

EVALUACIÓN DE LA POSICIÓN DE DOMINIO EN EL DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA

CARLOS ANDRÉS URIBE PIEDRAHITA*

ABSTRACT

The study of dominant position from the theory in general to a specific case such as the one mentioned here is mediated by some causes that allow this market position. These causes are identified, first in a desirable way, by the efficiency of the dominant agent and the other hand, not so desirable, by a set of boundaries the other companies find to compete freely. Thus, this document is willing to illustrate the different type of boundaries that could be found in companies facing competitiveness and the treatment they get from the European antitrust authorities.

RESUMEN

El estudio de la posición de dominio desde la generalidad de la teoría al análisis del caso concreto que acá se aborda, está mediado por unas causas que permiten esa posición de mercado, las cuales se identifican por un lado y de forma deseable con la eficiencia

* Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín/Colombia. Especialista en Finanzas de la misma Universidad. Candidato a Doctor de la Universidad de Salamanca. Profesor Investigador del Departamento de Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana Bogotá D.C./Colombia.

del agente dominador y por el otro lado, no tan deseable, con el conjunto de barreras con las que se encuentran otras empresas para competir libremente. Así, este documento pretende ilustrar que tipos de barreras pueden encontrarse las empresas de cara al juego competitivo y su correspondiente trato por los órganos de la competencia europea.

Palabras clave: competencia, posición de dominio, barreras, precios, discriminación, quiebra de la homogeneidad.

El ejemplo más importante de intervención económica en el derecho en pro del mercado, sin lugar a dudas, está constituido por todo el andamiaje que se deriva de la regulación de los artículos 81, 82 y 87 del Tratado de la Unión Europea (el Tratado) sobre prácticas concertadas, abuso de la posición dominante y ayudas estatales, respectivamente. Estos artículos que hacen referencia a la libre competencia de las empresas en la Unión Europea (UE), constituyen el conjunto normativo sobre el que se asienta la unión económica que da vitalidad a esa Unión Europea.

Decimos que es la intervención más importante de los últimos tiempos porque obedece a una regulación que se hace uniforme para 25 países y bajo la cual se encuentran sometidos tanto en el aspecto sustancial como en el procesal, obligados a direccionar todas sus políticas a la existencia de un libre mercado, determinado por la eficiencia de los agentes participantes y no por el poder de mercado que pueda tener alguno de éstos.

Desde esta perspectiva no se pretende dar cuenta de toda la política de la libre competencia en la UE, sino que este artículo se concentra en los elementos que rodean una posición de dominio en el tratado desde la perspectiva de las causas del poder de mercado. Para lograr este objetivo partiremos de unas consideraciones básicas sobre el significado de la posición de dominio para terminar con una disertación sobre las barreras en sus diferentes manifestaciones.

Desde esta perspectiva comenzaremos diciendo que el artículo 82 del tratado no define lo que es la posición de dominio. La definición de la posición de dominio en el marco de la Unión Europea tiene como antecedente el tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), en su artículo 66 apartado 7, en el que se establecía que la

“...posición dominante es la que sustrae a la empresa que la ocupa a una competencia efectiva en una parte importante del mercado común...”.

Asimismo, las legislaciones noruega y danesa vigentes con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial, la legislación holandesa de 1951, el artículo 22 de la ley alemana sobre restricciones de la competencia (GWE) de 1958 establecían como criterio determinante

<<la influencia preponderante>> de las empresas en el mercado. De esta manera, lo que todas estas legislaciones realizaban era la capacidad que pudiera tener una empresa para ejercer una influencia superior en el mercado.

En este sentido y después de muchos pronunciamientos que iban en diferentes sentidos, el Tribunal de Justicia, en 1978, planteó lo que en definitiva se iba a convertir en el precedente de la definición de posición de dominio para sus posteriores sentencias. En la Sentencia *United Brands* del 14 de febrero de 1978 el Tribunal de Justicia hace una amalgama entre las sentencias *Sirena* del 18 de febrero de 1971¹ y la Decisión *Continental Can* de 9 de diciembre del mismo año², donde plantea una definición general de posición de dominio, diciendo que:

“la posición dominante a la que se refiere el artículo 86 [hoy 82] es la posición de poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad de actuar en buena medida independiente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores”³.

A partir de lo anterior, lo que se entiende por posición de dominio es un concepto jurídico que se utiliza en el control de una dominación del mercado, con una teleología específica que hace referencia al poder económico. En estos términos, se establece que hay una posición dominante cuando como consecuencia de la falta de competencia sustancial, una empresa de forma unilateral puede modificar los precios u otras

-
- 1 Asunto *Sirena Srl* contra *Eda Srl* y otros. 40/1970, sentencia del tribunal de Justicia de 18 de febrero de 1971, considerando 16. En éste se afirma que una empresa se encuentra en posición dominante cuando el “...titular esté en condiciones de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en una parte importante del mercado de que se trate, teniendo en cuenta, en particular, la posible existencia y la posición de productores o distribuidores que comercialicen mercancías similares o sustituibles”. En todo caso esta definición tuvo sus críticas muy serias, como se demuestra con lo planteado por *KORAH, V.* para quien la verdadera cuestión que se debe analizar es sí la empresa se encuentra frente a una verdadera presión competitiva.
 - 2 Decisión *Continental Can* de 9 de diciembre de 1971, punto II.3 donde se dice que “las empresas están en posición dominante cuando tienen una posibilidad de determinar sus comportamientos con independencia, que les permite actuar sin tomar en consideración a los competidores, compradores o proveedores”.
 - 3 Sentencia *United Brands*, del 14 de febrero de 1978. Asunto 27/76, considerando 65. En el considerando 59 de la misma, se encuentra la aplicación de esa definición al caso concreto, mientras se estudia la posición de *UBC (United Brands Company)* en el mercado de referencia, así, “a la vista de todas esas características, la comisión opina que *UBC* es una empresa en posición de dominante que disfruta de una independencia global de comportamiento en el mercado de referencia y tiene la posibilidad de obstaculizar en buena medida la competencia efectiva por parte de sus competidores, que tan sólo podrían conseguir las mismas ventajas tras grandes esfuerzos prolongados durante varios años, perspectiva que no les incitaría a emprender tal camino, sobre todo tras haber sufrido varios fracasos”.

condiciones del mercado sin temor a una reacción en contra de sus intereses por parte de otras empresas o de los consumidores⁴.

Teniendo en cuenta todo lo visto hasta ahora, es importante ilustrar, así sea de forma muy somera, uno de los argumentos que demuestran las dificultades que se presentan para la competencia cuando existe una posición de dominio en el caso concreto y que por otro lado, nos invita a tratar el tema en estas hojas con mayor relevancia sobre las causas del poder de mercado. En este sentido y de cara a la Comisión en la Decisión *United Brands* se encuentra la aplicación de la definición de posición de dominio al caso concreto, donde nos dice que,

“...a la vista de todas esas características, la comisión opina que *United Brands* (UBC) es una empresa en posición de dominante que disfruta de una independencia global de comportamiento en el mercado de referencia y tiene la posibilidad de obstaculizar en buena medida la competencia efectiva por parte de sus competidores, que tan sólo podrían conseguir las mismas ventajas tras grandes esfuerzos prolongados durante varios años, perspectiva que no les incitaría a emprender tal camino, sobre todo tras haber sufrido varios fracasos”⁵.

