de que TALLERES LANDALUCE, S.A. tuviera una posición de dominio en el mercado de calderería, difícilmente esta posición podría servir para expulsar del mercado de automatización de instalaciones

⁶⁵ Decisión 94/19/CEE, de la Comisión, de 21 de diciembre de 1993 (Asunto IV/34. 689 – *Sea Containers / Stena Sealink*), D.O.C.E. L 15/18, de 18 de enero de 1994.

⁶⁶ *P. Radio Telefís Eireann, Magill y otros c. Comisión*, Sentencia del TCJE, de 6 de abril de 1995, Asuntos C-241/91 P y C-242/91 P, E.C.R. (1995) p. I-743.

⁶⁷ *Vid.*, para un análisis de la jurisprudencia más reciente en este sentido, PASCUAL Y VICENTE, J., “Abuso de posición dominante en mercados conexos: doctrina reciente del Tribunal de Defensa de la Competencia”, *Anuario de la Competencia 2001*, Fundación ICO – Marcial Pons, págs. 259 a 279.

⁶⁸ Resolución del TDC, de 16 de septiembre de 1998, Expte. R 296/98, *Aeropuertos españoles*.

⁶⁹ Resolución del TDC, de 6 de abril de 2000, Expte. MC 31/00, *3M / SIGESA*.

⁷⁰ Resolución del TDC, de 23 de noviembre de 1998, Expte. R 314/98, *Intertrace / Telefónica*.

⁷¹ Resolución del TDC, de 26 de febrero de 1999, Expte. 413/97, *Airtel / Telefónica*.

⁷² Resolución del TDC, de 21 de enero de 1999, Expte. 412/97, *BT / Telefónica*.

⁷³ Resolución del TDC, de 26 de mayo de 1997, Expte. MC 21/97, *Tabacalera*, y más recientemente, Resolución del TDC, de 24 de abril de 2002, Expte. 486/00, *Mc Lane / Tabacalera*.

⁷⁴ Resolución del TDC, de 7 de marzo de 2002, Expte. 513/01, *Tubogás / Repsol*.

⁷⁵ Resolución del TDC, de 15 de julio de 1996, Expte. r 158/96, Fto. Jco. n° 4.

cerveceras a cualquier operador (...) una fuerte posición en el mercado de calderería, el que menos preparación tecnológica precisa, difícilmente puede servir para extender los efectos de su posición de dominio hacia otros mercados que precisan de mayor tecnología, como ocurre con el mercado de automatización de instalaciones cerveceras, por mucha conexión que exista entre un mercado y otro”.

C) Prácticas que constituyen habitualmente el contenido concreto del abuso.

En este contexto del abuso de posición dominante en mercado distinto a aquel en el que se ostenta la posición de dominio, se ha señalado acertadamente que “lo que se prohíbe es que una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado pueda llevar a cabo conductas discriminatorias a favor de sus propias actividades en mercados conexos”⁷⁶. Normalmente, el tipo de práctica más habitual en los casos de mercados conexos son la negativa injustificada de suministro o las prácticas de tipo discriminatorio frente a clientes o competidores en el mercado conexo.

a) Prácticas discriminatorias.

En gran parte de las Sentencias y Decisiones que han delimitado los contornos de esta figura de los mercados conexos, el abuso concreto que ha infringido el artículo 82 ha sido precisamente aplicar una política de precios discriminatorios. Así, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha manifestado⁷⁷ en la ya citada *Tetra Pak c. Comisión*, que:

“de lo que precede se deduce que la Comisión ha demostrado de modo jurídicamente satisfactorio que, entre 1976 y 1986, Tetra Pak aplicó en Italia precios discriminatorios en lo que se refiere a las máquinas, principalmente en el sector aséptico”.

Igualmente, en *BPB Industries Plc. and British Gypsum Ltd. c. Comisión de las Comunidades Europeas*⁷⁸, el TPI consideró abusiva la extensión del monopolio en el mercado del yeso al mercado de las planchas de yeso, efectuada mediante la imposición a los clientes de unos descuentos basados en la imposición por parte de la empresa dominante de la exclusividad del suministro y la adopción del criterio de suplir primero a los clientes que sólo le compraban a ella y, en cambio, poner dificultades a los clientes que también tenían otras fuentes alternativas de aprovisionamiento. Tras definir los dos mercados como distintos (Párrafo 92) y constatar que se está penalizando a los clientes que no son “leales” en el mercado de las

⁷⁶ PRIETO KESSLER, E., “Principales problemas de la regulación del abuso de posición de dominio”, *Gaceta Jurídica de la Competencia y la UE*, nº 205, Enero / Febrero 2000, pág. 29.

⁷⁷ Sentencia del TPI, de 6 de octubre de 1994, *cit.*, Párrafo nº 209.

⁷⁸ Sentencia del TPI, de 1 de abril de 1993, Asunto T-65/89, *E.C.R.* (1993) p. II-0389, Párrafo nº 94.

planchas con condiciones más lesivas en el mercado de yeso (Párrafo 93), entiende el TPI que:

“(...) tal criterio da lugar a la prestación de servicios equivalentes en condiciones disimilares, lo cual es anticompetitivo por razón de su naturaleza discriminatoria que persigue el resultado de exclusión que se deriva de ella”.

Esta teoría del abuso en los mercados vecinos o afines está teniendo un especial protagonismo en toda la “saga” de pronunciamientos de la Comisión sobre los cánones de aterrizaje discriminatorios en diversos aeropuertos del EEE. En el primero de ellos, la Decisión *Aeropuerto Nacional de Bruselas*⁷⁹, se condenó al Reino de Bélgica por aplicar un sistema de descuentos sobre el canon de aterrizaje que tenía el efecto de aplicar condiciones desiguales a unas compañías aéreas por servicios equivalentes en el ámbito de los despegues y aterrizajes, infligiéndoles así una desventaja competitiva. Pues bien, en la definición del mercado relevante, se establece (Párrafo n° 8) como primer mercado afectado el de los servicios relacionados con el acceso a las infraestructuras aeroportuarias que constituyen la razón de ser del canon; y se dice a continuación (Párrafo n° 9) que:

“por otro lado, los vuelos intracomunitarios medios y cortos constituyen un mercado vecino pero diferenciado. Este mercado resulta afectado por el comportamiento de la empresa que opere en el ámbito de los servicios relacionados con los despegues y aterrizajes”.

Tras idénticos pronunciamientos para los aeropuertos portugueses⁸⁰ y finlandeses⁸¹, le ha tocado el turno a las autoridades españolas –en la persona del ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA)-, condenadas en la Decisión *Tasas de aterrizaje en los Aeropuertos Españoles*⁸² por el mismo comportamiento anticompetitivo. Y, como en el caso de las Decisiones anteriormente citadas, se establece⁸³ en detalle la existencia de mercados conexos.

⁷⁹ Decisión 95/364/CE, de la Comisión, de 28 de junio de 1995, con arreglo al apartado 3 del artículo 90 del Tratado CE, *D.O.C.E.* L216/8, de 12 de septiembre de 1995.

