



Universidad de Valladolid

**Facultad de Ciencias
Económicas y Empresariales**

**Doble Grado en Derecho y
Administración y Dirección de
Empresas (D.A.D.E.)**

**La negativa a contratar como
abuso de posición dominante.**

Presentado por:

Arturo Carrillo Parra

Tutelado por:

Luis Antonio Velasco San Pedro

Valladolid, 29 de Junio de 2016

RESUMEN DEL TRABAJO

Abstract

La negativa a contratar puede constituir un abuso excluyente de acuerdo al artículo 102 del TFUE. Partiendo de la idea de que todas las empresas tienen derecho a elegir con quien comerciar, las empresas en posición de dominio presentan unas especiales circunstancias que en ocasiones les obliga a negociar para no restringir la competencia efectiva. El presente trabajo analiza esta conducta en su contexto europeo, sin olvidarse de una visión general de la doctrina de los recursos esenciales. En primer lugar, se aborda la problemática económica detrás de esta figura para, en un segundo lugar, realizar un análisis jurídico de la jurisprudencia del TJUE sobre la negativa a contratar.

A refusal to deal can be an exclusionary abuse under article 102 of TFEU. As a general proposition, firms should be allowed to contract with whomsoever they wish. Nonetheless, dominant undertakings possess special circumstances that compel them to deal, under some conditions, with the aim of not stifling competition. The present paper pinpoints this behavior in a European context without forgetting an overview of the essential facilities doctrine. First, the paper approaches the economic problems of the refusal to deal. Secondly, it is made an ECJ case law analysis.

Palabras Clave: Derecho de la competencia, Abuso de posición dominante, Negativa a contratar, Abuso de exclusión, Monopolio, Refusal to deal.

Clasificación JEL: L4 Política de Defensa de la Competencia. L12 Monopolio y estrategias monopolistas. K21 Derecho de la competencia. A12 Relación de la economía con otras disciplinas.

1. INTRODUCCIÓN.....	- 3 -
2. ENFOQUE GENERAL DE LA NEGATIVA A CONTRATAR	- 6 -
2.1 RAZONES A FAVOR DE UN DEBER DE NEGOCIAR (DUTY TO DEAL)	- 7 -
2.2 OBJECIONES RESPECTO A UN DEBER DE NEGOCIAR.....	- 8 -
2.3 LA DOCTRINA DE LOS RECURSOS ESENCIALES (ESSENTIAL FACILITIES DOCTRINE).....	- 10 -
2.4 CONCEPTO DE NEGATIVA A CONTRATAR Y FIGURAS AFINES.....	- 12 -
2.5 ELEMENTOS DE UN CASO DE NEGATIVA A CONTRATAR.....	- 15 -
3. LA CONDUCTA ABUSIVA.....	- 16 -
3.1 REQUISITO DE LA INDISPENSABILIDAD.....	- 16 -
3.1.1 Concepto de indispensabilidad	- 17 -
3.1.2 El test de indispensabilidad de Bronner.....	- 18 -
3.1.3 Valoración del test de indispensabilidad de Bronner.....	- 20 -
3.1.4 ¿Cuál es el grado de indispensabilidad necesario?	- 21 -
3.1.5 ¿Requisito de indispensabilidad o definición del mercado?	- 22 -
3.2 ELIMINACIÓN DE LA COMPETENCIA EFECTIVA.....	- 24 -
3.3 EL REQUISITO DE OBSTACULIZACIÓN DEL LANZAMIENTO DE UN PRODUCTO NUEVO O DE PERJUICIO PARA EL CONSUMIDOR.....	- 26 -
4.3.1 Producto nuevo como producto con características concretas.....	- 26 -
4.3.2 Producto nuevo como un desarrollo general de la industria.	- 28 -
4.3.3 ¿Es el criterio de la Comisión en la Comunicación diferente?	- 29 -
4.3.4 ¿Requieren un tratamiento especial los casos que implican la concesión de una licencia sobre un derecho de propiedad intelectual?	- 30 -
3.4 AUSENCIA DE UNA JUSTIFICACIÓN OBJETIVA O EFICIENCIAS.	- 32 -
4. CONCLUSIONES.....	- 34 -
5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	- 37 -
Bibliografía	- 37 -
Jurisprudencia	- 38 -
Legislación y Documentos oficiales.....	- 39 -

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

CC	Código Civil
CE	Constitución Española
TFEU	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TFUE	Treaty of Functioning of the European Union
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TPI	Tribunal de Primera Instancia

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) sanciona “*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*”

El artículo combina una cláusula general y una lista ejemplificativa no exhaustiva de conductas que pueden suponer un abuso de posición dominante. A diferencia del artículo 101 del TFUE, que sanciona los acuerdos colusorios, la prohibición del artículo 102 es, en principio, de carácter absoluto pues no reconoce una excepción como la contenida en el artículo 101.3. Sin embargo, esta prohibición absoluta se corrige mediante los criterios de “proporcionalidad” y “justificación objetiva”¹.

Algunas de las decisiones más controvertidas tomadas por la Comisión Europea han surgido a raíz de la aplicación del artículo 102, no solo por la cuantía de las multas impuestas, sino por la relevancia internacional de las empresas afectadas. Sirva como ejemplo el caso *Intel*² que impuso una multa de 1060 millones de euros por prácticas de vinculación y descuentos de fidelidad.

En este ámbito, se ha criticado tradicionalmente a la CE por llevar a cabo una política más proclive a defender a los competidores que el propio proceso competitivo³. Otra de las críticas vertidas sobre la Comisión ha sido la aplicación del artículo 102 de una manera excesivamente formalista en contraposición a un enfoque más fundado en el bienestar del consumidor y los principios económicos.⁴

Ello llevó a la aprobación por parte de la Comisión, como un mecanismo de “*soft law*”, de la *Comunicación sobre las Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 (actual artículo 102) del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes en*

¹HERRERO, C. (2013): “La política europea de la competencia”, en Calonge, A.y Martín, R *Políticas Comunitarias: Bases Jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 270-297

² STG de 12.6.2014, asunto T-286/09. *Intel Corp contra Comisión*.

³ WHISH, R Y BAILEY, D (2012): “*Competition Law*”. Oxford University Press, Oxford.

⁴ AHLBORN, C Y PADILLA, J. (2007): “From Fairness to Welfare: Implications for the Assessment of Unilateral Conduct under EC Competition Law”, *European Competition Law Annual 2007*, pp. 55-103.

febrero de 2009⁵ (en adelante, la Comunicación). Aunque la relevancia de este documento es grande como se pondrá de manifiesto durante el presente trabajo, no debe entenderse que posee una fuerza vinculante, sino que habrá que acudir a la interpretación del TJUE para saber qué conductas son consideradas ilícitas de acuerdo con el artículo 102 del TFUE. No en vano, la adopción de este documento por la Comisión ha supuesto una interpretación más basada en criterios económicos.⁶

Para que el TJUE considere que una empresa comete un ilícito anticompetitivo con arreglo al artículo 102 deben aparecer determinados elementos. Estos son: un elemento subjetivo, la posición de dominio y la conducta abusiva.

El elemento subjetivo se refiere a la definición de empresa a la que le es aplicable el artículo 102, y que es la misma que para el artículo 101. Adoptando una perspectiva funcional, el tribunal ha declarado que las normas de competencia serán aplicadas a *“toda clase de actividades realizadas de manera independiente mediante una remuneración, sin que importe el fin perseguido por estas actividades”*⁷. Además añade que *“constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado.”*⁸ Así desde una perspectiva negativa, el tribunal ha señalado que no está sujeta a la aplicación de las normas de competencia *“una actividad que, por su naturaleza, las normas que la regulan y su objeto, es ajena a la esfera de los intercambios económicos o se vincula al ejercicio de prerrogativas del poder público.”*⁹

El concepto de empresa es así particularmente amplio e independiente de concepciones nacionales. Es irrelevante su naturaleza pública o privada y tener o no personalidad jurídica, sin embargo se exige el tener aptitud para

⁵ COMISIÓN EUROPEA (2009) 45/02: *Comunicación sobre las Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes.*

⁶ PEEPERKORN, L. Y VIERTIÖ, K. (2009). “Implementing an effects-based approach to Article 82” [En línea] disponible en http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2009_1_5.pdf

⁷ STJCE de 23.4.1991, asunto C-41/90. *Klaus Höfner y Fritz Elser contra Macrotron GmbH.* Par 21.

⁸ STJCE de 12.09.2000. Asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98. *Pavel Pavlov y otros contra Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten.* Par 75

⁹ STJCE de 19.2.2002. Asunto C-309/99. *J. C. J. Wouters y otros contra Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten.* Par 57.

determinar la propia actuación económica en el mercado lo que excluye el entender la relación entre una matriz y su filial como empresas separadas.

La posición de dominio es una materia que ha generado una amplia literatura. Su determinación es necesaria para la aplicación del artículo 102 del TFUE y requiere un ejercicio de definición del mercado relevante desde el punto de vista material, geográfico y temporal. Diferentes métodos han sido utilizados para demostrarla siendo el test SSNIP¹⁰ el predominante en la actualidad¹¹.

Dentro de las conductas que se han considerado como abusivas con arreglo al artículo 102, el objeto del presente trabajo es el análisis de las negativas a contratar en sus diversas formas. Conductas también consideradas ilícitas son la celebración de acuerdos de aprovisionamiento exclusivo¹², la aplicación de descuentos o rebajas de fidelidad¹³, la imposición de prácticas de vinculación¹⁴ o la ejecución de políticas de precio predatorias¹⁵, entre otras.

El presente trabajo dedica el capítulo III a un enfoque general de la negativa a contratar donde se exponen tanto las justificaciones como las objeciones que desde un punto de vista económico enfrenta esta conducta. También se hace referencia a la doctrina de los recursos esenciales (*essential facilities doctrine*) y a los diferentes conceptos de negativa a contratar que ha empleado la doctrina. El capítulo IV analiza cuando una negativa a contratar es considerada abusiva centrándose en cada uno de los elementos acumulativos que los tribunales europeos han encontrado constitutivos de esta conducta como ilícita.

¹⁰ El test SSNIP se trata de una prueba econométrica que estima si los consumidores de un producto dejarían de comprarlo, trasladando su demanda a otro producto, si se produjese un aumento de entre el cinco y el diez por ciento del precio durante un periodo de uno o dos años. Las siglas vienen del inglés: "Small but Significant Non-Transitory Increase in Price" (Pequeño pero significativo aumento no transitorio en los precios).

¹¹ Ver la postura de la Comisión Europea en Comisión Europea (1997) 97/C 372/03: Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. Para un análisis doctrinal Whish, R (2015) "Competition Law" *Oxford University Press* pp 26-51.