Lo visto nos deja a las puertas del análisis de las causas de la posición de dominio, pues la contingencia de establecer una conducta independiente en el mercado debe ser complementada con una posibilidad real y determinante para establecerse como la realizada por una empresa con poder de mercado. Hay que reconocer que en un mercado, donde el factor predominante es la competencia imperfecta, las empresas presentan cierto grado de autonomía en su conducta, pero ello no equivale a una posición de dominio en todos los casos. Desde esta perspectiva hay que enfrentarse a la pregunta de *cuál es la condición de poder de mercado para que sea suficientemente independiente y por ello gozar de una posición de dominio*. Esta pregunta puede ser resuelta desde el conocimiento que se tenga de las causas del poder de mercado que tiene una empresa y de su respectiva valoración frente a la competencia en el mercado relevante. Por ello analizaremos las causas que hacen o posibilitan el dominio por parte de una empresa, aclarando que la valoración de esas causas es tema de otro análisis y que por ello no serán analizadas en esta oportunidad.

4 V. KORAH, V., <<*Concept of a dominant position within the meaning of article 86*>>. *Common Market Law Review*, vol. 17, 1980, págs. 395 a 414. TEMPLE LANG, J., “*Monopolisation and the definition of “Abuse” of a dominant position under article 86 EEC Treaty*>>”, *Common Market Law Review*. 1979, págs. 345 y sigs.

5 *Sentencia United Brands*, del 14 de febrero de 1978, asunto 27/76, considerando 59.

1. CAUSAS DEL PODER DE MERCADO

La posición de dominio que ostenta una empresa en el mercado está determinada por unas causas o condiciones que pueden obedecer a diferentes razones, consideradas individualmente o en conjunto. Las principales causas de poder de mercado para una compañía se encuentran en las barreras naturales o en razón de los costos, las barreras legales y las barreras creadas por las políticas de las mismas empresas. Estas consideraciones nos invitan al análisis de estos tres fenómenos que se insertan en el mercado como obstáculos a la libre competencia, que pudiendo ser aprovechadas por las empresas en el mercado hacen que la competencia actual o potencial se vea limitada en su actuación y la empresa que se encuentra como dominante pueda actuar en grado suficiente de libertad e independencia frente a sus competidores y consumidores. Esto para decir que una cosa es decir qué es una posición de dominio, entendiendo por ésta la libertad que tiene una empresa para adoptar una estrategia considerablemente independiente en el mercado, y otra muy diferente, es decir en cada caso cuándo esa condición es lo suficientemente importante para condicionar la existencia de la posición de dominio.

1.1. BARRERAS EN RAZÓN DE LOS COSTOS O BARRERAS NATURALES

Las barreras naturales o en razón de los costos describen de cierta forma la condición de un mercado. Es decir, que estos mercados en razón de un establecimiento anterior crean beneficios para quienes se encuentran en él y aleja a la competencia potencial por razones como las grandes inversiones de capital, de recursos humanos, de licencias, las marcas, el acceso al crédito y todos aquellos factores que colocan en desventaja a quien desea entrar a ese mercado. Estos mercados se caracterizan por las economías de escala⁶, que son aquellas economías de costos medios decrecientes en el tiempo⁷. Por otro lado las ventajas también se dan en los costos absolutos⁸, que son la diferencia

6 Las economías de escala en ciertos sectores industriales, constituye una característica de la función de producción. Esto es, que hay un rendimiento creciente de la producción, en la medida que un aumento simultáneo de todos los *inputs* conduce a un incremento más que proporcional del *outputs*. De esto resulta que la unidad de producción tiene interés en aumentar su producción debido a que la importancia de los *inputs* necesarios por unidad de *outputs* se reduce.

7 JACQUEMIN, ALEX, *Economía industrial*, Ed. Hispano Europea S.A., Barcelona, 1982, págs. 29 a 34 y 168 a 169; SAMUELSON Y NORDHAUS, *Economics*, McGraw- Hill, 17th edition.

8 Los orígenes de tales ventajas se encuentran principalmente en una mejor técnica de producción, la exclusividad en las fuentes de abastecimiento, una desarrollada red de distribución, o una liquidez muy importante.

entre los costes medios de las empresas ya establecidas y los costes que tendrían las nuevas empresas que se quisieran establecer en ese mercado atendiendo a las razones dichas anteriormente⁹.

Un ejemplo muy claro del problema al que se enfrentan un competidor potencial para entrar en un mercado está reflejado en la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso *United Brands* donde describe que,

“... los obstáculos a la entrada de competidores se debe en particular a las inversiones excepcionalmente fuertes necesarias para la creación y explotación de plantaciones, a la necesidad de multiplicar las fuentes de abastecimiento para evitar las consecuencias de las enfermedades de la fruta y de las inclemencias del tiempo, al establecimiento del sistema logístico necesario para la distribución de una mercancía muy perecedera, a las economías de escala de las que no puede aprovecharse un operador recién llegado al mercado, y a los costes de entrada que suponen todos los gastos fijos de penetración a un mercado, tales como el establecimiento de una red comercial adecuada o el coste de las campañas publicitarias de gran envergadura, todos ellos son riesgos económicos en los que se pierde el capital si fracasa la tentativa”¹⁰.

Desde esta perspectiva, se puede ver que los altos costos de posicionamiento en el mercado para una nueva empresa que quiera competir con empresas de trayectoria y en mercados con grandes redes de distribución, logística, desarrollos tecnológicos y de infraestructura, son barreras naturales que imposibilitan en buena media la nueva competencia¹¹.

En todo caso, la problemática de las barreras de entrada a un mercado sigue siendo asunto polémico entre economistas y juristas, pues la ortodoxia económica enseña que si una empresa está obteniendo beneficios se espera que otras entren a repartirse los beneficios o a apoderarse del mercado, mientras que para los juristas la determinación de beneficios no siempre es condición para la entrada de competidores, si bien es la razón del mercado, los riesgos no siempre se compensan por el hecho de las ganancias, por ello esto sería más de un análisis del caso por caso¹².

9 *Ob. cit.* SAMVEBON, P. y NORDHAUS, W. *Economía*. Ed. McGraw- Hill, 17^{ed}. Madrid.

10 Sentencia *United Brands*, *ob. cit.*, considerando 122.

11 En el mismo sentido la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Hoffmann-La Roche*, *ob. cit.*, considerando 48, donde las ventajas técnicas y las redes comerciales son barreras para la entrada de nuevos competidores.

12 VARIAN, HAL R., *Microeconomía intermedia. Un enfoque actual*, University of California, Ed. Bosh, 4^a edición, Barcelona, 1998, págs. 397 a 402.

1.2. BARRERAS LEGALES

Las barreras legales o también denominadas barreras públicas, son obstáculos al comercio de mercancías creadas por los estados o uniones supranacionales en el ejercicio de sus competencias. Principalmente se ha usado dividirlos en tres tipos, la primera subdivisión corresponde a los derechos de propiedad industrial, la segunda hace referencia a los obstáculos arancelarios y la tercera a los obstáculos no arancelarios¹³.

1.2.1. DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

Frente a las empresas los derechos de propiedad industrial no son suficientes para otorgar una posición de dominante por sí misma, pero también hay que decir que en razón del monopolio legal que éstas confieren a sus titulares pueden causar el efecto de una posición de poder en el mercado. En todo caso, *lo relevante es preguntarnos si una posición de dominio que ostenta una empresa se puede constituir en un abuso por el ejercicio de un derecho de propiedad industrial*. En este sentido, antes de entrar al análisis directo de esta pregunta, tendremos que hacer un razonamiento sobre la relación que existe entre el derecho de la libre competencia y el derecho de la propiedad intelectual.