⁸⁰ *Aeropuertos Portugueses*, Decisión de la Comisión de 10 de febrero de 1999 (Asunto IV/35.767), *D.O.C.E.* L 69/24, de 16 de marzo de 1999.

⁸¹ *Imailulaitos / Luftfartsverket*, Decisión 1999/198/CEE, de la Comisión, de 10 de febrero de 1999 (Asunto IV/35.767), *D.O.C.E.* L 69/24, de 16 de marzo de 1999.

⁸² Decisión 2000/521/CE, de la Comisión, de 26 de julio de 2000, relativa a un procedimiento de aplicación del apartado 3 del artículo 86 del Tratado CE, *D.O.C.E.* L208/36, de 18 de agosto de 2000: “*el sistema de descuento sobre los cánones de aterrizaje y la modulación de estos cánones según el origen del vuelo, establecidos por los Reales Decretos 1064/1991 y 1268/1994 y la Ley 41/1994, constituye una medida incompatible con el apartado 1 del artículo 86 del Tratado, en relación con el artículo 82 de dicho Tratado, así como del artículo 59 del Acuerdo sobre el EEE, en relación con el artículo 54 de dicho Acuerdo*” (Artículo 1).

⁸³ *Vid.*, por ejemplo, el razonamiento contenido en el siguiente considerando: “*por otra parte, los mercados del transporte de pasajeros y mercancías en vuelos cortos y medianos dentro del EEE constituyen un mercado afín pero distinto que se ve afectado por los efectos de una práctica abusiva de la empresa en el mercado de los servicios de aterrizaje y despegue*”, *Ibid.*, Párrafo n° 34.

Finalmente, en la ya comentada Sentencia *Tetra Laval c. Comisión* llama la atención la insistencia con la que el TPI alerta⁸⁴ del riesgo que supone la posibilidad y plausibilidad de que Tetra abuse de su posición dominante en el mercado de envasado en cartón mediante la imposición de precios discriminatorios en el mercado conexo de la maquinaria de envasado tipo SBM. Como es sabido, un requisito que se exige desde la teoría microeconómica para practicar eficazmente una política de discriminación de precios es conocer las diferentes elasticidades⁸⁵ de demanda de los clientes entre los que se quiere discriminar. Esta distinción se llevaría a cabo mediante la delimitación de cuatro submercados relevantes de clientes en función del tipo de producto que envasan: LDP's (*liquid dairy products*), zumos o néctares, FFD's (*fruit flavoured still drinks*) y café o te.

Por supuesto, nada impide –y además nos permite conectar este apartado con el siguiente, y la teoría del abuso en los mercados conexos con la doctrina de los recursos esenciales- que las prácticas discriminatorias consistan en negar el “suministro” o acceso a determinados servicios a terceros a favor de las propias actividades de la empresa titular de los recursos o las redes que se consideran imprescindibles para el ejercicio de la actividad. Nuestro TDC ha desarrollado este tipo de razonamiento en relación a mercados conexos en su Resoluciones *Funerarias de Madrid* ³⁸⁶, *Iberia*⁸⁷ y *Esquí Navacerrada*⁸⁸.

b) Negativa injustificada de suministro.

Respecto a la modalidad de abuso de posición de dominio consistente en la negativa injustificada de suministro, nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia ha considerado que ésta tiene una especial gravedad cuando la posición de dominio deriva de un monopolio legal y el abuso se lleva a cabo en un mercado –conexo con aquel- en el que sí hay libre competencia, lo que

⁸⁴ Sentencia del TPI, de 25 de octubre de 2002, *cit.*, Considerandos 47 y ss.

⁸⁵ Entendemos por elasticidad la medida del cambio porcentual en una variable provocado por la variación en una unidad porcentual en otra variable. Este concepto es habitualmente usado desde la Teoría Económica para describir, por ejemplo, cómo la cantidad demandada de un bien responde a variaciones en el precio. *Vid.*, para un mayor abundamiento en el concepto, NICHOLSON, W., *Microeconomic Theory*, Ed. The Dryden Press, pág. 680.

⁸⁶ Resolución del TDC, de 9 de octubre de 2001, Expte. 502/00, cuando declaró el abuso de posición dominante cometido por la Empresa Municipal de Servicios Funerarios y Mixtos, S. A. consistente en la discriminación en el acceso a los servicios de cementerio a terceros operadores a favor de sus propias actividades. Al considerar el TDC que EMSFMSA era la titular exclusiva de la prestación de dichos servicios en los cementerios municipales dicha conducta constituía la creación de barreras al desarrollo legítimo de la actividad comercial de otros competidores.

⁸⁷ Resolución del TDC, de 1 de abril de 2002, Expte. 514/01, delimitándose (Fto. Jco. 2º) la existencia de dos mercados de referencia distintos pero conexos: el de transporte aéreo y el de intermediación de títulos para el transporte aéreo.

⁸⁸ Resolución del TDC, de 6 de marzo de 2002, Expte. 509/01, delimitándose (Fto. Jco. 2º) la existencia del mercado de “la prestación de servicios de enseñanza de esquí en la estación del Puerto de Navacerrada” y el mercado conexo de “las condiciones de autorización para la prestación de servicios de enseñanza de esquí en la estación del Puerto de Navacerrada”.

supone el cierre de mercado a un competidor y el consiguiente perjuicio para los consumidores finales.

Este fue precisamente el caso que se planteó cuando la empresa TELEFÓNICA, S.A. amplió su posición de dominio en el mercado de “servicio de telefonía vocal” (donde gozaba de monopolio legal) al mercado de “servicio de telefonía entre dos terminales de conexiones fijas o entre una terminal de conexión fija y otra de red pública conmutada” (abierto a la competencia), negándose a suministrar a la empresa 3C Comunicaciones de España, S.A. las líneas telefónicas que se le solicitaban. Así se expresaba la Resolución *Teléfonos en Aeropuertos*⁸⁹:

“la modalidad de la infracción realizada por TELEFÓNICA reviste, según el TDC, una gravedad especial por cuanto concurren en la misma la figura de un monopolio legal que, al amparo de su posición de dominio, abusa del mismo, lo extiende a un mercado distinto pero conexo, y cierra el mercado a un competidor perjudicándole al limitar a aquél su capacidad de expansión perjudicando, además, a los usuarios del servicio, los cuales, ante la inexistencia de dicho servicio, deben hacer frente a mayores costes y dificultades”.

En idéntica situación se encontraba la empresa TABACALERA, S.A., que ostentaba el monopolio legal de la fabricación de tabacos en el mercado geográfico español y, en este caso, también en el mercado conexo de la distribución mayorista de labores de tabaco. Cuando la empresa Mc LANE solicitó a Tabacalera le comunicara sus tarifas y condiciones de venta y ésta se negó a ello, el TDC consideró –en la ya citada Resolución *Tabacalera*⁹⁰– esta conducta como una negativa injustificada de venta contraria al artículo 6.2 de la LDC.

Por su parte, son también abundantes los ejemplos que encontramos en la jurisprudencia comunitaria de esta figura de la negativa injustificada de venta en un mercado distinto al dominado pero en conexión con éste. Así, en *Commercial Solvents* se afirma⁹¹ que:

“la negativa de suministro a un cliente, que es un productor de los derivados (de la materia prima), con el riesgo de eliminar toda la competencia que ese cliente supone, es un abuso de posición de dominio según el artículo 86”.

