

Universidad Internacional de La Rioja
Máster en el ejercicio de la abogacía

La fijación de precios predatorios como práctica anticompetitiva

Trabajo fin de máster presentado por:	Alessio Ghiani
Titulación:	Master en el ejercicio profesional de la abogacía
Área jurídica:	Derecho de Defensa de la competencia
Director:	Prof. Doc. Sergio González García

Cagliari
[16 de febrero de 2016]
Firmado por: Alessio Ghiani

Índice

Listado de abreviaturas y siglas	3
Resumen	4
Introducción	5
I El abuso de posición dominante en la normativa europea y española	
1.1 Aproximación histórica del objeto de estudio	8
1.2 La posición dominante y el mercado de referencia	10
1.3 El mercado geográfico y del producto	14
1.4 La posición dominante colectiva	18
1.5 El abuso de posición dominante	20
II Los precios predatorios como supuesto de abuso de posición dominante	
2.1 Premisa: la aplicación de precios anticompetitivos	24
2.2 Los precios predatorios y la prueba Areeda-Turner	26
2.3 El caso AKZO	28
2.4 El caso Tetra Pak II	31
2.5 Los precios predatorios en el derecho de la competencia español	33
Conclusiones	38
Bibliografía	41

Listado de abreviaturas y siglas

CE	Comisión Europea
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
ECU	European Currency Unit (Unidad Monetaria Europea)
Expte.	Expediente
LCD	Ley de Competencia Desleal
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
Núm.	Numero
Pág.	Página
Párr.	Párrafo
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TDC	Tribunal de Defensa la Competencia
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TPI	Tribunal de Primera Instancia
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea

La fijación de precios predatorios como practica anticompetitiva

Resumen

Precios por debajo de los costes de producción aplicados por una empresa dominante. El concepto de precios predatorios podría resumirse de esta manera. En su forma más tradicional representan una práctica de eliminación de los rivales del mercado, ejercida precisamente con precios de venta inferiores a los costes de producción. El objetivo de la empresa es vender, después de la salida de los rivales del mercado, a precios de monopolio. Es por esta razón que esta práctica se considera perjudicial para la competencia y, por tanto, prohibida. Este Trabajo fin de Máster, tras mostrar de antemano lo que se entiende por posición dominante, continuará con el análisis de los principales asuntos resueltos por la jurisprudencia europea y española -que intentaron definir el concepto de precio predatorio- así como de los elementos que permiten la identificación de la conducta ilegal.

Palabras claves: Abuso de posición dominante, práctica anticompetitiva, precios predatorios.

Predatory pricing as abuse of dominant position

Abstract

The concept of predatory pricing can be summarized as follows: prices below production costs charged by a dominant enterprise. In its traditional configuration, it represents an elimination practice of market rivals, exercised precisely with sales prices below production costs. The company's goal is to sell at monopoly prices after the exit of rivals from the market. Due to this reason this habit is considered harmful to competition and, therefore, it is prohibited. This work, after showing what dominant position means, will continue with the analysis of the main cases ruled by the European and Spanish jurisprudence -which tried to define the predatory pricing concept- as well as the necessary elements for the unlawful conduct's identification.

Keywords: Abuse of dominant position, anti-competitive practices, predatory pricing.

Introducción

La competencia puede ser definida generalmente como la situación en la cual dos o más sujetos rivales se contienden y aspiran a obtener la misma cosa¹. La noción de libre competencia, es un concepto jurídico que deriva de la Economía. Cuando se habla de competencia, refiriéndose a los participantes en el mercado, se emplea la expresión en el sentido de lucha de unos contra otros para conseguir el mismo objetivo. Su característica esencial es el antagonismo de las diversas empresas concurrentes en el mismo mercado, en posición de rivalidad y, a menudo, de hostilidad.

Las empresas luchan para la supervivencia y supremacía y el proceso competitivo crea ganadores y perdedores. La fortuna de una empresa deriva de la posibilidad de interactuar con su entorno y obtener ventaja sobre sus competidores.

De esto deriva que en cualquier situación de competencia se perciben dos elementos básicos. Por un lado, ningún competidor tiene poder suficiente para sobresalir por encima de los demás; por otro lado, cada competidor puede influir en el éxito o en el fracaso de los demás.

La libertad de competencia implica la inexistencia de prohibiciones para el acceso al mercado y la posibilidad de ejercer la actividad empresarial y competir sin límites e impedimentos. Este mecanismo “libre” puede agravar la diferencia entre los competidores poderosos y los débiles.

Por ello la disciplina de la competencia establece un conjunto de prohibiciones y limitaciones con la finalidad precisa de impedir la constitución de posiciones monopolistas ilegítimas en el mercado y de eliminar las restricciones a la competencia. El solo hecho de la existencia de una empresa gigante puede implicar un dominio económico y político nocivo para la competencia. Sin embargo, uno de las características de la libre competencia es permitir que las empresas se esfuercen para lograr la mayor cuota de mercado, ofertando precios bajos o bienes y servicios de mejor calidad.

Puede ocurrir que la gran mayoría de los consumidores prefieran determinados productos y, junto con una mejor organización y política empresarial, esto puede llevar a la existencia en un mercado concreto de una o varias empresas dominantes. El poder de estas empresas puede ser tan fuerte que incluso puedan permitirse fijar unilateralmente los precios u otras condiciones económicas sin temor a una reacción eficaz por parte de los competidores ni de los consumidores.

Una conducta ejercida por una empresa en posición dominante en oposición a las normas del Derecho de la Competencia se define anticompetitiva. Más específicamente, se define excluyente o predatoria una conducta dirigida a excluir los competidores del mercado para monopolizarlo o fortalecer la posición de dominio conquistada.

Tal actuación distingue la competencia de mérito de la predación prohibida y caracteriza toda la disciplina de las conductas anticompetitivas: el artículo 102 TFUE

1 RAE (Real Academia Española). 2014 *Diccionario de la lengua española*. Versión digital <http://dle.rae.es/?id=A0fanvT|A0gTnnL>

y la legislación nacional análoga de los estados miembros de UE (en España el artículo 2 LDC).

En virtud de eso, el primer capítulo de este Trabajo Fin de Máster, tras una aproximación histórica del tema, analizará la normativa y la jurisprudencia en materia de posición dominante y los elementos fundamentales para identificar esta situación, que representa una condición esencial para cualificar la conducta de fijación de precios predatorios.

El economista escocés Adam Smith consideraba la reducción de los precios como el efecto principal y más noble del proceso competitivo. Según él, mientras el precio de monopolio es el más alto que se puede lograr, el precio derivado de la libre competencia (llamado precio natural) es el más bajo que los vendedores pueden mantener, continuando constantemente en su propio negocio².

Desde un punto de vista puramente teórico, la reducción de los precios en un mercado puede determinarse por dos factores diferentes: ante todo, por la entrada continua de nuevas empresas y el consiguiente aumento de la competencia. Secundariamente, la caída de los precios puede tener el único propósito predatorio de eliminar a los otros competidores del mercado.

El tema del "*predatory pricing*" es un tema típico de frontera entre dos disciplinas, Derecho y Economía. La conexión entre ellas, en el contexto del Derecho de la Competencia, es obligada y necesaria.

¿Una norma jurídica puede ser diseñada y aplicada a un supuesto concreto en el que conceptos económicos tales como coste, precio, mercado están constantemente en el centro del discurso, ignorando su pertinencia y usándolos como una palabra jurídica vaciada de su real contenido?

¿Se puede hablar de venta por debajo del coste, sin determinar efectivamente el coste bajo del cual se efectúa?

¿Por otro lado, es posible aplicar en campo jurídico -para evaluar la legalidad de algunas conductas- modelos económicos que simplifican una realidad muy compleja, llena de variables relevantes?

La relación existente entre derecho y economía en este tema es evidente: no se trata de determinar cuál de estas áreas de estudio es base para la otra, sino de unir las para que sea más fácil analizar y resolver las situaciones que se presentan en la realidad práctica.

Por lo tanto, el segundo capítulo de este Trabajo Fin de Máster quiere analizar, también mediante modelos e instrumentos lógicos propios de la economía, algunas de las soluciones más importantes adoptadas para abordar e identificar el problema jurídico de los precios predatorios, indicando además los límites de aplicación, las contradicciones y los problemas presentes en el complejo proceso de definición de este tema.

En conclusión, el tema de la fijación de precios predatorios es, sin duda, uno de los más complejos y fascinantes del derecho la competencia. La complejidad en definirlo correctamente deriva del hecho que, a primera vista, unos precios muy

2 SMITH A. 1776 *An inquiry into the nature and causes of wealth of nations*. Edición digital 2007, Metalibri Losana, pág. 52 "The price of monopoly is upon every occasion the highest that can be got. The natural price, or the price of free competition, on the contrary, is the lowest which can be taken, not upon every occasion indeed, but for considerable time together." Disponible en http://www.ibiblio.org/ml/libri/s/SmithA_WealthNations_p.pdf

bajos fijados por una empresa parecen favorables para los consumidores, así como el resultado natural de una verdadera competencia entre rivales.

Sin embargo, la fijación de precios particularmente bajos y depredadores distorsiona el mercado, fortaleciendo la posición de las empresas dominantes que - después de la eliminación de los competidores incómodos- generan flujos considerables de ingresos gracias al aumento de los precios, en detrimento de los consumidores.

El objetivo principal de este trabajo es reconstruir un modelo general de la conducta ilegal de fijación de precios predatorios, mediante la identificación de los elementos clave que la caracterizan. A pesar de que el tema ha sido creado y estudiado históricamente por el derecho de la competencia estadounidense (su nombre original es *predatory pricing*), este TFM pretende analizar su configuración dentro de la Unión Europea.

En virtud de la ausencia de disposiciones legislativas específicas, el estudio se centrará principalmente en el análisis de la jurisprudencia más importante sobre en materia, en particular en las decisiones dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que han orientado, en este ámbito tan complicado, los tribunales de los Estados miembros, incluso los españoles.

CAPITULO I

EL ABUSO DE POSICION DOMINANTE EN LA NORMATIVA EUROPEA Y ESPAÑOLA

1.1 Aproximación histórica del objeto de estudio

Los precios predatorios provocan dificultades que involucraron a la comunidad económica ya desde el final del siglo XIX y a la comunidad jurídica desde la segunda mitad del siglo XX. El tema es, sin duda, uno de los más discutidos en el ámbito del derecho de la competencia, en particular con respecto al problema de conectar las teorías económicas con normas legales claras y transparentes, que guíen a los tribunales.

El concepto básico que caracteriza la práctica predatoria puede ser más o menos descrito de la siguiente manera: una empresa puede ser acusada de fijar injustificadamente sus precios a un nivel muy bajo. Es precisamente en torno a estas dos últimas palabras que se ha generado un debate entre las principales escuelas jurídico-económicas estadounidenses del siglo XX³.

El hecho que una empresa fije precios bajos a primera vista parecería el resultado de una competencia efectiva y una conducta favorable para los consumidores. La otra cara de esta aparente situación favorable es que la depredación puede ser un instrumento de abuso para desalentar la entrada de competidores en el mercado o expulsarlos del mismo para que se obtenga o mantenga una posición de dominio.

La definición clásica de precios predatorios se desarrolló por primera vez a finales del siglo XIX y se caracterizó por un mercado en el que: es presente una empresa líder; el líder se enfrenta a la entrada de un rival en el mercado que amenaza su posición; con el fin de preservar su poder, el líder se comporta como un depredador estableciendo los precios a un nivel más bajo de los costes de producción, siendo capaz de sostener tales pérdidas gracias a las reservas acumuladas; cuando la “presa” deja el mercado el predador vuelve a la situación inicial y disfruta otra vez de grandes beneficios, necesarios para cubrir las pérdidas sufridas durante la fase depredadora.

En esencia, los economistas utilizaron tres elementos fundamentales para delinear la conducta predatoria: el importe de las pérdidas durante la fase depredadora, la cantidad de beneficios obtenidos durante el período de recuperación de las pérdidas y el descuento aplicado. Los beneficios que se pueden obtener en la

³ Entre todas destacan las aportaciones derivadas del debate entre la Chicago School of Law and Economics y la Harvard Law School.

fase de recuperación dependerán del precio fijado por el líder y, además, de la duración de su nueva posición de dominio.

En este sentido, la existencia de barreras a la entrada para proteger a la empresa dominante de los competidores potenciales juega un papel clave. Sin embargo, la teoría clásica ni siquiera menciona este factor de fundamental importancia. Esta falta es el aspecto más crítico de la teoría, ya que está claro que en ausencia de barreras a la entrada la estrategia de precios predatorios nunca sería rentable ya que los nuevos competidores entrarían en el mercado, atraídos por el aumento en el precio producido en la fase de recuperación.

Por lo tanto, sólo la presencia de estas barreras podría proteger al líder de nuevos competidores, independientemente del precio aplicado. Durante más de 60 años, el estándar legal para la depredación se centró en estos requisitos. Las evidencias usadas para declarar su existencia eran a menudo dudosas, sin embargo, cuando se consideraban presentes, se dictaba automáticamente la sentencia condenatoria.

En esta fase la relación entre el precio y los costes no recibió atención. Los tribunales no fueron capaces de distinguir cuando el presunto efecto exclusivo se producía contra un rival menos eficiente y el precio podría estar también por encima de los costes. Condenar una empresa por prácticas abusivas en situaciones como ésta produciría un resultado contrario a la competencia porque equivaldría a proteger las empresas ineficientes.

