



El *Discussion Paper* de la Comisión Europea: ¿reformas en la regulación del Artículo 82 del Tratado CE?

Fernando Díez Estella*.

1. Introducción.

Sobre que estamos en un momento histórico en el ámbito del Derecho Comunitario y español de Defensa de la Competencia pocas dudas pueden existir. En efecto, el ambicioso programa de reformas –en parte ya desarrolladas, en parte todavía por desarrollar- puesto en marcha tanto por la Comisión Europea como por el ejecutivo nacional ha marcado una nueva etapa en la historia del derecho *antitrust*.

En el primer ámbito, el del Derecho Comunitario, el día 1 de mayo de 2004 marcó un hito especialmente relevante en el proceso de construcción del mercado común y de la propia Unión Europea. Como se recordará, fue el día en que se amplió la UE a diez nuevos Estados miembros, pero también en esa fecha entró en vigor el Reglamento 1/2003, de aplicación de las normas contenidas en los artículos 81 y 82 del Tratado CE. Aunque, como su nombre indica, se trata de un Reglamento de aplicación, y que principalmente venía a sustituir al vetusto Reglamento nº 17/62, de aplicación de los Artículos 85 y 86¹, lo cierto es que también introduce importantes modificaciones sustantivas, pero lo hace en el ámbito de los acuerdos prohibidos por el artículo 81.1 y en especial en cuanto a la aplicación de las condiciones para la exención contenida en el artículo 81.3.

Nada en absoluto se dice del artículo 82, cuyo texto –en lo sustancial- se ha mantenido inalterado desde su redacción inicial otorgada por el Tratado de Roma (1957), y sus posteriores modificaciones importantes, el Tratado de la Unión Europea, o Tratado de Maastrich (1992), el de Ámsterdam (1997), que otorga nueva numeración, pasando a llamarse el antiguo artículo 86 el actual artículo 82, el de Niza (2000), incluso en el fallido proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa (2004), que vuelve a reenumerar, pasando a denominarse artículo III-162 de la Constitución Europea, pero sin cambios sustanciales en cuanto a su contenido.

Así pues, a diferencia del ámbito de los acuerdos, en el que, además del Reglamento 1/2003, se han publicado importantes documentos orientativos y directrices tanto en el ámbito de los verticales como horizontales o el control de concentraciones, que se ha visto sustancialmente modificado con la reforma operada por el Reglamento

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

Este artículo tiene su origen en una ponencia presentada en el curso *Cuestiones de Actualidad del Derecho Comunitario*, Centro de Estudios Jurídicos (Madrid, 30 de enero de 2006); así mismo se ha beneficiado de las intervenciones y debates que han tenido lugar en la Jornada *Pricing and Dominance: Art. 82 – The Final Frontier* (Bruselas, 31 de enero de 2006).

¹ Primer Reglamento de aplicación de los Artículos 81 y 82 del Tratado de Roma, *D.O.C.E.* L 13/204, de 21 de febrero de 1962, Reformado por el Reglamento CEE nº 1216/99, del Consejo, de 10 de junio de 1999 (*D.O.C.E.* L148/5, de 15 de junio de 1999).



139/2003, que también entró en vigor el 1 de mayo de 2004, faltaba por modernizar también el artículo 82, sobre el abuso de posición dominante.

A esta necesidad ha dado respuesta la Comisión Europea con un proceso de reforma, cuyo pistoletazo de salida ha sido la publicación, en Diciembre de 2005, de su *Discussion Paper* sobre la aplicación del Artículo 82 del Tratado CE a los abusos de exclusión, sometido a consulta pública hasta marzo de 2006.

En el segundo ámbito, el de nuestro ordenamiento jurídico interno, y al hilo del proceso de modernización emprendido en Europa, la legislación española de Defensa de la Competencia no ha querido quedarse atrás, y ha puesto en marcha su propio proceso de reforma, plasmado en el *Libro Blanco para la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia*, hecho público por nuestras autoridades antitrust el 20 de enero de 2005, y en la actualidad en fase de elaboración de un proyecto de Ley, que culminará en la más ambiciosa reforma de nuestra Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia² (en adelante LDC) desde su promulgación hace ya más de quince años.

En este ámbito, y a diferencia de lo que ocurría a nivel comunitario, sí se han producido cambios importantes con la Ley 52/1999³, de 28 de diciembre, que – recordemos- añade dos nuevos párrafos al artículo 6 LDC y eleva a categoría antitrust el ilícito desleal de “explotación abusiva de una situación de dependencia económica”, contenido anteriormente sólo en el art. 16.1 de la Ley de Competencia Desleal, y que a partir de entonces se tipifica también como abuso de posición dominante.

Por motivos de espacio, y pese a su evidente interés, no se analizará en qué medida la reforma legislativa se adapta a dicha postura y si la jurisprudencia española puede decirse que también se ajusta a ese nuevo enfoque. En este sentido, especial protagonismo han de cobrar en el futuro los recientemente creados Juzgados de lo Mercantil, llamados por Ley⁴ a aplicar en España el Artículo 82 del Tratado CE, y –pese al “olvido” del texto normativo- parece que también el Artículo 6 LDC. Algunos recientes pronunciamientos⁵ de estos tribunales merecen desde luego un estudio detallado, y la articulación entre ellos y las autoridades administrativas –comunitarias, nacionales y, recordemos, también autonómicas- es desde luego una de las cuestiones que más en profundidad han de estudiarse en los próximos tiempos.

Igualmente, sí parece oportuno señalar que los objetivos atribuidos a la normativa española de defensa de la competencia, la jurisprudencia reciente⁶ muestra algunas diferencias con los señalados por el *Discussion Paper* en su introducción, pero

² Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

³ Ley 52/99 de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (*B.O.E.* núm. 311, de 29 de diciembre de 1999).

⁴ Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal.

⁵ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid, de 11 de noviembre de 2005, *Telefónica – Conduit*. Ponente, Sr. Alberto Arribas Hernández.

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 9 de Junio de 2003, Recurso de Casación núm. 8463/1998, Fto. Jco. nº 9: “*Se protege, tanto los intereses económicos - concurrentiales o extraconcurrentiales- de los clientes, proveedores y consumidores en general, como los intereses de los competidores*”



–en general– los principios inspiradores⁷ de la aplicación en nuestro país de la prohibición del abuso de posición dominante previsto por el art. 6 LDC sí están perfectamente “alineados” con los comunitarios.

2. El abuso de posición dominante en el Derecho *antitrust*.

La prohibición contra el abuso de posición dominante contenida en el Artículo 82 del Tratado CE es, junto con la prohibición de los acuerdos colusorios (Artículo 81) y el Control de Concentraciones, uno de los instrumentos con los que cuenta el Derecho Comunitario de Defensa de la Competencia para velar por la existencia de un mercado libre y concurrencialmente saneado.

Se distinguen básicamente dos tipos de abusos prohibidos por este precepto: los *explotativos*, por un lado, y los *de exclusión*, por otro. Esta categorización coincide, además, con un enfoque más económico⁸ que formalista del Artículo 82, en el sentido de no atender tanto a las listas de prácticas anticompetitivas (predación, discriminación, venta vinculada, negativa de suministro, etc...) sino a sus efectos restrictivos, y estos pueden resumirse en dos: efectos restrictivos sobre los *consumidores* (se correspondería con la primera categoría de abuso citado) y efectos eliminatorios sobre los *competidores*, actuales o potenciales (se correspondería con la segunda categoría de abuso, el anticompetitivo).

Así, mientras que los primeros ofrecen pocas dudas en cuanto a su configuración, los segundos sí están sometidos a una mayor controversia, ya que la diferencia entre los comportamientos competitivamente legítimos y las conductas eliminatorias y anticompetitivas es a veces difícil de precisar en la práctica. Entre las razones que se han señalado⁹ destacan: (1) la competencia legítima basada en los méritos y la mayor eficiencia es a veces difícil de distinguir de la competencia ilegítima, basada en conductas eliminatorias; (2) las formas que tiene una empresa de eliminar a otra del mercado o coartar su libertad de actuación son prácticamente infinitas; y (3) hasta fechas recientes los economistas han prestado muy poca atención a las prácticas unilaterales, con lo que carecemos de una teoría sólida y modelos que permitan una correcta evaluación de las mismas.

De hecho, y como iremos viendo a lo largo de estas páginas, la mayor crítica que se ha hecho a esta regulación es su absoluta falta de “previsibilidad”; a diferencia del Art. 81, en el que uno sabe muy bien cuándo lo está infringiendo, las conductas del Art. 82 son realizadas –habitualmente– por los operadores dominantes de buena fe, sin darse

⁷ *Vid.*, por todas, las sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 13 de diciembre de 2004 y de 8 de mayo de 2003.

⁸ *Vid.*, en este sentido, las interesantes –e innovadoras– propuestas planteadas en GUAL, J.; HELLWIG, M.; PERROT, A.; POLO, M.; REY, P.; SCHMIDT, K. y STENBACKA, R., “An Economic Approach to Article 82”, *Report by the EAGCP*, July 2005.

⁹ *Vid.*, por todos, TEMPLE LANG, J. y O'DONOGHUE, R., “The Concept of an Exclusionary Abuse under Article 82”, *Research Paper on the Modernisation of Article 82 EC*, Colegio de Europa (Brujas), versión de 10 de junio de 2005.



cuenta que están llevando a cabo una conducta anticompetitiva, y sometiéndose por tanto al riesgo de un expediente y cuantiosas sanciones.

Como es sabido, bajo el Artículo 82 del Tratado CE se prohíbe sólo el “abuso”, no la creación ni el reforzamiento de una posición de dominio. Sin embargo, el Tratado CE no ofrece ninguna definición legal del abuso, sino que simplemente se limita a enumerar –de forma no exhaustiva, sino meramente ejemplificativa- una serie de ejemplos o categorías de conductas abusivas:

(1) Artículo 82 (a), los abusos *explopativos*, que conllevan un perjuicio hacia los consumidores derivado de que la empresa en situación de dominio se aprovecha de su poder de mercado para imponerles precios excesivos u otras condiciones comerciales gravosas. Es una de las disposiciones de este precepto menos aplicadas en la práctica.

(2) Artículo 82 (b), los abusos *de exclusión*, la categoría más importante de todo el precepto, y que abarca conductas como el cierre de mercado, en el que una empresa impide la entrada a nuevos competidores o dificulta la expansión de los ya existentes. Así, al reducirse aún más de lo que ya estaba limitada la competencia en ese mercado (debido a la presencia de una empresa en posición de dominio), es el consumidor quien sale perjudicado en última instancia.

(3) Artículo 82 (c), la *discriminación*, cuyo alcance¹⁰ es mucho más limitado que la prohibición contenida en la Robinson Patman Act estadounidense, pero que ha sido empleada con profusión por parte de las autoridades antitrust comunitarias para prohibir y sancionar comportamientos de empresas dominantes que, al discriminar entre consumidores, o entre competidores, dejaban a unos en desventaja competitiva frente a otros.

(4) Artículo 82 (d), la *vinculación*, las también llamadas ventas anudadas o *tie-ins*, consistentes en exigir, para la venta de un determinado producto (llamado producto principal), la adquisición por parte del consumidor de un segundo producto (llamado producto secundario) de la misma empresa.

Evidentemente, pueden darse de forma simultánea –y de hecho es lo más frecuente en la práctica- diferentes tipos de abusos, como por ejemplo una política de precios discriminatorios y excesivos, o precios predatorios unidos a una política de vinculación de productos. En estos casos, ambos tipos de abusos se refuerzan y agravan mutuamente.

Lo que sí parece claro es que las cuatro cláusulas del Artículo 82 del Tratado CE han de interpretarse de manera sistemática y coherente, como partes de un todo, diferentes manifestaciones de una única conducta prohibida, el abuso de posición

¹⁰ *Vid.*, para un análisis exhaustivo de esta prohibición tanto en el Derecho Comunitario de Defensa de la Competencia como en la legislación antitrust norteamericana, DÍEZ ESTELLA, F., *La discriminación de precios en el Derecho de la Competencia*, Ed. Civitas, Madrid 2003.



dominante. Sin embargo, y en contra de la opinión de algunos autores¹¹, ello no necesariamente tiene que significar una aplicación uniforme, porque cada una de las categorías del Artículo 82 tiene su propio sentido y una cierta autonomía.

