



La teoría del abuso en mercados “vecinos” o “conexos” y el *monopoly leveraging*.

Fernando Díez Estella

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

En dos recientes pronunciamientos de nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia, las Resoluciones *Tubogás-Repsol* y *Tabacalera-Mc Lane*, se ha puesto de manifiesto el avance imparable de una doctrina que no siempre ha gozado de general aceptación en la jurisprudencia antitrust, la del abuso en los mercados “vecinos” o “conexos”. Esta aproximación al abuso de posición dominante –que de forma habitual se particulariza en la realización de prácticas discriminatorias o en negativas de acceso, venta o suministro- está en íntima relación con otra figura cuya génesis en el ámbito antitrust se sitúa al otro lado del Atlántico: la del *monopoly leveraging*, que últimamente ha cobrado un especial protagonismo al haberla empleado el Tribunal de Primera Instancia como herramienta analítica para fundamentar su Sentencia *Tetra Laval c. Comisión*, pronunciamiento cuya significación en el ámbito del régimen de control de concentraciones es bien conocida.

El hecho de que dos ámbitos distintos del Derecho de la competencia, el de las prácticas y abusos prohibidos y el de control de concentraciones empleen esta figura combinando elementos de análisis estructurales con otros de comportamiento, la hacen merecedora de una especial atención. De su relevancia habló el Comisario MONTI en su intervención en la Fordham Annual Conference on International Antitrust Law & Policy cuando, haciendo referencia a la citada Sentencia del TPI, señalaba la importancia de determinar “la posibilidad de que Tetra fuera capaz de, mediante el apalancamiento de su posición de dominio en un mercado, ganar una posición de dominio en otro”.

De la posibilidad de que tenga lugar un apalancamiento del monopolio de tal manera que justifique la prohibición de una operación bajo el Reglamento de Concentraciones, y por extensión que pueda constituir un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 82 del Tratado de la UE, da cuenta el TPI en dicha Sentencia cuando afirma que “no hay, en principio, nada que impida la aplicación de la teoría de los ‘vínculos asociativos’ del control de concentraciones, cuyo empleo, de forma excepcional, se ha reconocido en la Decisión *Tetra Pak II* en el contexto de la aplicación del artículo 82 CE (...)”.

Cuestiones relativas al *leveraging* fueron invocadas por la Comisión Europea en la frustrada fusión *General Electric-Honeywell*, y están presentes en el procedimiento abierto en la actualidad contra la empresa *Microsoft*, y seguirán teniendo importancia en el futuro, pues este tema es precisamente uno de los que más ha enfrentado recientemente a los miembros del Departamento de Justicia de EE.UU. y los de los organismos comunitarios de Bruselas.

Si consideramos la teoría del *monopoly leveraging* como el antecedente norteamericano de lo que en versión europea se conoce como abuso en mercados vecinos, son necesarias algunas salvedades, derivadas del hecho de que la *equidad* o *justicia distributiva* constituyen en el Derecho comunitario de competencia principios rectores de un peso mucho mayor que en el ordenamiento antitrust estadounidense. De hecho, toda la jurisprudencia en torno al artículo 82 y en especial la “extensión” de la figura del abuso a mercados distintos a aquellos en los que se detenta la posición de dominio ha de interpretarse con esta consideración de fondo: la preocupación por los pequeños competidores.

El primer pronunciamiento que admitió esta concepción ampliada del abuso -con la consiguiente relativización o debilitamiento del vínculo geográfico entre la posición dominante y la conducta- lo constituye la Sentencia del TPI en el Asunto *Tetra-Pak c. Comisión* según la cual es posible aplicar el artículo 82 a conductas realizadas por un oferente en un mercado en el que no goza de posición dominante (o al menos no ha sido establecida por las autoridades comunitarias) cuando sí ha quedado establecida su posición privilegiada en un mercado conexo en el que no se dejan sentir los efectos de la práctica llevada a cabo. Se confirma así un método de análisis según el cual puede constatar la realización de un abuso *sobre un mercado distinto* de aquél sobre el que la empresa es dominante, si se da una *vinculación estrecha* entre ambos mercados.

Otras ocasiones en las que las autoridades antitrust han aplicado esta doctrina han sido mediante el pertinente establecimiento de la *conexión* entre: el mercado del yeso y el de las planchas



de yeso, el mercado de transporte aéreo de pasajeros y mercancías y el de servicios de aterrizaje y despegue, el mercado de servidores de Internet y el de contenidos “on-line”, el mercado de suministro de instalaciones portuarias y el de prestación de servicios de transporte marítimo de automóviles y pasajeros, el mercado de programación televisiva y el de guías semanales de televisión, el mercado de tiendas “duty free” y el de tiendas “duty paid” en los aeropuertos, el mercado de analizadores y el de agrupadores de pacientes hospitalarios, el mercado de fabricación de labores de tabaco y el de distribución de tabaco, y el mercado de la distribución de gases licuados de petróleo y el de servicios de revisiones periódicas obligatorias.

Por tanto, podemos señalar –entre otros- dos elementos básicos a tener en cuenta al evaluar esta figura: el grado de *conexidad* necesario entre los dos mercados para establecer el abuso, que habrá de interpretarse restrictivamente para que no se ponga en peligro la libertad competitiva de las empresas; y la pregunta sobre si la finalidad de esta concepción ampliada del abuso es la protección de la *competencia* o la protección más bien de los *competidores*