Los tribunales estadounidenses hasta la mitad de los años 70 no se atrevían a dudar de la doctrina tradicional. Las normas vagas sobre el poder de mercado se desarrollaron en un entorno legal en el que el fundamento para condenar la depredación fue encontrado en las nociones nebulosas de equidad e igualdad en el mercado, en lugar de la promoción de la eficiencia y de la competencia.

El evento clave que marcó la transición de la antigua teoría a un nuevo enfoque de la predación -con relevantes implicaciones legislativas- reside en la publicación en 1975 por dos juristas americanos de un ensayo que pronto se convirtió en un hito de este tema⁴. Los dos autores desarrollaron un test que podría servir como una norma jurídica específica. Su propuesta era simple pero radical: en lugar de tratar de reconstruir un modelo de depredación, se exigió a los tribunales aplicar una norma clara y unívoca.

Pocas publicaciones tuvieron la amplitud del impacto registrado en esta colaboración: por aquel entonces casi cada tribunal federal adoptó la regla impuesta por Areeda-Turner o cualquiera de sus variantes; la misma Corte Suprema estuvo cerca de adoptarlo.

Los efectos que sucedieron la aplicación de la regla de Areeda-Turner en la legislación en materia de precios predatorios fueron devastadores. Cambió radicalmente la actitud de los tribunales hacia esta práctica y, en el período desde

4 AREEDA P. TURNER D. F., 1975 *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*, en *Harvard Law Review*, vol. 88 pp. 697-733. Disponible en <http://www.contrib.andrew.cmu.edu/~kryukov/Predation/areeda75.pdf>

1975 hasta 1993, se pasó de una tasa de condenas de más del 75%, a menos del 20%. De hecho, en los primeros cinco años siguientes el desarrollo de este test (1975 -1980) se registró una tasa de 0%⁵.

En Europa, el ámbito jurídico-territorial que interesa este trabajo, la Comisión se enfrentó por primera vez con una presunta conducta predatoria en 1985 (Asunto AKZO Chemie BV c. Comisión) y aplicó el test Areeda-Turner con algunas modificaciones. De hecho, antes la Comisión y posteriormente el Tribunal de Justicia, sostuvieron la posibilidad de declarar una empresa culpable a pesar de la aplicación de una política de precios inferiores a los costes. Lo que realmente importaba es que se tratara de una empresa de grande dimensión y que el tribunal estuviese convencido de que había actuado intencionalmente e ilegalmente en contra de sus rivales más pequeños.

Por último, en cuanto al ámbito español, el pronunciamiento más relevante se produjo en 1999 (asunto BT/Telefónica), año en que el TDC tuvo la oportunidad de examinar la imposición ilegítima de precios predatorios y de individuar sus elementos básicos.

1.2 La posición dominante y el mercado de referencia

La Comisión Europea, en su decisión Continental Can de 9 de diciembre de 1971, consideró que una empresa está en posición de dominio en un mercado cuando tiene: “una posibilidad de determinar sus comportamientos con independencia que le permita actuar sin tomar en consideración a los competidores, compradores o proveedores”⁶.

En esta línea, el actual Tribunal de Justicia de la UE (TJUE, anteriormente TJCE) señaló, entre otras en la Sentencia Hoffman-La Roche de 13 de febrero de 1979, que una posición dominante es una posición de fuerza económica mantenida por una empresa, que le proporciona el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, proporcionándole la posibilidad de comportamientos independientes frente a sus competidores y clientes y, finalmente, frente a los consumidores⁷.

En otras palabras, la posición dominante es la aptitud de una empresa o grupo de empresas, de subir y mantener los precios de sus productos por encima del nivel de competencia o capacidad de alterar cualquier otra característica del producto, sin preocuparse de las posibles reacciones de competidores y/o clientes.

En la mayoría de los casos, la presencia de una posición dominante conduce gradualmente a otras empresas operantes en la misma área de mercado a especializarse en sectores más pequeños o a ceder el control de la propiedad a la empresa dominante, que de esta manera se fortalece aún más. Esto puede dar lugar

5 GIOCOLI N., 2010 *Games judges don't play: predatory pricing and strategic reasoning in US antitrust*, pág. 8 disponible online en <https://mpr.a.ub.uni-muenchen.de/33810/> MPRA Paper No. 33810

6 ALBORNS-LLORENS, A. 2002, *EC Competition Law and Policy*. Cullompton: Willan Publishing, p. 84 Acceso en https://books.google.it/books?id=UsLxQ3QOslMC&dq=OJ+L+7/25+continental+can&hl=es&source=gbs_navlinks_s

7 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas (C-322/81). Sentencia 13 de febrero de 1979. Recopilación de la jurisprudencia 1979/00225, párr. 38

al abuso de posición dominante cuando la empresa dominante opera utilizando su poder económico con la intención expresa de aplastar y eliminar la competencia.

La Unión Europea, desde su principio, ha tenido entre sus objetivos el de crear un mercado interior, trabajando en *pro* del desarrollo sostenible de Europa, basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social⁸.

Con este fin, el TFUE prevé el artículo 102 (antiguo artículo 82 TCE), dirigido a disciplinar los supuestos típicos del abuso de posición dominante. En dicho artículo se afirma que se considera “incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.”⁹

Este aprovechamiento abusivo puede ser destinado a eliminar competidores a fin de monopolizar el mercado en detrimento de los consumidores (abusos de exclusión), o para obtener grandes beneficios frente a sus propios clientes (abusos de explotación).

El mismo artículo 102 TFUE, a modo de ejemplo, precisa que “se consideran prácticas prohibidas aquellas que consistan en:

- a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas
- b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores
- c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”.

Tras un análisis inicial, el artículo 102 muestra que lo que la norma prohíbe no es la adquisición de una posición dominante en el mercado, sino el abuso de dicha posición. En otras palabras, el sistema atribuye a la empresa (o empresas) con un peso significativo en el mercado la responsabilidad especial de no aprovechar de la posición dominante, no entorpeciendo el desarrollo de un sano ambiente competitivo en el mercado único europeo.¹⁰

8 Unión Europea. Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. Diario Oficial de la Unión Europea L 191, 29 de julio de 1992, pp. 1-112. Artículo 3.3 (antiguo artículo 2 TCE)

9 Unión Europea. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, firmado en Roma el 25 de marzo 1957 como Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Diario Oficial de la Unión Europea C 326/47, 26 de octubre de 2012. Artículo 102.1

10 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso *Michelin Nederlandsche Banden Industrie c. Comisión de las Comunidades Europeas* (C-322/81). Sentencia de 9 de noviembre de 1983, Recopilación de la jurisprudencia 1983/00897. Párr. 57: En efecto, la acreditación de la existencia de una posición dominante no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate, suponiendo tan sólo que incumbe a ésta, independientemente de las causas que expliquen dicha posición, una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común.

En cuanto a la legislación española en este ámbito, el artículo 2 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia (LDC) recoge de forma no cerrada alguno de los supuestos típicos del abuso de posición de dominio que resultan prohibidos, estableciendo que “queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. El abuso podrá consistir, en particular en:

- La imposición de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.
- La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.
- La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.
- La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos.”

Los artículos 102 TFUE y 2 LDC no definen lo que se entiende por posición dominante; en consecuencia, el significado del concepto debe ser buscado en otra parte.

Mediante la adopción de un concepto amplio que incorpora las principales teorías económicas sobre el tema, la Comisión Europea y los jueces suelen identificar la posición dominante como “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 independientemente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores”¹¹.

Esta definición se centra en la independencia conductual de la empresa dominante que le permite decidir autónomamente su estrategia comercial, sin verse condicionada por otros sujetos en el mercado, es decir competidores, proveedores y, en última instancia, clientes. Este predominio no impide *a priori* el mantenimiento de un cierto grado de competencia en el mercado, sino que pone a la empresa en la posición de afectar la manera en que la competencia se lleva a cabo.¹²

Generalmente, para determinar si una empresa ocupa una posición dominante en un mercado se utilizan de forma conjunta dos tipos de análisis: un

11 Tribunal de Justicia de la Unión europea. Caso United Brands Company y United Brands Contintentaal BV c. Comisión de las Comunidades Europeas. Plátanos Chiquita. (27/76), Recopilación de la Jurisprudencia 1978/00067. Párr. 65. Una definición análoga se encuentra también en los casos Hoffmann - La Roche v. Comisión y Michelin v. Comisión.

12 Sentencia del Tribunal de Justicia Hoffmann La Roche c. Comisión de las Comunidades Europeas, cit., párr. 39

análisis estructural (u objetiva), dirigido a estudiar el mercado y la posición ocupada por la empresa en cuestión, y un análisis conductual (o subjetiva), relativa al comportamiento de la empresa y sus competidores.

Los factores estructurales son los que proporcionan la primera clave para determinar la existencia de una posición dominante en el mercado. Entre ellos destacan:

- La configuración del mercado identificada mediante el examen de sus cuotas¹³: el uso de las cuotas de mercado de la empresa investigada se basa en la consideración de que un sujeto puede ser considerado en posición dominante en el mercado sólo si consigue controlar una porción significativa.¹⁴ Existen varios métodos para calcular las cuotas de mercado que la empresa tiene: la Comisión y los Tribunales europeos suelen utilizar, de forma alternativa, el criterio del facturado, el volumen de ventas o el valor del volumen de negocios de la empresa, si los métodos anteriores no fueron significativos. En cuanto a la cuota de mercado controlada, cuotas muy grandes, cercanas al 100%, se consideran indicadores de sí mismos suficientes para demostrar la existencia de una posición dominante.¹⁵ Cuotas intermedias, entre el 40% y el 80% del mercado, hacen presumir la existencia de una posición dominante, si la empresa no da evidencia de lo contrario¹⁶. Finalmente, cuotas muy bajas permiten presumir la ausencia de dominación. La evaluación de las cuotas de mercado, en cualquier caso, no debe hacerse en términos absolutos, sino como parte de una evaluación comparativa que considere hasta la posición de los competidores. Es obvio que el poder que la empresa puede ejercer es diferente en el caso de un mercado compuesto por otros operadores con una cuota de mercado comparable a la del sujeto dominante. En otras palabras, tanto mayor es la diferencia entre la cuota de mercado de la empresa en examen y la de sus competidores más cercanos, tanto más grande es la evidencia de que la primera puede actuar con independencia de estos últimos.
- La existencia de barreras a la entrada o expansión en el mercado de referencia: el término barrera se refiere generalmente a "obstáculos" de diversa índole que hacen difícil, o incluso imposible, el acceso a cualquier nuevo competidor, la permanencia en el mercado en condiciones competitivas o el aumento en la cuota de mercado de las empresas presentes en ello. Si las barreras permiten la entrada de nuevos sujetos o la expansión de los ya presentes, hay una fuerte presión competitiva en el mercado, que hace casi

13 La importancia que se da al análisis de este factor se desprende por la Sentencia Hoffmann - La Roche v. Comisión de las Comunidades Europeas, cit., párr. 39: "la existencia de una posición dominante puede deberse a varios factores que, tomados por separado, no serían necesariamente determinantes, pero que, entre esos factores, uno muy significativo es la existencia de cuotas de mercado muy altas."

14 Sentencia del Tribunal de Justicia United Brands, v. Comisión de las Comunidades Europeas, cit. párr. 107: "un operador sólo puede ocupar una posición dominante en el mercado de un producto si ha conseguido obtener en él una considerable cuota de mercado."

15 Sentencia del Tribunal de Justicia Hoffmann - La Roche v Comisión cit., párr. 41: "es correcto estimar que unas cuotas extremadamente elevadas constituyen por sí mismas, y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición dominante".

16 Sentencia del Tribunal de Justicia Michelin v. Comisión, párr. 52 (Cuota de mercado de entre el 57% y el 65%)

imposible la constitución de una posición dominante. Por el contrario, si las barreras son altas, la empresa dominante operará en el mercado de forma independiente, sin miedo a que los demás, ya presentes o nuevos, puedan desarrollar sus negocios introduciendo precios más competitivos. Un primer tipo de barrera consiste en obstáculos de naturaleza legal, administrativa o reglamentaria (barreras legales). En general se trata de actos normativos que limitan el acceso o la ampliación a los operadores en el mercado (monopolios legales, derechos de propiedad industrial e intelectual o autorizaciones requeridas para la comercialización de determinados productos). Más variada es la identificación de las barreras inherentes al funcionamiento del mercado en cuestión. Se pueden dividir en barreras técnicas (el grado de conocimiento y experiencia técnica requerida, las posibles dificultades de acceso a las materias primas o la necesidad de utilizar una estructura esencial¹⁷) y barreras económicas (el nivel de los costos iniciales, la necesidad de lograr ciertas economías de escala, el retorno esperado de la inversión¹⁸).

Con el fin de evaluar la existencia de una posición dominante, además de los factores estructurales, a veces se utilizan también elementos conductuales, que analizan la conducta de las empresas.

El argumento que justifica el uso de este tipo de criterios por las autoridades es irreprochable: si fue posible que la empresa en cuestión haya mantenido una práctica abusiva, típica de quien es dominante, significa que la empresa efectivamente domina el mercado considerado.¹⁹

Sin embargo, es evidente también que este tipo de análisis confluya en un círculo vicioso en el que, por una parte, el dominio de la empresa es deducido por la conducta de la empresa y, por otra parte, el carácter abusivo del comportamiento deriva del hecho de que esta actitud es manifestada por una empresa que tiene una posición dominante.

Esta es la razón por la que estos criterios no se consideran determinantes para la identificación de la posición dominante y se utilizan como prueba complementaria o para confirmar los resultados obtenidos como consecuencia de un análisis estructural.