¹² Un ejemplo de esta conducta es: STJCE de 21.2.1973, asunto 6-72. *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. contra Comisión*

¹³ Un ejemplo de esta conducta es: STJCE de 13.2.1979. asunto 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión*

¹⁴ Un ejemplo de esta conducta es: STPI de 17.9.2007, asunto T-201/04. *Microsoft Corp. contra Comisión*.

¹⁵ Un ejemplo de esta conducta es: STJCE de 3.7.1991, asunto C-62/86 *AZKO Chemie BV contra Comisión*.

2. ENFOQUE GENERAL DE LA NEGATIVA A CONTRATAR

Cualquier análisis de la figura de la negativa a contratar (*refusal to deal*) debe partir de la idea de que una empresa, ya se encuentre en posición de dominio o no, tiene derecho a elegir con quien comercia y a disponer libremente de su propiedad. En el ordenamiento jurídico español, se observa en la configuración de la libertad de empresa consagrada en el artículo 38 de la CE, así como en el artículo 1255 del CC. Sin embargo, las circunstancias excepcionales que disfruta una empresa en posición de dominio implican que, en ocasiones, se le imponga un deber de negociar u obligación de suministro en virtud del artículo 102 del TFUE.

Esta idea se refleja en las palabras del Abogado General Jacobs en las conclusiones generales del célebre caso *Bronner* cuando señala que “*el derecho a elegir a sus socios contractuales y a disponer libremente de su propiedad son principios reconocidos universalmente en los sistemas jurídicos de los Estados miembros, reconocidos en ocasiones a nivel constitucional. Los atentados contra los citados derechos exigen que se hallen cuidadosamente justificados*”¹⁶. El Tribunal de Justicia ha añadido además que la titularidad de un derecho de propiedad no puede ser atacada en virtud del artículo 102 pues el artículo 345 del TFUE señala que “*los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros*”, sin embargo, el artículo 102 sí que entrará en juego en caso de un ejercicio impropio o excesivo del derecho en cuestión.

Las diferentes escuelas de pensamiento económico han establecido una serie de justificaciones u objeciones a la conveniencia de imponer un deber de negociar (*duty to deal*) a las empresas en posición de dominio. Mientras que la escuela institucionalista de Harvard ha sido más proclive a encontrar una justificación, la escuela de Chicago se ha mostrado muy reacia a la imposición de limitaciones sobre la libertad de contratar.

¹⁶ CONCLUSIONES ABOGADO GENERAL, asunto C-7/97. *Oscar Bronner GmbH & Co. KG contra Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG y otros*. Par 56

2.1 RAZONES A FAVOR DE UN DEBER DE NEGOCIAR (DUTY TO DEAL)

Siguiendo a O'donoghue y Padilla¹⁷, la primera razón de peso que puede alegarse parte de la idea de que si un recurso es esencial o indispensable para proveer de un producto o servicio a un mercado descendente, su denegación a un participante en dicho mercado supondría su exclusión del mismo. Esto tiene efectos perjudiciales sobre la competencia en tanto que el competidor excluido no puede ofrecer un producto nuevo a partir del recurso indispensable, lo que genera una disminución del bienestar del consumidor. De vital importancia será entonces la consideración de un input como indispensable¹⁸.

Un segundo argumento en favor de la imposición reside en el incentivo que posee el propietario de un recurso esencial, que a su vez compete en el mercado descendente, de denegar el acceso a competidores reservándose el mercado descendente para sí mismo. De esta manera, el propietario del recurso esencial no estaría compitiendo sobre la base de sus méritos, ofreciendo mejores productos o precios más baratos, sino que se limitaría a extender su posición monopolística o cuasimonopolística en un mercado ascendente para obtener beneficios en un mercado conexo. Esta conducta es denominada efecto de palanca (*leveraging*). Hay que tener en cuenta que la empresa dominante en un mercado tiene derecho a obtener beneficios del mercado donde disfruta de tal posición, pero no puede abusar de esta posición monopolizando un mercado verticalmente integrado.

Por último, una tercera defensa de la justificación de un deber de negociar se centra en la idea de que es una política pública adecuada limitar los excesos de los derechos de propiedad intelectual. Estos derechos generan un equilibrio (*trade-off*) entre la libre competencia y el derecho a excluir donde se debe situar la política pública. Si los derechos exclusivos que concede un derecho de propiedad son aberrantes o excesivos, la libre competencia se verá limitada desproporcionadamente. La proliferación de nuevas formas de protección de los derechos de propiedad intelectual hacen necesario para algunos expertos que el Derecho Antitrust mantenga un importante rol para casos desmedidos.

¹⁷ O'DONOGHUE, R Y PADILLA, J (2006) "*The Law and Economics of Article 82 EC*" Hart Publishing. pp 409 y ss

¹⁸ Ver 3.1 del presente trabajo.

Sin embargo, la posición del Derecho antitrust como un medio para limitar los derechos de propiedad intelectual e industrial es muy controvertida.¹⁹

2.2 OBJECIONES RESPECTO A UN DEBER DE NEGOCIAR

La Comisión señala en la Comunicación que la existencia de esta obligación, aun cuando sea remunerada de una manera justa, puede tener efectos perversos sobre los incentivos a innovar de la empresa dominante perjudicando los intereses de los consumidores en el largo plazo. A su vez los competidores pueden verse incentivados a aprovecharse de las inversiones realizadas por la empresa dominante en vez de invertir ellos mismos, generándose así una protección de los competidores en vez de una protección del proceso competitivo en sí²⁰.

Siguiendo a O'donoghue y Padilla²¹, existen diferentes objeciones que pueden argüirse para justificar la no imposición de un deber de negociar. Para algunos autores, básicamente de la escuela de Chicago, estas objeciones deberían provocar que todas las negativas a contratar sean tratadas como legales²²

La primera objeción estriba en la idea, ya citada, de que el derecho a elegir con quién negociar y disponer de la propiedad, son principios que se encuentran en las leyes de todos los Estados Miembros y en la propia normativa europea. Cualquier medida contraria a este principio sería una interferencia injustificada en la libertad de una empresa para organizar su propia actividad comercial. Con respecto a los derechos de propiedad intelectual, las instituciones europeas y los propios Estados Miembros han aceptado determinados acuerdos internacionales para asegurar un mínimo nivel de protección. El más importante es probablemente el acuerdo en el marco de la OMC conocido como ADPIC (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio)²³ donde en su artículo 13 se señala que las limitaciones y excepciones en el uso de los derechos exclusivos

¹⁹ HERRERO, C (2005) "Libre Competencia y Propiedad Intelectual" *Derecho de la Competencia Europeo y Español*. Dykinson pp 59-107.

²⁰ COMISIÓN EUROPEA (2009) Par 75

²¹ O' DONOGHUE Y PADILLA (2006), pp 411 y ss.

²² POSNER, R. (2001) "*Antitrust Law*". University of Chicago Press. pp 242-244.

²³ OMC (1994) Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio. Anexo 1C.

nacidos de derechos de propiedad intelectual deben estar circunscritos a casos excepcionales, no atentar a la normal explotación de los mismos y no causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos de propiedad intelectual.

Una segunda crítica se refiere a los efectos perversos sobre los incentivos de los innovadores para desarrollar productos que incrementen el bienestar del consumidor. Si quien va a innovar conoce antes de invertir que el resultado de su trabajo se verá sometido a la explotación de cualquier competidor, ya que existirá un deber de negociar o de conceder una licencia, es posible que decida no innovar o hacerlo disminuyendo la inversión necesaria. Aunque la carga de compartir el fruto de la innovación pueda tener un efecto beneficioso a corto plazo, en la medida en que implica precios no supracompetitivos al evitarse los derechos exclusivos, los efectos adversos, como la reducción de la inversión en innovación, pueden ser más perjudiciales sobre el bienestar del consumidor a largo plazo.

En tercer lugar, una competencia basada en que varios operadores usen los mismos inputs puede provocar que se mantengan los monopolios existentes al promover que la parte que solicita el acceso al recurso esencial no se vea incentivada a desarrollar su propio input. Es más beneficioso para la competencia que las compañías competidoras creen sus propios activos ya que se mejoraría el bienestar del consumidor, no solo por una bajada de los precios, sino también por la creación de nuevos productos. Así entendida, una competencia basada en la existencia de diferentes recursos o instalaciones es preferible a aquélla que comparte el mismo recurso o instalación y limita la actuación independiente de los operadores del mercado.

Muy relacionada con la anterior, la cuarta objeción parte también de la idea de que compartir un monopolio entre varias empresas no incrementa la competencia por sí misma, ni tampoco el bienestar del consumidor. Solo se promueve la competencia si el acceso al recurso esencial por quien lo solicita provoca una competencia efectiva en el mercado descendente. Se plantea entonces la cuestión de si la empresa dominante tiene derecho a cargar al competidor solicitante un precio monopolístico o si, con el objetivo de garantizar

el acceso a los competidores, existe un deber de ofrecer unas condiciones que permitan a los rivales obtener un beneficio. Cabe pensar que un precio que conllevara la continuación del precio monopolístico previo carecería de sentido desde un punto de vista del bienestar del consumidor, pero también un precio que no permita una recompensa al titular de un derecho exclusivo, produce ineficiencias a largo plazo.

La quinta objeción se refiere a los derechos de propiedad intelectual desde un punto de vista regulatorio. Las políticas de derechos de propiedad intelectual tienen en cuenta el equilibrio (*trade-off*) entre los incentivos *ex ante* o efectos dinámicos, es decir, la promoción de la innovación y las ineficiencias *ex post* o efectos estáticos derivadas del ejercicio de un poder de mercado que se genera a partir de los derechos exclusivos. De acuerdo con esta concepción, este equilibrio se aborda mediante las leyes de propiedad intelectual e industrial y por ello la política de competencia debería evitar afectar a su regulación.