El planteamiento de los derechos de propiedad industrial e intelectual contra el derecho de la libre competencia puede generar diversas polémicas, tanto desde un sentido estático como dinámico, si bien en el estático se puede pensar un conflicto entre estas dos ramas del derecho, por un lado el derecho de la propiedad intelectual y por el otro, el derecho de la libre competencia, el primero otorgando a sus titulares, como es el caso de las patentes, un derecho exclusivo de explotación impidiendo que terceros se beneficien por un lapso de la invención patentada, mientras que el derecho de la libre competencia busca limitar el comportamiento de empresas que puedan limitar la competencia en el mercado. Desde la perspectiva dinámica hay que decir que cada empresa es libre de encausar sus procesos de investigación y desarrollo, y la obtención de resultados no puede verse limitada por el mismo derecho de la competencia al atribuirle responsabilidades mayores en el ejercicio de su actividad en el mercado. En esta polémica es mejor buscar la proporcionalidad, permitir un beneficio sustancial y

13 LÓPEZ ESCUDERO, MANUEL, Los obstáculos técnicos al comercio en la Comunidad Europea, Ed. Universidad de Granada., Granada, 1991, págs. 40 a 42.

razonable por la investigación en correspondencia con un beneficio estructural para el mercado y los consumidores¹⁴. Es decir, en términos finalistas, el derecho de patentes está al servicio de la sociedad, fomentando el progreso técnico y la competencia en los procesos investigativos. En el mismo sentido el derecho de la libre competencia debe aprovechar este incentivo de desarrollo y competencia, y en proporción a esto permitir que el derecho de patentes cumpla este objetivo sin perjuicio de las limitaciones que debe tener para que exista un nivel de competencia que los permita lograr¹⁵.

Conociendo lo anterior podremos dar respuesta a la pregunta que nos habíamos realizado en torno al abuso de la posición de dominio por el ejercicio de un derecho de propiedad industrial. Como muy bien quedó anotado, estos derechos no se contraponen, por ello en principio no debe existir controversia. En todo caso, si se adquiere un derecho relacionado con la propiedad intelectual éste no debe estar motivado para un ejercicio abusivo, bien como la consecución de una posición de dominio como su reforzamiento. Así, en el asunto *Tetra pak I*¹⁶ la Comisión consideró que la adquisición de una licencia exclusiva por parte de una empresa dominante para un procedimiento de fabricación que le permita extender su posición de dominio y eliminar a uno de sus principales competidores no es pertinente con la naturaleza de ambas regulaciones, tanto la intelectual como la competitiva¹⁷.

1.2.2. OBSTÁCULOS ARANCELARIOS

Los estados por principio establecen en sus fronteras aduanas para controlar, entre otras cosas, el movimiento de mercancías que entran y salen de su territorio. Este control permite una influencia sobre el conjunto de las importaciones y exportaciones

14 CHILD Y BELLAMY, *ob. cit.*, pág. 523.

15 MARTIN ARESTI, PILAR, *La licencia contractual de patente*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 257 a 259.

16 Decisión de la Comisión del 26 de julio de 1988, Tetra Pak DO L 272 de octubre 4 de 1988.

17 Este punto de la propiedad intelectual y la competencia siempre presentará, por lo menos en el estadio de libertades de mercado, algunas dudas sobre la completa independencia del ejercicio del derecho de propiedad intelectual, pues al mezclarse con una posición fuerte en el mercado, el manejo que se le dé a este tipo de derechos podrá presentar conflictos serios sobre intereses de mercado o particulares. En aras de dar un poco más de claridad, la negativa por parte de una empresa que se encuentra en una posición de dominio para conceder una licencia no constituye por este hecho en un abuso, en todo caso el ejercicio del derecho de forma excluyente puede dar lugar en circunstancias excepcionales a un comportamiento abusivo. Siendo éste el caso de la sentencia Maguill (sentencia del Tribunal de 6 de abril de 1995, RTE e ITP/Comisión [Maguill], C-241/91 P y C-242/91 P, Rec. p. I-743, apartados 49 y 50) donde se condenó a tres compañías irlandesas y británicas de televisión no vinculadas entre sí, por haber impedido a una empresa editorial independiente que publicaba la programación de todas las cadenas televisivas con antelación, amparándose en una legislación interna sobre derechos de autor. Pronunciándose el alto Tribunal, con el argumento que se estaba obstaculizando la aparición de un producto nuevo para el que existía mercado con el mal argumento de los derechos de autor, que no tienen por objeto la protección en estas circunstancias.

de las mercancías en un territorio determinado por medio de un conjunto de instrumentos proteccionistas.

Los obstáculos arancelarios han sido los mecanismos proteccionistas clásicos utilizados por los estados para colocar su producción nacional en una situación competitiva ventajosa con referencia a las importaciones. El instrumento por medio del cual se logra este objetivo se conoce como derechos de aduana. Por derechos de aduana se entiende, el recaudo que realiza la administración de aduanas cuando una mercancía pasa por una frontera¹⁸.

1.2.3. OBSTÁCULOS NO ARANCELARIOS

Esta categoría es residual a los obstáculos arancelarios, en la que se encuentra todo el conjunto de obstáculos de naturaleza diferente a los derechos de aduana. La definición que podemos dar de éstos, es una definición de carácter negativo; es decir, que un obstáculo no arancelario es toda aquella medida pública, diferente de un derecho de aduana, que genera una distorsión en el intercambio interestatal o internacional de mercancías.

En el caso de la Unión Europea nos encontramos con la Unión Aduanera Común, que cumplen las veces de la teoría de los obstáculos arancelarios para las importaciones y exportaciones de productos, y con las medidas de efecto equivalente, que a su vez, hacen lo mismo en relación con los obstáculos no arancelarios. Desde esta perspectiva desarrollaremos estas dos instituciones que, desde el tránsito de las mercancías en la Unión, son el soporte para muchas de las decisiones que se toman en torno a la libre competencia por parte de los órganos comunitarios.

(i) Unión Aduanera Común

El caso de la Unión Europea frente a las barreras legales de tipo aduanero, se encuentra en la Unión Aduanera Común¹⁹. Esta institución se edifica sobre tres pilares en los que se constituye el comercio intracomunitario y extracomunitario. El primer pilar lo

18 STOFFEL VALLOTON, "La libre circulación de mercancías en la CEE" en AA VV. *Estudios de derecho comunitario europeo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1989, pág. 369.

19 CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, y CARRASOSA GONZÁLES, JAVIER, *Mercado único y libre competencia* Ed. Colex, Madrid, 2003, págs. 46 a 49; JORDÁN GALDUF, JOSÉ MARÍA, (coordinador), *Economía de la Unión Europea*, 2ª edición, Ed. Civitas, 1997, Madrid, "los mercados de bienes y servicios: el mercado interior, ROCA ZAMORA, AMPARO y JORDÁN GALDUF, JOSÉ MARÍA, págs. 170 a 182.

encontramos en la eliminación de los aranceles o derechos aduaneros para los intercambios de mercancías intracomunitarios y la eliminación de las medidas o exacciones de efecto equivalente²⁰. Suponiendo esto que si algún Estado, por activa o por pasiva, interviene en contra del comercio intracomunitario para favorecer empresas nacionales de su territorio, estaría actuando en contra del comercio en la Unión Europea y por tanto de la existencia de una competencia libre y no falseada como se indica en el artículo 3.1.g) del tratado.