1.3 El mercado geográfico y del producto

En virtud de la gran importancia que tiene la concreción del mercado relevante para el Derecho de la competencia, la Comisión publicó una Comunicación sobre la determinación del mercado relevante a efectos de la normativa europea²⁰. El análisis de una conducta restrictiva de la competencia no puede prescindir de la

17 Sentencia del Tribunal de Justicia *United Brands c. Comisión de las Comunidades Europeas*, cit. párr. 72-84

18 Sentencia del Tribunal de Justicia *United Brands c. Comisión de las Comunidades Europeas*, cit. párr. 121-125

19 Sentencia del Tribunal de Justicia *United Brands c. Comisión de las Comunidades Europeas*, cit. párr. 67

20 Unión Europea. Comunicación de la Comisión, relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03). Diario Oficial de la Unión Europea n° C 372 de 09/12/1997 p. 0005 - 0013.

definición del contexto competitivo en el que se encuentra la empresa sospechada, es decir el mercado de referencia.

Esto supone identificar el sector en el que la empresa puede afectar el mercado, el conjunto de productos que en este contexto rivalizan entre sí en la satisfacción de las necesidades de los consumidores, el conjunto de empresas que pueden ofrecer dichos productos y el área geográfica en la que las condiciones de competencia para el suministro de dichos productos son suficientemente homogéneas y diferentes de las otras²¹.

La correcta definición del mercado relevante, por tanto, se plantea como condición imprescindible para una eficiente evaluación del comportamiento de los sujetos activos en el mercado, por lo que su identificación errónea conduce a una visión alterada de los efectos producidos por la eventual conducta prohibida de la empresa, socavando la real situación en la que operan las partes interesadas.

Una definición de mercado demasiado restringida, de hecho, puede dar lugar a la prohibición de una conducta que en un mercado más amplio sería inofensiva o incluso pro competencia. Una definición demasiado extensa, al contrario, podría conducir a subestimar el poder de algunas empresas. A pesar de que las disposiciones europeas no prevean el concepto de mercado relevante o la indicación de los criterios útiles para su individuación, la aplicación práctica del derecho positivo ha reconocido poco a poco la esencialidad de su definición.

A principios de los años 70, en la Sentencia *Europemballage and Continental Can contra Comisión de las Comunidades Europeas*, se afirmó la esencialidad de la definición de mercado relevante, puesto que la posición dominante no puede existir en abstracto, sino en relación con determinadas mercancías o servicios.²² Esta interpretación fue confirmada en una importantísima sentencia analizada en el segundo capítulo de este trabajo, la sentencia que resolvió el asunto *AKZO c. ECS*. Por tanto, una decisión puede ser anulada si la definición de mercado relevante es incorrecta, aunque la ausencia de disposiciones de derecho positivo en materia puede dar la impresión que la definición de mercado relevante y la identificación de la posición dominante se haga de manera arbitraria²³.

La Comisión Europea intentó aclarar el asunto con una Comunicación de 1997²⁴, cuya finalidad es orientar sobre la forma en que dicho órgano entiende los conceptos de mercado de producto de referencia y mercado geográfico de referencia al aplicar la normativa comunitaria de competencia.²⁵

21 BUSTOS ROMEROS M.F. 2015 *El abuso de posición de dominio en el régimen jurídico español*. Revista CES Derecho Volumen 6 Número 1 Enero-Junio 2015. Pág.: 111-122 ISSN 2145-7719 disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5152454> p. 115

22 DIEZ ESTELLA F. 2002 *Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre Definición de Mercado Relevante de la Comisión Europea y las Merger Guidelines del Departamento de Justicia de EEUU*. Publicado en Anuario de la Competencia 2001, Fundación ICOMarcial Pons, págs. 321 a 349. Pág. 2

23 Ibid. Pág 3

24 Unión Europea. Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, cit., párr. 1 a 5.

25 Ibid. Pág. 4

En este marco, la Comisión define el mercado relevante del producto de referencia como el que incluye “todos los productos y/o servicios que se consideren intercambiables o sustituibles por el consumidor, por razón de sus características, su precio el uso al que son destinados.”²⁶

Las características y las funciones de los productos constituyen un factor básico para medir la sustituibilidad de la demanda y delimitar el mercado relevante: pertenecen a un mismo mercado los productos cuyas características técnicas, comerciales o físicas y funciones sean similares. Al lado de la intercambiabilidad, otro factor que puede limitar el mercado es la presencia de una eventual competencia potencial que puede ejercer presión sobre el comportamiento de la empresa en cuestión.

Sin embargo, sólo la sustituibilidad en la demanda del producto es un factor eficaz y autosuficiente. Los otros criterios, además de ser más difíciles de detectar, normalmente requieren el análisis de elementos complementarios. Por lo tanto, juegan un papel más importante en la evaluación de la conducta contraria a la competencia que en la etapa de definición del mercado en el que opera la empresa dominante.²⁷

Conceptualmente, la noción de sustituibilidad por el lado de la demanda es muy simple, pero su evaluación concreta problemas de no fácil solución. A la luz de la experiencia estadounidense, la Comisión Europea ha abordado la cuestión de la sustituibilidad principalmente a través del instrumento econométrico de la “elasticidad cruzada” de la demanda.

En economía, la elasticidad es un parámetro que permite relacionar dos variables; la elasticidad de la demanda del bien A respecto a su precio, indica la relación entre el cambio porcentual en la demanda de los bienes y el cambio porcentual del precio de esos bienes. La demanda de A es elástica si la variación porcentual de la cantidad demandada es mayor que la del precio; viceversa, la demanda de A es rígida. La elasticidad cruzada de la demanda, muestra la relación entre la variación porcentual de la cantidad demandada de un bien A y las variaciones porcentuales en el precio de un bien diferente B²⁸.

Para medir esta variable normalmente se utiliza un ejercicio teórico en el que se analiza la reacción que se producirá en la demanda en caso de que los precios de los productos ofertados por la empresa se incrementasen ligera pero significativamente (método SSNIP, Small but non Significant Non-transitory Increase in Price).²⁹

26 Unión Europea Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, cit. párr. 7.

27 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencias Continental Can, cit. par. 32, United Brands cit., párr. 12, Hoffmann - La Roche, cit. párr. 25 - 30.

28 JIMENEZ LATORRE F, CANIZARES PACHECO E, NERA Economic Consulting, *Dificultades para la definición del mercado relevante*. Preparado para el Segundo Seminario de Derecho y Economía de la Competencia organizado por la Fundación Rafael del Pino Madrid, 18 de octubre de 2005. Disponible en <http://docplayer.es/2256968-Dificultades-para-la-definicion-n-del-mercado-relevante.html> pág. 17

29 GUTIERREZ HERNANDEZ A, 2015 *Artículo 2. Abuso de posición dominante*. En SALA ARQUER J M, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 4ª ed. CIVITAS EDICIONES Cizur Menor ISBN 9788447051809 pp. 115-218.

En otras palabras, tras identificar el bien producido por la empresa considerada, hay que suponer un pequeño aumento de su precio y examinar el comportamiento de los consumidores marginales. Si el aumento determina un movimiento de este tipo de consumidores a otro producto -en cantidad que no hace rentable el aumento de precio- entonces ese producto debe incluirse en el mercado del producto inicial, en calidad de válido sustituto.

La operación se repite hasta seleccionar un grupo de productos para los que la empresa en cuestión es capaz de imponer, esta vez con márgenes de beneficio, un aumento en el precio del bien producido. El conjunto de productos identificados como intercambiables entre ellos es el mercado de productos relevante.³⁰ Sin embargo, el método SSNIP, a pesar de su valor como medio de prueba, puede generar resultados erróneos en los mercados en que la competencia ya esté alterada, por ejemplo por la presencia de un precio ya sobre competitivo.

En el marco de la experiencia jurisprudencial desarrollada en la aplicación del artículo 102 TFUE, la Comisión, por lo tanto, además de la elasticidad de la demanda, ha utilizado otros criterios útiles a proporcionar una visión más completa del mercado: las opiniones expresadas por los clientes y competidores de la empresa³¹, y las clasificaciones de productos realizados a nivel industrial y de asociaciones profesionales.

En conclusión, se puede afirmar que ninguno de los factores mencionados anteriormente es de por sí determinante para delimitar el mercado. Sólo a través de una evaluación de conjunto que tiene en cuenta la totalidad de los diversos índices de sustituibilidad es posible afirmar con certeza que dos bienes son intercambiables.

La identificación del mercado de referencia, también se debe hacer desde el punto de vista geográfico, con el fin de determinar el territorio en que el abuso de posición dominante condujo a una alteración de las condiciones de competencia. Similarmente a la del mercado de producto, la noción del mercado geográfico de referencia tampoco está especificada por ley.

La Comunicación de la Comisión afirma que el mercado geográfico relevante incluye “la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas, debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas.”³²

30 Unión Europea. Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia cit.: el aumento en el precio se estima en 10.5% del precio original (párr. 15-18).

31 Unión Europea. Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, cit.: párr. 33 y 40

32 Unión Europea. Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, cit.: párr. 8

Por lo tanto, este mercado coincide esencialmente con las zonas donde se encuentran las mismas condiciones de competencia para todos los fabricantes de un determinado bien o servicio.

Las herramientas utilizadas para definir la extensión geográfica del mercado no son diferentes de las descritas anteriormente para la identificación del mercado de productos.

En particular, la Comisión y los tribunales utilizaron dos tipos de consideraciones: en primer lugar, con el análisis de las características de la demanda, se estima la posibilidad de que los consumidores recurran a productores situados en una zona geográfica diferente en caso de aumento del precio hipotético del bien; por el otro, mediante el análisis de las características de la oferta - teniendo en cuenta la posibilidad de que empresas pertenecientes a lugares geográficos distintos de entrar rápidamente a un costo razonable en él donde se produce el abuso- se estima si el aumento del precio lo hace particularmente conveniente.

Esta distinción de las fases de investigación sólo puede ser teórica: los diferentes factores que se tienen en cuenta a menudo se confunden y se unen dando vida a un análisis del mercado geográfico variado y complejo.

Por tanto, mientras el mercado producto consiste en la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideran intercambiables en razón de sus características, su precio o el uso que se pueda hacer, el mercado geográfico comprende la zona en que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas, en particular por la diferencia de las condiciones de competencia.³³

Estos dos criterios deben analizarse previamente al análisis del abuso de posición de dominio, puesto que solo cuando el abuso de posición dominante se materialice previa delimitación del mercado relevante, se puede hablar de una conducta contraria a la competencia.

1.4 La posición dominante colectiva

Se ha visto que los artículos 102 TFUE y 2.1 LDC prohíben el abuso de una posición dominante de una o varias empresas en la medida en que puedan ser perjudiciales para el comercio europeo. Por lo tanto, una posición dominante en el mercado puede ser detenida también por dos o más empresas que -sin pertenecer al mismo grupo- están unidas por vínculos contractuales, estructurales, económicos y se presentan o actúan juntas en un mercado específico como una entidad colectiva³⁴. Este poder se suele identificar con la noción de “posición dominante colectiva”.

33 GONZALEZ CLAVIJO A. 2002 *El abuso de posición de dominio, las medidas cautelares y la competencia desleal en la legislación sobre competencia*. En *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Volumen n. 4, pp. 1765-1772, ISSN 0211-2744 p. 1767

34 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asuntos acumulados *Compagnie maritime belge transports SA (C-395/96 P)*, *Compagnie maritime belge SA (C-395/96 P)* y *Dafra-Lines A/S (C-396/96*

Condición previa para que podamos encontrar una posición dominante colectiva es que los sujetos se presenten como una sola entidad económica capaz de adoptar una idéntica línea de acción.³⁵ Este comportamiento común puede tener origen por una coordinación explícita, establecida por vínculos contractuales o estructurales, o tácita, por lazos de interdependencia económica facilitados por la estructura oligopólica del mercado.

La forma más evidente de posición dominante colectiva se genera por la existencia de obligaciones contractuales con las que las empresas involucradas deciden adoptar el mismo comportamiento en el mercado comercial. Son vínculos contractuales, por ejemplo, los acuerdos de cooperación horizontal (las conferencias marítimas³⁶, los contratos de suministro o distribución vertical, los acuerdos para el intercambio de información o conocimientos técnicos).

En cuanto a los criterios utilizados para determinar la existencia de una posición dominante colectiva, ellos son diferentes respecto a los de la posición dominante individual, que se basa en una lista indicativa de elementos obtenidos en el tiempo gracias a la acción de la Comisión y a la jurisprudencia europea. Normalmente, una posición dominante colectiva requiere un mercado concentrado y oligopólico, donde es más fácil llegar a un entendimiento común sobre los términos de coordinación entre las empresas.

Sin embargo, para que la colusión sea sostenible en el largo plazo, se necesitan tres condiciones. En primer lugar, las empresas que mantienen la posición dominante colectiva deben ser capaces de verificar si las condiciones de coordinación son respetadas por todas las partes del acuerdo.