2.3 LA DOCTRINA DE LOS RECURSOS ESENCIALES (ESSENTIAL FACILITIES DOCTRINE)

La doctrina de los recursos esenciales busca establecer un equilibrio entre el mantenimiento de una competencia efectiva y la libertad de contratación de aquellas empresas que controlan una instalación única o esencial, o disfrutan de derechos exclusivos protegidos por la normativa de propiedad intelectual. Su objetivo es imponer a estas empresas un deber de dar acceso a tal instalación a cambio de una retribución razonable a otras empresas, que como consecuencia de no poder acceder a tal instalación, no pueden dedicarse a su actividad. La justificación de tal deber se fundamenta principalmente en la necesidad de compensar la debilidad de la estructura competitiva del mercado debida a la existencia de una instalación o recurso esencial, buscando no solo el mantenimiento de la actual competencia sino incluso originándola. La

controversia es obvia en tanto en cuanto supone una limitación de la libertad de contratación de un ente privado.²⁴

La doctrina de los recursos esenciales ha provocado innumerables disputas doctrinales en ambos lados del Atlántico acerca de su existencia o inexistencia, así como en lo relativo a su alcance. Su origen, de concepción norteamericana, se remonta al caso *United States v Terminal Railroad Association of St Louis*²⁵, aunque el término no se usó directamente en este caso. La doctrina fue respaldada en el emblemático caso *Aspen Skiing*²⁶. En él, dos empresas habían cooperado durante años para vender un forfait único para todas las estaciones de esquí (“all-Aspen” ticket). *Aspen Skiing*, propietaria de tres de las cuatro montañas tras una operación de concentración empresarial, buscó cambiar las condiciones previas que suponía para la empresa competidora, *Aspen Highlands*, aceptar un porcentaje sobre los ingresos generados por el forfait único muy inferior a su media histórica. Tras rechazar esta propuesta, *Aspen Skiing* creó un forfait exclusivo para sus tres montañas y se negó a realizar un forfait único que incluyera la montaña de *Aspen Skiing*. El *Supreme Court* entendió que esta negativa a realizar un forfait único violaba el artículo 2 de la *Sherman Act* pues no tenía otro propósito comercial que la salida del mercado de *Aspen Highlands*.

Sin embargo, en el caso *Trinko*²⁷, el *Supreme Court* adoptó una posición muy restrictiva sobre la doctrina de los recursos esenciales al fallar sobre la posibilidad de acceso de terceras partes a la red local de telecomunicaciones de *Verizon*. Hay que tener en cuenta, no obstante, que en este último caso el demandante buscaba obtener a través del Derecho *Antitrust* lo que no había

²⁴ HATZOPOULOS, V. (2005) “The EU essential facilities doctrine” disponible en http://www.ii.umich.edu/UMICH/ces/Home/Resources/Michigan%20Paper%20Series/Hatzopoulos_EU_Essential_Facilities.pdf.

²⁵ SUPREME COURT de 22.4.1912. 224 U.S. 383. *United States v Terminal Railroad Association of St Louis*.

²⁶ SUPREME COURT de 19.7.1985. 472 U.S. 585. *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*

²⁷ SUPREME COURT de 13.1.2004. 540 U.S. *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP.*

conseguido a través del procedimiento administrativo ante las instituciones públicas reguladoras del sector.²⁸

En Europa, la doctrina de los recursos esenciales, aunque no ha recibido ese nombre y se ha preferido el de indispensabilidad²⁹, ha suscitado un número mayor de casos. La razón es que en las dos últimas décadas del siglo XX se produjo un proceso de liberalización de sectores económicos que durante muchos años habían sido monopolios estatales. Este proceso de privatización de empresas públicas en sectores como las telecomunicaciones, el gas, la electricidad o el agua hacia lo que ahora se denominan sectores regulados ha supuesto problemas para la política de competencia. El choque de estas empresas con el libre mercado, fundamentalmente en los primeros años tras la privatización, provocó que no existiera una competencia efectiva que, por tanto, tenía, y tiene, que ser apoyada por la política de competencia para evitar que estas empresas, en obvia posición de dominio cimentada en sus antiguos monopolios, hicieran prácticas de cierre del mercado anticompetitivas. Junto con medidas regulatorias, la adopción de la doctrina de los recursos esenciales juega un importante rol permitiendo el acceso a infraestructuras físicas (fundamentalmente, aunque también bienes inmateriales) para la provisión de servicios competitivos³⁰.

2.4 CONCEPTO DE NEGATIVA A CONTRATAR Y FIGURAS AFINES.

Para la aproximación a una definición de negativa a contratar, cabe en primer lugar considerar que se establece como ilícita de acuerdo a lo que el artículo 102 del TFUE denomina “limitar la producción, *el mercado* o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores”³¹.

Establecer una definición de qué se debe entender por negativa a contratar presenta grandes divergencias en la doctrina. Si se adopta una perspectiva amplia puede ser definida como aquella denegación del suministro por una

²⁸ FEDERAL TRADE COMMISSION (2010) *Is there life after Trinko and Credit Suisse? The Role of Antitrust in regulated industries.*

²⁹ Ver 4.1 de este trabajo.

³⁰ DÍEZ ESTELLA, F (2003) “La doctrina del abuso en los mercados conexos del “Monopoly Leveraging” a las “Essential Facilities”. *Revista de Derecho Mercantil.* 248. pp 555-604 y Whish (2012) pp 977-978.

³¹ VELASCO, L. Y HERRERO, C (2008) “Vinculación y negativa a contratar. Reflexiones en torno al caso Microsoft. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución.* pp 193-217.

empresa en posición de dominio a otra con la que inicia o mantenía una relación comercial, incluyendo negativas basadas en condiciones no razonables y precios excesivamente altos, independientemente de ser discriminatorias o no discriminatorias.³² En cambio, el presente trabajo va a adoptar la perspectiva de la CE en su Comunicación, con una matización, que se ocupa de aquellas negativas en que la empresa dominante compite en el mercado descendente con el comprador al que se niega a suministrar.³³ Es decir, solo se van a tener en cuenta las denegaciones verticales y no las horizontales.

De este modo, quedan fuera las negativas a contratar que buscan castigar a los clientes por comerciar con competidores o las condicionadas a la aceptación de acuerdos vinculantes, que se entienden como acuerdos exclusivos y venta por paquetes, respectivamente. También se excluyen aquellas que tienen el objeto de impedir que el comprador realice comercio paralelo³⁴ o baje su precio de reventa. No es tampoco necesario que el producto o servicio se haya comercializado, pues basta con que pueda existir una demanda potencial que determine un mercado potencial³⁵. Sí que se incluye, en cambio, en el concepto de negativa a contratar de este trabajo la negativa a contratar tanto a clientes nuevos como a clientes existentes, la denegación de concesión de licencias sobre derechos de propiedad intelectual o los casos de instalaciones esenciales.

Hay autores que han planteado la posibilidad de dos líneas jurisprudenciales distintas respecto a la negativa a contratar diferenciando los casos de doctrina de recursos esenciales y los casos pioneros de *Commercial Solvents*³⁶ y *Télémarketing*³⁷. Los primeros harían referencia a casos en que la negativa a contratar se realiza frente a un cliente nuevo y en los segundos existiría una

³² HOU. L. (2010): "Refusal to deal within EU Competition Law". Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1623784

³³ COMISIÓN EUROPEA (2009) par 77-79.

³⁴ Un ejemplo es el caso *GlaxoSmith*.

³⁵ STJCE de 29.4.2004, asunto C-418/01. *IMS Health GmbH & Co. OHG contra NDC Health GmbH & Co. KG*.

³⁶ STJCE de 6.3.1974, asuntos acumulados 6/73 y 7/73. *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. & Commercial Solvents Corporation contra Comisión*.

³⁷ STJCE de 3.10.1985, asunto 311/84. *Centre belge d'études de marché - Télémarketing (CBEM) contra CLT e IPB*.

relación comercial previa. Esta posición doctrinal defiende que en casos como *Commercial Solvents* se produciría una extensión ilícita o abusiva del poder de mercado de manera estricta, mientras que en los casos englobados dentro de la doctrina de recursos esenciales se reflejaría un problema estructural del propio mercado.³⁸

Sin embargo, desde el punto de vista de este trabajo, siguiendo a Ritter³⁹, la distinción entre los casos de nuevos clientes y los de terminación de un suministro previo no es relevante. En ambas situaciones, la empresa dominante puede proveerse por sí misma el insumo de una manera más ventajosa que cualquier otra disponible, de tal manera, que otros no podrían tener éxito a no ser que pudieran acceder también al insumo en cuestión. Si los casos de *Commercial Solvents*⁴⁰ y *Telemarketing*⁴¹ tuvieran lugar hoy se analizarían desde la perspectiva de los requisitos establecidos en el caso *Bronner*⁴². Además, si existiera una diferencia entre ambas líneas jurisprudenciales, ésta sería desaconsejable, ya que adoptar un test legal más severo cuando exista una relación comercial previa, supondría que determinadas empresas se vieran prisioneras de una relación comercial después de haber dejado de ser útil para ellas, por el simple hecho de que las consecuencias legales son más estrictas. Asimismo en los casos en que exista una previa relación comercial, será más difícil para el demandado alegar que existe una justificación objetiva válida para cesar el suministro, así como que en los casos en que no exista tal relación comercial previa será más difícil fijar el precio objetivo y los términos de acceso, pero esto no permite establecer dos líneas jurisprudenciales distintas pues los criterios utilizados en los casos *Commercial Solvents* y *Telémaking*, aunque menos perfeccionados por el tiempo en que se fallaron, ya introducen los criterios que serán mejor desarrollados en futuras sentencias como *Bronner* o *IMS Health*.

³⁸ HATZOPOULOS (2005).

³⁹ RITTER, C (2005): "Refusal to Deal and "Essential Facilities": Does Intellectual Property Require Special Deference Compared to Tangible Property?" *World Competition: Law and Economics Review* 281 28 (3).

⁴⁰ *Commercial Solvents* (1974)

⁴¹ STJCE de 3.10.1985, asunto C-311/84. *Centre belge d'études de marché Télémaking (CBEM) SA contra Comisión*.

⁴² Ver Capítulo 3 de este trabajo.

Tampoco es pacífico en la doctrina el considerar la compresión de márgenes (margin squeeze) como una subcategoría de la negativa a contratar o como una categoría diferenciada. La CE en su Comunicación considera a la compresión de márgenes dentro de la negativa a contratar⁴³. Sin embargo, de acuerdo con la resolución del TJUE en el posterior caso *TeliaSonera* se señala que *“habida cuenta del efecto de expulsión que puede provocar para competidores al menos igual de eficientes [...] la compresión de márgenes, a falta de toda justificación objetiva, puede constituir, en sí misma, un abuso en el sentido del artículo 102 TFUE”*⁴⁴. Además, clarifica el Alto Tribunal que no es necesario para que *“(el estrechamiento de márgenes) pueda considerarse abusivo (que) todo comportamiento de una empresa dominante relativo a las condiciones comerciales de ésta, se cumplan siempre las condiciones requeridas para declarar que existe una denegación de suministro, lo que reduciría indebidamente el efecto útil del artículo 102 TFUE”*⁴⁵. Se entiende por ello que en el caso de la compresión de márgenes no tienen por qué darse los requisitos exigibles para demostrar una denegación de suministro. Así lo entiende gran parte de la doctrina⁴⁶ y también el presente trabajo.