El segundo, lo construye la fijación de un arancel común para los intercambios con terceros países o para el comercio extracomunitario²¹. Este arancel, busca beneficiar a la comunidad en su conjunto, colocando aranceles altos a las materias primas y productos que perjudican a la producción interna y aranceles bajos o suspensiones temporales o permanentes a las materias primas escasas en la unión. Los criterios por medio de los cuales se fijan estos aranceles, está determinada por el artículo 27 del tratado. Desde esta perspectiva, se puede intervenir en el mercado para que empresas que ocupan posiciones de dominio, se vean obligadas a mantener políticas competitivas, o en el mismo sentido, se comporten de forma eficiente.

El tercero, se encuentra en la fijación de una política comercial común²². Este pilar involucra todas las modificaciones arancelarias y la política de comercio exterior²³. Entre éstas se encuentra, la adopción de medidas de liberalización, políticas de exportación, medidas de protección comercial en supuestos de *dumping* y subvenciones, etc.²⁴. La política comercial común, permite que se cree un ambiente competitivo común, previniendo que los estados más fuertes favorezcan a sus empresas por medio de acuerdos de comercio internacional que se dirijan a crear un desequilibrio en el mercado interno.

Desde esta descripción, nos encontramos que la Unión Europea busca mantener unas condiciones homogéneas y dirigidas al mantenimiento de una competencia transparente en el mercado interno, que involucra el desarrollo de una política común en beneficio del establecimiento de una competencia no falseada por parte de los estados en la intervención económica. Ahora entremos a mirar el manejo de las restricciones no arancelarias.

20 *Ibidem*.

21 *Ibidem*.

22 *Ibidem*.

23 STEENBERGEN, J., "The common commercial policy" en *Common Market Law Review*, 1980, Vol. 17, pág. 239.

24 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, MARTA, *Los derechos antidumping en el derecho comunitario*, Ed. Lex Nova, 1999, Valladolid, págs. 133 a 176.

(ii) Restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente

Las mercancías que se encuentran en la Unión, están sujetas a una regulación de fabricación y comercialización. Esta regulación se encuentra compartida entre la Comunidad y los estados miembros. Así es necesaria la distinción entre sectores regulados y no regulados. Cuando un sector es regulado por la normativa comunitaria de fabricación y comercialización de productos, sólo será aplicable ésta a las controversias que se susciten, pudiendo ser desarrollada por los Estados Miembros mientras no perjudique el comercio entre éstos. Así en el Asunto *Aher – Waggon GmbH/Alemania*²⁵, se da un claro ejemplo de la imposibilidad de los estados para obstaculizar el comercio comunitario. En este caso se impedía la libre circulación de aviones subsónicos que no cumplieran con unos límites fijados por la normativa germana, pero que si se encontraban permitidos por los límites establecidos por la Comunidad, así, se dejó claro, que si bien la normativa alemana, era comunitariamente legítima, porque imponía unos topes más altos que los de la Directiva 80/51/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1979, en todo caso limitaba el comercio, pues vulneraba los artículos 28 y 30, cuando se trataba de aviones matriculados en otro Estado. Así se determinó que era aplicable para los aviones que se matricularan en Alemania, pero no se podría aplicar a aviones matriculados en otros estados que cumplieran con los preceptos de la Directiva.

También podemos demostrar este punto con otro caso, donde la creación de barreras legales por parte de los estados se ve limitada a la intermediación de los órganos comunitarios. De no considerarse este punto, las medidas de efecto equivalente lograrían proteger los mercados nacionales de la competencia comunitaria. En el asunto *Hedley Lomas Ltd. Gran Bretaña*, consideraba que España no cumplía con la Directiva 74/577, que se aplica a las condiciones en las que se deben sacrificar los animales. Por estas razones las autoridades británicas, denegaron la exportación de animales con destino a España, justificándose en el artículo 30 del tratado. El tribunal se pronunció diciendo que un Estado no puede aplicar de forma unilateral este tipo de regulaciones y que por tanto tal medida quedaba sin efecto²⁶. Dado lo anterior podemos concluir que

25 Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Aher – Waggon GmbH/Alemania*, del 14 de julio de 1998, C-389/96, DO C 299 del 26 de septiembre de 1998. “El artículo 30 del tratado CE no se opone a una normativa nacional que supedita la primera a la matriculación en el territorio nacional de aviones previamente matriculados en otro Estado miembro a la observancia de unas normas en materia de emisiones sonoras más severas que las previstas en la Directiva 80/51/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1979, relativa a la limitación de las emisiones sonoras de las aeronaves subsónicas, en su versión modificada por la Directiva 83/206/CEE, al mismo tiempo que exige de esta obligación a los aviones que hayan obtenido la matriculación en el referido territorio antes de la aplicación de dicha Directiva”.

26 Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Asunto Hedley Lomas Ltd.*, del 23 de mayo de 1996, C-5/94.

un Estado no puede hacer uso del derecho comunitario para afectar con él, el comercio intracomunitario y de forma subsidiaria la competencia.

De igual manera podemos argumentar que las consecuencias de las barreras a la entrada de productos, causadas por normativas proteccionistas pueden causar efectos graves aun después de su desmonte y respectiva liberalización, y no estrictamente en el momento de su existencia. En este sentido encontramos el caso de la compañía estatal de distribución del tabaco en Italia, como se ve a continuación. En la sentencia del tribunal de primera instancia *AAMS/Comisión*²⁷, sobre la distribución del tabaco en Italia, esta compañía estatal se encargaba, primero bajo artículo 45 de la Ley 907, de 17 de julio de 1942 (*Gazzetta Ufficiale dalla Repubblica Italiana [en adelante HURÍ]* n° 199, de 28 de mayo de 1942), la *AAMS* poseía en exclusiva el derecho a fabricar y distribuir el tabaco en el territorio del Estado italiano. La Comisión destacó que, en Italia, la importación de cigarrillos procedentes de otros estados miembros y su comercialización al por mayor fueron liberalizadas mediante la Ley 724, de 10 de diciembre de 1975 (GURI n° 4, de 7 de enero de 1976), y que, por consiguiente, la importación a través de depósitos de distribución que no pertenecieran a la *AAMS* estaba autorizada. La Comisión observó que, pese a dicha liberalización, la *AAMS* seguía importando en Italia todos los cigarrillos de origen comunitario, que se encargaba también de distribuirlos al por mayor, basándose en acuerdos celebrados con los fabricantes que mostraban interés en vender sus cigarrillos en el territorio italiano. También la Comisión demostró que no era económicamente viable el desarrollo de cadenas de distribución al por mayor que compitieran con *AAMS* en razón de su posición de dominio del 100% otorgada por un monopolio legal, que si bien, hoy no se encontraba vigente la ley que lo protegía, competir contra *AAMS* no era posible desde la perspectiva económica.

Para concluir diremos que, este conjunto de barreras artificiales creadas por medio de regulaciones o derechos como los aranceles a las importaciones, los monopolios legales, las reglamentaciones técnicas o sanitarias, los derechos otorgados por la propiedad industrial o intelectual, crean barreras a la entrada que favorece posiciones en el mercado a empresas ya existentes y aleja de este modo la competencia potencial o la competencia foránea. Si bien, dentro del mercado común es difícil que ocurra esto de forma extrema (artículos 28 a 30 y 49 a 55 del tratado), si existen tales efectos frente a productos o servicios provenientes de países foráneos a la Unión. En todo caso, así hoy no se permitan este tipo de prácticas, las consecuencias de barreras legales de este tipo en el pasado han provocado pronunciamientos por parte de las autoridades de la competencia en la medida que aún existen efectos para que se pueda realizar una competencia efectiva dentro del mercado común.

27 Sentencia del Tribunal de Primera Instancia del 22 de noviembre de 2001, asunto *AAMS/Comisión*, considerandos 1 a 8 y 51a 54.