4. La doctrina de las “essential facilities”.

Se ha señalado recientemente que “un caso particular de explotación abusiva en mercado conexo de una posición de dominio se produce cuando una

⁸⁹ Resolución del TDC, de 1 de febrero de 1995, Expte. 350/94, Párrafo 12.1.

⁹⁰ Resolución del TDC, de 26 de mayo de 1997, Expte. MC 21/97.

⁹¹ Sentencia del TJCE, de 6 de marzo de 1974, *cit.*, Párrafo nº 24.

empresa dominante en un mercado dispone en exclusiva de un servicio que es esencial para poder actuar en un mercado conexo y niega su utilización a un competidor”⁹².

En efecto, cuando una empresa controla un recurso esencial que otras precisan para poder desarrollar su actividad en otros mercados es especialmente tentadora la posibilidad de emplear su poder sobre aquél para incidir en el funcionamiento de éstos, lo que da lugar a que “la doctrina de las ‘essential facilities’ aparezca implícita y frecuentemente confundida con supuestos de mercados vinculados o conexos”⁹³.

Esta idea de la conexión existente entre el abuso de posición dominante en mercados conexos y la doctrina de los “recursos esenciales” se recoge por nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia en la ya citada Resolución *Tubogás / Repsol*, cuando afirma⁹⁴:

“La doctrina de los mercados conexos no es independiente conceptualmente de la doctrina de las “instalaciones esenciales” (essential facilities) ya que el aspecto económico a considerar es que una empresa controla un factor necesario para competir en un mercado conexo descendiente”.

Sin embargo, pensamos que estas afirmaciones necesitan al menos un matiz, cual es el de delimitar la relación entre una figura y otra, y en especial establecer con precisión cuando no puede invocarse la doctrina de las *essential facilities* en el contexto de una conducta abusiva.

En este sentido, la negativa injustificada de suministro, venta o acceso, en relación con los mercados conexos ha vuelto a protagonizar la actualidad con motivo del debate en torno a la doctrina de las *essential facilities*. En efecto, a raíz de la controvertida Sentencia *Oscar Bronner GmbH & Co. c. Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG*⁹⁵ se ha retomado la discusión sobre la idoneidad de esta doctrina, de origen norteamericano, para resolver asuntos de abuso de posición dominante del ámbito del artículo 82 del Tratado CE.

El modelo básico de esta construcción dogmática y jurisprudencial consiste en que una empresa que ostenta una posición dominante en relación con recursos considerados como esenciales para el suministro de bienes o servicios en mercados conexos o próximos comete un abuso de dicha posición si, de forma objetivamente injustificada, deniega el acceso a los mismos a terceros que lo solicitan.

No se pretende aquí llevar a cabo un análisis exhaustivo de los contornos de esta figura, ya que ello excedería el ámbito de este estudio, centrado en la institución del abuso en mercados conexos. En este sentido, se hará un breve recorrido histórico por la génesis del concepto de *essential*

⁹² PASCUAL y VICENTE, J., *op. cit.*, pág. 273.

⁹³ PELLISÉ CAPEL, J., *op. cit.*, pág. 158.

⁹⁴ Resolución del TDC, *cit.*, Fto. Jco. n° 9.

⁹⁵ Sentencia del TJCE, de 26 de Noviembre de 1998, Asunto C-7/97, E.C.R. I-7791; (1999) 4 C.M.L.R. 112.

facilities en los Estados Unidos, su desarrollo en la Unión Europea, su entrelazamiento con la figura del abuso y el actual estadio de evolución a partir de la importante decisión *Oscar Bronner*.

A) Origen estadounidense de la figura.

Como hemos advertido, la doctrina de las *essential facilities* es una noción importada de los Estados Unidos y cuyo origen se sitúa en la Sentencia del Tribunal Supremo *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*⁹⁶. El litigio tuvo lugar cuando, en la temporada 1977-1978 el propietario de tres de las cuatro instalaciones de esquí en Aspen (Colorado) rebajó al dueño de la cuarta el porcentaje que tenían convenido de los ingresos generados por la venta de tickets que eran válidos para el conjunto de todo el complejo de Aspen, y al negarse éste a aceptar, aquél dejó de venderle dichos tickets. La consecuencia fue un declinar de su negocio, lo que le llevó a demandarle. El Tribunal de Apelaciones rechazó la pretensión del demandado de que no puede haber una obligación de colaborar con un competidor aún en el caso de disfrutar de cierto poder de mercado.

Una de las mayores dificultades que esta doctrina plantea es conciliar el derecho de toda empresa a elegir libremente, conforme a sus intereses, con quién desea establecer relaciones comerciales (perspectiva típicamente americana), con una doctrina (típicamente europea) que postula la existencia, en ciertos casos, de una obligación de contratar.

La primera fue contemplada por el Tribunal Supremo en la Sentencia *United States v. Colgate & Co.*⁹⁷, litigio que se planteó cuando dicha empresa se negó suministrar sus productos en el estado de Virginia a aquellos mayoristas y distribuidores que no aceptaran sus condiciones de venta, en particular sus precios recomendados de venta al público; el TS afirmó que, en ausencia de un abuso de posición de dominio (propósito de monopolizar un mercado), la Sección 2ª de la *Sherman Act* no cuestiona el derecho de un comerciante o fabricante a decidir a su arbitrio con quién contratar o establecer relaciones comerciales.

A su vez, la segunda postura fue contemplada por el Tribunal Supremo en la Sentencia *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*⁹⁸, al afirmar que era contrario a la Sección 1ª de la *Sherman Act* el que un grupo de compañías de ferrocarril y un transbordador se negaran a permitir la utilización de sus instalaciones (dos puentes sobre el río Mississippi y la única terminal de ferrocarril en la ciudad de San Luis) por ser una conducta que excluía toda la competencia en el mercado.

⁹⁶ 472 U. S. 585 (1985).

⁹⁷ 250 U. S. 300 (1919).

⁹⁸ 224 U. S. 383 (1912).

Tanto en los Estados Unidos⁹⁹ como en Europa¹⁰⁰ el entusiasmo “excesivo” por esta doctrina ha merecido las severas críticas de expertos en Derecho antitrust, por lo que se impone en la actualidad un esfuerzo por distinguir cuándo nos encontramos ante un verdadero caso de *essential facilities* y cuándo otras interpretaciones más clásicas en Derecho antitrust hubieran permitido llegar al mismo resultado.

En especial, la prohibición por la Sección 2ª de la Sherman Act y por el artículo 82 del Tratado CE de la utilización del poder de mercado para reforzar la posición del monopolista en otros mercados relacionados (es decir, el abuso en los mercados conexos), el denominado “apalancamiento” o *monopoly leveraging*, es sin duda la que ocupa un papel principal.