2.5 ELEMENTOS DE UN CASO DE NEGATIVA A CONTRATAR.

Para que se produzca un caso de negativa a contratar, los tribunales deberán en primer lugar acreditar que la empresa se encuentra en posición de dominio. Este elemento no es exclusivo de esta conducta sino que se produce en todos los casos en que se observe una vulneración del art 102 del TFUE. El presente trabajo no va a analizar este elemento⁴⁷.

En segundo lugar, se debe producir la conducta abusiva. Obviando que se produce una negativa a contratar, son cuatro los requisitos dentro de la conducta abusiva que han sido elaborados por la jurisprudencia del TJUE. El primero de ellos es el carácter indispensable del insumo que se niega. En

⁴³ COMISIÓN EUROPEA (2009) par 80

⁴⁴ STJUE de 17.2.2011, asunto C-52/09. *Konkurrensverket contra TeliaSonera Sverige AB*. par 31.

⁴⁵ *TeliaSonera* (2011) par 58

⁴⁶ WHISH (2012) pp 754-759. Otras sentencias importantes donde el Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre la compresión de márgenes son: STJUE de 14.10.2010, asunto C-280/08 *Deutsche Telekom contra Comisión*; STJUE de 10.7.2014, asunto C-295/12 *Telefónica SA contra Comisión*.

⁴⁷ Para más información sobre la posición de dominio, ver WHISH (2012) pp 190-199.

segundo lugar, se tiene que producir una eliminación de la competencia efectiva. En tercer lugar, se debe producir la obstaculización del lanzamiento de un producto nuevo. Por último, se debe acreditar que no se produce una eficiencia, es decir, que no existe una justificación objetiva para la negativa. Estos cuatro requisitos van a ser analizados en profundidad en el siguiente apartado.

3. LA CONDUCTA ABUSIVA

3.1 REQUISITO DE LA INDISPENSABILIDAD

El primer requisito es que el bien producido o el servicio prestado por la empresa en posición de dominio en un mercado ascendente sea *indispensable* para competir en el mercado descendente. *Indispensabilidad* ha sido el concepto más usado por los tribunales europeos. Otros términos sinónimos contemplados en la doctrina son *objetivamente necesario*, como utiliza la Comisión en la Comunicación o *infraestructuras esenciales (essential facilities)*, concepto de creación jurisprudencial norteamericana y que ha suscitado polémica en su aplicación en Europa⁴⁸.

El término *infraestructuras esenciales* es bastante acertado cuando la denegación implica la prohibición de acceso a una infraestructura física como un puerto⁴⁹, aeropuerto⁵⁰ o gasoducto⁵¹. Esto precisamente fueron los asuntos pioneros que sentaron la base para una extensión de las negativas a contratar a productos y servicios. Su importancia es grande, no en vano algunas de las soluciones impuestas desde el Derecho de la Competencia en estos casos iniciales, en forma de obligación de suministro, se han convertido luego en regulación que ha promovido el acceso a tales infraestructuras en sectores regulados.

Sin embargo, las empresas en posición de dominio pueden también verse obligadas a vender un determinado bien o servicio o conceder licencias sobre

⁴⁸ Ver 2.3 del presente trabajo

⁴⁹ Decisión 94/19/CE de 11.7.1992. *Sealink/B&I-Holyhead*.

⁵⁰ Decisión 98/387/CE de 14.1.1998 *Flughafen Frankfurt/Main AG*

⁵¹ Decisión COMP/B-1/39.317 de 4.5.2010 *E.ON*

derechos de propiedad intelectual donde el concepto de infraestructura no es muy preciso. Por ello, este trabajo se inclina por denominar a la primera condición necesaria para catalogar a una negativa a contratar como abusiva como requisito de la indispensabilidad.

3.1.1 Concepto de indispensabilidad

La Comisión define en la Comunicación⁵² a un insumo como imprescindible *“cuando no haya ningún sustituto real o potencial en el que puedan basarse los competidores del mercado descendente para contrarrestar las consecuencias negativas de la denegación”*. Para ello, se debe analizar la posibilidad de reproducir el insumo de la empresa dominante en el futuro próximo y de crear una *“fuente alternativa eficaz de suministro”*, que permita una presión competitiva a los competidores de la empresa dominante en el mercado descendente.

Una definición más amplia de qué se entiende por indispensabilidad puede ser elaborada a partir de distintas sentencias de los tribunales europeos. En primer lugar el producto o servicio para el cual se solicita el acceso debe ser esencial para el ejercicio de la actividad en cuestión.⁵³ En segundo lugar, hay que determinar si existen productos o servicios que constituyan soluciones alternativas, aunque sean menos ventajosas.⁵⁴ Igualmente, debe acreditarse *“si existen obstáculos técnicos, reglamentarios o económicos que puedan hacer imposible, o, al menos, enormemente difícil, para cualquier empresa que pretenda operar en ese mercado, crear, eventualmente en colaboración con otros operadores, productos o servicios alternativos”*⁵⁵. Habrá que tener también en cuenta *“el coste prohibitivo de la reproducción”* de los productos y servicios y el *“tiempo razonablemente necesario para ello”*⁵⁶

⁵² COMISIÓN EUROPEA (2009) par 83.

⁵³ STPI de 27.10.1994, asunto T-32/93. *Ladbroke Racing Ltd contra Comisión*.

⁵⁴ STJCE de 26.10.1998, asunto C-7/97. *Oscar Bronner GmbH & Co contra Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH y otros*. par 43

⁵⁵ STJCE de 10.10.2001, asunto T-184/01. *IMS Health contra Comisión*. Sentencia de 10 de Agosto de 2001. par 28.

⁵⁶ STPI de 15.10.1998, asuntos acumulados T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94. *European Night Services y otros contra Comisión*. par 209.

En resumen, la indispensabilidad puede ser definida como la no existencia de una alternativa viable, real o potencial, al recurso controlado por la empresa dominante, siendo su coste tan alto que no obedecería a la lógica comercial.

3.1.2 El test de indispensabilidad de Bronner.

Cabe hacer un mayor hincapié en si la indispensabilidad puede ser de carácter económico. Los tribunales europeos han fallado que no es suficiente para una empresa que quiere acceder a un recurso esencial, propiedad de una empresa en posición de dominio, argüir su pequeño tamaño. Más bien, se deben alegar razones económicas que demuestren que el mercado no es lo suficientemente grande como para sostener una segunda infraestructura o recurso esencial. Tal circunstancia es perfectamente ejemplificada en el caso *Bronner* que trató una cuestión prejudicial elevada por un tribunal austriaco.

Bronner era un pequeño editor de diarios en el país transalpino. *Mediaprint*, demandado, era la empresa editora de los diarios con mayor difusión y además propietaria de un sistema de reparto nacional que le permitía repartir sus periódicos a domicilio cada mañana. *Mediaprint* denegó el acceso a este sistema de reparto a domicilio a *Bronner*. El TJUE, pese a considerar que determinar si el sistema de distribución de diarios a domicilio constituía un mercado separado era competencia del tribunal austriaco, entró a valorar la cuestión de fondo. Así entiende que hay dos razones por las que este caso no cumple con el primero de los requisitos, estableciendo lo que se ha conocido como el *test de indispensabilidad de Bronner*.

La primera parte del test consiste en determinar si existen otras modalidades o sustitutos al producto o servicio de la empresa dominante. En el caso *Bronner* existe la distribución por correo y la venta en comercios y quioscos a pesar de ser menos ventajosos para la distribución que el sistema de reparto a domicilio de *Mediaprint*⁵⁷.

En segundo lugar, se debe acreditar que no existen obstáculos técnicos, reglamentarios, ni económicos que puedan hacer imposible o enormemente

⁵⁷ *Bronner* (1998) par 43

difícil al solicitante reproducir, por sí mismo o con la ayuda de otros, el producto o servicio de la empresa dominante⁵⁸.

Una vez configurado el test, el TJUE matiza que para *“demostrar que la creación de tal sistema no constituye una alternativa potencial realista y, por consiguiente, que el acceso al sistema existente resulta indispensable, no basta con alegar que no resulta económicamente rentable en razón de lo reducido de la tirada del diario o diarios que deben distribuirse”*. Se debe probar al menos que *“no es económicamente rentable crear un segundo sistema de reparto a domicilio para la distribución de aquellos diarios que tengan una tirada comparable a la de otros diarios distribuidos mediante el sistema existente”*⁵⁹.

Esta última idea parece sustentar el test del competidor eficiente (*test “as efficient competitor”*). La Comisión también parece configurar este test en la Comunicación que, en realidad, tiene más relevancia en los casos de precios predatorios⁶⁰. La Comisión señala que si la empresa en posición de dominio no cubre el coste incremental medio a largo plazo (LRAIC) esto indica que no está cubriendo todos los costes fijos de producción del bien o servicio y que un competidor tan eficiente como la empresa dominante podría quedar excluido del mercado. Este test pretende tener un carácter objetivo donde lo importante no es si el competidor es capaz de duplicar el recurso o instalación, sino si ese mismo competidor fuera tan eficiente como la empresa en posición de dominio pudiera reproducirlo o, por el contrario, se vería abocado a desaparecer del mercado. El objetivo de este test es salvaguardar una competencia efectiva sobre la protección de los competidores adoptando posiciones de la escuela de Chicago, pero es incorrecto pensar que sólo la competencia entre empresas eficientes incrementa el bienestar del consumidor⁶¹.

⁵⁸ *Bronner* (1998) par 43

⁵⁹ *Bronner* (1998) par 46

⁶⁰ COMISIÓN EUROPEA (2009) par 25-26.

⁶¹ Para más información sobre el test del competidor eficiente: ROUSSEVA, E (2010) “Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law”. *Hart Publishing* Chapter 9.

3.1.3 Valoración del test de indispensabilidad de Bronner.

De acuerdo con O'Donoghue y Padilla⁶², el *test de indispensabilidad de Bronner* es acertado porque el análisis de si un producto o servicio es indispensable debe centrarse en si es posible una segunda infraestructura o recurso, y no en si los competidores pueden o no hacer la inversión. No hay una verdadera promoción de la competencia, incluso aunque los competidores tengan acceso al recurso indispensable, si los productos y servicios que crean (i) no son percibidos por los consumidores como más deseables o (ii) los competidores son menos eficientes produciendo lo mismo que ya producía la empresa en posición de dominio. No tiene sentido imponer a la empresa dominante una obligación de suministro (*duty to deal*) sobre la base de la ineficiencia relativa que tiene un competidor debido a su pequeño tamaño o como compensación a que el consumidor prefiera los bienes o servicios de la empresa dominante.