Secundariamente, en el mercado de referencia deben ser viables mecanismos de disuasión para sancionar las desviaciones de los oligopolistas. Por último, las reacciones de las partes externas a la colusión, como competidores actuales y potenciales o clientes, no deben ser tales para afectar a los beneficios de la coordinación desleal.³⁷

P) contra Comisión de las Comunidades Europeas. Sentencia de 16 de marzo de 2000. Recopilación de la Jurisprudencia 2000 I-01365. Párr. 35-56

35 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Commune d'Almelo y otros contra NV Energiebedrijf Ijsselmij. (c-393/92). Sentencia de 27 de abril de 1994. Recopilación de la Jurisprudencia 1994 I-01477 Párr. 42: Dicha posición dominante colectiva requiere sin embargo que las empresas del grupo de que se trate estén suficientemente ligadas entre sí como para adoptar una misma línea de acción en el mercado

36 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia Compagnie Maritime Belge y otros v. Comisión, párr. 46: "un grupo de dos o más transportistas armadores que preste servicios internacionales regulares para el transporte de mercancías siguiendo una o más líneas determinadas dentro de unos límites geográficos específicos y que ha concluido un acuerdo o un trato, cualquiera que sea su naturaleza, en cuyo marco dichos transportistas operan conforme a fletes uniformes o comunes y a todas las demás condiciones de transporte establecidas para la prestación de los servicios regulares".

37 Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea. Airtours plc contra Comisión de las Comunidades Europeas. Sentencia del 6 de junio de 2002. (Asunto T-342/99). Recopilación de la Jurisprudencia 2002 II-02585. Estas tres condiciones han sido indicadas por primera vez en el párr. 62. Por esta razón se les conoce como "Airtours criteria".

Por consiguiente, el primero indicador es la concentración de una cuota de mercado significativa en manos de pocas empresas. Las formas más frecuentes de oligopolio comprenden dos, tres, cuatro empresas que juntas detienen una cuota igual o superior al 60% del mercado de referencia.

El incentivo para poner en práctica conductas anticompetitivas aumenta también según la simetría de poder de mercado de las empresas. De hecho, es mucho más probable que un oligopolio en que participan empresas con poder de mercado comparable de lugar a una posición dominante colectiva.

La posibilidad de llevar a cabo conductas paralelas por el grupo de oligopolistas depende también de las características de los productos que conforman el mercado en el que operan. Productos homogéneos y estructuras de costes similares hacen más probable la existencia de una posición dominante colectiva.³⁸

Del mismo modo, la coordinación entre empresas es más fácil en presencia de ciertas características del mercado. Una demanda inelástica y condiciones de suministro estables, favorecidas por la existencia de altas barreras a la entrada, la madurez del mercado y un limitado nivel de crecimiento e innovación, fomentan la independencia conductual del grupo de empresas dominante.³⁹

Por el contrario, las cuotas de mercado volátiles son generalmente índice de inestabilidad y fuente de presiones competitivas sobre las empresas que operan en el mercado, cuya autonomía es generalmente limitada. Alguna relevancia para estos fines tiene también el tipo de transacciones que caracterizan el mercado: intercambios frecuentes y estandarizados hacen más predecibles las actuaciones de los oligopolistas y la adopción de conductas paralelas; viceversa esto no ocurre en presencia de transacciones esporádicas y no uniformes.

La transparencia de los mercados y, en particular, del precio es otro factor constitutivo importante de una organización de mercado oligopolista. Sólo en una mercancía donde hay disponibilidad pública de informaciones clave o es posible el intercambio de dicha información, es posible llegar a un acuerdo en términos de coordinación en detrimento del mercado. La transparencia y la simplicidad de las estructuras del mercado son también factores clave que permiten la adopción de sistemas de control eficaces.

1.5 El abuso de posición dominante

Como ya se ha visto, el derecho europeo y el español no prohíben la existencia de una posición dominante en sí, sino sólo el abuso de esta posición que puede ser realizado en el mercado. La empresa líder, en otras palabras, está cargada por una responsabilidad especial que le impide abusar de su poder

38 Tribunal de Primera Instancia. Gencor Ltd contra Comisión de las Comunidades Europeas (T-102/96). Sentencia del 25 de marzo de 1999. Recopilación de la Jurisprudencia 1999 II-00753. Párr.159

39 Decisión de la Comisión de 31 de octubre de 2001 SCA/Metsä Tissue, Asunto COMP / M.2097, párr. 148

económico y actuar conductas que, aunque lícitas para otras empresas, podrían ser penalizadas si llevadas a cabo por una empresa dominante.⁴⁰

Las normas en materia no definen qué se entiende por abuso, ni proporcionan elementos para distinguir este comportamiento del uso legítimo del poder adquirido por una empresa en posición dominante. Los artículos 102 TFUE y 2 LDC simplemente proporcionan una lista no imperativa de las prácticas que puedan constituir un abuso.

Por tanto, el concepto de abuso debe ser reconstruido con la ayuda de doctrina y jurisprudencia. La doctrina jurídica suele distinguir entre abusos horizontales, dirigidos a perjudicar a los competidores reales o potenciales (abusos de exclusiones o abusos monopolizadores) y abusos verticales, que dañan, aguas arriba, a los proveedores o, aguas abajo, a los consumidores (abusos de explotación).⁴¹

Los abusos de exclusión, entre los que se incluye la aplicación de precios predatorios, identifican las conductas comerciales destinadas a eliminar o excluir los competidores del mercado de referencia mediante la práctica de ventas por debajo del coste: todo con el fin de controlar el mercado y obtener rentas monopolísticas. Los abusos de explotación, por su parte, incorporan esos comportamientos por los cuales la empresa dominante aprovecha de su poder de mercado para obtener grandes beneficios, por ejemplo mediante la aplicación de precios particularmente altos o realizando conductas injustas y discriminatorias hacia los usuarios.

De la variedad de diferentes tipos de abuso se puede entender que una definición que quisiera abarcar todos los casos de comportamiento abusivo bajo un mismo denominador común sería imposible o demasiado general. Sin embargo, el concepto de abuso tiene algunas características comunes importantes, útiles para comprender los diferentes casos de conductas abusivas identificados por la jurisprudencia.

Ante todo, el concepto de abuso presenta un contenido exclusivamente objetivo; consiguientemente, para establecer la existencia de una actitud abusiva no se requiere la subsistencia ni de la voluntad de perjudicar ni de llevar a cabo una conducta subjetivamente reprochable.⁴² La existencia del abuso en sí es suficiente para activar la prohibición de los artículos 102 TFUE y 2 LDC, sin demostrar que el abuso se ha cometido deliberadamente o por negligencia por parte del sujeto dominante. La existencia de un elemento de intencionalidad específica que subyace

40 Sentencia del Tribunal de Justicia *Michelin Nederlandsche Banden Industrie v. Comisión de las Comunidades Europeas*, cit., párr. 57: “la acreditación de la existencia de una posición dominante no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate, suponiendo tan sólo que incumbe a ésta, independientemente de las causas que expliquen dicha posición, una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común.”

41 Tribunal de Justicia. Sentencia *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc.*, cit. párr. 26

42 Tribunal de Justicia. Sentencia *Hoffmann – La Roche v. Comisión*, cit., par. 91: “el concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trate, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, y que producen el efecto de obstaculizar, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios con arreglo”

en la conducta puede ser, en caso de dudas, simplemente un factor adicional útil para facilitar la calificación de la conducta en términos de legalidad o ilegalidad.⁴³

Igualmente irrelevante es la concreción de la conducta prohibida. Como evidencia del carácter abusivo de una conducta es suficiente comprobar el comportamiento abusivo potencial y la simple idoneidad para causar los efectos de exclusión o explotación en el mercado.

Idealmente, entonces, incluso las intimidaciones o amenazas que no llegan a afectar a la competencia en el mercado, podrían constituir infracciones.⁴⁴ Si la conducta prohibida ha generado efectos, no detecta el grado de sensibilidad de la eventual restricción producida sobre las condiciones de competencia. La existencia de una posición dominante en el mercado en sí ya debilita el nivel de competencia en el mismo: por lo tanto, cualquier comportamiento abusivo, incluso a pequeña escala, puede ser perjudicial para la competencia en el mercado y está prohibido.

Por otra parte, el artículo 102 TFUE no implica necesariamente la existencia de una relación de causa-efecto entre la posición dominante y la explotación abusiva.⁴⁵ La única relación de causalidad requerida es entre el poder de mercado y los efectos reales o potenciales que podrían generarse por la conducta prohibida. Puede ser considerada como ilegítima en virtud del artículo 102 TFUE también la conducta llevada a cabo por una empresa que se dedica a un mercado distinto de aquel en el que posee una posición dominante (es lo que ocurrió en los casos AKZO y Tetra Pak II, que serán analizados en el siguiente capítulo). En este caso bastaría que el mercado esté estrechamente relacionado con el dominado.

En conclusión de este capítulo, es oportuno resaltar otro aspecto importante del concepto de abuso desarrollado por las autoridades europeas, es decir el de las eventuales justificaciones objetivas presentadas por la empresa dominante sospechada. El artículo 102 TFUE no prevé alguna forma de exención de la prohibición del abuso de poder de mercado. En consecuencia, una empresa podría ser potencialmente condenada por abuso de posición dominante, incluso si su conducta ha producido junto a los efectos contrarios a la competencia, consecuencias beneficiosas para el mercado.

Del mismo modo, una práctica podría considerarse abusiva incluso si puesta en marcha por la empresa dominante para la consecución de un objetivo comercial legítimo. Sin embargo, con el tiempo las autoridades europeas han desarrollado, incluso en este ámbito, el concepto de “justificación objetiva” para distinguir las conductas que integran un abuso conforme al artículo 102 TFUE y prácticas que, aunque presenten las características abstractas de una conducta prohibida,

43 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. AKZO Chemie BV contra Comisión de las Comunidades Europeas (C-62/86) Sentencia del 3 de julio de 1991. Recopilación de la Jurisprudencia 1991 I-03359. Párr. 72: “los precios inferiores a la media de los costes totales, que comprenden los costes fijos y los costes variables, pero superiores a la media de los costes variables, deben considerarse abusivos cuando se fijan de acuerdo con un plan que tiene por objeto eliminar a un competidor.”

44 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia AKZO Chemie BV contra Comisión de las Comunidades Europeas, cit., párr. 76-82: el TJCE consideró conducta abusiva las simples amenazas de AKZO de llevar a cabo una guerra de precios en el mercado de aditivos de la harina hacia ECS, si hubiera decidido entrar en el mercado de los plásticos en competencia con la misma AKZO.

45 Tribunal de Justicia de la Unión Europea Sentencia Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asunto 6-72 párr. 17

proporcionan beneficios desde el punto de vista competitivo, o son destinadas a exclusivamente a proteger los intereses comerciales del operador dominante.

La noción de justificación objetiva tiene origen puramente jurisprudencial y explica por qué no existe una clasificación general aplicable de antemano a los abusos de posición dominante, sino los supuestos vienen definidos caso por caso. Al final, la vaguedad de esta noción no es otra cosa que la expresión de la misma naturaleza general del concepto de abuso y de las características esenciales de este último.

CAPITULO II

LOS PRECIOS PREDATORIOS COMO SUPUESTO DE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

2.1 Premisa: la aplicación de precios anticompetitivos

En la persecución de los abusos de posición dominante en materia de protección de la competencia hay una asimetría: algunas conductas están prohibidas a las empresas dominantes, pero permitidas a todas las demás. Un ejemplo típico es la discriminación de precios, la cual está prohibida para las empresas dominantes, pero no para los nuevos sujetos entrantes.

Esta asimetría tiene un fundamento económico muy importante, que es el de limitar la expansión de posiciones dominantes y evitar en lo posible que los mercados se acerquen a los monopolios. Al mismo tiempo, la asimetría debe ser capaz de permitir una reabsorción fisiológica de las posiciones dominantes, fomentando el mercado en cuestión para lograr, en la medida de lo posible, una estructura más competitiva.

Una economía perfectamente competitiva determina una reducción de los precios y una mejor asignación de los recursos. En contextos donde la competencia está distorsionada, sin embargo, los precios se establecen en niveles artificialmente altos o bajos con el fin de beneficiar a las empresas con mayor poder de mercado y para excluir a los competidores más débiles. No es casual, por tanto, que entre los abusos más frecuentes se encuentren las conductas que afectan a los precios de los productos o servicios proporcionados por la empresa dominante.

La reducción de los precios se puede determinar por dos factores diferentes. En el primer caso, las caídas de precios pueden determinarse cuando un mercado se vea afectado por la entrada continua de nuevas empresas y por el consiguiente aumento de la competencia efectiva. El precio baja hasta alcanzar un punto de equilibrio, donde el precio es igual al coste marginal⁴⁶.

En el segundo caso, en cambio, la caída de los precios puede ser directamente proporcional a la mejora de las instalaciones de producción de la empresa. Es evidente que la mayor eficiencia puede tener, como consecuencia directa, un cambio significativo en el equilibrio de poder entre las empresas, permitiendo a algunas prevalecer sobre las demás. Es una fase de selección en la que las empresas más obsoletas desde el punto de vista tecnológico sucumben en

46 TAVASCI F.M. *I prezzi predatori come forma patologica dell'abbassamento dei prezzi*. Tribunale Bologna 24.07.2007, n.7770 - ISSN 2239-7752 pag.1. Disponible en <http://www.filodiritto.com/articoli/2008/07/i-prezzi-predatori-come-forma-patologica-dellabbassamento-dei-prezzi/> pág. 1

comparación con las empresas competidoras que, por el contrario, invierten en tecnología.

La caída de los precios en un mercado determinado no sólo está causada por la entrada de nuevas empresas o de grandes inversiones modernizadoras: a veces, bajando los precios, una empresa se dedica sólo a eliminar a los competidores del mercado.