Desde un amplio sector doctrinal se ha señalado que la aplicación en Europa de la prohibición contenida en el artículo 82 del Tratado CE se ha caracterizado por su falta de claridad, manifiestas contradicciones y escaso rigor económico. Los motivos para deshacerse en semejantes “elogios” hacia el tratamiento otorgado a los abusos de posición dominante pueden resumirse¹² en: (1) la Comisión ha subestimado la incertidumbre y el daño que crea en términos de efectos anticompetitivos con afirmaciones y actitudes poco claras en materia sobre todo de abusos basados en precios; (2) las únicas valoraciones legales que se han realizado por parte de la Comisión sobre la aplicación del Artículo 82 han tenido lugar en contextos particulares y mercados muy concretos, como por ejemplo el sector de las telecomunicaciones; (3) estas valoraciones sobre la interdicción del abuso de posición dominante tienden a insistir en su carácter “abierto”, y no precisan los límites en cuanto al alcance de la prohibición; (4) cuando el TPI o el TJCE, han llevado a cabo análisis detallados de esta cuestión siempre lo han hecho en el contexto de recursos contra Decisiones de la Comisión, lo que hace que sus pronunciamientos se ciñan a los hechos concretos del asunto, y en ocasiones sea difícil extraer conclusiones de carácter más general; (5) en comparación con otros ámbitos del Derecho antitrust, hay relativamente pocos casos de abusos; y (6) en asuntos de gran complejidad técnica, como por ejemplo los que tienen lugar en mercados de Nuevas Tecnologías, la Comisión ha sido reacia a iniciar procedimientos si no contaba con una denuncia bien informada o soporte económico sólido.

3. Las propuestas del *Discussion Paper* de la Comisión Europea.

Como se ha indicado en la introducción, la Comisión Europea ha tratado de dar respuesta a todas estas críticas a la forma de aplicarse el Artículo 82 del Tratado CE iniciando un amplio proceso de reforma cuya plasmación visible ha sido, de momento, el *Discussion Paper* publicado a final de Diciembre de 2005.

El documento, de setenta y dos páginas, se refiere únicamente a los denominados *abusos de exclusión*, también conocidos como abusos anticompetitivos o eliminatorios, y que son aquellos comportamientos y prácticas de empresas en posición

¹¹ TEMPLE LANG, J., “Anticompetitive Abuses under Article 82 involving Intellectual Property Rights”, en *European Competition Law Annual 2003: What Is an Abuse of a Dominant Position?*, Oxford/Pórtland Oregon, Hart Publishing, 2004; para quien, si el perjuicio a los consumidores es un elemento del tipo en la categoría de abusos contenidos en el apartado (b), también debería exigirse en los abusos contemplados por los párrafos (c) y (d). Las prácticas de cierre de mercado, como las ventas anudadas o la negativa de acceso a un recurso esencial tienen caracteres propios que las diferencian de los precios discriminatorios o predatorios, y por tanto no es necesario en todas exigir los mismos requisitos para su efectiva aplicación.

¹² *Vid.*, por todos, TEMPLE LANG, J., “Anticompetitive Non-Pricing Abuses Under European and National Antitrust Law”, en Hawk (ed), *Fordham Corporate Law Institute*, nº 235, 2003; TEMPLE LANG, J. y O'DONOGHUE, R., “Defining legitimate competition: how to clarify pricing abuses under Article 82 EC”, 26 *Fordham International Law Journal* 83, 2002.



de dominio que tienden a provocar un efecto de cierre (*foreclosure*) de mercado, al limitar –o, en su caso, impedir totalmente– el acceso al mercado a potenciales competidores, o la expansión dentro del mismo a los actuales competidores.

El *Discussion Paper* de la Comisión está estructurado en diez secciones. Tras el pertinente apartado de Introducción, se abordan en los apartados 2º a 5º cuestiones generales relativas al Artículo 82 del Tratado CE: su relación con otros preceptos del Tratado CE, la definición de mercado en los casos de abuso, el concepto mismo de posición dominante, y, finalmente, se ofrece también el marco genérico de análisis de los abusos de exclusión. Los restantes epígrafes, del 6º al 10º, se dedican a algunos ejemplos de prácticas concretas: los precios predatorios (apartado 6º), los descuentos y la marca única (apartado 7º), las ventas vinculadas y el *bundling* (apartado 8º), las negativas de suministro (apartado 9º) y los *aftermarkets* (apartado 10º).

Con este documento –que no tiene ni siquiera la categoría de *Directrices* o *Comunicación*– de orientación la Comisión Europea pretende conseguir, sobre la base de un enfoque más económico en su análisis de los abusos de exclusión, una aplicación uniforme, también por los órganos judiciales, del Art. 82 en toda la Unión Europea.

Para el análisis de las propuestas de la Comisión, desarrollaremos los siguientes puntos en este epígrafe: un primer apartado en el que se comentan algunos puntos en relación a los objetivos del Artículo 82 del Tratado CE, por la referencia expresa –aunque escueta– que a ellos realiza el *Discussion Paper*. El apartado B) lo dedicaremos a analizar, tomando pie de lo indicado en el Paper, la relación del Artículo 82 con el Artículo 81 y con el Artículo 86 del Tratado CE. Seguidamente, en los Apartados C) y D) haremos referencia a las propuestas sobre “definición de mercado” y “posición de dominio”, para comentar, en el Apartado E) de nuestro estudio el marco general de análisis de los abusos de exclusión que propone el *Discussion Paper* de la Comisión. Finalmente, el Apartado E) de este epígrafe se dedicará a algunos comentarios sobre las líneas marcadas para algunos ejemplos de estas prácticas abusivas.

A) La referencia a los objetivos del Artículo 82.

Señala la Comisión que el objetivo de la prohibición contra los abusos de exclusión del Artículo 82 del Tratado CE es “*la protección de la competencia en el mercado como medio de aumentar el bienestar de los consumidores y asegurar una asignación eficiente de recursos*” (párrafo 4). Se detalla a continuación la clásica argumentación de que la competencia efectiva favorece a los consumidores, que se benefician de precios más bajos, mayor calidad y diversidad de productos y servicios, y las consecuencias –siempre beneficiosas también– de la innovación en las empresas. También se habla de los beneficios derivados de la integración de mercados, y la creación de un verdadero Mercado Único Europeo, que propiciará una eficiente asignación de recursos a lo largo y ancho de la Comunidad para beneficio –una vez más– de los consumidores.



Pensamos que son muchas cosas para decir en un solo párrafo y que merecerían una justificación algo más detallada. En efecto, la cuestión de cuáles sean los objetivos del Derecho de la Competencia en el ámbito de la Unión Europea ha sido un debate que lleva enfrentando por igual a juristas y economistas, legisladores y magistratura, empresarios y consumidores desde los comienzos mismos de la UE, y que ni mucho menos está resuelto.

Lejos de los postulados de la denominada *Escuela de Chicago*¹³, en los que se da prioridad al bienestar del consumidor y al objetivo rector de la eficiencia en el derecho antitrust, y a diferencia de lo que alegremente proclama el *Discussion Paper* de la Comisión sobre la aplicación del Artículo 82, en el párrafo que acabamos de transcribir, los objetivos de la política de competencia y el objetivo de la consecución de un mercado único e integrado por los mercados nacionales de los Estados miembros son objetivos a veces complementarios, y en otras ocasiones en franca contradicción. En efecto, en la *competition policy* comunitaria se persiguen también una serie de objetivos que poco tienen que ver con la eficiencia económica: integración¹⁴ de los mercados nacionales, protección de los pequeños y medianos negocios, protección de los regímenes democráticos en el seno de la Unión Europea y la protección de los consumidores.

Hay por ello un gran consenso en que la “gran cuestión de la política de competencia comunitaria”¹⁵ es precisamente resolver esta tensión entre las consideraciones de eficiencia y las de integración de mercados¹⁶. Desde luego, y a modo de conclusión de este breve *excursus* sobre los fines u objetivos del Derecho antitrust comunitario, no nos parece suficiente la justificación contenida en el Párrafo 4 del *Discussion Paper* de la Comisión, ni pensamos que un tema de esta trascendencia pueda ventilarse con tanta ligereza.

Sobre todo porque, a lo largo del texto, la Comisión repetidamente se desdice de esta declaración inicial cuando, por ejemplo, en el marco analítico general de análisis de los abusos de exclusión dice que, a la hora de aplicar el test del competidor “tan eficiente” como la empresa dominante, tendrá en cuenta “*las economías de escala y alcance, la curva de aprendizaje, o las ventajas del first mover, que los nuevos entrantes son incapaces de alcanzar, aún en el caso de que fueran capaces de conseguir los mismos niveles de producción que la empresa dominante*” (párrafo 67). Es decir, que la empresa dominante tendrá que hacer un esfuerzo de “acomodación” de los nuevos competidores entrantes en el mercado, que son de esta forma –en contra de lo inicialmente dicho- protegidos.

¹³ *Vid.*, para un estudio en profundidad de la importancia que esta corriente doctrinal ha tenido en el análisis antitrust, PAGE, W. H., “The Chicago School and the Evolution of Antitrust”, *Va. L. Rev.*, nº 75, 1989, págs. 1221 a 1253; RULE, C. F. y MEYER, D. L., “An Antitrust Enforcement Policy to Maximize the Economic Wealth of All Consumers”, *The Antitrust Bulletin*, nº 33, 1988, págs. 677 y ss.

¹⁴ EHLERMANN, CLAUS-DIETER, “The Contribution of EC Competition Policy to The Single Market”, *Common Market Law Review*, Vol. 29, nº 2, Abril 1992, pág. 257.

¹⁵ HAWK, B., “The American (Anti-trust) Revolution: Lessons for the EEC?”, *European Competition Law Review*, Vol. 9 (1), 1988, pág. 81.

¹⁶ Por ejemplo, el art. 81. 3 Tratado CE permite acuerdos que restrinjan la competencia si una parte razonable de los beneficios obtenidos se traslada a los consumidores.



B) La relación del Artículo 82 con otros preceptos del Tratado CE.

El segundo epígrafe del *Discussion Paper* se dedica a la relación del Artículo 82 con otros preceptos del Tratado CE, especialmente los que hacen referencia a la prohibición de los acuerdos colusorios (Artículo 81) y a las conductas de empresas públicas o empresas a las que los Estados Miembros han concedido derechos especiales o exclusivos (Artículo 86). Se hace también referencia (párrafo 10) al Artículo 10 del Tratado CE –que insta a los Estados Miembros a adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del Tratado CE- pero no se analiza después, con lo que tampoco aquí haremos mayor mención a dicho precepto.

(i) El artículo 81 y el 82 del Tratado CE.

Ya se ha señalado que una de las modificaciones de más contenido y alcance introducidas por Reglamento 1/2003 es la abolición del antiguo sistema de notificación, y su sustitución por un sistema de excepción legal. Es decir, para que un acuerdo entre empresas pueda quedar bajo el amparo de la exención del artículo 81.3, y evitar por tanto la prohibición del artículo 81.1, no es necesario notificarlo a la Comisión Europea y obtener así la autorización singular, sino que las mismas empresas, en un ejercicio de autoevaluación examinarán¹⁷ si cumple los cuatro requisitos del Apartado 3 del Artículo 81, y si entienden que las satisface, el acuerdo pasa a ser válido sin necesidad de ninguna declaración administrativa.

Señala la Comisión en el *Discussion Paper* que, dado que tanto el Artículo 81 como el 82 persiguen –en relación con las prácticas de exclusión- un mismo fin, el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado, ambos deben aplicarse de forma conjunta. Ello impediría que se aplicara el Artículo 81.3 a acuerdos restrictivos que constituyan un abuso de posición dominante. Pero, por el mismo motivo, una interpretación sistemática debe permitir que también una empresa en posición dominante se beneficie de la exención del apartado 3º del Artículo 81, y por tanto “*si la conducta de una empresa dominante genera eficiencias y con tal de que se cumplen el resto de condiciones del Artículo 81.3, dicha conducta no puede catalogarse como un abuso de los contenidos en el Artículo 82 del Tratado CE*” (párrafo 8).

Ésta es, en nuestra opinión, la mayor “revolución” que el *Discussion Paper* va a introducir en la aplicación del Artículo 82 del Tratado CE, al crear –algo insólito hasta la fecha- una suerte de excepción legal a determinadas categorías de abusos de posición dominante. El grado de incertidumbre e inseguridad jurídica que este sistema va a generar es un riesgo que la Comisión Europea debe valorar; siempre se ha dicho que en el abuso no caben excepciones, o es, o no lo es. Si no lo es desde un principio, ¿porqué se prohíbe en primer lugar?

¹⁷ Siguiendo las líneas de las *Directrices de la Comisión para la aplicación del Artículo 81.3 del Tratado CE*, D.O.C.E. C 101, de 27 de abril de 2004.



(ii) El Artículo 86 y el Artículo 82 del Tratado CE.