Para la aplicación –en los Estados Unidos- de esta doctrina se exige a un monopolista o empresa dominante que permita a sus competidores beneficiarse de una infraestructura o instalación que él posee o explota, bajo una serie de condiciones¹⁰¹:

- 1) dicha infraestructura ha de estar controlada por el monopolista;
- 2) el acceso a la misma ha de ser imprescindible para poder competir con la empresa que la posee o controla;
- 3) el uso de la instalación se deniega por completo o se permite, pero en condiciones prohibitivas;
- 4) es factible y viable que la instalación se pueda utilizar por más de un usuario;
- 5) no hay, desde el punto de vista del negocio, ninguna razón legítima para denegar el acceso (*legitimate business reasons*¹⁰²).

B) La denegación de acceso en el derecho comunitario.

El catálogo de condiciones o restricciones a la aplicación de la doctrina sobre las infraestructuras esenciales que hemos analizado en relación al derecho estadounidense es el que se emplea habitualmente en el contexto del derecho comunitario de la competencia; el *test* a aplicar ha sido calificado por el profesor TEMPLE LANG en términos de “si la desventaja resultante de la denegación de acceso es tal que se puede razonablemente suponer que la actividad de los competidores en el mercado en cuestión será o bien imposible, o bien permanente, seria y económicamente inviable”¹⁰³. El *test* aplicado es, por tanto, de carácter objetivo, y hace referencia a los competidores en general, no a la vulnerabilidad subjetiva de un competidor en particular.

⁹⁹ Vid., por todos, AREEDA, P., “Essential facilities: an epithet in need of limiting principles”, 58 *Antitrust L. J.* 841 (1990), págs. 841 y ss.

¹⁰⁰ Vid., al respecto, el interesante estudio de DOHERTY, B., “Just What are Essential Facilities?”, *CMLR*, n° 38, págs. 397 a 436, 2001; igualmente, LANG, T., “Defining Legitimate Competition: Companies’ Duties to Supply Competitors, and Access to Essential Facilities”, 1994 *Fordham Corporate Law Institute* 245, B. Hawk ed. (1995).

¹⁰¹ *MCI Communications Corp. v. AT&T*, 708 F. 2d 1081 (7th Cir. 1983), cert. denied, 464 U. S. 891 (1983).

¹⁰² En relación a las *legitimate business reasons*, el Derecho comunitario, especialmente a la luz de la Sentencia *United Brands*, no admite un catálogo de justificaciones sobre la base del interés legítimo de los empresarios tan amplio como el aceptado en el Derecho antitrust norteamericano.

¹⁰³ LANG, T., *op.cit.*, pág. 245.

El origen comunitario de esta figura lo encontramos en la Sentencia de 1974 *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. and Commercial Solvents Corporation c. Comisión*¹⁰⁴, en la que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea declaró abusiva la negativa de suministro de un fabricante de aminobutanol –mercado en el que ostentaba posición de dominio- a una empresa con la que competía en un mercado distinto, pero conexo: el de un medicamento antituberculoso del cual el aminobutanol era materia prima necesaria para su fabricación. Se ha criticado¹⁰⁵ la falta de razonamiento económico de este pronunciamiento, y de hecho tanto la Comisión como el TJCE han evolucionado bastante en sus análisis en estos años.

En la difícil tarea de construcción de esta figura el otro hito fundamental ha sido la Sentencia *Magill*¹⁰⁶, en la que el Tribunal de Justicia separa como cuestiones distintas, por un lado, la extensión de posición dominante a un mercado adyacente; y por otro, el obstaculizar la aparición de un “producto nuevo” para el que existe demanda en el mercado. Esta Sentencia había sido precedida por la Decisión *Magill TV Guide*¹⁰⁷, que resolvió el problema que se planteó cuando una serie de empresas de televisión -que además se dedicaban a publicar guías diarias con sus programas- se negaron a cederle los derechos a una empresa que elaboraba guías semanales del conjunto de programación ofrecido por todas las cadenas. La Comisión entendió –y el TJCE confirmó su opinión- que dicha negativa era un abuso al impedir desde una posición dominante la aparición de un nuevo producto por una negativa no justificada, tratando la información sobre la programación televisiva como si fuera un recurso esencial.

Es importante señalar que las productoras de TV no estaban intentando apalancar su posición de dominio del “mercado” de los listados diarios al mercado de los listados semanales; el primer mercado no pensamos que lo sea como tal, es simplemente información necesaria para operar. Su comportamiento era abusivo porque suponía la negativa de suministro de un input esencial para que otra empresa operara en un mercado. Con todo, se define¹⁰⁸ el mercado de las guías como derivado y subordinado (*ancillary*) del mercado de emisión de programas de TV.

Hay otras Decisiones de la Comisión que han ido configurando los perfiles de esta figura, y –como hemos señalado en la introducción- la particularizan en instituciones clásicas del derecho de la competencia como la práctica de la discriminación de precios. Así, cuando se planteó la denuncia por parte de la empresa *Sea Containers* de que las sociedades *Stena Sealink Line* y *Stena Sealink Ports* habían abusado de su posición de dominio como propietario y explotador respectivamente del puerto de Holyhead, al no permitirle acceder en condiciones razonables a unas infraestructuras básicas,

¹⁰⁴ Sentencia del TJCE, de 6 de marzo de 1974, Asuntos 6 y 7/73, *E.C.R.* (1974) p. 0223, n° 22.

¹⁰⁵ PATHA, A., “Vertical Restraints in EEC Competition Law”, 2 *L.I.E.I.* (1988), pág. 15.

¹⁰⁶ Sentencia del TJCE, de 6 de abril de 1995, *cit.*

¹⁰⁷ Decisión 89/205/CEE, de la Comisión, de 21 de diciembre de 1988 (Asunto IV/31.851 - *Magill TV Guide /ITP, BBC y RTE*), *D.O.C.E.* L 078/43, de 21 de marzo de 1989.

¹⁰⁸ *Ibid.*, Considerando n° 20.

la Comisión afirmó¹⁰⁹ en la Decisión que puso fin al litigio, *Sea Containers / Stena Link* que:

“Una empresa que ocupa una posición de dominio no puede efectuar discriminaciones a favor de sus propias actividades en un mercado conexo. Se produce una infracción del artículo 86 cuando el propietario de instalaciones básicas utiliza su poder de mercado (en el suministro de instalaciones portuarias) para proteger o reforzar su posición en un mercado conexo (el de prestación de servicios de transporte marítimo de automóviles y pasajeros), en particular negando el acceso a un competidor o concediéndoselo en condiciones menos favorables que aquellas de que disfrutaban sus propios servicios”.

Este precedente jurisprudencial ha sido recogido explícitamente por nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia en Resoluciones como la ya citada *Tabacalera*¹¹⁰, y por un amplio sector doctrinal, que ha señalado con acierto las eficiencias derivadas de esta política de precios (por desgracia, no siempre reconocidas por las autoridades antitrust) destacando que “la integración vertical entre empresas facilita la discriminación de precios si la disponibilidad a pagar de los consumidores por el conjunto de bienes depende de las proporciones en que éstos se consumen. Cuando el monopolista tiene más posibilidades de discriminar vía precios su nivel de *output* será más próximo al eficiente”¹¹¹.