El artículo 102.2, letra a) del TFUE en particular, identifica un abuso en “imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas”. Para comprobar la iniquidad del precio cobrado se hace uso de un análisis detallado de los costes, estructurado -ante todo- en la comparación entre el precio de venta del producto y el coste de producción y, además, en la comparación entre el precio del producto y el de los productos de la competencia⁴⁷.

Aunque aparentemente simple, la evaluación de la equidad del precio fijado por el productor está sujeta a muchas variables, como el tipo de productos o servicios de que se trate, las características del mercado y la posición de los competidores⁴⁸. Cuando es posible, por lo tanto, las autoridades europeas utilizan criterios de evaluación ya establecidos de antemano (tarifas, precios fijados por las autoridades en sectores regulados, estudios de costes realizados por terceros, etc.)⁴⁹.

En ausencia de datos ciertos y seguros sobre los costes, la evidencia de los precios excesivos o predatorios debe ser proporcionada por marcadas diferencias en los precios de productos parecidos para el mismo mercado o mercados geográficamente similares, o de los estudios sobre los costos de producción.

Por estas razones, los casos de abuso de posición dominante mediante discriminación de precios (excesivos o predatorios) son muy poco frecuentes, ya que es muy difícil de probar el comportamiento abusivo de la empresa dominante⁵⁰.

47 Unión Europea. Decisión n. IV/26.699 “Chiquita” Diario oficial L 95 de 9 de abril de 1976, p. 1 y ss. párr. 235 En el análisis del caso, la Comisión consideró que los precios cobrados por United Brands Corporation (UBC) para los clientes en Alemania, Dinamarca, Países Bajos, Bélgica y Luxemburgo fueron significativamente más altos que los cobrados a los clientes en Irlanda. Sin entrar a analizar la estructura de costos, la Comisión había examinado las diferencias excesivas en los precios cobrados por la UBC en el resto de Europa y, por tanto, había condenado a UBC por abuso de posición dominante a través de precios excesivos. En la apelación de la decisión de la Comisión, el Tribunal reformó la sentencia, declarando que la Comisión debería haber llevado a cabo un examen de los costos incurridos por la venta de los plátanos de UBC y una comparación de precios con los que aplicados por otros operadores en el mercado de referencia. Al hacerlo, el Tribunal entendió que los precios de la UBC eran mayores respecto a los de la competencia por un máximo de 7% (la Comisión había evaluado la diferencia en la proporción del 30/40%), por lo que anuló la carga.

48 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia United Brands, cit., párr. 254: “dificultades no desdeñables y a veces muy grandes de la determinación del precio de coste, que a veces puede exigir un reparto discrecional de los costes indirectos y de los gastos generales y puede presentar importantes diferencias según la importancia de la empresa, su objeto, su complejidad, su extensión territorial, la unicidad o la diversidad de sus productos, el número de sus filiales y su imbricación”.

49 Por ejemplo, en la sentencia United Brands, cit., párr. 255, se hace referencia al estudio realizado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, de 10 de febrero de 1975.

50 PROSPERETTI MARINI, *appunti e casi di economia antitrust seconda bozza* cap. 4 pág. 4 disponible en http://venus.unive.it/roson/papers/capitolo_4.pdf

Añádase a esto que la persecución de tales abusos presenta el grave riesgo de imponer un precio “justo” identificando los márgenes de beneficio “apropiado” para la empresa dominante y, en consecuencia, la adopción de medidas de regulación invasivas de la autonomía que debería tener la compañía en su organización económica. Por lo tanto ha habido una cierta reticencia por parte de las autoridades de competencia para la aplicación de esta disciplina fuera de las raras ocasiones en que la fijación de precios parece ilógica e irracional.

2.2 Los precios predatorios y la prueba Areeda-Turner

El comportamiento depredador puede incluirse en los abusos de exclusión y, como mencionado anteriormente, no está previsto expresamente por la legislación europea o la nacional. Esta figura es, por lo tanto, el resultado de un proceso jurisprudencial y doctrinal complejo, que permitió determinar las condiciones y los criterios económicos para su difícil identificación.

La aplicación por una empresa dominante de precios predatorios, por tanto, representa un abuso de posición dominante y la infracción de lo dispuesto por el artículo 102 TFUE. Esta expresión se refiere a la actitud deliberada de la empresa que decide vender sus productos a un precio no rentable con el propósito de recuperar las pérdidas sufridas mediante la imposición, tras la eliminación de la competencia, de un precio supra competitivo.

Es por esta razón que los precios predatorios son perjudiciales. La prueba de su existencia se basa en el concepto de que, en la teoría económica, la competencia trae los precios de los productos hacia su coste marginal. Aplicar precios por debajo de los costes marginales de corto plazo no es un comportamiento racional para maximizar las ganancias de la empresa, a menos que las pérdidas son más que compensadas por los futuros beneficios de monopolio.

Esta conducta constituye uno de los problemas más complejos del Derecho de la Competencia. Ello se debe, sobre todo, a la naturaleza paradójica del problema: efectivamente, se persiguen y sancionan aquellas conductas que aparentemente más benefician a los consumidores.

Además, los precios predatorios son una práctica a menudo difícil de distinguir de la competencia de precios normal. La reducción de los precios, aspecto directamente visible de la depredación, es también un elemento esencial de la competencia. Al bajar su precio la empresa compite en el mercado y eso puede ser necesario para entrar en un mercado o favorecer la familiarización de los consumidores con el producto⁵¹.

La aplicación de una conducta predatoria en un primer momento puede hacer pensar que el consumidor va a ser beneficiado, pero a largo plazo no lo es. Evidentemente, cuando la empresa dominante amplía su cuota de mercado y se queda sin rivales directos, aumenta los precios a su conveniencia para lograr el máximo beneficio, en perjuicio del consumidor.

51 DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, párr. 94-95 pág. 28 <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>

Una política de precios no es predatoria sólo por el hecho de que imponga unos bajos niveles de precios, sino que concurren otros factores acompañados por la intención de disminuir el número de competidores participantes en el mercado en cuestión. Por ese motivo, antes de calificar un precio como predatorio, habría que demostrar si el coste de producción del producto es inferior al precio establecido, y que posteriormente la empresa aumente su cuota de mercado y lo vuelva a subir⁵². Además, para que una política de precios predatorios sea efectiva, quien la practique debe estar en posición de dominio, ya que de lo contrario no podría deteriorar en forma significativa el proceso competitivo y generar beneficios a su favor, aunque pudiera afectar la posición de algunos competidores⁵³.

La existencia de precios predatorios en el pasado era una estrategia muy común y fácilmente ejecutable por una empresa dominante con recursos financieros suficientes. Era considerado uno de los medios más comunes para la creación de monopolios. Se trata, sin embargo, de una estrategia difícil a ser perseguida, que muy a menudo es probable que falle y para algunos estudiosos es un comportamiento irracional e inconsistente⁵⁴.

En 1975, dos economistas de la escuela jurídico-económica de Harvard, intentaron por primera vez resolver el problema de la identificación concreta de los precios predatorios, a través de la elaboración de una norma clara y precisa, basada en el análisis de las políticas de precios empresariales. Los dos expertos establecieron en su trabajo⁵⁵ que tales políticas deben ser consideradas abusivas si el precio aplicado es menor que el costo marginal de corto plazo.

Producir en una situación de mercado en el que el precio es inferior a este parámetro, significaría vender a pérdida y sería contraproducente, a menos que la empresa en cuestión no apunte a perseguir un objetivo estratégico anticompetitivo, generalmente la expulsión de los rivales en el mercado.

Sin embargo, las debilidades operativas de esta regla pronto salieron a flote. De hecho, el cálculo del costo marginal sobre la base de documentos contables industriales resultó ser muy complicado y llevaron los tribunales a conclusiones inexactas, ya que la fijación de un precio por debajo del costo marginal no conduce automáticamente a la realización de una conducta predatoria.

Las empresas a menudo aplican un precio igual o inferior al costo marginal cuando la competencia es muy fuerte y deciden sacrificar los beneficios durante un corto período de tiempo. Esto puede ocurrir, por ejemplo, en la entrada de una

52 BENITEZ OSUNA, J. 2012 *Los precios predatorios como práctica abusiva* en Derecho de la Competencia, Derecho de la Empresa. Disponible en <http://queaprendemoshoy.com/los-precios-predatorios-como-practica-abusiva/>

53 Ibid. Pàg 1.

54 RALLÒ, JR *El mito de los "precios predatorios"* 2010 en La ilustración liberal, Madrid N° 43 disponible en <http://www.ilustracionliberal.com/43/el-mito-de-los-precios-predatorios-juan-ramon-rallo.html> "Llegados a este punto, podemos decir sin temor a equivocarnos que si en la práctica no se conocen experiencias exitosas de precios predatorios, en términos teóricos se trata de una estrategia monopolística sin consistencia alguna. Es el concepto cortoplacista y estático de la competencia, propio de ciertos modelos neoclásicos, lo que hace que nos olvidemos de los distintos procesos de coordinación empresarial que, a largo plazo, permiten incrementar la producción y reducir los precios... en contra de quienes ven y vaticinan monopolios por todas partes."

55 AREEDA P TURNER D F 1975 *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*, en Harvard Law Rev., vol. 88 pp. 697-733. Disponible en <http://www.contrib.andrew.cmu.edu/~kryukov/Predation/areeda75.pdf> pág. 697.

empresa en el mercado con la introducción de un nuevo producto, dirigido a atraer el interés de los consumidores mediante la aplicación de precios promocionales por debajo del coste de producción, o en el caso de empresas que tratan de luchar contra el fracaso con los últimos recursos que les quedan, situación opuesta al intento de monopolizar el mercado combatido por el test Areeda-Turner.

Dadas las muchas dificultades encontradas por los tribunales en la aplicación de esta regla⁵⁶ Phillip Areeda y Donald Turner decidieron reemplazar el parámetro de los costos marginales de corto plazo con los costos variables medios (CMV), que pueden definirse como la relación de la suma de todos los costes variables con la ganancia del producto.

Los CMV resultaron un satisfactorio suplente del costo marginal, con la ulterior ventaja de que son fácilmente obtenibles a partir de los documentos contables e industriales. Los economistas también establecieron que los CMV pueden ser definidos como el punto de control de la práctica predatoria: una empresa que minimiza las pérdidas no producirá más cuando los precios son tan bajos que ya no es capaz de recuperar sus costes variables medios.⁵⁷ En virtud de esto, los precios persistentemente por debajo del coste medio variable no pueden ser considerados racionales y necesitan ser justificados⁵⁸.

A raíz de lo establecido por la “*Areeda-Turner rule*”, las autoridades europeas han desarrollado en materia algunos principios y teorías jurisdiccionales que serán analizados en los párrafos siguientes.⁵⁹

2.3 El caso AKZO

La cuestión de la legalidad de las ventas por debajo de costes ha sido abordada por primera vez por el Tribunal de Justicia en 1991, con la sentencia que resolvió el caso AKZO⁶⁰. Este caso toma su nombre de una empresa que ocupa una posición dominante en la venta de compuestos en el mercado de los plásticos.

Desde 1979 la empresa ECS -ex cliente de la filial británica de AKZO- comenzó a producir sus propios polímeros utilizados como aditivos para la harina, vendiéndolos en el mercado inglés a los ex clientes de AKZO, con precios más bajos en un 15-20% respecto a los aplicados por AKZO y convirtiéndose en su principal competidor.⁶¹

56 Como afirmado anteriormente, en los primeros cinco años de aplicación jurisdiccional del test fue registrada una tasa de culpabilidad del 0%.

57 AREEDA P TURNER D F, 1975 *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*, en *Harvard Law Review*, cit. Pág. 703

58 ARCHILA, M. V 2001 *Los precios predatorios: una forma de abuso de posición dominante*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá DC. Disponible en <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis13.pdf> pp. 240 -243

59 La disciplina sobre precios predatorios tiene sus orígenes en la sentencia del TJUE AZO v. Comisión, cit. Los mismos principios se han aplicado en la sentencia Tetra Pak c. Comisión, Cit. y en la decisión de la Comisión de 16 julio de 2003, Wanadoo Interactive, Asunto COMP/38233, párr. 256 y ss. (La decisión fue apelada ante el Tribunal de Primera Instancia que la confirmó: véase Tribunal de Primera Instancia 30 de enero de 2007, France Telecom c. Comisión de las Comunidades Europeas).

60 Tribunal de Justicia de la Comunidad de 3 de julio de 1991. AKZO Chemie BV contra Comisión de las Comunidades Europeas, Asunto C-62/86.

61 TAVASCI F.M. *I prezzi predatorii come forma patologica dell'abbassamento dei prezzi*. Cit. Pág. 1

Para reaccionar ante esta situación AKZO decidió aplicar precios agresivos hacia los principales clientes de ECS (Spillers y RHM) con la intención de excluirlos del mercado. Al mismo tiempo, los precios cobrados por AKZO a los clientes fuera del Reino Unido siguieron siendo iguales e incluso superiores a un 50% en comparación con los precios fijados para dañar ECS.

En 1982 ECS, dada la persistencia de la situación, decidió sentar una denuncia ante la Comisión Europea para proteger su actividad empresarial puesta en peligro por el comportamiento depredador. La Comisión, al verse por primera vez ante esta situación, ante todo definió el concepto de posición dominante, reclamando la legitimidad de una competencia leal en términos de eficiencia. Además aclaró que esta competencia no debe ser dirigida a excluir rivales de menor tamaño o competidores que se presentan por primera vez en el mercado. Conviene recordar que mientras que el mercado de aditivos para la harina resultaba vital para ECS, sólo tenía importancia limitada para AKZO, mucho más interesada en el mercado mayor de peróxidos para aplicación en la industria del plástico.⁶²

AKZO invocó en su defensa la prueba Areeda-Turner, entonces utilizada sólo en Estados Unidos y con escasos resultados, argumentando que sus precios estaban por encima de los costos variables medios, y que su conducta tenía que ser considerada legal. Sin embargo, la Comisión tuvo acceso a determinados documentos de AKZO que demostraban una intención firme de castigar, y, si necesario, eliminar a ECS, atacándola en el mercado de aditivos para harina como represalia por su expansión en el sector de plásticos⁶³.