Como es bien sabido, también las empresas públicas, o aquellas a quienes los gobiernos de los Estados Miembros han concedido la titularidad de derechos especiales o exclusivos, pueden abusar de su posición dominante y por tanto infringir el Artículo 82 del Tratado CE. A su vez, el Artículo 86 y el 82 pueden –combinadamente– infringirse si un Estado Miembro crea o mantiene medidas legales que generan una situación en la que dichas empresas son “llevadas a” o al menos no pueden evitar abusar de su posición dominante.

Con todo, como sostiene¹⁸ R. WHISH, la relación entre el artículo 86 y los artículos 81 y 82 es una de las cuestiones más delicadas de todo el derecho de la competencia comunitario. La finalidad del artículo 86, no es someter a estas Empresas a las normas de la competencia, pues para ello bastarían los preceptos generales de los artículos 81 y 82, sino que una vez declarada la sujeción, se regule la excepción: las Empresas gestoras no estarán sujetas a las normas de la competencia si concurren dos condiciones: que si se aplican las normas de la competencia se impida de hecho o de derecho el cumplimiento del servicio; y que el desarrollo de los intercambios no sea afectado de manera contraria al interés de la Comunidad.

Pues bien, pese a todas estas incertidumbres y vacíos legales, pese a toda la jurisprudencia generada, y los problemas todavía no resueltos, el *Discussion Paper* de la Comisión afirma que “*debido a la peculiaridad del Artículo 86 y las condiciones que establece, la aplicación conjunta del Artículo 86 y el Artículo 82 del Tratado CE está fuera del ámbito de este documento*” (párrafo 9). Pensamos que esta afirmación, y la postura de dejar este tema fuera del ámbito de debate del *Discussion Paper* es un poco decepcionante, ya que algunas directrices sobre esta cuestión hubieran sido más que bienvenidas.

C) La definición de mercado.

La definición del mercado relevante tanto desde el punto de vista de producto como geográfico, es una cuestión de las más polémicas en el Derecho de la Competencia, y determinante en gran medida del resultado final del expediente; no en vano se ha dicho que quien “gana” la batalla de la definición de mercado tiene prácticamente ganado el sentido del pronunciamiento administrativo o judicial.

Esto es así no porque la definición de mercado sea un fin en si mismo, sino porque está universalmente admitido que dicha definición provee del marco analítico necesario para determinar la existencia de poder de mercado, que a su vez es esencial en la determinación de si dicha conducta u operación tiene o no capacidad de falsear la competencia o perjudicar a los consumidores.

¹⁸ WHISH, R., *Antitrust Law*, 4th Ed, Sweet & Maxwell, London 2001, pág. 168.



Por todo ello, esta cuestión ha sido objeto de numerosas publicaciones tanto en la doctrina norteamericana como comunitaria, y tema también frecuente de declaraciones institucionales por parte de las autoridades antitrust. En este sentido, la Comisión Europea ha marcado un hito especial con la publicación en 1997 de la “Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia”¹⁹ (en adelante *Comunicación*), que recoge numerosos elementos del tratamiento de la figura en el ámbito del Derecho antitrust norteamericano contenido en las *Merger Guidelines*²⁰, publicadas por el Departamento de Justicia en 1982, y en sus sucesivas reediciones de 1984 y 1992.

El documento de la CE hace una remisión expresa a dicha *Comunicación*, tras afirmar que “*el principal objetivo de la definición de mercado es identificar, de forma sistemática las restricciones competitivas a las que se enfrenta una empresa*” (Párrafo nº 12). Tras una breve introducción al origen y desarrollo jurisprudencial de la figura, dedicaremos dos epígrafes a glosar las propuestas de la Comisión en dos áreas dentro de este campo de la definición de mercado: el SSNIP test y la falacia del celofán, y el abuso en mercados conexos y el *monopoly leveraging*.

Especialmente desde el punto de vista económico, no está todavía desarrollado lo suficiente algún modelo o metodología que permita una mayor precisión y rigor en esta fase previa a toda actuación antitrust en el marco de la aplicación del Artículo 82 del Tratado CE. Como dijo hace tiempo el prof. STIGLER, “Mi queja es que esta batalla de la definición de mercado, que es peleada miles de veces en todas las demandas antitrust, ha recibido muy poca atención de los economistas. Excepto alguna relación puntual con la elasticidad cruzada de demanda y de oferta, la delimitación de los mercados ha permanecido como un área inexplorada de la investigación económica”²¹. Esta cuestión, delimitada por importantes pronunciamientos como la Sentencia *Europemballage and Continental Can c. Comisión*²² o la Decisión *ECS/AKZO*²³, es de trascendental importancia y no sorprende por ello que el *Discussion Paper* de la Comisión Europea dedique su tercer apartado a esta cuestión de forma monográfica.

No es por tanto exagerado afirmar que “una Decisión puede ser anulada si el análisis (la definición de mercado relevante) es incorrecto”²⁴, y que, desde luego, la falta de seguridad jurídica en este ámbito estaba alcanzando cotas insostenibles: “En el actual estado del derecho comunitario de competencia, la cuestión de la definición de mercado relevante ha ido degenerándose hasta llegar a dar la impresión de ser una serie de maniobras *ad hoc* para llegar a un resultado predeterminado”²⁵.

¹⁹ D.O.C.E. C 372, de 9 de diciembre de 1997, págs. 5 a 13.

²⁰ U. S. Dep’t of Justice, *Merger Guidelines*, 4 Trade Reg. Rep. (CCH) § 13,102.

²¹ STIGLER, J., “The Economists and the Problem of Monopoly”, 72 *Am. Econ. Rev.* 1 (1982), pág. 9.

²² Sentencia del TJCE de 21 de febrero de 1973, Asunto 6/72, *E.C.R.* (1973) p. 215.

²³ Decisión 85/609/EEC de la Comisión, de 14 de diciembre de 1985 (IV/30.698 – *ECS/AKZO*), D.O.C.E. L374/1, de 31.XII.1985.

²⁴ BELLAMY, C. y CHILD, G., *Derecho de la Competencia en el Mercado Común* (Edición española a cargo de Enric Picañol), Ed. Civitas, Madrid, 1992, pág. 130.

²⁵ VAN DER BERGH, R., “Modern Industrial Organisation versus Old-fashioned European Competition Law”, *European Competition Law Review*, Vol. 17, nº 2, 1996, pág. 7



Sobre el aspecto “geográfico” de la definición de mercado relevante el *Discussion Paper* no dice absolutamente nada, salvo una rápida mención en el Párrafo 12, y por tanto habrá que estar a lo que, en este sentido, establezca la *Comunicación*.

Donde sí se detiene un poco más extensamente (párrafos nn. 13 a 17) el *Discussion Paper* de la Comisión Europea es en la problemática conocida como la “falacia del celofán” en relación con la aplicación del *SSNIP* test. Estos conceptos pertenecen originalmente al ámbito del derecho antitrust norteamericano, en el cual el poder de mercado –o poder monopolístico- se ha definido como “*el poder de controlar los precios o de evitar la competencia*”²⁶. Este poder deriva de determinadas prácticas anticompetitivas que hacen difícil a los competidores que ya están en el mercado su supervivencia, y a los que no están, su entrada. Sin embargo, para poder determinar la existencia –o los indicios- del poder de mercado hay primero que definir el mercado relevante en el que dicho poder se evaluará²⁷.

El Tribunal Supremo estadounidense, tras afirmar que “*sin una definición de dicho mercado no hay posibilidad de medir la capacidad de una empresa de reducir o eliminar la competencia*”²⁸, estableció su propio concepto de “definición de mercado”, para el ámbito de la Sherman Act, en la conocida Sentencia *Celofán*²⁹, en el que se discutía si el mercado relevante de producto era el papel celo (en el que la empresa Du Pont tenía una cuota de mercado del 75%) o el concepto más amplio de “material flexible de embalaje” (en el que Du Pont tenía menos del 20% del mercado); tras largas discusiones, se resolvió la cuestión diciendo que “*el mercado se compone de los productos que tienen en grado razonable de intercambiabilidad según los fines para los que fueron hechos, y considerando las características de precio, uso y calidad*”.

A partir de esta Sentencia se habla de la “Falacia del Celofán” cuando se abordan cuestiones relacionadas con la definición de mercado relevante: si el producto en cuestión es fabricado y vendido por una empresa dominante, que está aplicando precios monopolísticos, por definición no puede aumentarse más el nivel de precio que maximiza el beneficio. Así, aunque el producto puede haberse definido como “mercado” relevante si se hubiera tomado como punto de partida el nivel de precio correspondiente a una situación competitiva, esta conclusión a la que llega el Tribunal Supremo lleva a definir el mercado relevante de forma muy amplia, lo que lleva a concluir erróneamente que el monopolista no está en posición dominante.

Ante el desbarajuste legal³⁰ existente, el Departamento de Justicia publicó en 1982 sus *Merger Guidelines*, en las que se persigue, como aspecto principal identificar aquellas fusiones que puedan crear o reforzar una situación de poder de mercado,

²⁶ *American Tobacco Co. v. United States*, 328 U. S. 781 (1946).

²⁷ KEYTE, J., “Market Definition and Differentiated Products: The need for a Workable Standard”, 63 *Antitrust L. J.* 697 (1995), pág. 697; HARRIS, R. y JORDE, T., “Antitrust Market Definition: An Integrated Approach”, 72 *Cal. L. Rev.* 1 (1984), pág. 4.

²⁸ *Walker Process Equipment v. Food Mach & Chem. Corp.*, 382 U. S. 294, 324 (1962).

²⁹ *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U. S. 377 (1956).

³⁰ *Vid.*, para una crítica detallada, GREGORY J. WERDEN, “The History of Antitrust Market Delineation”, 76 *Marq. L. Rev.* 123 (1992), págs. 169 y ss.



ofreciendo una base analítica basada en tres criterios: sustituibilidad de demanda, sustituibilidad de oferta y condiciones de acceso. Se mantiene, por tanto, el criterio de la sustituibilidad de demanda como delimitador del mercado relevante, pero las Merger Guidelines se separan bastante de los precedentes existentes en la medida en que se avanza en el método de análisis de la elasticidad cruzada a través del denominado “SSNIP test” (*Small but Significant and Nontransitory Increase in Price*).

Así, un mercado antitrust se define como “*un producto o grupo de productos y un área geográfica en la que se venden, para los cuales una empresa –hipotéticamente maximizadora de beneficio y no sujeta a regulación de precios- que es la única fabricante presente y futura de esos productos en ese área, puede aplicar un aumento de precio pequeño pero significativo, y permanente, manteniéndose constantes las condiciones de venta del resto de productos*” (Párrafo nº 2.01).

El criterio de la sustituibilidad en la demanda como criterio delimitador del mercado relevante goza en la actualidad de general aceptación. No siempre se adoptará de forma explícita, por lo menos con la claridad con la que el Tribunal de Justicia lo empleaba en las primeras Sentencias. Así, en la conocida Sentencia *United Brands c. Comisión*, -citada en numerosas ocasiones por la Comisión a lo largo del *Discussion Paper*- las peculiaridades de la fruta objeto de litigio, el plátano (producción durante todo el año, elemento importante en dietas médicas y de ancianos y niños pequeños, etc.), llevó a definir el mercado relevante como el compuesto únicamente por esa fruta, y ninguna otra, ya que “*su grado de sustituibilidad es relativamente pequeño, debido a sus peculiares características y a todos los factores que influyen en las preferencias de los consumidores*” (Párrafo nº 30)³¹. Después de veinte años, en Sentencias como la reciente *Oscar Bronner GmbH & Co. v. Mediaprint*³², el Tribunal sigue utilizando el criterio de la intercambiabilidad para determinar si el mercado relevante era el de los sistemas de reparto prensa a domicilio o también lo integraban otros medios de distribución.

Advierte la Comisión que “*es importante tener en cuenta que el hecho de que el SSNIP-test se apoya en la presunción de que los precios actuales del mercado constituyen el marco de referencia adecuado para el análisis. Sin embargo, esta presunción no siempre es válida en casos del Artículo 82 del Tratado CE*” (Párrafo 15). Esto es así porque la noción misma de dominancia implica que la empresa en esa situación puede funcionar con independencia de sus competidores, y por tanto no está sujeta a restricciones competitivas de ningún tipo, lo que provocará que tenga la facultad de elevar artificialmente los precios. Esto significa, por tanto, que el marco adecuado para llevar a cabo el test no serán los precios de mercado, sino los precios competitivos, que puede que no sean los del mercado en ese momento. Concluye acertadamente la Comisión este párrafo diciendo que no tener esto en cuenta “*es lo que se conoce como falacia del celofán*”.