1.1. BARRERAS CREADAS POR LAS EMPRESAS

Las empresas tienen la posibilidad de crear barreras artificiales a la competencia, éstas se pueden dar en coexistencia o en ausencia de las barreras naturales de costos o de las barreras legales. Este tipo de barreras son de carácter ilimitado, pues dependen de la misma capacidad de dirección en razón de su estructura organizacional y su posición en el mercado. Entre las barreras más comunes utilizadas por las empresas tenemos principalmente los precios predatorios que se ven complementados por barreras de entrada como son la posibilidad de expansión previa a la llegada de nuevas empresas, la utilización de la capacidad ociosa instalada y la diferenciación de productos por la marca o la publicidad donde se encuentra la fragmentación de los mercados mediante la quiebra de la homogeneidad de los productos como el principal elemento de la diferenciación. En este orden de ideas nos dedicaremos a evaluar la participación de las empresas en la fragmentación de los mercados por medio de los precios, la no contratación, el tratamiento discriminatorio y la quiebra de la homogeneidad.

1.1.1. CONDUCTA DE LAS EMPRESAS MEDIANTE LOS PRECIOS

Los precios son por excelencia el indicador más importante del establecimiento de un mercado, pues la teoría económica nos dice que es el mercado quien debe imponer el precio y no las empresas²⁸. Por ello, es claro que las autoridades no deben intervenir en los precios y si lo hacen sólo debe ser de forma excepcional, pues la política de la libre configuración de los precios es uno de los elementos más importantes de todo el derecho privado y el estimulante por excelencia del tráfico comercial. En razón de esto, la intervención judicial o administrativa para sancionar un comportamiento por motivos de precios debe ser muy cuidadosa pues hay que diferenciar cuándo los precios obedecen a una política de méritos empresariales o de estrategia empresarial y cuándo esa política es anticompetitiva.

En términos generales, las políticas de precios que se entienden como contrarias al derecho de la libre competencia se pueden resumir en, precios excesivamente altos, las de precios excesivamente bajos o predatorios y por último, las de precios discriminatorios.

28 SAMUELSON, PAUL A. y NORDAHAUS, WILLIAM D. *Economía*.

1.1.1.1. Precios altos

Los precios excesivos, pertenecen a la conducta de empresas en posición de dominio o monopólicos, los mercados en los cuales se dan este tipo de conductas están determinados por altas barreras de entrada, además del difícil posicionamiento para una empresa nueva. La evaluación que se hace de la práctica de precios altos, se encuentra determinada por el examen de la conducta en la suposición de la existencia de competencia (muy utilizado por la jurisprudencia alemana <<*als-ob Wettbewerb*>>) donde se proyecta un mercado competitivo y si el precio se aleja de lo que debiese ser, se supone un ejercicio abusivo. Sin lugar a dudas esta práctica se encuentra entre las descritas por el artículo 82 del tratado, pero que para efectos prácticos su aplicación no es clara, pues usualmente se suele sancionar conductas de discriminación de precios, las cuales se ven a continuación, como prácticas de precios altos y por este motivo, abusivas²⁹. En todo caso el Tribunal se ha pronunciado por el concepto de precio excesivo en la sentencia *General Motors Continental N.V. c. Comisión*, diciendo que se tendrá como un precio excesivo, aquel que presente una diferencia significativa con el valor económico del producto³⁰. De manera muy similar, pero estableciendo la forma o procedimiento para apreciarlo, el Tribunal en la sentencia *United Brands* nos dice que,

“...un exceso puede apreciarse, entre otras cosas, si puede determinarse objetivamente a través de una comparación entre el precio de venta del producto en cuestión y su coste de producción”³¹.

Además, la evaluación del exceso se llevará a cabo mediante la comparación entre costos de empresa dominante y los precios de ese mismo producto en otros mercados geográficos³².

29 Fox, E., “*Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity and Fairness*”, 61, *Notre Dame Law Review*, 981, 1986, pág. 992.

30 Sentencia del Tribunal, asunto 26/75, ECR 1975, p 1367, párrafo número 12.

31 Sentencia *United Brands c. Comisión*, cit, párrafo núm. 251.

32 Sentencia *United Brands c. Comisión*, cit, párrafo núm. 252. El resultado afirmativo de dicha comparación producirá una respuesta de deslealtad con el mercado y/o con los competidores.

1.1.1.2. La discriminación de precios

Por otro lado, también se encuentra el criterio de la desproporción excesiva entre el coste del producto o servicio y el precio que se exige por ellos³³. Este último ha sido utilizado por el Tribunal de Justicia en el asunto *United Brands*, donde se estableció que esta compañía utilizaba su poder de mercado para discriminar los precios sin razones específicas dependiendo de los países y distribuidores³⁴. Ya con anterioridad en la decisión *chiquita*, la Comisión se había expresado de la siguiente manera:

“Las diferencias en los costos de transporte, impuestos y exacciones o las condiciones de *marketing* pueden justificar diferentes niveles de precios de venta al nivel de la distribución. Sin embargo, estas diferencias de precios nunca podrán justificar objetivamente las diferencias de precios de UBC a sus distribuidores/maduradores por transacciones equivalentes en Bremerhaven y Rotterdam, y menos aun si se tiene en cuenta que las cantidades de plátanos vendidos a cada distribuidor/madurador eran aproximadamente las mismas”³⁵.

Pero esta circunstancia de la discriminación de precios no se puede establecer como objetiva, pues la racionalidad económica y jurídica nos indica que hay momentos en los cuales es justificada. En este sentido, el Tribunal se ha pronunciado delimitando y racionalizando el alcance de una discriminación de precios. En el caso *AKSO Chemie BV c. Comisión*, se estableció que:

“... sin embargo, esta prohibición no impide que AKSO aplique diferentes precios por los aditivos farináceos entre diferentes categorías de clientes que, de forma razonable y objetiva reflejen diferencias en los costos de producción y entrega atribuidos a los pedidos anuales del cliente, tamaños del pedido y otros factores comerciales”³⁶.

33 CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALES, *Mercado único... ob cit.* págs. 1082 y 1083. Donde también se establecen otros criterios para determinar si un precio es excesivo, como la realización de una evaluación de los precios antes de que la empresa fuese dominante en el mercado y la comparación con otro mercado de la misma naturaleza que no se encuentre dominado por una empresa y en el que concurren elementos de competencia eficiente.

34 Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, *United Brands*, cit. considerandos 251 y 252.

35 Decisión 76/353/CEE de la Comisión, de 17 de diciembre de 1975, relativa a un procedimiento de de aplicación del artículo 86 (hoy 82) del tratado CEE (IV/26.699) DOCE, 1976, L 95/1, núm. II. A). 3 b).

36 Sentencia del TJCE del 3 de julio de 1991, asunto C-62/86, ECR, 1991, p. I-3359.

Para concluir, otro de los casos más relevantes sobre discriminación de precios y tal vez el más enfático puede ser el asunto Tetra Pak International S.A. c. Comisión de las Comunidades Europeas, donde el TPI (Tribunal de Primera Instancia), tras comprobar la existencia de diferencias importantes en los precios de los envases de cartón Tetrarex y Tetrabrik no asépticos entre los años 1978 y 1984, afirma:

“... en estas circunstancias, dado el carácter marginal de los costos de transporte y la estabilidad mundial de los precios de las materias primas, en el presente caso del cartón, que representa el 70% de los costos del envase, el Tribunal de Primera Instancia estima que las diferencias de precios comprobadas no podían responder a factores económicos objetivos y que, por consiguiente, tenían carácter discriminatorio”³⁷.