La institución europea, tal vez desorientada por dichos documentos, afirmó que el resultado de la prueba no era decisivo, declarando AKZO culpable de conducta predatoria prohibida ex artículo 86 TCE (actual artículo 102 TFUE) a causa de su intención excluidora de ECS.

Por tanto la Comisión, utilizó un criterio subjetivo para identificar los precios predatorios, afirmando que “los efectos de eliminación de una campaña de reducción de precios de un productor dominante pueden ser tan evidentes que no es necesario probar la intención de eliminar a un competidor. Por otro lado, cuando el bajo nivel de los precios sea susceptible de diversas explicaciones, puede ser necesaria la prueba de la intención de eliminar a un competidor o de restringir la competencia para probar una infracción. Esta prueba puede encontrarse en la documentación interna de la empresa dominante, que revele la existencia de un proyecto dirigido a perjudicar los competidores. Sin embargo, en ausencia de pruebas documentales directas, la intención excluidora se puede deducir de todas las circunstancias del caso.”⁶⁴ En virtud de este razonamiento, AKZO fue sancionada con una multa de 10 millones de ECUS, y la obligación de cesar la conducta predatoria.

En 1986, AKZO decidió apelar la decisión ante el TJCE. La sentencia, dada la complejidad de la situación, se produjo después de 5 años de espera y confirmó lo

62 HERNANDEZ RODRIGUEZ F. *La aplicación del artículo 86 del tratado de roma a los precios predatorios: el caso Akzo*. Disponible en <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/86-tratado-roma-precios-predatorios-akzo-262439> pág. 1

63 HINOJOSA MARTÍNEZ L.M. 1993 *Los precios predatorios y el derecho de la competencia europeo (Comentario de la sentencia del TJCE de 3 de julio de 1991, as. 62/86 AKZO Chemie B. V. c. Comisión)* publicado en Revista de Instituciones Europeas número 20, Enero/Abril 1993 pág. 241

64 Unión Europea. Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas de 14 de diciembre de 1985 n. IV/30.698 – ECS/Akzo. Párr. 80

establecido por la decisión. Sin embargo, el Tribunal no compartió el principio básico de culpabilidad subjetiva expresado por la Comisión y estableció un test objetivo para definir los precios predatorios en el derecho de la competencia europeo, matizando la regla aplicada por la Comisión⁶⁵.

Este test prevé dos reglas fundamentales, aplicables para individuar una conducta predatoria anticompetitiva:

1. Ante todo, “los precios inferiores a la media de los costes variables (es decir, de aquellos que varían en función de las cantidades producidas), mediante los cuales una empresa dominante pretende eliminar a un competidor, deben considerarse abusivos”.⁶⁶ En base a esta afirmación, el TJCE aclara que una empresa dominante no obtendría ningún beneficio por esta conducta que sólo produciría pérdidas. El único efecto positivo podría ser solamente la exclusión de los competidores para alcanzar un dominio monopolístico y aplicar precios superiores a los competitivos.
2. Secundariamente “los precios inferiores a la media de los costes totales, que comprenden los costes fijos y los costes variables, pero superiores a la media de los costes variables, deben considerarse abusivos cuando se fijan de acuerdo con un plan que tiene por objeto eliminar a un competidor”⁶⁷. En este caso, la aplicación a largo plazo de dichos precios, podría causar la salida del mercado de competidores que no sean tan eficientes como el depredador.

Aunque el TJCE no mencione los precios superiores a los costes totales, se puede presumir que según las reglas de este test no es posible acusar de actividad predatoria a una empresa dominante que fije sus precios por encima de la media de sus costes totales, en virtud del hecho que la competencia por encima de los costes es generalmente competencia eficiente y castigar a quienes fijan sus precios a ese nivel fomentaría la ineficiencia en el mercado⁶⁸.

En conclusión, las dos instituciones europeas declararon AKZO culpable de fijación de precios anticompetitivos y predatorios. La Comisión basó su decisión en una conducta exclusivamente subjetiva, dejando de lado los importantes el hecho de que el precio fijado por AKZO a los clientes de ECS fue significativamente inferior a él aplicado a otros clientes. Los datos objetivos en este caso se vieron adelantados por los documentos que mostraron la intención discriminatoria y depredadora.

En cambio, el TJCE no cometió el mismo error y, después de explicar las razones por las que el camino elegido por la Comisión no era viable, decidió utilizar la regla Areeda-Turner como base para la creación de una prueba judicial válida para todos los casos de depredación en el mercado europeo.

La pequeña revolución producida por el test europeo está en el hecho de que los precios pueden ser considerados ilegítimos si están debajo de los costos totales medios y también debajo a los costes variables medios, cuando estén acompañados

65 ARCHILA, M. V Los precios predatorios: una forma de abuso de posición dominante, cit. p. 288

66 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia AKZO v. COMISIÓN cit. párr. 71

67 Ibid. párr. 72

68 HINOJOSA MARTÍNEZ L.M. 1993 *Los precios predatorios y el derecho de la competencia europeo (Comentario de la sentencia del TJCE de 3 de julio de 1991, as. 62/86 AKZO Chemie B. V. c. Comisión)* publicado en Revista de Instituciones Europeas, número 20, Enero/Abril 1993 p. 242

por el fin de eliminar a los competidores: mientras la Comisión señala como único punto de referencia dicha intención, el TJCE estudia la relación coste-precio y limita el análisis de la conducta intencional a los casos más controvertidos, aquellos en los que los precios se sitúan entre la media de los costes variables y la media de los costes totales⁶⁹.

Finalmente, en esta sentencia y en las siguientes sobre este tema, la prueba de la posibilidad para la empresa dominante de recuperar las pérdidas después de ventas por debajo del costo no fue considerada un requisito esencial para el reconocimiento de una conducta abusiva.⁷⁰

Esto no excluye que, para que la conducta sea predatoria, podrían necesitarse altas barreras a la entrada del mercado (como por ejemplo las grandes economías de escala, una considerable diferenciación de los productos y la necesidad de proveer a grandes inversiones), en ausencia de las cuales, en el momento de la subida de los precios de la empresa dominante, se produciría la entrada de nuevos operadores, frustrando la posibilidad de obtener plusvalías anticompetitivas.

De la misma manera, a fin de que esta práctica tenga éxito, el líder debe tener una considerable capacidad de producción si se quiere satisfacer la creciente demanda del producto, que es destinada a aumentar consiguientemente a la reducción del precio por debajo del nivel de coste: si no fuera así los consumidores recurrirían a la competencia, permitiendo así su supervivencia.

2.4 El caso Tetra Pak II

Pocos tiempo después de la sentencia del TJCE que resolvió el turbulento caso AKZO, la comisión elaboró una decisión para resolver el segundo caso de precios predatorios, el asunto Tetra Pak/EloPak⁷¹ (conocido también como Tetra Pak II).

Tetra Pak, un productor sueco de envases de cartón asépticos con una cuota de mercado del 92%, a finales de los 90 decidió monopolizar el mercado italiano de los envases de cartón no asépticos -donde controlaba una cuota de mercado del 50%- fijando precios de venta por debajo del coste variable medio para su envase "Tetra Rex", con el fin de eliminar a su rival noruego Elopak del mercado⁷².

69 Ibid. P 243

70 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia Tetra Pak II párr. 44: "no sería oportuno exigir además, como prueba adicional, una demostración de que Tetra Pak tenía una oportunidad real de recuperar sus pérdidas. En efecto, una práctica de precios predatorios debe poder ser sancionada tan pronto como exista un riesgo de eliminación de los competidores. Pues bien, en el presente asunto, el Tribunal de Primera Instancia señaló la existencia de dicho riesgo en los apartados 151 y 191 de la sentencia recurrida. El objetivo buscado, que es el de preservar una competencia no falseada, no permite esperar a que una estrategia de tales características logre la eliminación efectiva de los competidores"

71 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 14 de noviembre de 1996. Tetra Pak International SA contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asunto C-333/94 P. Recopilación de la jurisprudencia 1996 I-05951

72 NUÑEZ OSORIO M.I. 2009 El abuso anticompetitivo bajo el artículo 82 del Tratado CE: rebajas y precios predatorios. Universidad Autónoma de Madrid. Disponible en https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/4143/28251_nu%C3%B1ez_osorio_maritza_iliana.pdf?sequence=1 p. 382

Durante siete años Tetra Pak, aprovechando de su inmenso poder económico proveniente de las ventas de los envases asépticos, mantuvo los precios del producto no aséptico a niveles inferiores de un 30% a él del rival⁷³. Tal comportamiento produjo inevitablemente un enorme daño económico al rival noruego. El análisis de las pruebas y los documentos recogidos llevó a la Comisión a declarar que estas ventas a precios por debajo del coste sólo tenían una intención excluyente.

La aplicación del test teorizado por el TJCE en la sentencia AKZO, demostró que los precios fijados por Tetra Pak eran mucho más bajos del coste variable medio y la CE lo consideró un elemento suficiente para establecer la existencia de un comportamiento predatorio contrario al artículo 82 TCE⁷⁴ (actual artículo 102 TFUE).

Tetra Pak no aceptó la decisión de la Comisión de declarar su comportamiento predador y recurrió al TPI justificando los precios cobrados con la feroz competencia de Elopak. Por otra parte, el argumento principal de la demandante fue que no se trataba de precios predatorios, ya que no era posible recuperar las pérdidas sufridas voluntariamente durante un período tan largo. Este requisito, denominado "*recoupment test*" fue a menudo tenido en cuenta por la jurisprudencia estadounidense en la identificación de las conductas predatorias.

El TPI también aplicó el test Areeda-Turner con las modificaciones planteadas por el TJCE en el caso AKZO en su sentencia de 1994⁷⁵. Del test resultó que el objetivo de la conducta incriminada era reforzar la posición de Tetra Pak en el mercado de los envases de cartón no asépticos donde ocupaba ya una posición preponderante, sin que fuera necesario demostrar que la empresa podía recuperar las pérdidas sufridas deliberadamente⁷⁶.

Tetra Pak, confiando en la aplicación al asunto del *recoupment test*, el 20 de diciembre de 1994, interpuso un recurso de casación ante el TJCE; el Tribunal, a través de la sentencia dictada en 1996, tras 5 años del caso AKZO, aprovechó de la oportunidad para elaborar con más concreción los principios en tema de aplicación de precios predatorios.⁷⁷

El TJCE, tras afirmar que los dos mercados estaban efectivamente relacionados, confirmó que los costes soportados por la recurrente eran inferiores a la media de los costes variables, y esto ya representaba un elemento de culpabilidad muy claro.

La importancia de este fallo es que el TJCE no se contentó con declarar la culpabilidad de Tetra Pak sobre la base de la prueba desarrollada en 1991. El máximo órgano judicial de la entonces Comunidad Europea decidió refutar totalmente los argumentos de defensa de la demandante -que sostenía no haber tenido la posibilidad de recuperar las pérdidas derivadas de la estrategia de precios bajo coste en el mercado en el que no era dominante- estableciendo que no es

73 Ibid pág. 384

74 Ibid pág. 383

75 Tribunal de Primera Instancia. Caso Tetra Pak International SA contra Comisión de las Comunidades Europeas. (T-83/91) Sentencia del 6 de octubre de 1994 Recopilación de la Jurisprudencia 1994 II-00755.

76 Ibid. párr. 150

77 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Tetra Pak International SA contra Comisión de las Comunidades Europeas (C-333/94 P) Sentencia del 14 de noviembre de 1996. Recopilación de la Jurisprudencia 1996 I-05951

necesario demostrar la intención por el predador de aumentar los precios después de excluir al competidor⁷⁸.

Por lo tanto el TJCE proporcionó una interpretación fundamental que aún caracteriza el enfoque europeo frente a la fijación de precios predatorios: “en las circunstancias del presente asunto, no sería oportuno exigir además, como prueba adicional, una demostración de que Tetra Pak tenía una oportunidad real de recuperar sus pérdidas. En efecto, una práctica de precios predatorios debe poder ser sancionada tan pronto como exista un riesgo de eliminación de los competidores.

El objetivo buscado, que es el de preservar una competencia no falseada, no permite esperar a que una estrategia de tales características logre la eliminación efectiva de los competidores.”⁷⁹

En el asunto Tetra Pak II la intención contraria a la competencia fue particularmente clara; el poder de mercado de la empresa apareció tan grande hasta poderse considerar casi un monopolio más que una posición dominante. Esto podría ser útil para entender por qué el Tribunal sostuvo que en las circunstancias del caso no había sido necesario probar la posibilidad de recuperación.

En esta ocasión, el TJCE dejó abierta la posibilidad de utilizar el “recoupment test” como elemento de prueba ulterior en casos futuros, donde la conducta eliminatoria hubiera sido menos clara. Sin embargo, en la sentencia del caso France Télécom c. Comisión⁸⁰, el máximo Tribunal europeo criticó el método de evaluación de los precios utilizados por la CE, basado otra vez sobre la intencionalidad. Por otra parte, aclaró definitivamente la innecesidad del recoupment, alejándose de la jurisprudencia estadounidense.