Antes de dos breves referencias al examen sobre la intencionalidad de uso de los productos (Párrafo 18) y la comparación de precios entre varias regiones (Párrafo 19),

³¹ Sentencia del TJCE, de 14 de febrero de 1978, *cit.*

³² Sentencia del TJCE, de 26 de noviembre de 1998, Asunto C-7/97.



concluye la Comisión Europea su excursus sobre esta cuestión señalando que “*los asuntos del Artículo 82 del Tratado CE pueden tener lugar también en mercados en los que no hay empresa dominante. Por ejemplo, el asunto que se esté investigando puede ser la denuncia de que una empresa supuestamente dominante traslada su dominancia de un mercado a otro*” (Párrafo 17).

El término que se utiliza en el documento para el verbo que hemos traducido por “trasladar” es *leverage*, lo que nos sitúa en la problemática conocida como abuso en mercados conexos, en íntima relación con la conducta conocida como “*monopoly leveraging*”. Este tipo de conducta anticompetitiva 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*³³, pronunciamiento cuya significación en el ámbito del régimen de control de concentraciones ha sido fundamental, como lo fue la Sentencia *AKZO Chemie BV c. Comisión*³⁴, en el ámbito de los precios predatorios, que luego comentaremos.

Toda la jurisprudencia en torno al artículo 82 del Tratado CE 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 ya hemos anunciado en la introducción, al comentar los “objetivos” que la Comisión Europea atribuye a este precepto en los primeros párrafos del *Discussion Paper*: la preocupación por los pequeños competidores³⁵.

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*”³⁶.

D) La posición de dominio.

La Comisión Europea dedica todo el párrafo 4º del *Discussion Paper* al tema de la posición de dominio, cuya determinación –una vez definido el mercado relevante- es

³³ Sentencia del TPI, de 25 de octubre de 2002, Asunto T-5/02.

³⁴ Sentencia del TJCE, de 3 de Julio de 1991, Asunto C-62/86, *E.C.R.* (1991) p. I-3359.

³⁵ *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, nº 1, págs. 153 y ss.

³⁶ 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.



el siguiente paso en el establecimiento de que ha existido un abuso de los contemplados en el Artículo 82 del Tratado CE.

Esta cuestión siempre ha ocupado un lugar de preeminencia³⁷ entre los estudiosos del Derecho de Defensa de la Competencia, especialmente los economistas. Plantea la Comisión Europea sus propuestas sobre el concepto de “posición dominante” en una doble dirección: habla de dominio “individual” (Párrafos 28 a 42), y de dominio “colectivo” (Párrafos 43 a 50). Para analizar el primero habla por un lado de la situación en el mercado de la empresa presuntamente dominante, y también de la situación de los rivales; por otro de las barreras de entrada y de expansión. Para analizar el segundo tipo de dominio, el colectivo, el desarrollo que ofrece es mucho más escueto.

La noción que maneja el *Discussion Paper* viene contenida en el párrafo 21º, que señala los siguientes tres elementos como integrantes de la noción de posición dominante: (1) una posición de fuerza económica en el mercado; (2) que permita a la empresa o empresas que la detentan impedir o restringir la competencia efectiva en ese mercado; (3) y, en consecuencia, les permite comportarse en un alto grado con independencia. Hay que señalar que esta noción no es en absoluto nueva en el acervo comunitario de defensa de la competencia, sino que estaba ya definida hace años en la Sentencia *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Comisión*³⁸.

En la práctica³⁹ hay cuatro pasos que deben darse para determinar que una empresa está en posición dominante: 1) la definición de mercado relevante; 2) demostrar que la empresa tiene una cuota de mercado persistentemente alta en tal mercado; 3) demostrar que no es probable que rivales actuales o potenciales erosionen la posición de la empresa en posición dominante; y 4) demostrar que la posición dominante existe en el Mercado Común o en una parte sustancial del mismo.

Como hemos advertido, es la jurisprudencia de los órganos comunitarios la que ha formulado estas condiciones y la que las ha ido matizando a lo largo de su historia. En este sentido, uno de los aspectos más destacables de la evolución jurisprudencial es el papel que se otorga, de cara a la determinación de la posición dominante a la *cuota de mercado*, que sigue manteniéndose como el principal⁴⁰, pero ha de ir acompañado de muchos otros. Lo señala la Comisión Europea en el *Discussion Paper* cuando afirma que “la importancia que se otorgue a la cuota de mercado depende de las

³⁷ *Vid.*, por todos, una de las contribuciones más recientes y autorizadas a este debate, en GERADIN, D., HOFER, P., LOUIS, F., PETIT, N. y WALKER, M., “The Concept of Dominance”, *Research Paper on the Modernization of Article 82 EC*, Draft, 10 June 2005, College of Europe (Brugge).

³⁸ Sentencia del TJCE, de 9 de noviembre de 1983, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto 322/81, E.C.R. (1983) p. 3461, párrafo nº 30: “una posición de fuerza económica de la que goza una empresa que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante posibilitándole comportarse en una medida apreciable independientemente de sus competidores y clientes y, en definitiva, de los consumidores”.

³⁹ BELLAMY, C. y CHILD, G., *Derecho de la Competencia en el Mercado Común* (Edición española a cargo de Enric Picañol), Ed. Civitas, Madrid, 1992, pág. 508.

⁴⁰ Sobre la importancia que tradicionalmente se ha concedido, de cara a la definición de mercado relevante, a la “cifra” numérica de la cuota de mercado, *Vid.*, BELLAMY, C. y CHILD, G., *op.cit.*, pág. 516 y ss.



circunstancias concretas de cada caso. La cuota de mercado es sólo un proxy del poder de mercado” (párrafo 32).

Ya en la Sentencia *Michelin* afirmó el Tribunal que *“la existencia de una posición dominante puede derivar de varios factores que, tomados paralelamente, no son necesariamente determinativos, pero entre tales factores uno muy importante es la existencia de una cuota de mercado muy grande”*⁴¹. En Sentencias como *Hoffmann-La Roche*⁴² -citada expresamente por la Comisión en el párrafo 28 del *Discussion Paper*, que aborda este punto- se ofrece una explicación más detallada del porqué de esta postura del Tribunal. Así mismo, la Comisión Europea cuando da cuenta de esta cuestión señala diferentes aspectos (párrafos 29 a 33 del *Discussion Paper*) que han de tenerse en cuenta a la hora de valorar esa posición de dominio, a partir de las cuotas de mercado: los datos “históricos” de porcentajes de cuota, su fluctuación, su persistencia en el tiempo –esto sí sería un indicador de dominancia-, el grado de diferenciación de producto en el mercado en cuestión y por tanto la sustituibilidad.

Las barreras de entrada –y de expansión- son analizadas por el documento de la Comisión Europea en los párrafos 34 a 40, señalando que *“si las barreras a la expansión a las que se enfrentan los actuales competidores, o las barreras de entrada a las que se enfrentan los potenciales competidores, son bajas, el hecho de que una empresa tenga una cuota elevada de mercado no es indicativo de posición dominante”* (párrafo 34).

Se señalan, en el párrafo 40, una serie de factores que habrán de considerarse a la hora de valorar el efecto que ejercen estas barreras de entrada o expansión, en función de su naturaleza y origen: barreras legales a la entrada; limitaciones de capacidad productiva; economías de escala y alcance; ventajas absolutas de coste; acceso privilegiado a las fuentes de suministro; las redes de distribución y venta; la posición consolidada en el mercado; otros factores estratégicos.

Por otra parte, recientemente se ha puesto de manifiesto⁴³, pensamos que acertadamente, que en mercados que se están liberalizando, o aquellos dominados por las llamadas empresas tecnológicas, es decir, en los “mercados emergentes”, las altas cuotas de mercado no son indicadores necesariamente de la existencia de una posición dominante, ya que pueden cambiar rápidamente. En esta línea apunta la CE cuando señala que *“no es necesario para acreditar la dominancia que la empresa en cuestión haya eliminado toda posibilidad de competencia en el mercado”* (párrafo 27). También

⁴¹ Sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 1983, *cit.*, párrafo nº 53.

⁴² Sentencia del TJCE, de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto 85/76, (1979) E.C.R., párrafo nº 41: *“una empresa que tenga una cuota de mercado muy grande y que la mantenga durante cierto tiempo gracias a su volumen de producción y suministros a gran escala –sin que aquellos con cuotas de mercado más pequeñas sean capaces de servir la demanda de aquellos que quisieran dejar al proveedor en posición dominante- está, en méritos de tal cuota de mercado, en una posición de fuerza que lo convierte en un proveedor necesario, y que le posibilita, al menos durante un largo período, a actuar con plena libertad de acción que es la característica especial de una posición dominante”*.

⁴³ FERNÁNDEZ SALAS, M., “Long-term supply agreements in the context of gas market liberalisation: Commission closes investigation of Gas Natural”, *CPN*, nº 2, Junio 2000, pág. 56.



señala la Comisión, en los párrafos 41 y 42 del *Discussion Paper*, que la posición en el mercado de los compradores puede suponer también un límite a la posición supuestamente dominante de la empresa oferente.

Acaba este 4º apartado del *Discussion Paper* de la Comisión Europea con una breve referencia sobre la posición dominante colectiva, que tanta importancia está adquiriendo últimamente⁴⁴, y sin embargo recibe un tratamiento tan parco en este documento de trabajo sobre los abusos de exclusión del Artículo 82 del Tratado CE.

Se limita la Comisión a señalar que “*para que exista una dominancia colectiva bajo el Artículo 82 del Tratado CE, dos o más empresas deben, desde un punto de vista económico, presentarse juntas o actuar conjuntamente en un mercado como una entidad colectiva*” (párrafo 44). Se ofrecen igualmente algunas directrices (párrafos 48 a 50) acerca de cómo han de interpretarse los “factores de conexión” entre ellas, y la valoración económica de la conducta: (1) cada una de las empresas a las que se atribuye el dominio colectivo han de ser capaces de controlar (“monitorizar”) si el resto están siguiendo la política común que se han impuesto; (2) la puesta en práctica de esta política comercial común ha de ser sostenible a lo largo del tiempo, lo que implica la existencia de mecanismos disuasorios para casos de “incumplimiento”; y (3) tiene que verificarse que las presiones competitivas no comprometan la puesta en práctica de la política común.

E) El marco de análisis de los abusos de exclusión.

En esta sección del *Discussion Paper*, que abarca los párrafos 51 a 92, se describe –de forma genérica– el marco de análisis que “podrá” ser empleado por la Comisión Europea en la valoración de los abusos de exclusión del Artículo 82 del Tratado CE.

Se abordan en este apartado la cuestión que principalmente preocupa a la Comisión Europea en este tipo de abusos, el cierre de mercado (Apartado 5.1); las diferencias entre abusos de exclusión basados en precios y los basados en elementos de la transacción diferentes a los precios (Apartado 5.2); las diferentes entre el cierre de mercado en sentido vertical y en sentido horizontal (Apartado 5.3); y cuestiones relativas al abuso de dominio colectivo (Apartado 5.4). Finalmente (Apartado 5.5) se lleva a cabo un análisis de las tres posibles defensas o justificaciones que pueden alegar las empresas si son denunciadas por este tipo de abusos: la de la “necesidad objetiva”, la de “enfrentarse a la competencia”, y la de la “eficiencia”.

Con carácter general, se puede decir que late en el documento una cierta tensión entre un análisis más formalista y otro más basado en los efectos de la conducta (lo que significa más previsibilidad para la empresa dominante, y por tanto mayor seguridad jurídica en su actuación). Como es natural, no es la intención de la Comisión Europea

⁴⁴ *Vid.*, por ejemplo, el razonamiento seguido en la importante Sentencia *Compagnie Maritime Belge and Dafra c. Comisión*, Sentencia del TJCE de 16 de marzo de 2000, Asuntos C-395 y 396/96P, *E.C.R.* (2000) p. I-1365.



agotar todos los supuestos que en la práctica se van a plantear, sino simplemente ofrecer algunas orientaciones sobre las prácticas abusivas más comunes.

El esquema de la Comisión Europea es claro: ofrecer un marco general de análisis, reglas particulares para supuestos de prácticas concretas, que dan lugar a una “presunción” de conducta abusiva –y, por tanto, contraria al Artículo 82 del Tratado CE-, presunción que puede ser refutada por una serie de defensas o justificaciones.

(i) Protección de los “competidores” vs protección de la “competencia”.