En cuanto al empleo de los *tie-ins* como fórmula para llevar a cabo la extensión del poder de monopolio de un mercado a otro, encontramos en la jurisprudencia comunitaria sobre recursos esenciales, un ejemplo de esta práctica en la ya citada Sentencia *Télémarketing*¹¹² (una empresa condicionaba la venta de espacio publicitario para operadores de teletienda a la utilización obligatoria del número de teléfono y de los servicios de una de sus filiales para gestionar las ventas) o la Sentencia *Hilti*¹¹³ (un fabricante de pistolas grapadoras vinculaba el suministro de grapas a la compra de las cartucheras).

Finalmente, en la línea del “solapamiento” de figuras que anunciábamos en la introducción, en todo el análisis del *monopoly leveraging* efectuado por el profesor KAPLOW está presente la práctica de la discriminación de precios a través de acuerdos anudados (*tying agreements*)

¹⁰⁹ Decisión 94/19/CEE, de la Comisión, de 21 de diciembre de 1993, *cit.*, Párrafo n° 66 (las expresiones entre paréntesis son añadidos nuestros).

¹¹⁰ Resolución del TDC, de 26 de mayo de 1997, Expte. MC 21/97.

¹¹¹ PEÑA, M. A. y RAMOS, A., “La doctrina de los recursos esenciales en la Unión Europea y en España: el caso Movilpago”, *Anuario de la Competencia 2001*, Fundación ICO – Marcial Pons, pág. 437.

¹¹² *Centre belge d'études de marché – télémarketing (CBEM) c. SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) y SA Information publicité Benelux (IPB)*, Sentencia del TJCE, de 3 de octubre de 1985, Asunto 311/84, *E.C.R.* (1985) p. 3261.

¹¹³ Sentencia del TPI, de 12 de diciembre de 1991, Asunto T-30/89, *Rec.* (1991) p. II-1439.

como medio de llevar a cabo la extensión del monopolio de un mercado a otro¹¹⁴.

C) La Sentencia *Oscar Bronner*.

El análisis de esta Sentencia constituye una manera adecuada de aproximarnos al estudio de la doctrina sobre los “recursos esenciales”¹¹⁵. No se pretende aquí hacer un análisis detallado de la actual configuración normativa y jurisprudencial de la teoría de las *essential facilities*, pues excedería el ámbito de este trabajo, sino simplemente examinar si dicha doctrina es complementaria de la del abuso en los mercados vecinos (es decir, si puede considerarse que el mercado de un determinado producto —en este caso el diario austriaco *Der Standard*- y el mercado de la distribución de dicho producto son mercados conexos en el sentido que aquí estamos estudiando) y hasta qué punto se relacionan.

El litigio se planteó cuando la empresa Mediaprint se negó a incluir dicho periódico en su sistema de reparto a domicilio de prensa diaria. El editor, Oscar Bronner, interpuso una denuncia ante el *Kartellgericht* de Austria por entender que, en aplicación de la doctrina de las “infraestructuras esenciales”, eso constituía un abuso de posición dominante, ya que la denegación de acceso a la red de distribución (en la que Mediaprint era empresa dominante) infringía el artículo 82 del Tratado CE, al impedir el desarrollo de la competencia en el mercado de la prensa diaria. La cuestión llegó a la Comisión Europea, y más tarde al Tribunal de Justicia, quien —sin referirse explícitamente a la doctrina de las *essential facilities*- se planteó si la actuación de la denunciada podía constituir un abuso de posición de dominio consistente en una negativa de venta.

En el párrafo 41 de su pronunciamiento, el TJCE establece que para ser considerada abusiva, la negativa de suministro:

- a) Tiene que eliminar toda la competencia en el mercado descendente en el que opera quien solicitaba el acceso.
- b) No estar justificada objetivamente.
- c) Hacer referencia a un recurso esencial para poder operar en ese mercado descendente, en el que no hay formas alternativas de operar.

En los párrafos 45 a 46 señala el TJCE que estas condiciones no se dan en este caso, ya que los periódicos pueden repartirse por otros medios distintos de la entrega a domicilio (por correo, en tiendas, kioscos, etc.), y por tanto pretender que no es económicamente viable establecer otro sistema de distribución es una pretensión no justificada.

¹¹⁴ KAPLOW, L., *op.cit.*, pág. 515 (“the most common application of the leverage hypothesis involves tying arrangements”); pág. 540 (“the most common instance of downplaying or ignoring less restrictive alternative concerns the price discrimination motivation for restrictions, particularly tying arrangements”), entre otras.

¹¹⁵ No hay todavía, en nuestra doctrina, un consenso mayoritario sobre cuál debería ser la traducción correcta al castellano de la expresión anglosajona “essential facilities”. Como no es éste el tema de nuestro estudio, nos permitiremos aquí emplear indistintamente los vocablos que habitualmente se manejan a tal efecto: instalaciones esenciales, infraestructuras esenciales, recursos esenciales, etc.

De esta Sentencia se pueden extraer las siguientes conclusiones¹¹⁶:

1) Pese a manifestar el Tribunal cierto escepticismo, no descarta la posibilidad de que la doctrina de los recursos esenciales dé lugar a una categoría autónoma de abusos de posición dominante.

2) La Sentencia aclara en gran medida qué haya de entenderse por “recurso esencial”, aunque todavía no consigue elaborar una construcción clara y coherente de la relación entre los conceptos de mercado de referencia, posición dominante y recurso esencial.

Al contrario que en la Sentencia *Magill, Oscar Bronner* ha sido alabada porque en esta ocasión el TJCE parece hacer una interpretación mucho más restrictiva de la teoría de las *essential facilities* limitando su aplicación a supuestos realmente excepcionales, lo que implica “incentivar la innovación y las inversiones a cargo de empresas dominantes”¹¹⁷. De hecho, ambas cuestionan que estemos en presencia de dos mercados¹¹⁸, y más bien plantean el abuso en términos de cierre de mercados por negativa de suministro, y por tanto nada que ver cuestiones de *monopoly leveraging*.

En este sentido, se ha señalado acertadamente que “la doctrina de los recursos esenciales puede ayudar, como método de análisis antitrust, en aquellos casos en los que el recurso esencial es algo que no puede caracterizarse como un mercado en sí mismo. En dichos casos, el empleo de esta doctrina puede corregir las anomalías analíticas derivadas de tratarlos como si fueran casos de apalancamiento de poder de mercado”¹¹⁹.

De ahí que este pronunciamiento represente el nuevo enfoque de las autoridades comunitarias en este terreno, y en el que se ha planteado una vez más la cuestión de si el punto de partida de las leyes antitrust es promover la competencia o proteger a los competidores particulares. Si se obliga a dar acceso a las infraestructuras o no se garantiza el derecho exclusivo sobre las variadas formas de propiedad intangible, se desincentiva la inversión, tanto del propietario original como de sus competidores directos, y por tanto no se emplean de la manera más eficiente los recursos escasos.