2.5 Los precios predatorios en el derecho de la competencia español

Las normas fundamentales en el marco del derecho de la competencia español son, sin duda, la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, que castiga las conductas antitéticas a la existencia y al mantenimiento de la competencia, y la Ley 3/1991 de Competencia Desleal, que realiza su función protectora mediante la previsión una larga serie de actos contrarios a la competencia.

Dicha legislación opera de una manera paralela en aplicación del derecho a la Libertad de Empresa reconocido en el artículo 38 de la Constitución. Los intereses concretamente salvaguardados son los individuales de los competidores, los colectivos de los consumidores y el general al libre mercado⁸¹.

Sin restar importancia a los artículos 2 y 3 de la LDC, que regulan el abuso de posición dominante y el falseamiento de la competencia por actos desleales, la norma básica sobre las conductas predatorias es el artículo 17.2, letra c) de la LCD,

78 Ibid. párr. 41

79 Ibid. párr. 44

80 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 2 de abril de 2009. France Télécom SA contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asunto C-202/07 P. Recopilación de la Jurisprudencia 2009 I-02369

81 DIEZ ESTELLA F. *El artículo 3 LDC: falseamiento de la competencia por actos desleales*. Publicado en Noticias de la Unión Europea, nº 330, Julio 2012. Disponible en [http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/el_articulo_3_ldc_\(2012\).pdf](http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/el_articulo_3_ldc_(2012).pdf) pág. 2

que establece que “la venta a pérdida es desleal cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado”.

La primera importante resolución del TDC – actual CNMC - en materia fue la concerniente el asunto BT/Telefónica. En 1996 British Telecom (BT) presentó una denuncia ante el TDC en contra de Telefónica de España (TELEFONICA), lamentando un abuso de posición dominante por violación de los artículos 6 y 7 de la Ley 16/1989 (la antigua LDC) y del artículo 86 del TCE (artículo 102 TFUE)⁸².

La recurrente denunció que Telefónica proporcionaba el servicio de alquiler de líneas telefónicas fijando precios discriminatorios para clientes competidores y clientes no competidores. Además, BT sostuvo que, en el mercado de los servicios de telecomunicación internacional -donde Telefónica tenía que “luchar” en un contexto de competencia más fuerte respecto al nacional - la demandada aplicaba precios predatorios. BT argumentó que Telefónica ofrecía servicios de telecomunicación internacional a la Asociación Mediadores del Mercado monetario Internacional -su potencial cliente- a un precio inferior al coste del alquiler de la línea pedido a la misma BT.

El TDC declaró que el mercado de producto era el de los servicios de alquiler de circuitos, que el geográfico relevante era el español y, tras un análisis de la normativa vigente, concluyó que el servicio ofertado por BT era un servicio de valor añadido que se prestaba en régimen de competencia⁸³.

En consecuencia, Telefónica disponía de posición de dominio en el mercado de alquiler de líneas, caracterizado por la presencia barreras de entrada muy altas, derivadas del hecho de que Telefónica, en calidad de antiguo monopolista estatal, disponía de las infraestructuras esenciales para proporcionar el servicio de telecomunicación.⁸⁴

El inmenso poder económico de Telefónica y la gestión monopolística de las estructuras necesarias le permitía soportar – también durante un largo periodo de tiempo- las pérdidas causadas por la conducta anticompetitiva. La competencia sufrida por dicha empresa era más fuerte en los servicios internacionales que en los nacionales y en España Telefónica era la única que podía realizar una oferta bajo coste, restringiendo la entrada de rivales en mercados conexos al alquiler de circuitos telefónicos.⁸⁵

82 Tribunal de Defensa de la Competencia .Resolución de 21 de enero de 1999 (Expediente 412/97, BT/Telefónica) pág 1. Párr. 1

83 DIEZ ESTELLA F. *Precios discriminatorios en el sector de las telecomunicaciones. (Comentario a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 21 de enero de 1999, Expte. 412/97, BT/TELEFÓNICA)*, publicado en Gaceta Jurídica de la Competencia y la Unión Europea, nº 208, Marzo /Abril 2000, págs. 77 a 94. Pág. 25.

84 HERNANDEZ RODRIGUEZ A, FERNANDEZ DE ARAOZ GOMEZ-ACEBO *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*, en Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, 1999, n. 201. Disponible en www.araozyrueda.com/es/archivos/precios-predatorios-1999.pdf pág. 12

85 Ibid. Pág. 13

Además, el suministro de los circuitos privados internacionales por parte de Telefónica a BT era un elemento esencial para la prestación a sus clientes de su servicio Primex BT, dirigido a empresas con necesidades de comunicación a nivel internacional, en el que el precio de alquiler de las líneas telefónicas representaba el coste principal del servicio (aproximadamente el 75% del precio total)⁸⁶.

El TDC tuvo acceso a documentos privados que demostraron que el precio aplicado por el servicio en el circuito internacional a la AMMI era de 215.000 pesetas, mientras el precio oficial era de 318.000 pts, con un descuento del 30% del que no beneficiaba la empresa competidora BT⁸⁷. El TDC encontró que la política de precios del demandado estaba diseñada a ser predatoria por las inusuales rebajas de precio y las enormes pérdidas causadas por esta conducta. Sin embargo, aunque estos descuentos aplicados sobre los precios oficiales permitían sospechar de fijación de precios predatorios, el TDC no consideró posible la aplicación de la prueba Areeda-Turner modificada por la jurisprudencia del TJCE, porque la diferenciación entre los costos fijos y variables en el mercado de la telecomunicación es una operación muy complicada.

Ante la imposibilidad de probar la predación con certidumbre, primó el principio de presunción de inocencia y el TDC consideró Telefónica culpable de abuso de posición dominante y trato discriminatorio a un competidor.⁸⁸ La pena prevista por la resolución incluyó el pago de una multa de 580 millones de pesetas, la intimación a cesar la conducta prohibida y, finalmente, la publicación -a coste de Telefónica, considerada reincidente en esta conducta- de la parte dispositiva en el BOE y en dos diarios de importancia nacional.

La gran importancia de esta resolución radica en el hecho de que -aunque no condene a Telefónica para la fijación de precios predatorios- establece múltiples factores relevantes para la anhelada reconstrucción de la figura jurídica objeto de este trabajo.

El TDC, ante todo, definió conducta predatoria la que “está orientada de forma directa a perjudicar significativamente a uno o varios competidores mediante el empleo de medios, de apariencia competitiva, pero no basados en su mayor eficiencia empresarial, con el objeto de mantener o reforzar una posición de dominio que permita que el sacrificio de beneficios a corto plazo suponga mayores ganancias a medio y largo plazo.”⁸⁹

El Tribunal siguió analizando un típico comportamiento accesorio a la predación, es decir el mantenimiento de precios elevados donde no actúa el competidor, lo que contribuye al financiamiento de la estrategia predatoria e implica

86 DIEZ ESTELLA F. “Precios discriminatorios en el sector de las telecomunicaciones. (Comentario a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 21 de enero de 1999, Expte. 412/97, BT/TELEFÓNICA)”, cit. Pág. 6.

87 Tribunal de Defensa de la Competencia .Resolución de 21 de enero de 1999 (Expte. 412/97, BT/Telefónica) pág. 17

88 Ibid. Pág 27

89 España. Tribunal de Defensa de la Competencia .Resolución de 21 de enero de 1999 (Expte. 412/97, BT/Telefónica), pág. 21, párr. 8

la realización de dos supuestos de abuso de posición dominante: predación y discriminación⁹⁰.

Además, el TDC evidenció la importancia del análisis del mercado considerado para identificar la existencia de precios predatorios: “uno de los elementos clave de los que depende el éxito de una estrategia de precios predatorios es el de la existencia de barreras de entrada al mercado, puesto que en un mercado de fácil acceso la eliminación de competidores no permitirá disfrutar por mucho tiempo de rentas monopolísticas, ya que éstas atraerán rápidamente a nuevos operadores resultando imposible explotar una posición de dominio. Por ello es conveniente analizar ante todo si la práctica de precios predatorios resulta factible en el mercado de que se trate⁹¹”.

Claramente, otro elemento útil considerado por el TDC es el análisis financiero-contable dirigido a determinar la relación entre los precios aplicados y los costes soportados. En este caso la imposibilidad de tener datos ciertos fue determinante para desestimar la acusación de fijación de precios predatorios⁹².

De la labor definatoria y constructiva del TDC en este asunto destacan algunos elementos importantes para calificar la imposición ilegítima de precios predatorios:

- La existencia de una conducta orientada directamente a perjudicar a uno o varios competidores para mejorar la situación en el mercado, caracterizada por el empleo de medios distintos de la competencia de mérito y de eficiencia empresarial⁹³.
- Sacrificio de los beneficios a corto plazo para conseguir mayores ganancias a largo o medio plazo⁹⁴.
- Existencia de barrera de entradas al mercado, un concepto muy amplio que comprende los altos costes de producción que debe soportar toda empresa para poder entrar a un mercado, las restricciones de orden administrativo (tarifas y derechos de propiedad industrial) y las ventajas en los costes de empresas ya operantes (los costes de información y las infraestructuras esenciales)
- Un mercado de oferta horizontalmente concentrado, oligopolista o que tiende al oligopolio, en el que la oferta está concentrada en pocos competidores.⁹⁵
- Que, como afirmado por el TJCE en las sentencias sobre este ámbito, el test

90 F. HERNANDEZ RODRIGUEZ, A. FERNANDEZ DE ARAOZ GOMEZ-ACEBO *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*. cit. pág. 13

91 Tribunal de Defensa de la Competencia .Resolución de 21 de enero de 1999 cit., pág. 22, párr. 8

92 F. HERNANDEZ RODRIGUEZ, A. FERNANDEZ DE ARAOZ GOMEZ-ACEBO *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* cit. Pág. 14

93 Ibid. Pág 17

94 Tribunal de Defensa de la Competencia .Resolución de 21 de enero de 1999 cit., pág. 21

95 Ibid. Pág. 15

Areeda-Turner con sus “peculiaridades europeas” demuestre que los precios fueron fijados a un nivel inferior a los costes variables medios a corto plazo.

- Una indudable capacidad económica del presunto predador que le permita financiar las pérdidas durante el periodo de tiempo en el que se lleva a cabo la conducta prohibida.⁹⁶
- Capacidad industrial para satisfacer la demanda de los clientes sustraídos a la empresa víctima de las conductas.⁹⁷

96 Ibid. Pág. 22

97 F. HERNANDEZ RODRIGUEZ, A. FERNANDEZ DE ARAOZ GOMEZ-ACEBO, cit. Pág 25

CONCLUSIONES

Concluyendo, la conducta anticompetitiva de fijación de precios predatorios representa sin duda una de las cuestiones más complejas y fascinantes del Derecho de la competencia.

Es una estrategia poco frecuente porque la empresa dominante, para conseguir sus fines, se ve obligada a sacrificar sus beneficios durante un periodo que puede durar hasta varios años (en el caso Tetra Pak II, examinado *supra*, se llevó a cabo durante siete años) y sólo tras la exclusión de los competidores podrá obtener beneficios superiores que compensen las pérdidas soportadas.

Por ello, es probablemente la estrategia anticompetitiva más costosa. Frecuentemente se concluye en un fracaso y es más cara para el predador que para las víctimas.

Además, su complejidad está en el hecho que es una conducta difícil de definir y también de distinguir de la competencia socialmente deseable; en el corto plazo produce beneficios para los consumidores y el “perjuicio” a los competidores puede ser una consecuencia natural y necesaria de la competencia.

Tras la subida de los precios, el efecto final de la conducta será el empeoramiento del bienestar en el largo plazo y es por este motivo que el precio predatorio es considerado anticompetitivo.

Los principales perjudicados por la realización de esta estrategia son las pequeñas y medianas empresas. Lo anterior trae como consecuencia el aumento de concentración del poder económico en ciertos grupos, los que de antemano disponen de gran importancia y poder económico.

Por tanto, tras la verificación de los requisitos esenciales, es necesario sancionar a los autores de dichas prácticas contrarias a la eficiente, sana y transparente competencia.

En la práctica la cuestión está lejos de ser un tema fácil. Durante el trabajo se ha expuesto la evolución histórica a nivel europeo que nos llevó a definir el significado de los precios predatorios y los diferentes elementos que se escogieron en la caracterización de las prácticas prohibidas.

Este trabajo tiene por objeto el análisis de la evolución de los precios predatorios a lo largo de los últimos años. Para lograr este fin, se ha optado por analizar los primeros casos abordados en Europa y en España sobre el tema.

El caso AKZO ha demostrado la inseguridad de la Comisión en calificar de manera correcta la conducta prohibida y en identificar hasta qué punto una empresa en posición dominante pueda reducir sus precios a determinados clientes que demuestren haber recibido una oferta de precio más favorable por otro competidor no dominante. El error más grande fue, sin duda, señalar como único punto de referencia legal un parámetro subjetivo, es decir la intención predatoria.

Respuestas mejores a la incertidumbre llegaron desde la jurisprudencia europea, a menudo en desacuerdo con el principal órgano ejecutivo de la UE. El caso AKZO dio al TJCE la oportunidad de formular un test de legalidad objetivo basado en la prueba Areeda-Turner. La estricta regla individuada por los ilustres

autores es: las empresas dominantes que fijen sus precios por debajo de la media de sus costes variables incurren en una actividad predatoria que constituye un abuso de posición dominante.