Llama en primer lugar la atención, por lo categórico de la afirmación, que se diga “*El objetivo esencial del Artículo 82 del Tratado CE cuando aborda la conducta exclusionaria es la protección de la competencia en el mercado como medio de mejorar el bienestar del consumidor y asegurar la asignación eficiente de recursos (...). Esto significa que es la competencia y no los competidores como tales lo que es objeto de protección*” (Párrafo 54).

Ya hemos reseñado, en un epígrafe precedente, la ingente discusión que el tema de los objetivos del Derecho antitrust comunitario ha generado; la última frase reseñada es una alusión directa a dicho debate, cuyos polos de discusión se han formulado en muchas ocasiones con la expresión “*protecting competition vs. protecting competitors*”. En efecto, entre los múltiples objetivos o fines que se han presentado como alternativa a la maximización del bienestar del consumidor, ninguno se alza con tanta fuerza como la cuestión de la protección de los intereses de los pequeños comerciantes o pequeños negocios, que es frecuentemente formulada en la doctrina con la expresión “*proteger a los competidores en vez de la competencia*”.

A diferencia de los Estados Unidos, en la UE todo hace indicar –tal como luego la CE deja ver a lo largo del *Discussion Paper*, aunque en la Introducción diga lo contrario- ambos son, por igual, un objetivo digno de protección: “*los competidores rivalizan con la competencia como objetivos de política legislativa*”⁴⁵.

En la Decisión *ECS / AKZO* antes citada, la Comisión repite las consideraciones en torno al “mantenimiento de una competencia efectiva” que ya empleó en *Michelin* y reitera que las empresas –también las dominantes- pueden competir⁴⁶. Comentando éste y otros pronunciamientos (*United Brands, Hugin, Commercial Solvents*) que también han contribuido decisivamente a delimitar en el ámbito comunitario los conceptos de posición dominante, abuso, la concepción ampliada del abuso en mercados conexos o vecinos, conducta, etc., se ha señalado que “*parecen prestar apoyo a quienes recriminan*

⁴⁵ JEBSEN, P. y STEVENS, R., “Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: The regulation of Competition under Article 86 of the European Union”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 64, 1996, pág. 459.

⁴⁶ Decisión *ECS / AKZO*, cit., párrafo nº 81: “*el mantenimiento de un sistema de competencia efectiva exige que el pequeño negocio esté protegido del comportamiento de las empresas dominantes que se dirija a expulsarle del mercado*” (el subrayado es nuestro).



a la Comisión y al Tribunal que, cuando aplican el artículo 82, tienden más a preocuparse de la protección de los competidores en vez de la competencia”⁴⁷.

Respecto a estos mismos asuntos se han manifestado otros autores diciendo que “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”⁴⁸.

Por idénticos motivos se ha señalado que “el Asunto *Tetra Pak II* manifiesta cómo las consideraciones en torno a la justicia o equidad mueven la política comunitaria de competencia en mucha mayor medida que la política antitrust norteamericana. Es precisamente la preocupación por los pequeños competidores, como *Elopak*, lo que mueve gran parte de la jurisprudencia del artículo 82 y su aplicación extensiva al abuso de posición dominante en mercados vecinos”⁴⁹.

En este sentido, la profesora VALENTINE KORAH, extrae la siguiente conclusión después de haber analizado la jurisprudencia relativa al abuso de posición de dominio contemplada por el artículo 82 del Tratado CE: “Mi preocupación es que las normas de competencia no se están usando para permitir a las empresas eficientes crecer a costa de las ineficientes, sino para proteger a las pequeñas y medianas empresas a expensas de las eficientes o más grandes”⁵⁰.

(ii) El análisis de algunas categorías de abusos.

Una vez sentado el principio de que “*la principal preocupación del Artículo 82 del Tratado CE en relación con los abusos de exclusión es el efecto de cierre de mercado que obstaculiza la competencia y en consecuencia perjudica a los consumidores*” (párrafo 56), la Comisión Europea va dando algunas indicaciones sobre cuestiones varias, algunas de las cuales se señalan aquí de forma genérica:

1) Crea una especie de “presunción” de conducta abusiva cuando el comportamiento de una empresa claramente (sic) no es competencia basada en los méritos y claramente (sic) no crea ningún tipo de eficiencias sino que lo único que hace es levantar obstáculos a la competencia residual (párrafo 60).

2) Cataloga como abusos de exclusión no basados en precios las ventas vinculadas, los contratos de *single-branding*, y las negativas de suministro. Acepta que,

⁴⁷ AL-DABBAH, M., “Conduct, Dominance and Abuse in Market Relationship: Analysis of Some Conceptual Issues under Article 82 European Community”, *European Competition Law Review*, Vol. 21 (1), Junio 2000, pág. 49.

⁴⁸ FOX, E. M. “Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity, and Fairness”, *61 Notre Dame L. Rev.* 981 (1986), pág. 1004.

⁴⁹ 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, Winter 1997, pág. 574.

⁵⁰ KORAH, V., *An Introductory guide to EC Competition Law*, Ed. Maxwell, 1994, pág. 106.



aunque en esas situaciones algún tipo de cierre de mercado tiene lugar, éste no necesariamente tiene por qué ser anticompetitivo (párrafo 61).

3) En relación con los abusos basados en precios, que suelen tener como consecuencia la expulsión del mercado de competidores de la empresa en situación de dominio, se establece que sólo cabe hablar de conducta anticompetitiva si dichos competidores son “tan eficientes” como la empresa dominante (párrafo 63).

4) Para llevar a cabo este test del competidor “tan eficiente”, la autoridad antitrust correspondiente ha de contar con la necesaria información sobre las políticas de precios de las empresas, sus márgenes y sus costes (párrafo 67).

5) A la hora de analizar una conducta abusiva de exclusión, es útil distinguir si al competidor al que se quiere eliminar está en el mercado ascendente o “aguas arriba” (*upstream market*) o en el mercado descendente o “aguas abajo” (*downstream market*)⁵¹. En el primer supuesto la empresa dominante quiere eliminar, penalizar o marginar a una empresa en su mismo nivel de la cadena de producción, mientras que en el segundo grupo se incluirían las negativas de suministro, que en este caso incluyen los casos de *margin squeeze* (párrafos 70 a 72).

En este punto tenemos que señalar que la inclusión aquí de los precios excesivos (una de cuyas modalidades es el citado “pinzamiento de márgenes” o *margin squeeze*) parece una contradicción con el hecho de dedicar el *Discussion Paper* exclusivamente a los abusos de exclusión y no los abusos explotativos.

En efecto, tradicionalmente⁵² se ha “encasillado” la práctica de los precios excesivos en la categoría de abuso explotativo, recalcando la idea de que, debido a la dificultad que entraña que una autoridad de competencia se convierta en reguladora de precios, éstas –la Comisión incluida- han sido reacias a la determinación de cuándo un precio ha de ser considerado excesivo a los efectos de aplicación del artículo 82 del Tratado CE. Por la misma razón el TJCE nunca ha definido el concepto de forma taxativa en sus pronunciamientos.

Este supuesto no ofrece dudas: un precio excesivo es considerado explotativo, y por tanto ilegal desde un punto de vista antitrust, cuando su efecto es una reducción neta del bienestar del consumidor. Esta pérdida de bienestar es consecuencia de un doble efecto: por un lado, algunos consumidores pagan más por un bien o servicio de lo que pagarían si el precio de éste se mantuviera en un nivel competitivo; por otro lado, aquellos consumidores con una menor capacidad adquisitiva sencillamente se ven expulsados del mercado y no tienen acceso al bien o servicio.

⁵¹ En la terminología empleada por la Comisión Europea en este documento, hablar de mercados ascendentes o descendentes supone hablar de mercados en diferentes “alturas” de la cadena de producción, siendo el mercado más “descendente” el que esté más próximo al consumidor final.

⁵² *Vid.*, por todos, WHISH, R., *Competition Law*, 4th Ed, Sweet & Maxwell, London 2001, pág. 168.



Pero también cabe considerar⁵³ los precios excesivos dentro de la categoría de abusos anticompetitivos o eliminatorios (*exclusionary*), en la medida en que si la empresa dominante aplica unos precios demasiado altos en el mercado de bienes intermedios, está consiguiendo que en el mercado aguas debajo de productos finales las empresas no sean competitivas por tener que adquirir sus inputs a un precio excesivo. Algunas trasladaran a sus precios ese mayor coste (con lo que, indirectamente este abuso también es explotativo, y perjudica a los consumidores) y otras sencillamente se verán expulsadas del mercado (lo que también perjudica a los consumidores, que ven limitada su capacidad de elección entre diferentes ofertantes).

De ahí nuestra sorpresa ante la exclusión (Párrafo nº 53) de su estudio por parte del *Discussion Paper* de la Comisión, y nuestra disconformidad con la categorización llevada a cabo por la Comisión de esta práctica, que como veremos a lo largo de estas páginas, tan “eficaz” se ha demostrado para producir en efecto de cierre de mercado y consecuencias eliminatorias para otros competidores, lo que, en última instancia –y por tanto no sólo cuando reviste la categoría de práctica explotativa- provoca también un daño evidente a los consumidores, a quienes los principios de aplicación del Art. 82 Tratado CE están llamados a proteger (Párrafo nº 56).

En efecto, se da también la situación de que una empresa dominante, que esté verticalmente integrada, y aguas arriba (mercado ascendente) produzca un bien que es utilizado como input por una filial suya aguas abajo (mercado descendente) así como por otras empresas independientes, para la producción del bien final.

Llama por ello la atención que diga el *Discussion Paper* que uno de los temas que con más profundidad se abordan es precisamente este tipo de estrategias de cierre y se ignore totalmente la existencia de los precios excesivos, aún cuando reconozca explícitamente (acabamos de decirlo, *Vid.*, párrafo nº 72) que el price squeeze puede incluirse como una sub categoría de la negativa de suministro (que se analiza en detalle en los Párrafos nn. 207 y ss).

(iii) Las justificaciones o defensas.

Finalmente, contempla el *Discussion Paper* las posibles justificaciones o defensas, que la empresa puede alegar en caso de denuncia, y –en caso de ser admitidas- conseguir así que su conducta no sea calificada como abusiva y escape por tanto a la prohibición del Artículo 82 del Tratado CE.

La lógica de este esquema es la adopción de un enfoque hacia la conducta del abuso de posición dominante basado en la “regla de la razón” y no como una prohibición *per se*. Con ello la Comisión Europea lleva a cabo una evaluación de la conducta contrapesando la presunción de la abusividad con la solidez de las defensas alegadas por la empresa dominante.

⁵³ MOTTA, M. y STEEL, A., “Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in the EU Law”, 8th Annual European Union Competition Workshop, Florence (June 2003) publicado en Claus-Dieter Ehlermann and Isabela Atanasiu (eds.), *What is an abuse of a dominant position?*, Hart Publisher.



Se pretende así introducir una suerte de “principio de proporcionalidad” en la intervención de las autoridades antitrust en las políticas comerciales de las empresas dominantes, las cuales, es necesario recordar, tienen todo el derecho del mundo y el aliento de la Comisión Europea a competir libre y agresivamente en el mercado... ¡en una competencia basada en los méritos!

Se señala, a este respecto, que la carga de la prueba recae en la empresa dominante (párrafo 77), se contemplan tres posibilidades: (1) demostrar que la conducta llevada a cabo por la empresa dominante es “objetivamente necesaria” por motivos, por ejemplo de seguridad o salud pública (párrafo 80); (2) argumentar que la conducta o la política de precios –que es lo más habitual en este caso- llevada a cabo lo ha sido para responder a las presiones de la competencia⁵⁴, y en defensa de los propios y legítimos intereses comerciales de la empresa dominante (párrafo 81); y (3) demostrar que de la conducta de la empresa dominante se derivan una serie de eficiencias que anulan o contrarrestan su carácter presuntamente abusivo –y, en consecuencia, supuestamente anticompetitivo- (párrafos 84 a 91).

Esta última cuestión es sin duda alguna una de las aportaciones más originales del *Discussion Paper* de la Comisión Europea, ya que así como las dos anteriores sí tenían cierto arraigo en la práctica y la jurisprudencia comunitaria, ésta nunca se había formulado de forma tan clara y explícita.

Para poder beneficiarse de esta “excepción” (que recuerda, incluso en la forma de estar redactadas las cláusulas, la excepción contenida en el Artículo 81.3 para que un acuerdo escape a la prohibición del Artículo 81.1 del Tratado CE) han de cumplirse –de forma cumulativa- cuatro condiciones: (1) las eficiencias se han producido –o probablemente se vayan a producir- como consecuencia de la conducta; (2) dicha conducta es imprescindible para que las eficiencias se produzcan; (3) hay un traslado de dichas eficiencias a los consumidores; y (4) no se elimina por completo la competencia con respecto a una parte sustancial del mercado de producto afectado.