En definitiva, la discriminación no es por sí misma atentatoria una causa del abuso, ésta puede estar justificada por múltiples razones, que van desde el aumento en los costos de producción en algunas zonas determinadas, el aumento de los pedidos por razones de mayores costos de una unidad más de producción o las mismas condiciones de transporte, entre otras. Pero de igual forma estas mismas circunstancias no son lo suficientemente poderosas para causar los incrementos en los precios para determinadas zonas o clientes, convirtiéndose la conducta en discriminación de precios³⁸.

1.1.1.3. Precios predatorios

Los precios predatorios son precios agresivos y anormalmente bajos fijados para un lapso determinado y limitado. Estos precios son fijados por empresas con posición de dominio en el mercado, con el fin, en principio, de someter o eliminar del mercado a la competencia establecida en él. Posterior a la consecución de este objetivo los precios tienen como consecuencia un alza, logrando con esto un mayor poder de mercado y unas ganancias futuras superiores que compensan las pérdidas obtenidas en esta operación³⁹.

37 Sentencia del TPI de 6 de octubre de 1994, asunto T-83/91, ECR, 1994, p.II-0755, párrafos núm. 162 y sigs.

38 BLAKENEY, M., “*Cost Justified Price Discrimination: Section 49 (2) (a) of the Trade Practices Act of 1974*” *U. West. Australia Law Review*, junio 1980, pág. 303.

39 ROLAND KOLLER II, “*The myth of predatory pricing: an empirical study*” en *Antitrust law & economics review*; n° 4, 1971. págs. 105 a 123, págs. 105 y 106; SHAW, THOMAS. “*Predation*” en *European Competition Law Review*. 1987, págs. 53 y sigs.

Los criterios para determinar la existencia de un precio predatorio se encuentran en la tricotomía entre los precios promocionales, los precios competitivos y los precios abusivos⁴⁰. Desde la perspectiva de la teoría contable se dice que un precio es predatorio cuando el precio que presenta un producto o servicio es inferior a un cierto nivel del precio fijado en razón del promedio de los costos variables racionalmente previsibles en el corto plazo. En la práctica el criterio más utilizado para determinar cuándo un precio es predatorio se da en la consideración de las ventas a pérdida. Desde estas perspectivas de la terminación de un precio predatorio, podremos decir que éstos se caracterizan por la asunción de pérdidas a corto plazo con la expectativa de obtener a largo plazo unos beneficios que superen con creces las pérdidas resultantes, además del elemento subjetivo de intencionalidad en la eliminación de la competencia o del refuerzo de la posición en el mercado que, como se verá más adelante cuando estudiemos la explotación abusiva, puede ser obviado si las condiciones en las que actúa una compañía dejaban prever tal resultado⁴¹.

Las empresas que vendan bajo costos o a pérdida, deben poseer unas características que sin ellas no podrían realizar tal conducta. Éstas se resumen en una mayor capacidad financiera que sus competidores, mejores condiciones de acceso al crédito que sus rivales, mayor capacidad de producción y a mejores costos. Todas estas circunstancias permiten que una empresa pueda sostenerse a pérdida durante un tiempo determinado mayor que el de la competencia en el mercado y de la misma forma, la posible recuperación de estas pérdidas en el futuro cuando haya logrado sus objetivos. Por lo general esta actividad de precios predatorios va acompañada de barreras de entrada al mercado, pues en el momento que la empresa está dispuesta a recuperar sus pérdidas la competencia potencial debe tener más dificultades para entrar en ese mercado⁴².

Para concluir, las prácticas de precios predatorios, si bien existen como una unidad independiente, por lo general se acompañan de prácticas discriminatorias de precios, así lo han anotado diferentes autores⁴³, bajo la óptica crítica de otros⁴⁴, al querer identificar

40 PASSHIGIAN, B. PETER, *Teoría de los precios y aplicaciones*, Ed. McGraw- Hill. 1996, Madrid, págs. 406 a 413.

41 HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, FRANCISCO, *Precios predatorios y derecho antitrust*, Ed. Marcial Pons, 139 a 182. Donde se destaca la evolución de los precios predatorios, antes del asunto Akzo y Tetra Pak II, hasta la construcción de una teoría de los precios predatorios para el derecho comunitario de la competencia.

42 FRIGNANI... pág. 742. Child... págs. 537 a 539. GOLDMAN, BERTHOLD y LYON-CAEN, ANTOINE, págs. 410 y 411. CARAVACA págs. 1053 a 1055. KORAH, VALENTINE, *Introducción al derecho...* págs. 218 a 220. GUYENOT, JEAN, *European Antitrust Law*, págs. 113 a 115. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, FRANCISCO, "La aplicación del artículo 86 del Tratado de Roma a los precios predatorios: el caso AKSO", *Actas de derecho industrial*. t. XIV, 1991-1992 págs. 247 a 266.

43 ANDREWS, P. , "Is Meeting competition a Defence to Predatory Pricing?- The Irish Sugar Decision Suggests a New Approach", ECLR, 1998, n°1, pág. 51.

44 HERNÁNDEZ RODRIGUEZ, F., *Precios predatorios y derecho antitrust*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 43 y sigs.

este fenómeno con el caso AKSO, al decir que el Tribunal de Primera Instancia indicó que,

“...los precios aplicados por AKSO a sus propios clientes estaban por encima de sus costes medios totales, mientras que aquéllos ofrecidos a los clientes de ECS estaban por debajo”⁴⁵.

Concluyendo éstos que el TPI en el caso condenó a AKSO en relación con las diferencias de precios practicados en razón de los precios predatorios y no de la discriminación.

1.1.2. LA NEGATIVA A CONTRATAR

La negativa a contratar es otra de las manifestaciones de la libertad contractual, en principio es legítima y permitida. Cuando esa libertad contractual se evalúa frente al derecho de la libre competencia puede verse limitada, por ejemplo, cuando esa libertad a contratar se ejercita para consolidar una posición de dominio o para la eliminación de un competidor del mercado. Los órganos de la competencia han hecho frente a esta situación y específicamente en determinados casos de negativas de venta, negativas de suministro o la retirada de la continuidad del mismo por parte de empresas con posición de dominio en contra de empresas subordinadas económicamente y dependientes de las dominantes para el ejercicio de su actividad económica, bien sea de producción o de servicios.

Desde los inicios de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se ha considerado este punto como un ejemplo característico de restricción de la competencia por parte de una empresa en posición de dominio. En el *asunto* United Brands se consideró la negativa de distribución a Olesen⁴⁶ como un acto anticompetitivo en relación con el artículo 86 [hoy 82] del tratado. En esta oportunidad el Tribunal dijo:

“... es preciso afirmar de entrada que una empresa con posición de dominante para la distribución de un producto –y que se beneficia del prestigio de una marca conocida y apreciada por los consumidores– no puede dejar de abastecer

45 Sentencia del TPI de 3 de julio de 1991, asunto AKZO Chemie BV c. Comisión, C-62/86, ECR 1991, p. I-3359, párrafo 140.

46 OLSEN es una compañía maduradora y distribuidora de los plátanos “Chiquita” de United Brands en Dinamarca.

a un cliente antiguo y que respeta los usos del comercio cuando los pedidos de dicho cliente no tienen ningún carácter anormal”⁴⁷.