La conclusión que se ha apuntado desde algunos sectores doctrinales¹²⁰ al comentar esta Sentencia es que la “transposición” de esta doctrina al Derecho comunitario ha de hacerse con mucha cautela, ya que la obligación que las empresas dominantes tienen –bajo los arts. 81 y 82 del Tratado de la Unión Europea- de no denegar el acceso y negociar con sus competidores es

¹¹⁶ GIPPINI FOURNIER, E., “Essential facilities y la aplicación del artículo 82 CE a la negativa unilateral a contratar. Algunas consideraciones tras la sentencia Bronner”, *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la UE*, n° 205, Enero/ Febrero 2000, pág. 93.

¹¹⁷ RATLIFF, J., “Major Events and Policy Issues in EC Competition Law, 1999: Part 1”, *11 (2) I.C.C.L.R.* 54 (2000), pág. 61.

¹¹⁸ Vid. el interesante estudio de esta cuestión desarrollado en FINE, F., “NDC/IMS: A Logical Application of Essential Facilities Doctrine”, *European Competition Law Review*, Vol. 23 (9), Septiembre de 2002, págs. 459 y ss.

¹¹⁹ VENIT, T. y KALLAUGHER, G., “Essential Facilities: A Comparative Approach”, *1994 Fordham Corporate Law Institute* 315, pág. 327, Barry Hawk (ed.), 1995.

¹²⁰ Vid., por ejemplo, el comentario de L. HANCHER, en *CMLR*, Vol. 36 (6), 1999, págs. 1289 a 1307.

tan amplia que cuestiona la necesidad de una doctrina de las infraestructuras esenciales. Se ha dicho igualmente que la utilización indiscriminada de la teoría de los recursos esenciales en el ámbito de la aplicación de las normas clásicas de defensa de la libre competencia es “arriesgada”¹²¹. En este sentido, hay una amplia corriente doctrinal que aboga¹²² por el tratamiento de la negativa injustificada de suministro como un abuso de posición dominante del artículo 82 del Tratado CE en vez de aplicarle la doctrina de las *essential facilities*.

Especialmente controvertida es esta cuestión cuando el comportamiento supuestamente abusivo es la negativa de licenciar una patente, pues hace que aflore de forma más virulenta la tradicional controversia entre el derecho de competencia y los derechos de propiedad intelectual (*IRPs*).

Finalmente, se ha señalado¹²³ con acierto que, desde un enfoque de Teoría Económica –tantas veces ausente en los análisis antitrust– es necesario, en orden a establecer la esencialidad del recurso y enjuiciar el comportamiento del titular del mismo una triple evaluación: la replicabilidad del recurso, la legitimidad de la negativa de acceso y la regulación de las condiciones de acceso.

D) Evoluciones recientes.

Uno de los más recientes pronunciamientos jurisprudenciales sobre la doctrina de los recursos esenciales en derecho comunitario, es la Sentencia *European Night Services Ltd. y otros c. Comisión*¹²⁴, en el que el Tribunal de Primera Instancia establece el criterio de la sustituibilidad real o potencial como base para la consideración de “esencial” de un recurso.

Sin embargo, la mejor clarificación que hasta ahora han aportado las autoridades comunitarias es la ofrecida en la Sentencia *Tiercé Ladbroke S.A. c. Comisión*¹²⁵, que resolvió un litigio planteado cuando una agrupación de sociedades francesas de carreras de caballos (*Pari Mutuel Urbain*) se negó a autorizar a una empresa belga de apuestas sobre carreras de caballos en varios países (*Tiercé Ladbroke*) a retransmitir en Bélgica el sonido y las imágenes de las carreras de caballos francesas. El Tribunal efectúa un interesante recorrido por las posibilidades de aplicación del artículo 82: en primer lugar, analiza si la negativa a conceder dicha licencia puede considerarse como discriminación (Párrafos n° 123 a 129); en segundo lugar, analiza la cuestión del carácter “esencial” del recurso (Párrafo n° 131). Como la empresa titular del recurso pretendidamente esencial no estaba presente en el mercado en que el solicitante de acceso operaba, ni al parecer tenía

¹²¹ GIPPINI FOURNIER, E., *op. cit.*, pág. 94.

¹²² *Vid.*, por todos, STOTHERS, C., “Refusal to Supply as Abuse of a Dominant Position: Essential Facilities in the European Union”, *ECLR*, Vol. 22 (7), 2001, pág. 262.

¹²³ PEÑA, M. A. y RAMOS, A., *op. cit.*, págs. 435 a 438.

¹²⁴ Sentencia del TPI, de 15 de septiembre de 1998, Asuntos acumulados T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94, *E.C.R.* (1998) p. II-3141.

¹²⁵ Sentencia del TPI, de 12 de junio de 1997, Asunto T-504/93, *E.C.R.* (1997) p. II-923.

intención de penetrar en él, el Tribunal explica (Párrafo n° 133) que sus consideraciones sobre la doctrina de los recursos esenciales las hace

“suponiendo que la presencia de las sociedades de carreras en el mercado belga de sonido e imágenes no sea, en el caso de autos, un elemento determinante a efectos de aplicación del artículo 82”.

Con lo que se puede concluir que uno de los rasgos diferenciadores de la doctrina de los recursos esenciales con respecto a la jurisprudencia que considera abusiva la extensión de una posición dominante a un mercado afín es precisamente éste, ya que la doctrina de los recursos esenciales podría generar un deber de contratar al margen de cualquier consideración intencional, o incluso al margen de que el comportamiento abusivo reporte ventaja competitiva alguna a la empresa dominante, bastando con demostrar que el acceso a un verdadero recurso esencial ha sido denegado.

De ahí que, como se ha puesto de manifiesto, “la distinción relativamente clara –y a mi juicio acertada- entre denegaciones de suministro discriminatorias o extensiones de posición dominante a mercados vecinos por un lado y doctrina de los recursos esenciales por otro, parece la principal aportación de la sentencia *Tiercé Ladbroke*”¹²⁶.

Para concluir el prolongado litigio a que esta disputa ha dado lugar, la Comisión aprobó finalmente un acuerdo por el que PMU se compromete a suministrar, de forma no exclusiva, imágenes en directo de las carreras televisadas en Francia, así como datos y comentarios a Ladbroke para que puedan ser retransmitidos en sus oficinas de apuestas en Bélgica¹²⁷.

Hay, pues, una diferencia entre denegaciones de suministro discriminatorias o extensiones de posición dominante a mercados vecinos por un lado y doctrina de los recursos esenciales por otro. Como se ha señalado acertadamente, “en su Decisión en el Asunto *IMS* es la primera vez en que la Comisión rechaza explícitamente la necesidad de probar la existencia de dos mercados para la aplicación de la doctrina de los recursos esenciales”¹²⁸.

Especial importancia tiene esta doctrina en aquellos sectores que pasan de un régimen de monopolio a uno de libre mercado y en los que se hace imprescindible la utilización de grandes infraestructuras cuya propiedad suele quedar en manos del anterior monopolista. Uno de los ejemplos más característicos de la necesidad de efectuar la distinción a que hemos hecho referencia se da en el ámbito de la liberalización de las telecomunicaciones y del suministro eléctrico o del gas, en los que es necesario asegurar el acceso de nuevos operadores a las redes existentes en igualdad de condiciones con los operadores que ostentan su titularidad.