Finalmente, y de forma también novedosa, en la medida en que nunca se había formulado antes en el ámbito del abuso de posición dominante una cifra –porcentaje- de cuota de mercado a modo de presunción de dominancia, se establece que “una empresa en posición dominante se considera, en general, que tiene una posición en el mercado próxima al monopolio si su cuota excede el 75 % del mercado y no hay prácticamente competencia por parte del resto de competidores” (párrafo 92).

Pese a la aparente claridad de esta presunción, no puede dejar de señalarse la existencia de algunos elementos imprecisos en el texto (“en general”, “próxima a”, “prácticamente”) que dificultan su aplicación práctica. Esto es objetable; la Comisión Europea tiene que dar reglas claras, orientaciones precisas, que faciliten –por ejemplo- a

⁵⁴ *Vid.*, sobre la *meeting competition defense*, SPRINGER, U., “ ‘Meeting Competition’: Justification of Price Discrimination under E.C. and U.S. Antitrust Law”, *ECLR*, Vol. 18 (4), Junio 1997, págs. 251 a 258; ANDREWS, P., “Is Meeting Competition a Defence to Predatory Pricing? – The Irish Sugar Decision Suggests a New Approach”, *ECLR*, 1998, nº 1.



un abogado decirle a su cliente si la conducta que está llevando a cabo es o no es abusiva, no simplemente que “en general, está próxima a prácticamente ser abusiva”.

F) Ejemplos de prácticas abusivas citadas en el *Discussion Paper*.

Las restantes cinco secciones del *Discussion Paper* se dedican, como ha quedado dicho, a dar algunas directrices sobre concretas prácticas abusivas de exclusión. Aunque esto ocupa la mayor parte del texto de este documento de la Comisión Europea, su análisis detallado excede el ámbito de este estudio, por lo que, al igual que se ha hecho en el epígrafe anterior, nos limitaremos aquí a señalar los aspectos más destacables, de forma somera.

(i) Los precios predatorios.

Dedica la Comisión Europea el Apartado 6º de su documento a los precios predatorios. Los define como “*la práctica en la que una empresa dominante baja sus precios y en consecuencia deliberadamente incurre en pérdidas o renuncia a beneficios a corto plazo con el fin de eliminar o disciplinar a uno o más competidores o evitar la entrada de uno o más potenciales competidores, consiguiendo así obstaculizar el mantenimiento o el nivel de competencia todavía existente en el mercado, o impedir su crecimiento*” (párrafo 93).

Tras señalar el *Discussion Paper* que este tipo de conductas de precios es –en la práctica– difícil de distinguir de una política normal y competitiva, dedica un gran número de párrafos (los nn. 100 a 129) a ofrecer directrices sobre el uso de diferentes tests que permitan establecer la naturaleza “predatoria” de dicha política de precios: precios por debajo de los costes medios evitables; precios por encima de los costes medios evitables, pero por debajo de los costes medios totales; precios por debajo de los costes medios incrementales a largo plazo; y costes por encima de los costes medios totales.

El tema del test de predación es quizá una de las cuestiones más discutidas de todo el Derecho antitrust, y propuestas⁵⁵ como la de los profesores AREEDA y TURNER son, sin duda, un “clásico” en este ámbito. Para su análisis detallado, nos remitimos a la abundante bibliografía existente⁵⁶.

⁵⁵ AREEDA, P. y TURNER, D., “Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act”, 88 *Harv. L. Rev.* 697 (1975).

⁵⁶ *Vid.*, en el ámbito estadounidense, BOLTON, P.; RIORDAN, H. y BRODLEY, J., “Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy”, 88 *Geo. L. J.* 2239 (2000). En el ámbito del derecho comunitario, MASTROMANOLIS, E. P., “Predatory Pricing Strategies in the European Union: A Case for Legal Reform”, *ECLR*, Vol. 19(4), 1998. En nuestra propia doctrina, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., *Precios Predatorios y Derecho Antitrust*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997 y FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO/ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Precios predatorios y abuso de posición dominante: análisis crítico de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia a la luz de las resoluciones en los asuntos ‘BT/ Telefónica’ y ‘Tabacos de Canarias’”, *GJ*, nº 201, Junio/ Julio 1999, págs. 9 a 34.



La jurisprudencia española ha tenido la oportunidad de pronunciarse recientemente sobre esta cuestión, y los razonamientos que ofrece, entre otras, la Sentencia⁵⁷ del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2004 pueden aportar bastante a este debate.

De modo sintético, una vez expuesta la doctrina que se desprende de una serie de sentencias que se recogen en dicho pronunciamiento, puede decirse que: (1) Los precios inferiores a los costes variables medios, se presumen siempre abusivos; (2) Los precios inferiores a los costes totales medios, pero superiores a los costes variables medios, serán abusivos si se establecen en el marco de una estrategia de eliminación de competidores.

Resulta así que en el concepto de precio predatorio, el elemento verdaderamente distintivo y que configura la conducta predatoria es la intención de eliminar a un competidor; intención que, en un supuesto, se presume *iuris et de iure* y, en otro, ha de probarse.

(ii) Los descuentos.

El *Discussion Paper* dedica su apartado 7º (posiblemente uno de los más polémicos de todo el documento) a los descuentos y a las obligaciones de “marca única”. Por tales se entienden las obligaciones “*que exigen del comprador en un determinado mercado que concentre la mayor parte de sus compras en un único proveedor*” (párrafo 135). La configuración de este tipo de obligaciones es bastante parecida a la llamada “cláusula inglesa”, por la que se exige al comprador que informe a proveedor de cualquier mejor oferta que reciba, que sólo podría aceptar si éste no la iguala o mejora.

En la doctrina y en la jurisprudencia la introducción de las “cláusulas de cliente más favorecido” (*Most favored customer clause*) es una cuestión controvertida⁵⁸, ya que a pesar de sus efectos beneficiosos para la competencia, en ocasiones ha sido considerada como una práctica abusiva y contraria al Tratado de la Unión Europea, como por ejemplo en la misma *AKZO c. Comisión*⁵⁹.

En efecto, cuando un agente económico establece una cláusula en sus contratos de distribución de bienes por la que se obliga a ofrecer –y aplicar en la práctica- a sus

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 13 de diciembre de 2004, Rec. Nº 915/2002.

⁵⁸ *Vid.*, para un análisis detallado de los efectos tanto en el plano horizontal como en el vertical de las cláusulas de cliente más favorecido, BAKER, J. B., “Vertical Restraints with Horizontal Consequences: Competitive Effects of ‘Most-Favored-Customer’ Clauses”, *64 Antitrust L. J.* 517 (1996).

⁵⁹ Sentencia del TJCE, de 3 de julio de 1991, *cit.* “*la Comisión considera igualmente abusivo el hecho de que AKZO persiguiera una política comercial eliminadora en relación a los proveedores de RHM y Spillers mediante la obtención de estos clientes de detalles precisos de las ofertas hechas por otros proveedores de aditivos farináceos y ofreciéndoles entonces un precio inferior a la oferta rival más baja*” (Párrafo nº 147).



clientes el precio más bajo que ellos reciban de ofertas rivales, o se obliga a ofrecer al resto de sus clientes el descuento o rebaja que ha ofrecido a uno de ellos, eso se denomina cláusula de cliente más favorecido, y con ella teóricamente se mitiga el efecto anticompetitivo –como reconoce la propia Comisión Europea en el párrafo 138 del *Discussion Paper*- que producen las obligaciones contractuales a las que habitualmente va asociada (obligaciones de suministro exclusivo, reparto de mercados, descuentos por fidelidad, etc...); a la vez, puede también emplearse con fines anticompetitivos.

En la jurisprudencia comunitaria también se la conoce como *English Clause*, ya que es con este nombre como se dio a conocer en importantes asuntos como *Hoffmann-La Roche c. Comisión*⁶⁰, Sentencia en la que se hace un detallado estudio de esta figura. En efecto, la Sección 5ª de la Parte II de este pronunciamiento, encabezada con la rúbrica “English Clause” y que comprende los Párrafos 102 a 108 de la Sentencia, ofrece la delimitación precisa de esta cuestión: “*todos los contratos en cuestión, excepto cinco, tenían una cláusula, llamada la cláusula inglesa, por la cual un cliente, si obtenía de los competidores de su proveedor ofertas en condiciones más favorables a aquellas bajo las cuales se habían firmado los contratos en cuestión, podía pedir a Roche que ajustara sus precios para igualarlas*”.

Si bien es cierto que esta práctica comercial puede devenir en conducta anticompetitiva, no podemos olvidar que toda empresa que opere en condiciones de competencia imperfecta (es decir, las condiciones prevalentes en la mayoría de los mercados reales) intentará practicar la discriminación de precios lo que permitirá que algunos consumidores hagan realicen compras a las que no tendrían acceso si la empresa vendedora estuviera obligada a aplicar un precio único; como se ha afirmado desde el análisis económico del derecho, “la relevancia de los descuentos en el mundo real tiene que ser tenida en cuenta”⁶¹.

El enfoque de la Comisión Europea hacia el tema de los descuentos no ha estado exento de críticas; “¿Está justificado un tratamiento tan hostil de los sistemas de descuentos? La aplicación del Derecho antitrust en este campo parece aproximarse a una prohibición per se de los descuentos que no estén relacionados con los costes aplicados por las empresas en situación de dominio. Ese tipo de política es a la vez confusa y motivo de confusión”⁶².

Con todo, en la Decisión *Virgin – British Airways*, la Comisión ha vuelto a insistir (recogiendo expresamente la doctrina *Hoffmann* y *Michelin*) en la ilegalidad de los programas de descuentos y comisiones cuando “*están claramente relacionados con la fidelidad y no con la mejora de los rendimientos*”⁶³.

En relación con esta cuestión, el *Discussion Paper*, tras precisar algunas cuestiones introductorias (diferencia entre descuentos condicionales o incondicionales,

⁶⁰ Sentencia del TJCE, de 13 de febrero de 1979, *cit.*

⁶¹ RIDYARD, D., “Foreclosing Reason? The EC Commission’s Policy on Dominant Firms Discounts”, *NERA Competition Brief*, nº 11, Marzo 2000, pág. 2.

⁶² *Ibid*, pág. 1.

⁶³ Decisión 2000/74/CE, de 14 de julio de 1999, *cit.*, Párrafo nº 102.



párrafo 137; posible intención de cierre de mercado a través de los descuentos y las cláusulas de “marca única”, párrafo 139; efecto negativo de discriminación de precios derivada de estos mecanismos, párrafo 140) dedica las restantes páginas de este extenso apartado a proponer una serie de tests que permiten evaluar si una política de descuentos o una cláusula de marca única son competitivos o constituyen una infracción del Artículo 82 del Tratado CE.

Se analizan los siguientes supuestos: sistemas de descuentos condicionados al logro de ciertos objetivos de ventas en un periodo considerado (párrafo 151); sistemas de descuentos condicionados al volumen total de compras/ventas (párrafos 152 a 165); sistemas de descuentos condicionados a las ventas adicionales sobre el umbral inicial previsto como objetivo (párrafos 166 a 169); sistemas de descuentos basados en la provisión de determinados servicios por parte del comprador (párrafo 170); y, sistemas de descuentos incondicionales (párrafo 171).

A este respecto, y dentro de la complejidad de esta cuestión, cuyo análisis exhaustivo excedería el ámbito de este trabajo, sí pueden señalarse⁶⁴ algunas de las pautas que el *Discussion Paper* ofrece para este análisis.

En relación con los descuentos sobre *pedidos individuales*, se consideran habitualmente inofensivos, ya que los competidores compiten entre sí en igualdad de condiciones; son problemáticos cuando el precio es predatorio (según el test *AKZO*) o discriminatorio (según el test *Michelin*).

En relación con los descuentos *en función de determinadas prestaciones* (a cargo del comprador), no ofrecen problemas si la prestación exigida para lucrar el descuento no es en sí misma anticompetitiva; la pregunta es, ¿el descuento refleja realmente el valor económico de dicha prestación?

En relación con los descuentos *sobre futuras compras una vez se rebasa un determinado umbral*, se aplica el test normal de predación basado en los Costes Medios Totales (ATC, *Average Total Costs*) y la cantidad sobre la que se aplican los descuentos. El motivo de aplicar el test ATC y no el típico *AKZO* es la necesidad de tener en cuenta que esta política puede llevarse aplicando desde mucho tiempo, y el test debe recoger esa realidad (en *Michelin*, por ejemplo, ¿desde 1904!). En cuanto al porcentaje de mercado afectado por los descuentos, ha de ser significativo, si no por tamaño, por dirigirse a clientes estratégicos relevantes (por ejemplo, por afectar a un canal de distribución importante, e.g. la venta de Coca-cola en las salas de cine).