En el mismo sentido, el Tribunal de Justicia en el asunto *Commercial Solvents Corporation*⁴⁸, dijo:

“... una empresa como ésta que dispone de una posición dominante para la producción de materias primas y, por lo tanto, se encuentra en capacidad para controlar el suministro a los fabricantes de productos derivados, no puede adoptar, por el simple hecho de haber decidido empezar ella misma a producir dichos derivados, una decisión mediante la cual al entrar en competencia con sus anteriores clientes, le permita asumir un comportamiento que pueda eliminar la competencia de éstos, en este caso, eliminando a uno de los principales productores de etambutol del mercado común; [...] resulta que una empresa que ostenta una posición de dominante en el mercado de materias primas y que, con el fin de reservarlas para su propia producción de derivados, deniega el suministro de éstas a un cliente, productor también de dichos derivados, a riesgo de eliminar cualquier competencia por parte de dicho cliente, explota su posición de dominante de forma abusiva en el sentido del artículo 86 [hoy 82]”⁴⁹.

La negativa a contratar como desarrollo del principio de la libertad contractual, no se encuentra privada para las empresas en posición de dominio, éstas también pueden justificar su razón para denegar la prestación de un servicio o de un suministro a otra empresa así sea dependiente y esté necesitada de la dominante para el ejercicio de su actividad. Las empresas con posiciones dominantes también pueden tener razones legítimas para presentar una negativa de contratación de este calibre, casos como la incapacidad de suministro suficiente, la decisión de retirarse del mercado en el caso de que con su decisión no atente contra la competencia en otro mercado conexo ni refuerce su posición de dominio en otro. También se puede incluir en este punto la decisión de no

47 Asunto *Uniten Brands*, *ob. cit.*, considerando 182. Más ampliamente considerandos 163 a 203.

48 *Commercial Solvents* es una compañía con domicilio en Nueva York, que actuaba en el mercado común por medio del Instituto Químico Italiano de Milán, donde poseía una participación accionaria del 51%. *Commercial Solvents* posee el monopolio mundial para la producción y venta de nitropropano y de aminobutanol. Por otro lado, Laboratorio Químico Farmacéutico *Giorgio Zoja*, la empresa que soporta el acto anticompetitivo de *Commercial Solvents*, dependía del suministro del aminobutanol para la producción de etambutol, producto acabado que es un derivado del aminobutanol.

49 Asunto *Instituto Químico Italiano SpA y Commercial Solvents Corporation/Comisión asuntos acumulados 6/73 y 7/73*, considerando 26. También, Decisión de la Comisión del 29 de julio de 1987. *BBI Boosey & Hawkes*. DO L 286 de octubre 9 de 1987, numeral 19. Decisión *Hugin 78/68/EEC* de 8 de diciembre de 1977. (IV/29. 132 *HUGIN/LIPTONS*) DO L 22 del 27 de enero de 1978. pág. 23.

suministrar un producto o servicio por el incumplimiento contractual de la otra parte⁵⁰. En este sentido tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia han incluido un elemento de proporcionalidad entre el incumplimiento y la negativa a contratar de la siguiente manera:

“...El fabricante dominante puede siempre adoptar las medidas razonables y precisas para proteger sus intereses comerciales; sin embargo, dichas medidas han de ser equitativas y proporcionales a la amenaza...”⁵¹.

La insolvencia manifiesta del contratante también es una razón válida para que una empresa dominante pueda negarse a contratar.

Para terminar, diremos tres importantes conclusiones, la primera hace referencia al reconocimiento de esta figura como protectora principalmente de la existencia y viabilidad de medianas y pequeñas empresas, pues el perjuicio que se experimenta de cara a la competencia sólo recae sobre la parte rechazada. La segunda, pretende relacionar la existencia de las prácticas discriminatorias de precios, con las negativas de suministro tal como ha sucedido en la jurisprudencia del Tribunal y en las decisiones de la Comisión en casos como por ejemplo la negativa de British Sugar de suministro a Naiper Brown de azúcar industrial, cuando al mismo tiempo se los ofrecía a otros⁵², o el de la negativa de Commercial Solvents Corporation de no seguir suministrando materia prima al Instituto Chemioterapico Italiano SpA la cual necesitaba para su proceso productivo por la intención de la primera de entrar en el mercado de la segunda⁵³. Por último, y en aras de la brevedad, en el caso de las integraciones verticales, la negativa de suministro, compra o venta se relaciona muy directamente con la doctrina de las *essential facilities*, pero buscando sólo expresar nuestra posición, diremos que de acuerdo con la tesis que sostiene que el tratamiento de este tipo de negativas se relaciona más con el abuso de la posición de dominio que con la doctrina de las *Essentials facilities*⁵⁴.

50 FRIGNANI... *ob. cit.* págs. 762 y 763.

51 Decisión de la Comisión del 29 de julio de 1987. BBI BOOSEY & Hawakes. DO L 286 de octubre 9 de 1987, numeral 19. También en el asunto United Brands. *ob. cit.* El Tribunal se pronunció al respecto diciendo en el considerando 190 “...aunque pueda admitirse la posibilidad de una respuesta, ésta debe ser en todo caso proporcional a la amenaza, teniendo en cuenta la potencia económica de las empresas afectadas”

52 Decisión 88/518/CE, de la Comisión, de 18 de julio de 1988, Naiper Brown – British Sugar.

53 Sentencia del TJCE, de 6 de marzo de 1974, Istituto Chemioterapico Italiano SaPand Commercial Solvents Corporation c. Comisión, asunto 6 y 7/73, ECR, 1974, pág. 0223.

54 Esta doctrina de las *essential facilities* o también denominada *bottelenck doctrine*, o por su traducción al español *doctrina de las infraestructuras esenciales o cuello de botella* respectivamente, tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana, se ha creado para impedir que la empresa que posee una posición de dominio, por lo general en estos casos de monopolio, pueda utilizar su poder para impedir el desarrollo de

1.1.3. TRATAMIENTO DISCRIMINATORIO

El trato discriminatorio a clientes por prestaciones semejantes o iguales, si bien está contenido dentro del artículo 82 del tratado en su literal c), es una forma más de actuación empresarial por la que las empresas con posiciones de dominio pueden abusar de su poder de mercado. Este supuesto contiene dos elementos, uno sustantivo y otro adjetivo. El supuesto sustantivo a su vez se divide en dos, primero, que el comportamiento discriminatorio sea desarrollado por una empresa en posición de dominio en el mercado y el segundo, consiste en una conducta de tratamiento diferenciado para clientes que se encuentran en condiciones semejantes. Por otro lado, el elemento adjetivo consiste en la obligatoriedad de demostrar la discriminación⁵⁵.

Los criterios sustantivos pueden ser vistos desde la óptica de su encuadramiento jurídico y desde su desarrollo conceptual. La razón de la posición dominante como *conditio sine qua non* está delimitada por la misma consagración en el artículo 81, apartado 1, literal d) del tratado. Que considera fundamentalmente los acuerdos discriminatorios en contra de terceros, esta práctica no intenta eliminar la competencia en primera línea *primary line competition* sino que se ubica dentro del falseamiento de la competencia entre proveedores o compradores según el caso, o en contra de otros proveedores o compradores, denominada *secondary line competition*⁵⁶. En razón de lo anterior, la exigencia de la posición de dominio, sigue determinada por la conducta que realiza la empresa con poder de mercado para mantenerlo o aumentarlo por medio de instrumentos anticompetitivos.