Así, en el sector de las telecomunicaciones, se habla de la existencia, junto al tradicional mercado de producto *-la prestación de servicios de telecomunicaciones al consumidor final-*, de un segundo tipo de mercado de

¹²⁶ GIPPINI FOURNIER, G., *op.cit.*, pág. 90.

¹²⁷ *Vid.*, Comisión Europea, *Nota de Prensa* IP/01/82, de 22 de enero de 2001.

¹²⁸ FINE, F., *op.cit.*, pág. 461.

referencia, que es precisamente el de *acceso a las instalaciones* que se necesitan en la actualidad para la prestación de tales servicios.

Esto es lo que motivó la Comunicación de la Comisión -que ha llegado a calificarse como “el acontecimiento más relevante en lo que se refiere a la aplicación de las normas de defensa de la competencia al sector de las telecomunicaciones”¹²⁹- en la que se detalla el marco jurídico, los mercados de referencia y los principios que hay que tener en cuenta al aplicar las normas de competencia a dichos acuerdos de acceso, y que es conocida por ello como la *Access Notice*¹³⁰.

Esta Comunicación, y el principio de red abierta (*open network provision*, ONP), concepto en torno al cual gira toda esta normativa¹³¹, se ha señalado acertadamente “no es otra cosa que el reconocimiento legislativo de las preocupaciones de orden competitivo subyacentes en la aplicación de la doctrina de los recursos esenciales”¹³². Esta opinión es consecuencia evidente de afirmaciones del citado texto en la que se establece sin ambages que “*una empresa que controla el acceso a un recurso esencial ostenta una posición dominante*”.

En este importante documento partiendo de la situación de dominio de mercado en la que se encuentran la mayoría de los operadores tradicionales de este sector, debida a su anterior condición de prestadores monopolistas del servicio y dueños exclusivos de las infraestructuras, y recogiendo la distinción doctrinal a que antes hemos hecho referencia, se habla de dos formas posibles de abuso: el *explotativo*, cuando se lleva a cabo una negativa a suministrar acceso a un nuevo cliente en circunstancias en que un titular dominante de infraestructuras -aunque éstas no tengan la consideración de esenciales- suministra ya a uno o más clientes que operan en el mismo mercado descendente (n° 85); y el *objetivo*, que tiene lugar cuando el operador de una infraestructura esencial¹³³ se niega a permitir el acceso a la misma a un operador que quiere empezar la prestación de un nuevo servicio (n° 87).

E) Recapitulación.

Para concluir este apartado, pueden hacerse algunas reflexiones a modo de recapitulación. En primer lugar, tanto en los casos que se han planteado hasta la fecha relativos a infraestructuras esenciales (puertos, pistas de aterrizaje), como recursos menos “físicos” (sistemas de distribución, información televisiva), como derechos de propiedad intelectual (patentes, estándares industriales), es importante distinguir cuándo una empresa

¹²⁹ART, JEAN-YVES, “Developments in EC Competition Law in 1998: An Overview”, *CMLR*, Vol. 36, n° 5, Septiembre 1999, pág. 1014.

¹³⁰ Comunicación (98/C 265/02), sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las comunicaciones, *D.O.C.E.* C 265/2, de 22 de agosto de 1998.

¹³¹ Directiva 90/387/CEE, del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones mediante la realización de la oferta de una red abierta de telecomunicaciones, *D.O.C.E.* L 192/10, de 24 de julio de 1990.

¹³² GIPPINI FOURNIER, E., *op. cit.*, pág. 77.

¹³³ Sobre el debate en torno a la aplicación concreta de la doctrina de las infraestructuras esenciales a los acuerdos de acceso en este sector, *vid.* NIKOLINAKOS, N., “Access Agreements in the Telecommunications Sector -Refusal to Supply and the Essential Facilities Doctrine under E.C. Competition Law”, *ECLR*, Vol. 20 (8), Diciembre 1999, págs. 399 a 411.

obstaculiza la competencia negando el acceso a un competidor de cuándo una empresa dominante en un mercado quiere extender su dominio a un mercado vecino.

Igualmente, es importante señalar que la “imposición de condiciones diferentes para prestaciones equivalentes” es diferente de la simple negativa a contratar, ya que el trato discriminatorio presupone al menos la existencia de un referente para la comparación, y que la empresa dominante proporciona prestaciones a unos operadores y las deniega a otros, o pretende aplicarles condiciones más gravosas. En este caso la empresa dominante ofrece el acceso a su recurso en el mercado.

En cambio, no parece que los ejemplos de conductas abusivas enumerados en el artículo 82 se refieran directamente a situaciones en las que se exigen a la empresa dominante prestaciones que ésta no desea comercializar, es decir, bienes o servicios que no ofrece en el mercado, que son precisamente las situaciones más propicias para que se invoque la doctrina de las *essential facilities*.

De ahí que los rechazos por parte de empresas dominantes como *United Brands* o *Commercial Solvents* a establecer relaciones comerciales con terceros (la empresa *Olsen* y el *Istituto Chemioterapeutico Italiano*, respectivamente), aunque guardan relación, han sido resueltos por el Tribunal apoyándose en consideraciones que no coinciden enteramente con las de la doctrina de los recursos esenciales. En el primer caso¹³⁴, se trata de una cesación de suministros en represalia por colaborar con otros productores, y en el segundo¹³⁵, de la extensión del monopolio del mercado de la materia prima a un mercado derivado.

Analizando estos dos casos conjuntamente, junto con la negativa de *Hugin* a venderle piezas sueltas a su competidor *Liptons* y la negativa de *AKZO* a suministrarle a *ECS* peróxidos orgánicos para sus aditivos farináceos, la conclusión a la que se llega es la que anteriormente hemos apuntado, y que subyace a la regulación del abuso en los mercados conexos desde la perspectiva de las *essential facilities*: “estos casos parecen darle apoyo a la queja contra la Comisión y el TJCE de que cuando aplican el artículo 82 tienden a no preocuparse por la protección de la competencia sino por la protección de los competidores”¹³⁶.

5. Conclusiones.

De todo lo dicho anteriormente se pueden extraer las siguientes conclusiones.

En primer lugar, como ya se ha adelantado, late en la regulación del abuso en los mercados conexos en relación a la negativa de suministro y la

¹³⁴ Sentencia del TJCE, de 14 de febrero de 1978, *cit.*, Párrafos nº 192 y 193.

¹³⁵ Sentencia del TJCE, de 6 de marzo de 1974, *cit.*, Párrafo nº 22.

¹³⁶ AL-DABBAH, M. M., “Conduct, Dominance and Abuse in ‘Market Relationship’: Analysis of Some Conceptual Issues under Article 82 E. C.”, *European Competition Law Review*, Vol. 21 (1), Enero 2000, pág. 49.

teoría de las *essential facilities* el debate, más amplio, de si el derecho de la competencia debe perseguir únicamente maximizar la eficiencia de un mercado o ha de contemplar también otros fines, v. gr. preservar la supervivencia de los pequeños comercios.