Finalmente, en relación a los *descuentos sobre compras ya realizadas, una vez se rebasa un determinado umbral*, el test propuesto por la Comisión Europea es el de preguntarse: ¿es la empresa en posición de dominio un “socio necesario” (*unavoidable trading partner*)? Si la respuesta es negativa, habitualmente este tipo de descuentos no ofrece problemas (salvo que el precio final sea predatorio). Si la respuesta es afirmativa,

⁶⁴ Ideas tomadas de la presentación de KJØLBYE, L. (DG COMP, Unit A-3), “Article 82 and Rebates. When are rebates systems harmful?”, en la Jornada *Pricing and Dominance: Art. 82 – The Final Frontier* (Bruselas, 31 de enero de 2006).



no habrá un nivel de competencia satisfactorio *ex ante* sobre el conjunto de la demanda, ya que la empresa dominante puede aplicar un precio elevado sobre la parte inelástica de la demanda –los llamados “must stock products”, aquellos que es imprescindible ofertar- y aplicar los descuentos retroactivos sobre la parte de compras en el tramo elástico de la demanda, creando así un efecto succión que afecta al conjunto de la demanda.

Para el análisis de los descuentos basados en una escala o porcentaje de producto, aplicando diferentes tasas en función del volumen, es necesario analizar muy cuidadosamente los grados así definidos para evaluar la probabilidad del efecto (*likely impact*) sobre la competencia. La propuesta aquí del *Discussion Paper* se basa en el análisis de: (1) el precio efectivo (es decir, teniendo en cuenta el descuento); (2) el volumen de negocio exigido al cliente para lucrar el descuento; y (3) el volumen de negocio con el que razonablemente puede hacerse un nuevo operador (eficiente) en el mercado, y ser económicamente viable. El efecto de cierre se presumirá cuando la cuota de negocio (1) supera la cuota de negocio (2). En esto, como en todo, la clave está en determinar correctamente esos niveles de cantidad, para evitar falsos positivos o falsos negativos; ser demasiado permisivo, ser demasiado estricto.

(iii) Ventas vinculadas y empaquetamiento de productos.

El *Discussion Paper* dedica su octavo apartado a las prácticas de los llamados tie-in o ventas vinculadas, y al *bundling* o empaquetamiento de productos.

Una práctica abusiva de *tying* tiene lugar cuando “*el proveedor condiciona la venta de un producto (el producto que ata) a la compra de otro distinto (el atado) de él mismo o de alguien a quien designe*” (párrafo 177); por su parte, el *bundling* es “*la situación en la que se ofrece un paquete con dos o más bienes. En el caso de que sólo se ofrezca el paquete y no los componentes por separado se llama empaquetamiento puro*” (párrafo 177).

Señala la Comisión Europea que ambas prácticas son habituales en el tráfico comercial, y no tienen por qué tener efectos anticompetitivos (párrafo 178); a la vez, tanto el *tying* como el *bundling* pueden traer como consecuencia los posibles efectos anticompetitivos derivados del cierre de mercado, la discriminación de precios y los precios excesivos (párrafo 179).

Fiel a su principio de ir dejando fuera del análisis tan importantes cuestiones, la Comisión Europea sólo analiza en los restantes epígrafes de este apartado el efecto de cierre de mercado, ignorando los otros dos efectos perniciosos sobre la competencia. Y, como venimos repitiendo a lo largo de estas páginas, esta forma de actuar carece de todo tipo de lógica, pues, en este caso completo, uno de los fenómenos más frecuentes asociados al *tying* es precisamente la discriminación de precios.

En efecto, la mayor parte de la doctrina que ha estudiado el fenómeno de los precios discriminatorios coincide en opinar que una de las prácticas empresariales a



través de las cuales éstos se articulan en la práctica con más frecuencia son los acuerdos anudados (*tie-ins* o *tying arrangements*), también conocidos en nuestra doctrina como “ventas asociadas” (*tying*) o “bienes relacionados en la venta”⁶⁵, en los que, como acaba de reseñarse, la condición exigida para la compra de un producto (producto principal o “que ata”) es la adquisición también de un segundo artículo (producto secundario o “atado”).

Esta preocupación no es ajena a las autoridades comunitarias de competencia, y ya en sus *Directrices sobre las Restricciones Verticales*⁶⁶ la Comisión alertó del riesgo que suponen los *tying arrangements* en cuanto instrumentos de discriminar en precios, al constatar, en el nº 217 de dicho documento, que “el efecto más negativo de los *tie-ins* en la competencia es el cierre del mercado del producto atado (...). Igualmente, los *tie-ins* pueden llevar a precios supracompetitivos, especialmente (...) cuando los *tying arrangements* permiten la discriminación de precios en función del uso que el consumidor haga del bien principal, como por ejemplo la unión de los cartuchos de tinta a la venta de máquinas fotocopiadoras”.

Por su parte, en la jurisprudencia comunitaria los asuntos que más directamente han abordado la cuestión de los *tying arrangements* son precisamente las Decisiones y Sentencias relativas a la discriminación de precios, como Decisión *Tetra Pak II*⁶⁷. Como es sabido, esta Decisión fue recurrida, y en el pronunciamiento que resolvió el recurso, la Sentencia *Tetra Pak c. Comisión*⁶⁸, el Tribunal de Primera Instancia volvió a insistir en los mismos argumentos aportados por la Comisión, negando en los Párrafos nº 79 a 85 la tesis de la demandante de que los mercados de máquinas destinadas al acondicionamiento de un producto, y los de los envases de cartón, son indisolubles, lo que llevaría (en virtud de las explicaciones que suelen aducirse de exigencias de protección de la salud pública, intereses comerciales y de los clientes, control de calidad, etc.) a justificar las ventas asociadas.

Pese a todo, lo que sí hace el *Discussion Paper* es por lo menos clarificar algo las condiciones que tienen que darse para considerar que tanto el *tying* como el *bundling* son prácticas abusivas y por tanto contravienen el Artículo 82 del Tratado CE. Así, afirma en el párrafo 183 que se exigirá que: (1) la compañía afectada sea dominante en el mercado del producto principal; (2) tanto el producto principal como el secundario son bienes distintos; (3) la práctica en cuestión tiene que provocar un efecto de cierre de mercado; y (4) la conducta de *tying* no puede justificarse objetivamente por razón de eficiencias. El resto de epígrafes de este apartado se dedica a analizar, con más detalle, cada uno de estos cuatro puntos.

⁶⁵ Vid., TIROLE, J., *La Teoría de la Organización Industrial*, Ed. Ariel Economía, Madrid 1990, pág. 224, en la que se habla de los “bienes relacionados en la venta” como un “instrumento para la discriminación de precios”.

⁶⁶ Comunicación de la Comisión, *Directrices sobre las Restricciones Verticales*, D.O.C.E. C291/01, de 13 de octubre de 2000.

⁶⁷ Decisión 92/163/CEE de la Comisión, de 24 de julio de 1991, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CE (IV/31.043), D.O.C.E. L 72/1, de 18 de marzo de 1992.

⁶⁸ Sentencia del TPI, de 6 de octubre de 1994, cit.



Como es sabido, toda esta discusión ha cobrado nueva vitalidad con la sanción impuesta por la Comisión Europea a *Microsoft* en su Decisión⁶⁹ en que le acusa de haber vinculado la venta del Sistema Operativo *Windows* con su reproductor multimedia *Windows Media Player*.

Precisamente lo que algunos autores⁷⁰ critican de la decisión *Microsoft* es que la Comisión comete un error en la apreciación de hechos (ya que el SO *Windows* y el *WMP*, a diferencia de lo que ocurre con las cámaras de fotos y la película, o las fotocopiadoras y los cartuchos de tinta, no son dos productos complementarios, sino un único producto, con diversas funcionalidades integradas para satisfacer una demanda específica del consumidor, cual es utilizar su PC para ver películas o escuchar música) y otro en el test aplicable (ya que, para huir del estricto y riguroso examen bajo la óptica de la negativa de suministro, a partir de la jurisprudencia *Magill* e *IMS*, recurre a aplicar la doctrina –mucho menos rigurosa– de las ventas vinculadas).

(iv) La negativa de suministro.

Dedica el *Discussion Paper* su apartado noveno al análisis del clásico abusos de exclusión –quizá el ejemplo más preclaro de esta categoría de abusos– consistente en la negativa de suministro (*refusal to supply*), que reviste en la actualidad también la forma de negativa de venta, y especialmente negativa de conceder acceso a una red o infraestructura.

Empieza la Comisión Europea afirmando que “*las empresas están generalmente legitimadas para decidir a quién suministran y para decidir no continuar suministrando a otra empresa con la que mantenía relaciones comerciales. Esto también es cierto para las empresas en posición de dominio*” (párrafo 207).

Sin embargo, como se ha señalado acertadamente, “*hasta hace poco, el tratamiento de las negativas a establecer relaciones comerciales por parte de empresas en posición de dominio como abusos del artículo 82 tenía poco que ver con la eficiencia económica en el sentido de precio-producto final y bienestar del consumidor*”⁷¹. Por ello, y como señala el párrafo siguiente (208), “*las negativas de suministro o las amenazas de negativa de suministro por una empresa dominante pueden, en ocasiones, constituir una práctica anticompetitiva*”.

Sin embargo, en esta cuestión –como en tantas otras– importa tener en cuenta que los efectos de semejantes negativas varían de forma significativa en función de quién sea el objetivo o “receptor” de la misma, si un competidor (situado en el mismo nivel de la cadena comercial) o distribuidor (situado verticalmente en un mercado

⁶⁹ Decisión de la Comisión de 24 de marzo de 2004, COMP/C-3/37.792.

⁷⁰ ART, J.-Y. Y Mc CURDY, G., ART, JEAN-YVES y Mc CURDY, G., “The European Commission’s Media Player Remedy in its *Microsoft* Decision: Compulsory Code Removal Despite the Absence of Tying or Foreclosure”, *European Competition Law Review*, Issue 11 (2004), págs. 701 y ss.

⁷¹ KAUPER, T., “EC Competition Law – The Road to 1992: Article 86, Excessive Prices, and Refusals to Deal”, 59 *Antitrust L. J.* 441, 38th Annual Meeting of the American Bar Association, 1990, pág. 450.



descendente). En efecto, en estos casos, los efectos sobre la competencia de la negativa a establecer relaciones comerciales (más bien sería a continuar las ya establecidas) dependen de en qué medida la empresa “rechazada” depende del producto de la empresa dominante para su supervivencia en el mercado.

En pronunciamientos tan clásicos como *United Brands* ya se sanciona la negativa de suministro⁷², y en relación con el debate que hemos reseñado anteriormente, sobre cuáles sean los objetivos en la aplicación del Artículo 82 del Tratado CE, es en estos casos donde mejor se aprecia la preocupación de las autoridades comunitarias por garantizar la supervivencia de las pequeñas y medianas empresas, ya que el perjuicio para la competencia es únicamente el experimentado por la parte rechazada.

Igualmente, se ha apreciado este tipo de abuso cuando *British Sugar* se negó a suministrar a *Napier Brown* azúcar industrial, al tiempo que sí lo ofrecía a otros⁷³ y cuando *Commercial Solvents Corporation* decidió no seguir suministrando una materia prima que *Istituto Chemioterapico Italiano SpA* necesitaba en su proceso productivo, con el fin de entrar él mismo en ese mercado⁷⁴.

En el caso de integración vertical, la negativa de suministro, compra o venta, es una cuestión estrechamente relacionada con la doctrina sobre las *essential facilities*. Hay también que señalar la existencia de cierta corriente doctrinal que aboga⁷⁵ 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 dicha doctrina.

Con carácter general, aclara la CE que “*el principal objetivo de obligar a las empresas a contratar es mejorar la situación competitiva en el mercado descendente*” (párrafo 213), y que, dadas las peculiares circunstancias que rodean esta obligación (ya que, por ejemplo, provoca un claro desincentivo en las decisiones estratégicas de Inversión y Desarrollo), “*cualquier obligación de contratar derivada del Artículo 82 del Tratado CE se establecerá sólo después de un detallado análisis de los hechos y del contexto económico*” (párrafo 214).