Sin embargo, esto no implica que la preferencia de los consumidores pueda convertir a un producto o servicio en indispensable.⁶³ Si los competidores pueden ofrecer un producto alternativo, el hecho de que algunos o todos los consumidores prefieran el de la empresa dominante es irrelevante, siempre y cuando, no exista ningún tipo de acuerdo entre la misma y sus clientes. La manera en que los consumidores ejercitan su derecho a elegir lo que más les convenga entra dentro del juego de la libre competencia. Además, los clientes pueden preferir un producto o servicio por múltiples factores, como la adaptabilidad de su negocio o sus empleados a una marca concreta, que no tiene por qué ser los méritos de los productos de la competencia. Esta mejor adaptabilidad de un producto a las necesidades de su cliente no debe convertir una ventaja competitiva en un insumo indispensable. Como las preferencias de los consumidores son subjetivas, un test de indispensabilidad debe estar centrado en si los competidores son objetivamente capaces de desarrollar y ofrecer sus propios productos o servicios como una alternativa al de la empresa dominante.

⁶² O'DONOGHUE Y PADILLA (2006) pp 411 y ss.

⁶³ O'DONOGHUE Y PADILLA (2006) pp 442.

Esta concepción, propia de la escuela de Chicago, se vio ligeramente corregida con el fallo del caso *IMS Health*. En este caso, se planteó una cuestión prejudicial por un Tribunal alemán. Se indagaba si *IMS Health*, en posición de dominio, debía celebrar un contrato para conceder una licencia que permitiera la utilización de una estructura de segmentos (base de datos) protegida por un derecho de propiedad intelectual con una empresa, *NDC*, cuyo objetivo era introducirse en el mismo mercado. El TJUE entendió que la participación de los consumidores en la creación de la estructura de segmentos era un factor relevante para calificar a tal insumo como indispensable. La argumentación se apoya en que la participación en el desarrollo de la estructura de segmentos protegida por derechos de autor suponía unos costes para el cliente que originaban una “*dependencia técnica*” que suponía realizar “*esfuerzos técnicos y económicos muy cuantiosos*” para encontrar una alternativa⁶⁴. Esta perspectiva encajaría mejor con la conocida como escuela post-Chicago⁶⁵.

3.1.4 ¿Cuál es el grado de indispensabilidad necesario?

En el caso *Microsoft*⁶⁶, siguiendo a Rousseva⁶⁷ se ofrece una interesante reflexión acerca del grado de indispensabilidad requerido para la aplicación del artículo 102. En el asunto *Microsoft*, se discute tanto una conducta de negativa a contratar como una práctica de vinculación (*tying*). En lo referente a la negativa, el conflicto consiste en que *Microsoft* se niega a facilitar a sus competidores en el mercado de sistemas operativos para servidores de trabajo las informaciones que permitan la interoperabilidad con los PC para clientes que utilicen sistema operativo Windows.

La Comisión y el TPI rechazan que las alternativas propuestas por *Microsoft* aseguren la interoperabilidad plena entre sistemas y es precisamente ésta el elemento indispensable para el mercado de servidores de grupos de trabajo. Las alternativas que ofrece *Microsoft* sólo permiten a sus competidores una “*penetración de minimis*” sobre el mercado la cual es insuficiente para asegurar

⁶⁴ *Ims Health* par 29

⁶⁵ Para más información sobre la escuela de Harvard, Chicago y postchicago, ver ROUSSEVA (2010) Chapter 1

⁶⁶ STPI de 17.9.2007, asunto T-201/04. *Microsoft Corp. contra Comisión*.

⁶⁷ ROUSSEVA (2010) pp 104.

“una estructura competitiva efectiva provechosa para los consumidores”⁶⁸. Esta debe permitir a los competidores realizar una “presión competitiva viable” y no limitarse a convertirse en un actor *de minimis*.⁶⁹ Por tanto, bajo este razonamiento la empresa no solo debe permitir cierta competencia, sino una que permita a los competidores ejercer una presión suficiente sobre la empresa dominante.

Esta concepción podría interpretarse como un paso más en el nivel de indispensabilidad requerido. Por ello, la queja de *Microsoft* de que el criterio es más estricto ⁷⁰ es entendible. En cambio, esto no es así. En primer lugar, el ejercicio de una presión competitiva no solo depende de la indispensabilidad del producto o servicio, sino también de la eficiencia del competidor. En segundo lugar, como señala el TPI “para poder competir de forma viable con los sistemas operativos *Windows* para servidores de grupos de trabajo, los sistemas operativos competidores tenían que estar en condiciones de interoperar con la arquitectura de dominio *Windows* en pie de igualdad con esos sistemas *Windows*”⁷¹. Esto no es sino la misma idea del test de Bronner de que un competidor tan eficiente como la empresa dominante sea capaz de reproducir el servicio.

Ahora bien, cuándo nos encontramos ante una situación que permite a los competidores hacerlo “en pie de igualdad” y cuándo están siendo “subsidiados” para competir con la mayor eficiencia de la empresa dominante, es controvertido. En este caso, la Comisión y el TPI lo resuelven basándose en la posición casi monopolística de *Microsoft* en el mercado de los PC para clientes que lo convierten en casi un estándar en la industria. Sin embargo, la polémica se mantendrá en futuros casos.

3.1.5 ¿Requisito de indispensabilidad o definición del mercado?

El requisito de indispensabilidad, pese a ser un punto central en el análisis de los tribunales para un caso de negativa a contratar, no está exento de problemas. El fundamental reside en la distinción entre el test de

⁶⁸ *Microsoft* (2007) par 355

⁶⁹ *Microsoft* (2007) par 355

⁷⁰ *Microsoft* (2007) par 114

⁷¹ *Microsoft* (2007) par 374

indispensabilidad y los test aplicados para definir el mercado relevante. Hovenkamp⁷² señala que un producto o servicio indispensable no es más que un mercado relevante para un insumo que es crucial para otro producto secundario. Por tanto, la definición del requisito de indispensabilidad no es nada más que un ejercicio de definición del mercado.

Siguiendo a Rousseva, los dos elementos del *test de indispensabilidad de Bronner* coinciden con los criterios utilizados en la definición del mercado relevante⁷³. La primera parte coincide con los test basados en la demanda, mientras que la segunda coincide con los test basados en la oferta. Los tribunales europeos continúan refiriéndose a esta condición como un elemento clave del análisis más allá del hecho de que se encuentra predeterminado por la definición del mercado ascendente relevante, en el cual se sustenta la posición de dominio. Por ello, se puede criticar el requisito de indispensabilidad por tratarse de una exigencia vacía para determinar la negativa a contratar ya que cuando una firma se encuentra en una fuerte posición de dominio en un mercado, sus productos o servicios serán indispensables para la competencia en un mercado conexo.

En el caso *Bronner*, el TJUE trata separadamente la definición del mercado y el test de indispensabilidad. Sin embargo, recomienda al tribunal nacional utilizar los mismos factores (la posibilidad de que la venta en comercios y quioscos sea sustitutivo del sistema de reparto a domicilio de *Mediaprint*) para determinar el mercado ascendente relevante y que el insumo es indispensable. ¿Cómo se diferencia este mandato de un test basado en la demanda para determinar el mercado? La primera parte del test en *Bronner* y la definición del mercado en algunos casos pioneros como *United Brands*⁷⁴ están centradas en la existencia de sustitutos. Por lo tanto, una definición más estrecha del mercado condicionará encontrar menos sustitutos viables y que el producto o servicio sea más fácilmente considerado indispensable.

⁷² HOVENKAMP, H (2011) "*Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*". Editorial West. pp 307

⁷³ ROUSSEVA (2010) pp 113 y ss.

⁷⁴ STJCE de 14.2.1978, asunto 27/76. *United Brands Company contra Comisión*.

Desde un punto de vista de la oferta, la segunda parte del test de Bronner señala que no haya alternativas técnicas, legales o incluso económicas capaces de hacer imposible o muy difícil la reproducción del producto o servicio. Este aspecto del test es idéntico a la perspectiva de sustituibilidad de la oferta en la definición del mercado relevante llevada a cabo en el caso *Continental Can*⁷⁵. Allí, la posición de dominio en la elaboración de latas de carne y pescado no queda acreditada porque no le permitía establecer precios supracompetitivos ya que, si así lo hacía, otros competidores cercanos entrarían al mercado por una simple adaptación de sus estructuras productivas. Por tanto, en la definición del mercado relevante en *Continental Can* y en la segunda parte del test de indispensabilidad de Bronner el criterio empleado es si los competidores son capaces de integrar las fases previas del ciclo productivo para producir o duplicar el bien que necesitan.

3.2 ELIMINACIÓN DE LA COMPETENCIA EFECTIVA

Lo que protege este requisito es que no se produzca un efecto de palanca (*leveraging*) que permita la extensión de una posición dominante en un mercado ascendente a un mercado derivado. La empresa dominante buscará monopolizar el mercado derivado con el objetivo de obtener más beneficio en detrimento del bienestar del consumidor. Esta teoría, propuesta inicialmente por la escuela de Harvard y recuperada por la escuela post-Chicago⁷⁶, contribuyó a reforzar la importancia del análisis de las barreras de entrada⁷⁷. Un ejemplo práctico se observa en el caso *Microsoft*⁷⁸.

Se plantea la circunstancia de si el requisito de eliminación de la competencia efectiva es autónomo o una consecuencia inevitable del requisito de indispensabilidad. La propia Comisión en la Comunicación se limita a señalar que si se cumple lo referente al requisito anterior se producirá generalmente la eliminación de la competencia efectiva en el mercado descendente⁷⁹. El TJUE

⁷⁵ *Continental Can* (1973)

⁷⁶ WHINSTON, M. (1989): "Tying, Foreclosure and Exclusion" *American Economic Review*. 837.

⁷⁷ Sobre este tema. VELASCO, L (2009) "Las Barreras de entrada y su relevancia para el Derecho de la Competencia" *Revista de la Competencia y la Distribución*. 6. Pp 13-35

⁷⁸ *Microsoft* (2007) par 559

⁷⁹ COMISIÓN EUROPEA (2009) par 85

en los casos *Magill*⁸⁰ e *IMS Health*, por ejemplo, analiza conjuntamente lo referente al requisito de indispensabilidad y la eliminación de la competencia efectiva.