En efecto, en bastantes de los casos de negativas de suministro, venta o compra que implicaran también cierto grado de integración vertical (*Commercial Solvents*, *United Brands* y *Hugin Liptons*) el TJCE ha prestado más bien poca atención al daño que dicha negativa de suministrar a los distribuidores podría significar en los competidores del vendedor, centrando su atención en la preservación de la “*independencia de las pequeñas y medianas empresas*”¹³⁷. Por tanto, lo que se busca proteger en estos casos no es tanto la eficiencia del mercado como consideraciones de equidad y la supervivencia del pequeño comercio. En relación con las correspondientes decisiones al otro lado del Atlántico bajo la Sección 2ª de la Sherman Act, encontramos equivalentes supuestos en los asuntos *Eastman Kodak* y *United States v. Griffith*, resueltos sin embargo en relación a consideraciones de maximización del bienestar y la eficiencia.

Esto lleva a la conclusión de que “en sus pronunciamientos en los casos de negativa injustificada de contratar el Tribunal de Justicia refleja su convencimiento de que están beneficiando a los consumidores, pero en ninguno de esos casos se apoyó el Tribunal en hechos que indicaran que la negativa de contratar perjudicó a los consumidores”¹³⁸. Añade esta misma autora, en relación a la tesis mantenida aquí que parte de la teoría del abuso en mercados conexos puede interpretarse como un intento de introducir consideraciones de equidad en la aplicación del derecho de la competencia, que “esos pronunciamientos puede que estén justificados por un interés (del TJCE) en proteger a las empresas”¹³⁹.

Como síntesis de esta consideración y del proceso de acercamiento entre ambos enfoques, europeo y americano, se ha señalado acertadamente que “en una serie de decisiones que implicaban la negativa de empresas dominantes a contratar con competidores directos, la Comisión Europea ha evocado conceptos que recuerdan elementos de *Aspen Ski* y una rejuvenecida teoría de las “*essential facilities*” del derecho antitrust americano. Aunque esas decisiones todavía contienen algunas de las preocupaciones de la Comisión por aspectos distintos de la eficiencia, conllevan bastantes aspectos del ejercicio del poder de mercado a través de efectos horizontales, acercándolas mucho más al actual estado del derecho antitrust americano”¹⁴⁰.

En segundo lugar, en la jurisprudencia más antigua relativa a abusos de posición dominante consistentes en una negativa a contratar o la imposición de condiciones discriminatorias, el carácter intencional de la exclusión del mercado de un tercero o la intención de monopolizar un mercado derivado jugaba un papel fundamental. En la actualidad, y a la luz de las

¹³⁷ *United Brands c. Comisión*, Sentencia del TJCE, *cit.*, Considerando nº 293.

¹³⁸ FOX, E. M., *op.cit.*, pág. 1004.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ KAUPER, T. E., “EC Competition Law – The Road to 1992: Article 86, Excessive Prices, and Refusals to Deal”, 59 *Antitrust L. J.* 441 (1990), pág. 453.

recientes aplicaciones de la doctrina de las *essential facilities* a estos supuestos diluye este requisito, así como la exigencia de que la denegación de acceso reporte algún tipo de beneficio o ventaja competitiva a la empresa dominante.

En tercer lugar, igual consideración puede aplicarse a la teoría del *monopoly leveraging*, considerado por un sector doctrinal y jurisprudencial como infracción de la Sherman Act con independencia de que constituya un “intento de monopolización” del segundo mercado. Sin embargo, dado que esta extensión del poder de mercado siempre tiene lugar a través de prácticas como los acuerdos anudados, exigencias de reciprocidad, fórmulas varias de exclusividad y otras restricciones verticales (incluida la integración), no puede determinarse la ilegalidad *per se* del *monopoly leveraging* sino analizar su impacto en términos de reducción efectiva de la competencia y perjuicio directo a agentes en el mercado.

En cuarto lugar, se impone en la aplicación de la teoría del abuso en los mercados conexos la demostración de que los dos mercados (aquel en el que la empresa detenta el dominio y aquel en el que se comete el abuso) no sólo están “próximos” sino que hay una “vinculación” entre ellos. Así, la conexión entre ambos mercados será menos apremiante si existe información y know-how relevante que implique altos costes de cambio o si el segundo mercado es más técnico que el primero, lo cual pondría en duda la capacidad real de obstaculizar la competencia por parte de la empresa dominante. En cambio, se considera de especial gravedad este tipo de abusos cuando suponen un cese de suministro de materias primas en el mercado de producto final, cuando el comportamiento de la empresa dominante deriva de un monopolio legal, o cuando su actuación supone el cierre de un mercado donde, en caso contrario, existiría libre competencia.

En quinto lugar, hay todavía muchos conceptos jurídicos en este ámbito cuya delimitación no está más que en fase incipiente; qué se entienda por “esencialidad” de un recurso, hasta qué punto un mercado de producto y el mercado de su distribución son mercados conexos, etc., son cuestiones que tienen todavía que acabar de configurarse doctrinal y –sobre todo– jurisprudencialmente.

En sexto lugar, así como la conexión entre mercados primarios (materias primas, equipos) y sus correspondientes mercados derivados descendentes (producto final y piezas de recambio, respectivamente) parece más o menos clara, mayores dificultades plantea la delimitación del mercado relevante y en consecuencia la aplicación de esta teoría del abuso en mercados conexos a los productos digitales¹⁴¹. En este sentido, se señaló hace ya quince años y con clara intuición de lo que posteriormente han constituido los casos

¹⁴¹ *Vid.*, en este sentido, el acertado análisis en RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “Mercado o sistema. Una propuesta sobre la delimitación del mercado relevante en el espacio digital (Sobre los sistemas de compensación y liquidación electrónicas)”, *RDM*, n° 244, Octubre - Noviembre 2002, págs. 791 y ss.

IBM o *Microsoft* que “uno de los mayores retos de las próximas décadas lo constituye determinar hasta qué punto se impondrán obligaciones antitrust sobre empresas dominantes y tecnológicamente avanzadas que están presentes en varios mercados relacionados funcionalmente”¹⁴².

En séptimo lugar, no puede invocarse alegremente la teoría de los mercados conexos (en el ámbito del abuso de posición dominante) o la del *monopoly leveraging* (en el ámbito del control de concentraciones) cuando no se ha establecido claramente la existencia de dos mercados distintos, ya que la simple negativa de venta, compra o suministro, la denegación de acceso o el rechazo a licenciar una patente son figuras que encajan en otros tipos antitrust, y si la cuestión objeto de negativa es un recurso esencial podrá invocarse la doctrina de las *essential facilities*, pero es preciso distinguir en qué supuesto de hecho nos encontramos para determinar la ley aplicable.

En octavo y último lugar, al igual que se ha hecho respecto de la doctrina de las *essential facilities*, es necesario alertar de los riesgos que conlleva un uso indiscriminado y superficial de la teoría del abuso en mercados conexos, ya que pone en peligro la libertad competitiva de las grandes empresas. Se impone, para evitarlo, un criterio restrictivo a la hora de interpretar la “conexidad” entre dos mercados. No cabe –por lo menos de momento- contemplar la posición de dominio y el comportamiento abusivo como fenómenos totalmente desconectados.

¹⁴² FOX, E. M., *op. cit.*, pág. 1012.