Seguidamente se ofrecen indicaciones y propuestas para prácticas concretas. Pese a su importancia, y como evidenciando un cierto “cansancio” de la Comisión Europea a estas alturas del *Discussion Paper*, se analizan de forma poco menos que frívola tres categorías –que en algún caso se despachan en un único párrafo– básicas en torno a la negativa de suministro:

La primera, *la terminación de una relación ya existente de suministro* (párrafo 218 y ss.), sólo se considerará abusiva si: (1) el comportamiento puede caracterizarse

⁷² Sentencia *United Brands c. Comisión*, de 14 de febrero de 1978, *cit.*, Párrafo nº 163: “*la Comisión es de la opinión de que UBC ha infringido el Artículo 86 del Tratado al negarse a continuar el suministro de plátanos Chiquita a la compañía OLESEN desde el 10 de octubre de 1973 al 11 de febrero de 1975*”.

⁷³ Decisión 88/518/CE, de la Comisión, de 18 de julio de 1988, *Napier Brown – British Sugar*, *cit.*

⁷⁴ Sentencia del TJCE, de 6 de marzo de 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corporation c. Comisión*, Asuntos 6 y 7/73, *E.C.R.* (1974) p. 0223.

⁷⁵ *Vid.*, por ejemplo, la opinión de STOTHERS, C., “*Refusal to Supply as Abuse of a Dominant Position: Essential Facilities in the European Union*”, *ECLR*, Vol. 22 (7), 2001, pág. 262.



como una terminación; (2) la empresa que se niega a seguir suministrando es dominante; (3) la negativa probablemente tendrá un impacto negativo sobre la competencia; y, (4) la negativa no está justificada objetivamente o por razón de eficiencia.

La segunda, *la negativa a empezar a suministrar un input* (párrafo 225 y ss.), sólo se considerará abusiva si: (1) el comportamiento puede caracterizarse como una negativa de suministro; (2) la empresa que se niega a suministrar es dominante; (3) el input en concreto es indispensable; (4) la negativa probablemente tendrá un impacto negativo sobre la competencia; y, (5) la negativa no está objetivamente justificada.

La tercera, *la negativa a suministrar información necesaria para la interoperabilidad* (párrafos 241 y 242), se ventila diciendo simplemente que si esa información es necesaria, y pese a poder estar protegida por el secreto industrial, y a que en principio no hay obligación de suministrarla, si está utilizando para trasladar la posición dominante de un mercado a otro, entonces sí puede constituir un abuso de posición dominante.

Lo cierto es que la valoración a este apartado no puede ser más crítica, en el sentido de que con toda la discusión existente sobre la negativa de suministro aplicada, por ejemplo, a los IPR (*Intellectual Property Rights*, derechos de propiedad intelectual o industrial), con los recientes pronunciamientos *Magill* o *IMS*, con el caso *Microsoft* (los párrafos 241 y 242 del *Discussion Paper* parecen estar escritos con nombre y apellidos), con la discusión sobre la doctrina de las *essential facilities*, quizá la Comisión Europea debería haberse prodigado un poco más en este apartado.

En efecto, la cuestión de las relaciones entre las leyes que regulan la propiedad industrial o intelectual y la normativa de defensa de la competencia se ha relevado como una de los campos de estudio más dinámicos en el ámbito del Derecho *antitrust*, ya que, en la medida en que las primeras otorgan al titular de un derecho de propiedad intelectual o industrial un de monopolio legal y las segundas persiguen exactamente lo contrario, la existencia de una libre y competitiva oferta y demanda en el mercado que garantice la libertad de elección de los consumidores, no resulta sorprendente que los intentos por equilibrar ambos tipos de derechos hayan suscitado múltiples problemas en la práctica.

Aunque parece observarse una cierta convergencia entre las normativas comunitaria y estadounidense, plasmada en la reciente promulgación en la Unión Europea del nuevo Reglamento CE nº 772/2004, de la Comisión, de 27 de abril de 2004⁷⁶ de Exención por Categorías para determinados Acuerdos de Transferencia de Tecnología (el “Nuevo RECAT”) y las Directrices que lo acompañan⁷⁷, y en Estados Unidos por las no tan recientes 1995 *Department of Justice / Federal Trade Comisión*

⁷⁶ DOCE L 123/11, de 27 de abril de 2004.

⁷⁷ Comunicación de la Comisión sobre Directrices relativas a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología, DOUE C 101/2, de 27 de abril de 2004 (las “Directrices de acompañamiento”).



Guidelines for the Licensing of Intellectual Property (las “IP Guidelines”)⁷⁸. Más problemático resulta llegar a una conclusión acerca de si la prohibición de abusos de posición de dominio está siendo aplicada de manera convergente en EE.UU. y en la Unión Europea.

Por tanto, parece oportuno señalar que todas estas prácticas, y cuando hay un IPR implicado, exigen una atención más detallada que la efectuada por la Comisión Europea en el *Discussion Paper*. Así, y por poner un ejemplo concreto, no toda “discriminación” es negativa, y mucho menos la práctica de la discriminación en precios. Pese a la ambigüedad antitrust sobre sus efectos restrictivos o anticompetitivos –en términos de mejora del bienestar social-, su análisis debe llevarse a cabo caso por caso, y prestando especial atención al mercado o industria en el que la práctica tiene lugar. En el caso concreto de los bienes protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial, parecen existir razones que abonan una consideración positiva y favorable de sus efectos sobre el mercado y la competencia. Además, y como se ha señalado recientemente⁷⁹, y la propia Comisión Europea señala en el comienzo de su documento, es necesario demostrar –para acreditar la existencia de una práctica discriminatoria contraria al Art. 82 del Tratado CE- la existencia de un perjuicio a los consumidores.

(v) Los mercados “posteriores”.

Finalmente, dedica el *Discussion Paper* su último apartado, el décimo, al análisis de los abusos de exclusión en los llamados “mercados posteriores” (*aftermarkets*).

Estos mercados, también llamados “mercados secundarios”, son los que “incluyen productos complementarios (o “productos secundarios”) que se compran después de comprar otro producto (el “producto principal”), del cual depende. Los ejemplos típicos incluyen los servicios postventa, las piezas sueltas para bienes duraderos, así como los consumibles como los cartuchos de tinta para las impresoras o el toner para las fotocopiadoras. Así mismo, las actualizaciones de productos de software también pueden considerarse como mercados secundarios” (párrafo 243).

Siguiendo el esquema clásico del análisis de un abuso de posición dominante, la Comisión se limita a señalar, aplicándolo a este caso concreto, las cuestiones relativas a definición de mercado (párrafos 247 a 250); determinación de la posición de dominio (párrafos 251 a 264); determinación de la conducta abusiva (párrafo 264); y las posibles defensas (párrafo número 265, y último del *Discussion Paper*).

⁷⁸ Disponibles en <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/ipguidehtm>.

⁷⁹ TEMPLE LANG, J., “Anticompetitive Abuses under Article 82 Involving Intellectual Property Rights”, en *What Is an Abuse of a Dominant Position?*, EHLERMANN, C. D. y ATANASIU I. (Eds) Hart Publishing, 2003, págs. 35 y ss.



IV. Conclusiones.

Aunque ya se han ido avanzando a lo largo de estas páginas, nos ha parecido oportuno sintetizar en este último apartado las principales conclusiones del análisis sobre el documento de trabajo elaborado por la Comisión Europea en relación con los abusos de exclusión.

En primer lugar, debe objetarse que se trata de un análisis parcial. La propia Comisión, desde un principio, deja fuera de su análisis los abusos llamados de explotación, centrándose únicamente en los de exclusión. No parece adecuado que en un documento tan importante, y que ha sido tan largamente esperado, se deje fuera del análisis una cuestión que, si bien es verdad que es menos importante en este ámbito, no deja de ser relevante. Por otro lado, si bien es cierto que la taxonomía del abuso de posición dominante que hace el Artículo 82 del Tratado CE no es la ideal, tampoco nos parece –salvo para ámbitos exclusivamente académicos– adecuado hablar de dos categorías de abusos cerradas. Hubiera sido preferible hablar de un único abuso, con efectos de exclusión, o con efectos explotativos, o que combine ambos. Tendrían así entrada en este documento los precios excesivos, el *margin squeeze*, y multitud de prácticas discriminatorias. Tal como oficialmente⁸⁰ ha señalado la DG COMP, se está ya trabajando en otro *Discussion Paper* que aborde los abusos explotativos y las prácticas discriminatorias.

En segundo lugar, hemos de agradecer el mayor enfoque económico que este documento proclama, y un análisis de los tipos de abusos más basados en los *efectos* que en la *forma*. Sin embargo, nos parece que la Comisión maneja el concepto de eficiencias en varios apartados (a modo anecdótico-estadístico, la palabra *efficiency* en sus diferentes conjugaciones aparece 116 veces en el documento) de forma un poco “alegre”, sin especificar en detalle cómo se articula en la práctica.

Está claro que la única forma de tener seguridad jurídica “absoluta” y una total predictibilidad de las conductas es catalogarlas, de forma cerrada, como siempre lícitas o siempre ilícitas. Sin embargo, y como hemos señalado repetidamente, muchas de las prácticas contenidas en el Artículo 82 del Tratado CE pueden tener a la vez efectos procompetitivos y anticompetitivos, con lo que la categorización a priori es imposible. El *Discussion Paper* lo que trata es de ofrecer un marco analítico –primero general, y luego particular para una serie de conductas más frecuentes– que permita tanto a las autoridades antitrust como a las empresas dominantes evaluar si una determinada práctica contraviene o no la prohibición del Artículo 82.

En tercer lugar, y en relación con el punto anterior, algunos rasgos de este documento que hay que valorar es que refleja un cierto grado de sospecha frente a las conductas de las empresas en posición de dominio; cautela en el tratamiento de algunas figuras; y en ocasiones cierta desconfianza en la postura adoptada inicialmente, lo que lleva a establecer como “puntos de fuga” que llevan a la Comisión Europea a retractarse de lo dicho en un párrafo precedente y cambiar de opinión en un párrafo posterior –

⁸⁰ MEMO/05/486, Bruselas, 19 de diciembre de 2005.



como la ya señalada en un epígrafe precedente, relativa al test del competidor “tan eficiente” (párrafo 66) pero, a la vez, consintiendo en ciertos casos a empresas no tan eficientes (párrafo 67)-. Esto sin duda genera inseguridad jurídica: o es una cosa, o es otra, las dos a la vez no puede ser -*Vid.*, por ejemplo, lo señalado en cuanto al umbral señalado en el párrafo 92-. A la vez que se agradece la acentuada importancia que se otorga al análisis económico en las políticas antitrust, no puede dejar de señalarse que la complejidad técnica de algunos de los test propuestos no facilita el *legal assessment* de las conductas.

En este sentido, si el documento trata acerca de la conducta de exclusión, no está de más una mayor dosis de *reality-check* y observar cómo, lejos de ser expulsados del mercado, hay ocasiones en las que la cuota de los competidores de la empresa dominante no sólo no se reduce, sino que aumenta. A la vez, y esto ya se ha indicado, el *Discussion Paper* no puede prever todas las hipotéticas situaciones que se den en la realidad; es razonable permitirle algunos caveats, y no pensamos que deba pedírsele un diagnóstico certero de conductas que hay que analizar según una metodología necesariamente caso-por-caso.

En cuarto lugar, hubiera sido de agradecer un mayor detalle en el análisis de algunas prácticas que tienen en la actualidad una enorme importancia, y que se citan casi de puntillas en el *Discussion Paper*: el tema del acceso los recursos esenciales, la negativa de suministro cuando está implicado un IPR, la doctrina del abuso en mercados vecinos o conexos, etc.

En quinto lugar, la parte que más expectación había despertado de este documento –y, por esto mismo, la que quizá puede resultar más decepcionante, sobre todo para las empresas-, la relativa a los descuentos y políticas de precios, no parece claro que resuelva las muchas dudas existentes sobre cuándo es cuándo no es anticompetitiva una política de descuentos llevada a cabo por empresas en posición de dominio.

En sexto lugar, la virtualidad práctica de este documento en España es incierta, por los motivos que ya se han señalado de divergencia en cuanto a los tipos de abusos que contempla nuestro ordenamiento frente al comunitario, la diferencia de objetivos en cuanto a la política de Defensa de la Competencia en su conjunto, y en especial los problemas prácticos que presenta la multiplicidad de órganos que en nuestro país son competentes para la aplicación del Derecho antitrust.

En séptimo y último lugar, y a modo de recapitulación, nos hallamos sin duda un documento importante, que aclara algunas cuestiones y arroja también multitud de interrogantes, que no acaba de solucionar el gran problema de la poca “previsibilidad” que tiene ahora mismo esta rama del ordenamiento jurídico. Tenemos la firme convicción de que su estudio y –sobre todo- su debate contribuirán sin duda a un enriquecimiento y clarificación de la aplicación del Artículo 82 del Tratado CE.