Por otro lado, el desarrollo conceptual de las prestaciones equivalentes nos da una idea muy clara de la conducta empresarial que se busca controlar. Esta conducta empresarial puede ser entendida en dos sentidos. En un primer sentido, en razón de un trato diferente para situaciones equivalentes y en un segundo sentido, un trato igualitario para situaciones diferentes. Los órganos de la competencia se han concentrado bajo la casuística del trato diferenciado para prestaciones equivalentes. El primer paso es determinar cuando una condición es equivalente a otra. Esta consideración puede ser mirada desde la

otros mercados o el desenvolvimiento natural de mercados estrechamente relacionados, por medio de su negativa a contratar. Este es el caso del dominio por parte de la empresa fuerte de su mercado de forma directa y del dominio indirecto del mercado del acceso a las infraestructuras del primero.

55 CARAVACA... *ob. cit.*, 1088 a 1095.

56 MARENCO, <<Le due anime dell' articolo 86 TCE>> en *Diritto Comunitario e Degli Scambi Internazionali*. págs. 11 y sigs. enero – marzo de 1986.

perspectiva de la objetividad del trato de una empresa en posición de dominio, es decir, si se analizan los diferentes consumidores, competidores potenciales y clientes de éstas, sobre la conducta realizada, encontrándose que sin razón suficientemente justificada existe un trato discriminatorio por razones del nivel económico, de la capacidad para dominar o intervenir en un mercado conexo dependiente del dominante, por las condiciones de libertad contractual en el que se mueve un distribuidor, además de la exigencia de proporcionalidad en el desarrollo de su conducta ante sus contratantes.

Un ejemplo lo encontramos en la discriminación de precios, como se vio anteriormente. Los precios pueden ser tratados en dos sentidos desde la discriminación en relación a la forma de la discriminación o en razón del proceso discriminatorio. En el primer aspecto nos encontramos ante las características conocidas de los consumidores, denominada también selección por indicadores. En el segundo nos encontramos ante las características de tipo perfecto, no lineal y espacial. Las diferenciaciones perfectas, discriminan tanto a los consumidores como las cantidades demandadas. La diferenciación no lineal se basa en la discriminación en razón de la cantidad, pero deja de lado el consumidor. La diferenciación espacial hace discriminación con fundamento en la división del mercado desde el punto de vista geográfico, acentuando principalmente las diferencias en el mercado interno en relación a un mercado externo⁵⁷.

En la Decisión Irish Sugar⁵⁸ la Comisión encontró consideraciones distintas para la determinación de diferenciaciones por indicadores y diferenciaciones de tipo perfecto y espacial. La discriminación por indicadores se ve reflejada en este caso cuando Irish Sugar no ofrece descuentos a los envasadores de azúcar, mientras que si lo otorgaba a los exportadores del mismo producto. La razón que daba la compañía encausada se justificaba en que éstos no eran competidores entre sí, pero según jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia⁵⁹, cuando se ha de evaluar si ha existido una discriminación, lo importante es tener en cuenta la interacción de la oferta y la demanda entre el proveedor y el comprador inicial, y no en el mercado en que opera el comprador. Los envasadores de azúcar compraban exactamente el mismo producto, azúcar industrial y granel de Irish Sugar, como los demás clientes y en las mismas condiciones de venta y entrega.

57 CARAVACA... ob cit. págs. 1087 y 1088.

58 Decisión Irish Sugar de 14 de mayo de 1997. DO L 152/21 de 15 de junio. Numeral 145 y 146. También la Decisión Napier Brown-British Sugar de 18 de julio de 1988. DO L 284/41 de 19 de octubre, numeral 102, donde se "...consideró que British Sugar, al negarse a suministrar exclusivamente azúcar de remolacha a Napier Brown, producto por la cual esta última podía lograr un descuento por almacenamiento de la Comunidad, logrando así una reducción efectiva del precio de coste, había discriminado a dicha empresa con respecto a otros clientes (no envasadores de azúcar) que tenían garantizado el suministro de este tipo de azúcar".

59 Asunto United Brands/Comisión. ob cit., considerando 101.

Por otro lado, el tratamiento de la discriminación de tipo perfecto y geográfico se puede ver en la Decisión Irish Sugar, pues se aplica el régimen de descuentos al azúcar para la exportación fundamentalmente en razón de las compras totales de azúcar, sin establecer ningún tipo de control sobre cuál es el volumen de azúcar procesado destinado a la exportación. Aunque el sistema fuese sometido al control adecuado, se seguirían produciendo subvenciones cruzadas. Ello se debe a que, desde el punto de vista del cliente, las compras efectuadas son idénticas (vayan a destinarse finalmente al mercado nacional o a la exportación). En la contabilidad interna de la empresa, los descuentos obtenidos se distribuyen por igual entre todas las compras a fin de obtener el coste medio del azúcar y además el precio de coste de las materias primas se utiliza en todas las fases del procesado sin distinción alguna⁶⁰.

1.1.4. QUIEBRA DE LA HOMOGENEIDAD

En el asunto Michelin se consideró la quiebra de la homogeneidad como uno de los elementos que caracterizan el poder económico que ostenta esta empresa en el mercado europeo de neumáticos para vehículos pesados de la siguiente forma

“... el grupo Michelin es por lo que respecta a determinado tipo de neumáticos, el único proveedor del mercado que incluye una determinada gama. Esta situación garantiza a Michelin, en el mercado de los Países Bajos, la predilección declarada de un gran número de usuarios para vehículos pesados. Habida cuenta de que la compra de neumáticos constituye una inversión importante para una empresa de transportes y que para asegurarse en la práctica de la rentabilidad de un determinado tipo de marca o de neumáticos, hace falta un tiempo considerable, por ello Michelin disfruta de una posición que la hace poco vulnerable a la competencia. De esta situación se desprende que un revendedor de neumáticos en los Países Bajos no pueda normalmente evitar vender la marca Michelin de neumáticos.”

De esta forma queda demostrado que cuando una empresa es la única que ofrece un producto o servicio, del que dependen un conjunto importante de usuarios, los distribuidores no pueden estar al margen de la posesión de ese producto o servicio, pues en realidad la demanda que recae sobre ese producto no permite la

60 Decisión Irish Sugar. *ob. cit.*, numeral 141. También en el asunto United Brands se consideró que esta compañía realizaba diferenciación en los precios según la zona geográfica del comprador. Véanse considerandos 235, 239, 248 en relación con los considerandos 228 y 229.

intercambiabilidad con otros. En conclusión, una empresa que crea una diferencia en la homogeneidad de un producto o servicio aleja la competencia, adquiriendo de forma lógica sobre ese producto o servicio un monopolio de hecho que hace que su conducta en el mercado sea más delicada a la hora de actuar en el mismo. Claro que este factor se acompaña de otros fenómenos como la reputación de la marca, preexistencia en el mercado y la fidelidad de los clientes.

Para terminar diremos que este comportamiento fundamentalmente se relaciona con la puesta en el mercado de productos no sustituibles en razón de sus características especiales, como puede ser en el caso que venimos viendo, la fabricación de un tipo específico de llantas para un mercado lo suficientemente extenso que permita crear alteraciones en la homogeneidad del mercado, siendo importante para las autoridades de la competencia la forma y contenido de los comportamientos subsiguientes, ya que en razón de estas condiciones específicas de quiebra de la homogeneidad y el acompañamiento de una posición de dominio pueden permitir el mantenimiento o la consecución de un poder de mercado superior de forma no deseable en el mercado.

En conclusión, podemos ver que tanto las barreras naturales, legales y las creadas por las empresas, son de necesario estudio para el entendimiento del mercado en el cual opera la compañía presuntamente dominante. Desde esta perspectiva, sólo nos queda por decir que este análisis de las causas del mercado en razón de los diferentes tipos de barreras para que sea completo, necesita del análisis de la evaluación en concreto de ese poder de mercado y de la existencia del abuso.