De esta manera, cabe señalar que si el producto o servicio no fuera indispensable para el mercado descendente, la negativa a contratar tal producto o servicio no eliminaría la competencia en dicho mercado, ya que o bien sería susceptible de ser reproducido, o bien se podría recurrir a alguna solución alternativa, aunque fuera menos eficiente. Por ello, el requisito de indispensabilidad y la eliminación de la competencia efectiva son dos caras de la misma moneda⁸¹. Esta idea ha sido respaldada en el caso *Microsoft* donde tanto la Comisión como el TPI evaluaron el grado de indispensabilidad habida cuenta del nivel de competencia necesario en el mercado descendente. Aunque en dicha sentencia se presta una especial atención a este requisito, la argumentación solo conduce a afirmar que la eliminación de la competencia estaba amenazada como resultado de la satisfacción del requisito de indispensabilidad. Por lo tanto, uno de los dos requisitos es redundante.

Sí que cabe indicar, en lo relativo a este requisito, que ha experimentado una evolución desde exigir la eliminación de “*cualquier competencia*”⁸², a una más lógica eliminación de *toda competencia efectiva*. La sentencia del TPI en el caso *Microsoft* aproxima su definición señalando que “*el hecho de que los competidores de la empresa en posición dominante permanezcan de forma marginal en algunos «nichos» del mercado no puede bastar para apreciar que existe tal competencia*”⁸³.

Más allá de estas consideraciones, se puede aprovechar este requisito, como hace la Comisión en la Comunicación⁸⁴, para establecer cuándo es más probable que se produzca un cierre anticompetitivo del mercado. Se señalan diversos factores que pueden afectar a un incremento de la probabilidad de realizar una conducta excluyente. La probabilidad es mayor cuando (i) la cuota

⁸⁰ STJCE de 6.4.1995, asuntos acumulados C-241/91 y C-242/91. *Radio Telefis Eireann (RTE) y Independent Television Publications Ltd (ITP) contra Comisión (Caso Magill)*.

⁸¹ BROKELMANN, H (2006) “La Negativa de Suministro y Figuras Afines” *Abuso de Posición de Dominio*. Editorial Marcial Pons. pp 341-365.

⁸² *Commercial Solvents* (1974) par 25

⁸³ *Microsoft* (2007) par 563

⁸⁴ COMISIÓN EUROPEA (2009) par 85.

de mercado de la empresa dominante en el mercado descendente es más alta, (ii) cuando la fuerza que ejercen los competidores sobre la empresa en posición de dominio es menor, (iii) cuanto menor es la sustituibilidad entre el insumo de la empresa dominante y el de sus competidores, (iv) cuanto mayor sea la proporción de competidores afectados en el mercado derivado y (v) cuanta más demanda potencial satisfecha por los competidores excluidos se traslade a la empresa dominante.

3.3 EL REQUISITO DE OBSTACULIZACIÓN DEL LANZAMIENTO DE UN PRODUCTO NUEVO O DE PERJUICIO PARA EL CONSUMIDOR

El perjuicio para el consumidor es una novedad introducida por la Comunicación de la Comisión con respecto a las negativas a contratar, pues este requisito en la jurisprudencia se trata como la obstaculización del lanzamiento de un producto nuevo. Éste, en principio, sólo se había tenido en cuenta previamente en casos que implicaran negativas a conceder licencias sobre derechos de propiedad intelectual. El requisito de que la negativa debe obstaculizar el lanzamiento de un producto nuevo fue formulado en el caso *Magill* y respaldado en *IMS Health*, ambos casos donde el insumo estaba protegido por bienes inmateriales. Este requisito establecería una diferencia entre los casos de bienes materiales e inmateriales, siendo más difícil acreditar un abuso en los segundos. En cambio, la Comisión basándose en esta jurisprudencia establece el perjuicio para el consumidor como una condición general para determinar la responsabilidad en todos los casos de negativa a contratar, lo que provoca la extensión del requisito de obstaculización del producto nuevo a casos de bienes materiales.⁸⁵

En la actualidad en la jurisprudencia, se encuentran dos diferentes interpretaciones del significado de producto nuevo: uno con características concretas y otro que evita el desarrollo general de la industria.⁸⁶

4.3.1 Producto nuevo como producto con características concretas.

La primera interpretación consiste en concebir el producto como uno con características concretas. Esta fue la interpretación originaria en el caso

⁸⁵ COMISIÓN EUROPEA (2009) par 87

⁸⁶ ROUSSEVA (2010) pp 122-123

*Magill*⁸⁷. En el mencionado asunto, *Magill* pretendía publicar una guía semanal completa de la programación televisiva de Irlanda. Sin embargo, la programación estaba protegida por derechos de autor cuya titularidad correspondía a las cadenas de televisión que realizaban sus propias guías televisivas. Estas se negaban a suministrar la información a la editorial *Magill*. En lo que concierne al requisito de obstaculización del lanzamiento de un producto nuevo, el Tribunal de Justicia señaló que el producto nuevo debía estar definido por características concretas, así como satisfacer la demanda que la empresa dominante no había satisfecho. *Magill* fue capaz de definir las características del producto nuevo que quería lanzar: una guía semanal completa de programas de televisión. Era también obvio que existía una demanda para tal producto pues este tipo de guías eran vendidas en otros Estados Miembros.

Esta concepción impone un mayor esfuerzo probatorio para establecer el abuso: prueba de la novedad y de la demanda futura del producto. Por otra parte, asegura una mayor protección de los derechos de propiedad intelectual. Desde un punto de vista económico, se basa en la idea de que asegurar la libertad de retener el resultado de tu inversión estimula la competencia de una manera más efectiva, a la vez que sirve mejor los intereses de los consumidores, que mantener los mercados abiertos a la libre competencia. Por otra parte, la dificultad práctica de este acercamiento es cómo determinar si la demanda para un nuevo producto existe. A no ser que el producto en cuestión exista en otras áreas geográficas (como en el caso de *Magill*) y se demuestre que ha sido bien recibido por los consumidores, la prueba de la demanda de un producto novedoso futuro parece muy especulativa.

En el caso *IMS Health*, la cuestión de si el producto debe ser específico y con características concretas se complicó. En este sentido, el TJUE falló que generalmente la negativa a conceder una licencia sobre un derecho de propiedad intelectual sería abusiva si impidiera el desarrollo de un mercado derivado en detrimento de los consumidores⁸⁸. Esto sugiere que el Tribunal de Justicia aceptaba que el requisito de producto nuevo quizá se viera satisfecho

⁸⁷ *Magill* (1997) par 54.

⁸⁸ *IMS Health* (2004) par 48

incluso cuando el producto no fuera específico. Pero, a continuación se establece que la negativa no sería abusiva si los competidores tienen la intención de “reproducir productos o servicios que ya ofrece en el mercado derivado el titular del derecho de propiedad intelectual”, y no lo sería cuando “tenga la intención de ofrecer productos o servicios nuevos que el titular no ofrece y respecto a los cuales existe una demanda potencial por parte de los consumidores simplemente el producto de la empresa dominante”⁸⁹. Para probar que un producto nuevo no sea solo una mera reproducción, hay que describir necesariamente las características de este producto nuevo. Por lo tanto, el razonamiento del caso IMS Health no deja muy claro si el producto nuevo necesita ser específico o no.

4.3.2 Producto nuevo como un desarrollo general de la industria.

En *Microsoft*, el TPI adopta una interpretación bastante diferente. De acuerdo a ella, el requisito de obstaculización de producto nuevo se cumple cuando la negativa no permite la innovación subsiguiente (*follow-on innovation*) y por tanto, se limita el desarrollo técnico de la industria. Es sorprendente que aunque la Comisión y el TPI establecen la misma concepción, solo la Comisión se apoya en *IMS Health* para llegar a él. Es más, el TPI señala que los requisitos de *Magill* e *IMS Health* no pueden constituir el único parámetro que permita catalogar que una negativa puede perjudicar a los consumidores en el sentido del artículo 102 del TFUE. Por ello, el TPI falla que “la ventaja artificial en términos de interoperabilidad que Microsoft se reservaba mediante su negativa disuadía a sus competidores de desarrollar y comercializar sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo de características innovadoras, en perjuicio, en especial, de los consumidores”⁹⁰

Bajo este acercamiento, el esfuerzo probatorio para demostrar el abuso es menor, pues sería suficiente con probar que los competidores tienen los recursos técnicos y económicos para desarrollar el mercado de alguna manera, sin que sea necesario definir el producto concreto. En tal caso, el perjuicio para los consumidores quedaría definido de una manera muy amplia, en el sentido

⁸⁹ *IMS Health* (2004) par 49

⁹⁰ *Microsoft* (2007) par 653

de que éstos siempre quieren y se beneficiarían de mejores productos. Por lo tanto, la diferenciación del producto es la clave para el cumplimiento del requisito de obstaculización de un producto nuevo. En el caso *Microsoft*, no existía riesgo de que los competidores reprodujeran exactamente el producto de Microsoft, porque el acceso a la información relativa a la interoperabilidad que se niega es solo una parte mínima de todos los protocolos usados por la empresa dominante en la interfaz de los servidores de grupos de trabajo⁹¹.

Esta construcción del requisito de producto nuevo limita significativamente a los titulares de los derechos de propiedad intelectual. De hecho, solo podrían legítimamente denegar la concesión de una licencia cuando la intención de los competidores de desarrollar el mercado no fuera razonablemente alcanzable. Al contrario de la interpretación en *Magill*, aquí está basada, desde un punto de vista económico, en el hecho de que el proceso competitivo es la causa fundamental de la innovación y no la libertad de quedarse con el resultado de la propia inversión. En otras palabras, protegiendo la competencia se satisface mejor a los consumidores que recompensando las inversiones de los innovadores.

Hay un problema con la interpretación del nuevo criterio para el requisito de producto nuevo en la actual jurisprudencia. Aunque parezca paradójico, el requisito de obstaculización de un producto nuevo no implica una situación en la cual la negativa impida el lanzamiento de un nuevo producto en un mercado nuevo, en vez de en el mismo mercado. Esto sugiere que mientras que el debate en la jurisprudencia está centrado en la diversificación de un mercado existente, se corre el riesgo de pasar por alto un escenario más peligroso en el cual una empresa dominante impide el desarrollo, no de un producto nuevo, sino de un nuevo mercado.

4.3.3 ¿Es el criterio de la Comisión en la Comunicación diferente?

Para demostrar el perjuicio para el consumidor, la Comisión ponderará si los probables efectos adversos de una negativa de suministro compensan, a lo largo del tiempo, las consecuencias negativas de imponer una obligación de

⁹¹ *Microsoft* (2007) par 654-658.

suministro⁹². Como consecuencia de su fallo en los casos *Microsoft* e *IMS Health*, la Comisión explica que el perjuicio para el consumidor ocurriría cuando se evite que los competidores excluidos puedan lanzar al mercado productos nuevos o se restrinja la innovación subsiguiente (*follow-on innovation*). Se perjudicará a los consumidores, en particular, cuando los competidores se limiten a reproducir los productos de la empresa dominante.