Además, el TJCE formula otras dos reglas para detectar la existencia de precios predatorios: toda empresa dominante que fije sus precios por encima de la media de su coste variable medio pero por debajo del coste medio total, incurre en una actividad predatoria si dicha política de precios se establece en el marco de una estrategia de exclusión. También cuando el precio se sitúa en un nivel próximo a la media de los costes totales -o sea la situación más probable- la decisión final depende del análisis de otros factores, así que el elemento intencional podrá ser tenido en cuenta solamente en los casos más controvertidos.

Finalmente, el TJCE no previó la posibilidad de acusar de actividad predatoria a una empresa dominante que fije sus precios notablemente por encima de la media de sus costes totales, porque castigar a quienes se portan de esta manera fomentaría la ineficiencia.

En cuanto al contexto español, el TDC, partiendo de lo establecido por las autoridades europeas, realizó una labor definitoria muy completa. En la resolución del asunto BT/Telefónica el Tribunal español, diferentemente de lo que hicieron las instituciones europeas, formuló una larga e interesante lista de elementos probatorios de la conducta prohibida.

En conclusión, el análisis del precio predatorio como abuso de posición dominante se enfrenta a muchos problemas que todavía impiden, después de más de 20 años del caso AKZO, la definición de un procedimiento unívoco que permita calificar la ilegalidad de los diversos casos concretos.

Estos problemas surgen en primer lugar de la dificultad ligada a delimitar un único mercado de producto relevante, así como de la acreditación de la posición dominante del presunto predador y de la aplicación de conceptos y modelos pertenecientes más al mundo económico que al jurídico.

Sin embargo, la labor jurisprudencial en materia indica que el análisis de la estructura del mercado considerado es crucial y proporciona algunos elementos necesarios para evaluar la verosimilitud de los efectos anticompetitivos de la conducta.

Después de un análisis exhaustivo del tema, creo que, para afirmar la existencia de precios predatorios, es siempre necesario partir de la regla Areeda - Turner, un test que representa la única "norma científica" clara en este ámbito. Además, creo que es justo, durante la aplicación de esta regla, considerar no sólo los precios por debajo de los costes variables medios, sino también los que están muy cerca de ese umbral, dado que estos también se pueden aplicar para obtener ventajas contrarias a la competencia.

Creo que el test Areeda - Turner no debe ser soportado por el elemento subjetivo, es decir la real intención de la empresa dominante para excluir a sus rivales del mercado. Ese factor fue tomado en cuenta por la Comisión, como el único parámetro útil para declarar la culpabilidad de una empresa dominante predatoria. Sin embargo, esta elección fue probablemente el resultado de la confusión y la incertidumbre jurídica en la materia: un elemento subjetivo incierto y de difícil demostración no se puede utilizar para dibujar una conducta concreta y objetiva como la fijación de precios predatorios.

Por lo tanto, además de la relación coste/precio resultante de la aplicación de la regla de Areeda-Turner, los otros elementos fundamentales para delinear un modelo básico del supuesto anticompetitivo analizado son: 1) la presencia en el mercado de una empresa en posición dominante, con las características examinadas en el capítulo I de este trabajo; 2) un mercado en el que la oferta está concentrada en pocos competidores; 3) la capacidad económica de la empresa y el sacrificio de sus beneficios a corto plazo, dirigido a conseguir una posición monopolista y a aumentar los precios en futuro; 4) la capacidad industrial del predador para satisfacer la demanda derivada de precios tan bajos y de la exclusión de los rivales; 5) La existencia de barrera de entradas al mercado, administrativas o económicas.

El último factor, poco considerado por la jurisprudencia, es en mi opinión esencial, porque la fijación de precios predatorios y el consiguiente aumento dirigido a recuperar las pérdidas en un mercado abierto a la entrada de los competidores, no produciría beneficios para la empresa dominante.

En Cagliari, a dieciséis de febrero de dos mil dieciséis.

Alessio Ghiani

BIBLIOGRAFIA

Legislación

Unión Europea. Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. Diario Oficial de la Unión Europea L 191, 29 de julio de 1992, pp. 1-112. Cita en texto: (TUE)

Unión Europea. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, firmado en Roma el 25 de marzo 1957 como Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Diario Oficial de la Unión Europea C 326/47, 26 de octubre de 2012. Cita en texto: (TFUE)

Unión Europea. Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma el 25 de marzo 1957, actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea C 326/47, 26 de octubre de 2012. Cita en texto: (TCE)

Unión Europea Decisión de la Comisión n. 85/609/CEE de 14 de diciembre de 1985 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado de la CEE (IV/30.698 - ECS/AKZO Chemie) (El texto en lengua neerlandesa es el único auténtico) Diario oficial de la Unión Europea L 374/1 del 31.12.1985 Unión Europea.

Unión Europea. Decisión de la Comisión n. IV/26.699 "Chiquita" Diario oficial de la Unión Europea L 95 de 9 de abril de 1976, p. 1 y ss.

Unión Europea. Comunicación de la Comisión, relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03). Diario Oficial de la Unión Europea nº C 372 de 09/12/1997 p. 0005 - 0013.

España. Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. *Boletín Oficial del Estado* núm. 159 de 04 de Julio de 2007

España. Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 10 de 11 de enero de 1991.

España. Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. (Vigente hasta el 1 de septiembre de 2007) *Boletín Oficial del Estado*, núm. 170 de 18 de julio de 1989

Jurisprudencia

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 2 de abril de 2009. France Télécom SA contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asunto C-202/07 P. Recopilación de la Jurisprudencia 2009 I-02369

Tribunal de Primera Instancia Airtours plc contra Comisión de las Comunidades Europeas. Sentencia del 6 de junio de 2002. (Asunto T-342/99). Recopilación de la Jurisprudencia 2002 II-02585.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asuntos acumulados Compagnie maritime belge transports SA (C-395/96 P), Compagnie maritime belge SA (C-395/96 P) y Dafra-Lines A/S (C-396/96 P) contra Comisión de las Comunidades Europeas. Sentencia de 16 de marzo de 2000. Recopilación de la Jurisprudencia 2000 I-01365.

Tribunal de Primera Instancia. Gencor Ltd contra Comisión de las Comunidades Europeas (T-102/96). Sentencia del 25 de marzo de 1999. Recopilación de la Jurisprudencia 1999 II-00753.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Tetra Pak International SA contra Comisión de las Comunidades Europeas (C-333/94 P) Sentencia del 14 de noviembre de 1996. Recopilación de la Jurisprudencia 1996 I-05951

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Commune d'Almelo y otros contra NV Energiebedrijf Ijsselmij. (c-393/92). Sentencia de 27 de abril de 1994. Recopilación de la Jurisprudencia 1994 I-01477

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. AKZO Chemie BV contra Comisión de las Comunidades Europeas (C-62/86) Sentencia del 3 de julio de 1991. Recopilación de la Jurisprudencia 1991 I-03359.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso Michelin Nederlandsche Banden Industrie c. Comisión de las Comunidades Europeas (C-322/81). Sentencia de 9 de noviembre de 1983, Recopilación de la jurisprudencia 1983/00897

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas (C-85/76). Sentencia 13 de febrero de 1979. Recopilación de la jurisprudencia 1979/00225

Tribunal de Justicia de la Unión europea. Caso United Brands Company y United Brands Continentaal BV c. Comisión de las Comunidades Europeas. Plátanos Chiquita. (27/76), Recopilación de la Jurisprudencia 1978/00067.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia del 21 de febrero de 1973. Caso Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. contra Comisión de las Comunidades Europeas (6-72). Recopilación de la Jurisprudencia 1973/00101.

Tribunal de Primera Instancia. Caso Tetra Pak International SA contra Comisión de las Comunidades Europeas. (T-83/91) Sentencia del 6 de octubre de 1994 Recopilación de la Jurisprudencia 1994 II-00755

España. Tribunal de Defensa de la Competencia .Resolución de 21 de enero de 1999 (Expediente 412/97, BT/Telefónica)

Doctrina

AREEDA P TURNER D F 1975 *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*, en Harvard Law Rev., vol. 88 pp. 697-733. Disponible

en <http://www.contrib.andrew.cmu.edu/~kryukov/Predation/areeda75.pdf>

BUSTOS ROMEROS M.F. 2015 *El abuso de posición de dominio en el régimen jurídico español*. Revista CES Derecho Volumen 6 Número 1 enero-junio 2015. Pág.: 111-122 ISSN 2145-7719. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5152454>

DIEZ ESTELLA F. 2000 *Precios discriminatorios en el sector de las telecomunicaciones. (Comentario a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 21 de enero de 1999, Expte. 412/97, BT/TELEFÓNICA)*, en Gaceta Jurídica de la Competencia y la Unión Europea, nº 208, Marzo /Abril 2000, págs. 77 a 94.

DIEZ ESTELLA F. 2002 *Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre Definición de Mercado Relevante de la Comisión Europea y las Merger Guidelines del Departamento de Justicia de EEUU*. Publicado en Anuario de la Competencia 2001, Fundación ICOMarcial Pons, págs. 321 a 349.

DIEZ ESTELLA F. 2012 *El artículo 3 LDC: falseamiento de la competencia por actos desleales*. Publicado en Noticias de la Unión Europea, nº 330, Julio 2012 Disponible en [http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/el_articulo_3_Idc_\(2012\).pdf](http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/el_articulo_3_Idc_(2012).pdf)

GOMEZ SEGADE JA BOTANA AGRA M. 1993 *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*. Tomo XIV (1991-92), Departamento de Derecho Mercantil y del Trabajo. Universidad de Santiago de Compostela Marcial Pons ISBN: 847248162X Consultable online <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/source/actas-derecho-industrial-autor-tomo-xiv-772>

GONZALEZ CLAVIJO A. 2002 *El abuso de posición de dominio, las medidas cautelares y la competencia desleal en la legislación sobre competencia*. En La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Volumen n. 4, pp. 1765-1772, ISSN 0211-2744

GUTIERREZ HERNANDEZ A, 2015 *Artículo 2. Abuso de posición dominante*. En SALA ARQUER J M, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia, 4ª ed.* CIVITAS EDICIONES Cizur Menor ISBN 9788447051809 pp. 115-218.

HERNANDEZ RODRIGUEZ A, FERNANDEZ DE ARAOZ, GOMEZ-ACEBO 1999 *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*, en Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, n. 201. Disponible en www.araozyrueda.com/es/archivos/precios-predatorios-1999.pdf

HINOJOSA MARTÍNEZ 1993 *Los precios predatorios y el derecho de la competencia europeo (Comentario de la sentencia del TJCE de 3 de julio de 1991, as. 62/86 AKZO Chemie B. V. c. Comisión)*. Publicado en Revista de Instituciones Europeas > número 20, Enero/Abril 1993. Disponible en <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/fondohistorico?IDR=5&IDN=749&IDA=28307>

JIMENEZ LATORRE F, CANIZARES PACHECO E, NERA Economic Consulting,

Dificultades para la definición del mercado relevante. Preparado para el Segundo Seminario de Derecho y Economía de la Competencia organizado por la Fundación Rafael del Pino Madrid, 18 de octubre de 2005. Disponible en <http://docplayer.es/2256968-Dificultades-para-la-definicion-n-del-mercado-relevante.html>

SMITH A. 1776 *An inquiry into the nature and causes of wealth of nations*. Edición digital Metalibri Lausana 2007. Disponible en http://www.ibiblio.org/ml/libri/s/SmithA_WealthNations_p.pdf

TAVASCI F.M. *I prezzi predatori come forma patologica dell'abbassamento dei prezzi*. Tribunale Bologna 24.07.2007, n.7770 - ISSN 2239-7752. Disponible en <http://www.filodiritto.com/articoli/2008/07/i-prezzi-predatori-come-forma-patologica-dellabbassamento-dei-prezzi/>

Webgrafía

ARCHILA, M. V. 2001 *Los precios predatorios: una forma de abuso de posición dominante* Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá DC. Disponible en <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis13.pdf>

BENITEZ OSUNA, J. 2012 *Los precios predatorios como práctica abusiva en Derecho de la Competencia, Derecho de la Empresa*. Disponible en <http://queaprendemoshooy.com/los-precios-predatorios-como-practica-abusiva/>

GIOCOLI N., 2010 *Games judges don't play: predatory pricing and strategic reasoning in US antitrust*, MPRA Paper No. 33810 disponible en <https://mpra.ub.uni-muenchen.de/33810/>

HERNANDEZ RODRIGUEZ F. *La aplicación del artículo 86 del tratado de roma a los precios predatorios: el caso Akzo*. Disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/86-tratado-roma-precios-predatorios-akzo-262439>

NUÑEZ OSORIO M.I. 2009 *El abuso anticompetitivo bajo el artículo 82 del Tratado CE: rebajas y precios predatorios*. Universidad Autónoma de Madrid. Disponible en https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/4143/28251_nu%C3%B1ez_osorio_maritza_iliana.pdf?sequence=1

PROSPERETTI MARINI, *appunti e casi di economia antitrust seconda bozza* cap. 4 pág. 4 disponible en http://venus.unive.it/rosen/papers/capitolo_4.pdf

RAE (Real Academia Española). 2014 *Diccionario de la lengua española*. Versión digital <http://dle.rae.es/?id=A0fanvT|A0gTnnL>

RALLÒ, J.R. 2010 *El mito de los "precios predatorios"* en *La ilustración liberal*, Madrid Nº 43 disponible en <http://www.ilustracionliberal.com/43/el-mito-de-los-precios-predatorios-juan-ramon-rallo.html>