La pregunta que surge inevitablemente es si este requisito hace más difícil la prueba necesaria para demostrar un abuso en un caso de negativa a contratar. La respuesta habría sido afirmativa si el criterio del producto nuevo no hubiera evolucionado a partir de la sentencia del caso *Microsoft*. Aunque la Comisión no se refiere expresamente a la necesidad de un producto nuevo, es obvio que se basa en la aproximación que hace a este concepto la jurisprudencia en los casos de derechos de propiedad intelectual analizados y lo extiende al resto de casos de negativa a contratar.

4.3.4 ¿Requieren un tratamiento especial los casos que implican la concesión de una licencia sobre un derecho de propiedad intelectual?

El requisito de obstaculización de un producto nuevo conduce inevitablemente a preguntarse si debe ser extendido a todos los casos de negativa a contratar o, por el contrario, se debe mantener en el ámbito de los bienes inmateriales. Existen dos líneas doctrinales contrarias al respecto.

Aquellos autores⁹³ que defienden un tratamiento especial parten de la premisa de que el Derecho *Antitrust* y la normativa de propiedad intelectual tienen objetivos distintos. Mientras que el Derecho *Antitrust* tiene como objetivo las conductas anticompetitivas que tengan efectos sobre la estructura del mercado y el bienestar del consumidor, la normativa de propiedad intelectual se centra en proteger la innovación. La normativa de propiedad intelectual se dedica a recompensar a los innovadores con derechos exclusivos asegurando incentivos al lanzamiento de nuevos productos y servicios al mercado en beneficio de los consumidores.

⁹² COMISIÓN EUROPEA (2009) par 86

⁹³ PATE, H (2003): "Competition and Intellectual Property in the US. Licensing freedom and the limits of antitrust." *European competition law Annual 2003*.

Otro de los argumentos alegados a favor de la diferencia es que los productos y servicios protegidos por derechos de propiedad intelectual son más fácilmente copiables, tanto desde un punto de vista técnico como económico, que las infraestructuras o recursos físicos. Ahora bien, pese a que esto es generalmente cierto y es precisamente la razón por la que se garantiza un derecho exclusivo a las creaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual, no debe ser una razón para que el artículo 102 trate de una manera diferente a los bienes inmateriales.

Desde una perspectiva contraria, los valedores de que no debe existir una diferenciación parten de la idea de que el Derecho *Antitrust* y la normativa de propiedad intelectual tienen los mismos objetivos, y que la imposición de una licencia obligatoria no desalienta la innovación. De acuerdo con Ritter⁹⁴, existen hasta cuatro argumentos a favor de esta posición.

El más importante busca demostrar que la limitación de los derechos de propiedad intelectual no desalienta necesariamente la innovación por seis razones. Primero, los incentivos existentes para llevar a cabo la inversión en los casos de bienes materiales e inmateriales son los mismos. Segundo, la imposición de la licencia no priva de un ingreso al titular de un derecho de propiedad intelectual, ya que tiene derecho a cobrar por ello. El tercer argumento se basa en que los incentivos financieros en caso de una mayor protección de los derechos de propiedad intelectual no se convierten necesariamente en más innovación. Cuarto, la prima de una patente (*patent premium*)⁹⁵ no es tan importante para los innovadores como la ventaja de llevar la iniciativa por ser el primero en mover ficha. En quinto lugar, la evidencia empírica no confirma que las licencias obligatorias desalienten la inversión, ni que las decisiones empresariales estén basadas en un perfecto equilibrio entre la inversión requerida y la recompensa obtenida. Por último, no se debe ignorar

⁹⁴ RITTER, C (2005) "Refusal to Deal and "Essential Facilities": Does Intellectual Property Require Special Deference Compared to Tangible Property?" *World competition: Law and Economics Review*. 281

⁹⁵ Se puede definir la prima de una patente como el valor de la invención patentada excluido el valor de la invención si el inventor no la hubiera patentado. Así lo define Comisión Europea (2007) *Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo para mejorar el sistema de patentes en Europa*.

que los competidores, reales o potenciales, del titular del derecho de propiedad intelectual pueden desarrollar innovaciones basadas en la primera innovación.

Existen otros argumentos. En primer lugar, el tratamiento especial de los casos de derechos de propiedad intelectual no tiene ningún sustento legal. En segundo lugar, un tratamiento especial induciría a las empresas dominantes a introducir algún tipo de derecho de propiedad intelectual sobre su infraestructura física o interfaz para asegurarse un mayor estándar de protección. En tercer lugar, como los productos y servicios protegidos por un derecho de propiedad intelectual no son rivales, es decir, el uso por alguien no interfiere con el uso por otro, es en muchos casos preferible conceder una licencia a permitir al competidor un acceso al producto, servicio o infraestructura.

Desde la óptica de este trabajo son más convincentes los argumentos que defienden que no existe una diferenciación entre los casos de bienes materiales e inmateriales, sin embargo, no se debe olvidar que en ambos casos la imposición de una obligación de suministro sólo estará justificada en circunstancias excepcionales.

3.4 AUSENCIA DE UNA JUSTIFICACIÓN OBJETIVA O EFICIENCIAS.

En muchas ocasiones, las instituciones europeas han establecido que la conducta de una empresa dominante será abusiva a no ser que esté justificada objetivamente. La existencia de este concepto, que implica el derecho de una empresa en posición de dominio a defenderse de las alegaciones de abuso vertidas contra ella, dentro del artículo 102 del TFUE, parece ampliamente aceptada por la doctrina, aunque haya sido muy poco admitida en la práctica de la Comisión y el TJUE.

Tradicionalmente, el concepto de justificación objetiva ha sido interpretado de una manera muy estricta. A raíz de la publicación de la Comunicación de la Comisión, múltiples autores abrazaron la idea de que la justificación objetiva podía permitir la introducción de un mayor análisis económico en el contexto del abuso de posición de dominio⁹⁶. De cualquier manera, lo que pretende el

⁹⁶ PEEPERKORN (2009)

concepto de justificación objetiva es que, una vez se haya demostrado el daño a la competencia, la empresa dominante muestre que su conducta no debe ser sancionada porque ésta es eficiente. Debido a que el artículo 102 no contiene un precepto al estilo del artículo 101.3 del TFUE⁹⁷, el concepto de justificación objetiva permite a la empresa dominante cuestionar la delimitación de lo que es abusivo basándose en criterios económicos⁹⁸.

Centrándose en los casos de negativa a contratar, el término justificación objetiva ha sido tenido en cuenta en diversos casos⁹⁹. Ya en el caso *Telemarketing*, el TJUE expresamente señala que si una empresa dominante se reserva para sí misma “y sin necesidad objetiva” una actividad auxiliar que podría ser realizada por una tercera empresa comete un abuso¹⁰⁰. Del análisis de la jurisprudencia se observa que los diferentes tribunales comunitarios han interpretado el concepto de justificación objetiva de una manera muy estricta pues solo parecen incluirse factores que están más allá del control de la empresa dominante. Algunos de estos factores pueden ser de carácter climático, las acciones de un tercero o una crisis en la industria.

En el caso *Microsoft*, el TPI deja perfectamente claro que la carga de probar una justificación objetiva debe recaer en la empresa dominante pues “*corresponde [...] a la empresa en posición dominante [...] antes de la conclusión del procedimiento administrativo, aducir una posible justificación objetiva y presentar, a este respecto, alegaciones y pruebas. A continuación, incumbe a la Comisión, si pretende declarar la existencia de un abuso de posición dominante, demostrar que las alegaciones y las pruebas invocadas por dicha empresa no pueden prevalecer y, en consecuencia, que no cabe acoger la justificación presentada*”. Con este fallo, se observa que la justificación objetiva en los casos de negativa a contratar es diferente de los casos que recaigan bajo el artículo 101 del TFUE. En un caso de acuerdos colusorios, los demandados tendrán que probar las eficiencias generadas por el acuerdo, que el mismo es necesario para su consecución, que los

⁹⁷ El artículo 101.3 del TFUE incluye una serie de motivos por los que un acuerdo que, en principio, debería ser anticompetitivo es permitido por el Derecho de la Competencia por contribuir al bienestar social.

⁹⁸ ROUSSEVA (2010): Chapter 7.

⁹⁹ Sirvan como ejemplo *Telemarketing* o *United Brands*.

¹⁰⁰ *Telemarketing* (1985) par 27.

consumidores se beneficiarán de ello y que la competencia no será eliminada tras la firma del acuerdo. Sin embargo, en los casos de negativa a contratar una vez la empresa demuestra que su conducta produce eficiencias, la Comisión tendrá que probar que las mismas no son significativas, no son indispensables o no benefician a los consumidores. Resulta paradójico que el criterio sea más estricto en los casos de acuerdos colusorios.

La Comisión también se refiere a la ausencia de justificaciones objetivas en la Comunicación aunque las titula como eficiencias. Sin embargo, en los casos de negativas a contratar su inclusión es polémica pues los requisitos de eliminación de la competencia efectiva y de perjuicio para el consumidor ya implican un análisis del equilibrio entre la restricción de la competencia y los beneficios para los consumidores¹⁰¹. Es difícil encontrar una situación en la cual la negativa sea eficiente pese a eliminar la competencia efectiva y dañar a los consumidores, pues iría contra los propios requisitos elaborados en la Comunicación¹⁰². Por lo tanto, la especialidad que implica el requisito de perjuicio para el consumidor, en palabras de la Comisión, o de producto nuevo, como es tratado en la jurisprudencia, respecto a otros abusos excluyentes convierte en prácticamente imposible la defensa por parte de la empresa dominante sobre la base de una justificación objetiva. Sin embargo, hay que tener en cuenta que esta circunstancia solo implica un traslado de la justificación objetiva a los otros dos requisitos.

4. CONCLUSIONES

Cualquier análisis de la negativa a contratar debe partir de la idea de que las empresas son libres de elegir con quién comerciar. Sin embargo, cuando esa empresa se encuentra en una posición dominante, puede fácilmente extender su poder de mercado a mercados conexos a través de la negación de un insumo esencial para ese mercado. Por ello, la correcta definición de qué constituye una negativa injustificada a contratar es importante, pues debe valorar correctamente los intereses legítimos que entran en juego, es decir, el desarrollo de la competencia efectiva y la libertad de contratar.

¹⁰¹ ROUSSEVA (2010) pp 415

¹⁰² COMISIÓN EUROPEA (2009) par 30

La jurisprudencia del TJUE ha elaborado una serie de requisitos necesarios para catalogar a una negativa a contratar como un ilícito competitivo. En primer lugar, el producto o servicio sobre el que se niega la contratación tiene que tener un carácter indispensable. Esto es, la no existencia de una alternativa viable, real o potencial, al recurso controlado por la empresa dominante, siendo su coste tan alto que no obedecería a la lógica comercial. Este requisito presenta algunas dudas respecto a su distinción de la definición de mercado, en tanto en cuanto, una definición más estrecha del mercado relevante conducirá inevitablemente a una mayor probabilidad de considerar al producto o servicio como indispensable.

En segundo lugar, la jurisprudencia europea requiere que se produzca la eliminación de la competencia efectiva. Este requisito tampoco está exento de problemática, ya que si el producto o servicio es declarado indispensable, lo será porque reduce la competencia efectiva. Por tanto, parece difícil encontrar una situación en la que el producto o servicio sea indispensable y no conduzca a una eliminación de la competencia efectiva.

En tercer lugar, se ha extendido el requisito de obstaculización del producto nuevo a todas las situaciones de negativa a contratar, desde su creación en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual. Este requisito ha sufrido una evolución en el caso *Microsoft*. Así, ahora se exige que la empresa dominante permita un cierto grado de presión competitiva a sus empresas rivales, y no que éstas demuestren la posibilidad de creación de un producto nuevo con características concretas.

En cuarto y último lugar, dentro de la negativa a contratar también se permite a las empresas dominantes una defensa basada en la justificación objetiva de su conducta. Sin embargo, ésta resulta bastante complicada teniendo en cuenta que si las instituciones europeas prueban los tres requisitos anteriores, es prácticamente imposible que la empresa dominante encuentre una defensa legítima. Esto se debe a que los requisitos de eliminación de la competencia efectiva y de la obstaculización del lanzamiento de un producto nuevo ya implican una ponderación entre la restricción de la competencia y los beneficios para los consumidores.

En conclusión, no se puede negar que el ámbito de la negativa a contratar ha experimentado una evolución desde criterios estrictamente jurídicos hacia la introducción de criterios económicos. Esta evolución, que se ha experimentado en todos los abusos de exclusión, no está cerrada y requerirá de nuevos casos que clarifiquen los requisitos elaborados por la jurisprudencia. Debido a que la legislación ha ido incorporando obligaciones de suministro en muchas infraestructuras físicas, es probable que los futuros casos de negativa a contratar discutan la obligatoriedad de conceder una licencia sobre un derecho de propiedad intelectual o industrial. Será importante, por tanto, definir las relaciones que debe tener el Derecho *Antitrust* con la normativa de propiedad intelectual e industrial para, de esta manera, precisar el rol que cada una puede jugar en la creación de mercados más competitivos que generen un beneficio al consumidor. Es quizá un futuro caso *Google*¹⁰³, donde algunos autores¹⁰⁴ ya han señalado que el algoritmo empleado en sus búsquedas podría ser considerado indispensable, el que permita aclarar en mejor medida algunos de los aspectos fundamentales de la negativa a contratar.

¹⁰³ La Comisión tiene un procedimiento abierto desde Noviembre 2010 en el que el pliego de cargos sobre Google versa, entre otras cosas, sobre el tratamiento preferencial que el algoritmo de búsqueda da a los productos de la compañía, sin avisar de que efectivamente son productos pertenecientes a la empresa tecnológica. Sobre ello, VELASCO, L Y HERRERO, C (2014) "Mercados electrónicos, Marcas y Derecho de la Competencia" en *Acuerdos Horizontales, Mercados electrónicos y otras cuestiones actuales de competencia y distribución*. pp 566-594. Además, recientemente, se ha enviado a Google un nuevo pliego de cargos sobre el sistema operativo y las aplicaciones en Android.

¹⁰⁴ DIEZ ESTELLA, F (2014) "Google, Internet y Derecho de la competencia: ¿viejas reglas para nuevos mercados?" *Revista Práctica de Derecho*. N°163-164 Agosto-Septiembre.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bibliografía

- AHLBORN, C Y PADILLA, J. (2007): "From Fairness to Welfare: Implications for the Assesment of Unilateral Conduct under EC Competition Law", *European Competition Law Annual 2007*, pp. 55-103.
- BROKELMANN, H (2006) "La Negativa de Suministro y Figuras Afines" *Abuso de Posición de Dominio*. Editorial Marcial Pons. pp 341-365.
- DÍEZ ESTELLA, F (2003) "La doctrina del abuso en los mercados conexos: del "Monopoly Leveraging" a las "Essential Facilities". *Revista de Derecho Mercantil*. 248.
- DIEZ ESTELLA, F (2014) "Google, Internet y Derecho de la competencia: ¿viejas reglas para nuevos mercados" *Revista Práctica de Derecho*. Nº163-164 Agosto-Septiembre.
- HATZOPOULOS, V. (2005) "The EU essential facilities doctrine" disponible en http://www.ii.umich.edu/UMICH/ces/Home/Resources/Michigan%20Paper%20Series/Hatzopoulos_EU_Essential_Facilities.pdf.
- HERRERO, C (2005) "Libre Competencia y Propiedad Intelectual" *Derecho de la Competencia Europeo y Español*. Dykinson pp 59-107
- HERRERO, C. (2013): "La política europea de la competencia", en Calonge, A. y Martín, R: *Políticas Comunitarias: Bases Jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 270-297
- HOU, L. (2010) "Refusal to deal within EU Competition Law". Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1623784
- HOVENKAMP, H (2011) "Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice". Editorial West.
- O'DONOGHUE, R Y PADILLA, J (2006) "The Law and Economics of Article 82 EC" Hart Publishing.
- PATE, H (2003): "Competition and Intellectual Property in the US. Licensing freedom and the limits of antitrust" *European Competition Law Annual 2003*.
- PEEPERKORN, L. Y VIERTIÖ, K. (2009). "Implementing an effects-based approach to Article 82" disponible en http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2009_1_5.pdf
- POSNER, R. (2001) "Antitrust Law". University of Chicago Press.

- RITTER, C (2005): "Refusal to Deal and "Essential Facilities": Does Intellectual Property Require Special Deference Compared to Tangible Property?" *World Competition: Law and Economics Review* 281 28 (3).
- ROUSSEVA, E (2010): "Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law". *Hart Publishing*.
- VELASCO, L. Y HERRERO, C (2008) "Vinculación y negativa a contratar. Reflexiones en torno al caso *Microsoft*." *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. pp 193-217.
- VELASCO, L (2009) "Las Barreras de entrada y su relevancia para el Derecho de la Competencia" *Revista de la Competencia y la Distribución*. 6. pp 13-35
- VELASCO, L Y HERRERO, C (2014) "Mercados electrónicos, Marcas y Derecho de la Competencia" en *Acuerdos Horizontales, Mercados electrónicos y otras cuestiones actuales de competencia y distribución*. pp 566-594
- WHINSTON, M. (1989): "Tying, Foreclosure and Exclusion" *American Economic Review*. 837
- WHISH, R Y BAILEY, D (2012): "*Competition Law*". Oxford University Press, Oxford.

Jurisprudencia

- Conclusiones Abogado General, asunto C-7/97. *Oscar Bronner GmbH & Co. KG contra Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG y otros*.
- STG de 12.6.2014, asunto T-286/09. *Intel Corp contra Comisión*.
- STPI de 27.10.1994, asunto T-32/93. *Ladbroke Racing Ltd contra Comisión*.
- STPI de 15.10.1998, asuntos acumulados T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94. *European Night Services y otros contra Comisión*.
- STPI de 17.9.2007, asunto T-201/04. *Microsoft Corp. contra Comisión*.
- STJCE de 21.2.1973, asunto 6-72. *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. contra Comisión*.
- STJCE de 6.3.1974, asuntos acumulados 6/73 y 7/73. *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. & Commercial Solvents Corporation contra Comisión*.
- STJCE de 14.2.1978, asunto 27/76. *United Brands Company contra Comisión*
- STJCE de 13.2.1979. asunto 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión*

STJCE de 3.10.1985, asunto 311/84. *Centre belge d'études de marché - Télémarketing (CBEM) contra CLT e IPB.*

STJCE de 23.4.1991, asunto C-41/90. *Klaus Höfner y Fritz Elser contra Macrotron GmbH.*

STJCE de 3.7.1991, asunto C-62/86 *AZKO Chemie BV contra Comisión.*

STJCE de 6.4.1995, asuntos acumulados C-241/91 y C-242/91. *Radio Telefis Eireann (RTE) y Independent Television Publications Ltd (ITP) contra Comisión.*

STJCE de 26.10.1998, asunto C-7/97. *Oscar Bronner GmbH & Co contra Mediaprint Zeitungs nd Zeitschriftenverlag GmbH y otros.*

STJCE de 12.09.2000. Asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98. *Pavel Pavlov y otros contra Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten.*

STJCE de 10.10.2001, asunto T-184/01. *IMS Health contra Comisión.*

STJCE de 19.2.2002. Asunto C-309/99. *J. C. J. Wouters y otros contra Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten.*

STJCE de 29.4.2004, asunto C-418/01. *IMS Health GmbH & Co. OHG contra NDC Health GmbH & Co. KG.*

STJUE de 14.10.2010, asunto C-280/08 *Deutsche Telekom contra Comisión.*

STJUE de 17.2.2011, asunto C-52/09. *Konkurrensverket contra TeliaSonera Sverige AB.*

STJUE de 10.7.2014, asunto C-295/12 *Telefónica SA contra Comisión.*

SUPREME COURT de 22.4.1912. 224 U.S. 383. *United States v Terminal Railroad Association of St Louis.*

SUPREME COURT de 19.7.1985. 472 U.S. 585. *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*

SUPREME COURT de 13.1.2004. 540 U.S. *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP.*

Legislación y Documentos oficiales

COMISIÓN EUROPEA (2007) Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo para mejorar el sistema de patentes en Europa.

COMISIÓN EUROPEA (2009) 45/02: *Comunicación sobre las Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82*

del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes.

Decisión 94/19/CE de 11.7.1992. *Sealink/B&I-Holyhead.*

Decisión 98/387/CE de 14.1.1998 *Flughafen Frankfurt/Main AG*

Decisión COMP/B-1/39.317 de 4.5.2010 *E.ON*

FEDERAL TRADE COMMISSION (2010) *“Is there life after Trinko and Credit Suisse? The Role of Antitrust in regulated industries.”*

OMC (1994) Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio. Anexo 1C.