



Universidad de Valladolid

Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación

Grado en Derecho

EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN EL DERECHO COMUNITARIO: CASO *GOOGLE*

Autor: Eduardo Bernardos Sen

Tutor: Carmen Herrero Suárez

Convocatoria Ordinaria, 3 de julio de 2019.

RESUMEN

El Derecho de la competencia ha tenido una especial preocupación acerca del abuso de posición dominante ya desde los albores de su existencia. Tal importancia temprana queda patente en el caso *Standard Oil* suscitado en Estados Unidos, aunque no resulta necesario remontarse tantos años para llegar a tal conclusión, constituyendo prueba de ello el reciente caso *Google* acaecido en el seno de la Unión Europea.

El presente trabajo va a tratar de demostrar la complejidad inherente a esta figura anticompetitiva, analizando las herramientas que permiten determinar a las autoridades de competencia de la Unión los casos en que una empresa goza de dominancia en los mercados en los que actúa, así como los diversos métodos o prácticas utilizadas con mayor frecuencia por las empresas para abusar del dominio que ostentan, todo ello a través del análisis de algunos de los casos más importantes acaecidos en torno a esta figura en el territorio de la Unión.

Palabras clave: Derecho de la competencia, Unión Europea, posición dominante, abuso, caso *Google*.

ABSTRACT

Competition Law (*Antitrust Law*) has had an special concern regarding the abuse of the dominant position from the very day it came up. The importance of this matter is sharply noted in the case of *Standard Oil* which aroused in the United States, although is not necessary to go back so far in time to reach this conclusion, this is evidenced in the *Google* case that broke in the heart of the European Union.

This research is aimed to address the inherent complexity of the anticompetitive figure, analysing the tolos that allow the Union competition authorities to track down the cases in which a company enjoys certain degree of dominance in its market, as well as the diversity of methods and practices employed by the companies themselves to abuse of the domain they own. All this will be made through the deep analysis of the most significant cases that have happened in the European Union.

Key words: Competition Law (*Antitrust Law*), European Union, dominant position, abuse, *Google* case.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
1. INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE LA COMPETENCIA	2
1.1. Concepto de libre competencia y Derecho de la competencia	2
1.2. Objetivos del Derecho de la competencia.....	4
1.2.1. <i>Objetivos del Derecho de la competencia estadounidense</i>	6
1.2.2. <i>Objetivos del Derecho de la competencia comunitario</i>	8
1.3. Introducción al abuso de posición dominante	9
2. EL ELEMENTO MATERIAL: LA POSICIÓN DE DOMINIO	10
2.1. El mercado relevante.....	10
2.1.1. <i>Sustituibilidad de la demanda</i>	12
2.1.2. <i>Sustituibilidad de la oferta</i>	14
2.1.3. <i>El Test SSNIP (test del monopolista hipotético)</i>	16
2.1.4. <i>Instrumentos utilizados para definir el mercado</i>	20
2.2. La posición de dominio.....	22
2.2.1. <i>Concepto</i>	22
2.2.2. <i>La cuota de mercado</i>	23
3. EL ELEMENTO INTENCIONAL: LA CONDUCTA ABUSIVA.....	28
3.1. El enfoque del abuso: ¿La forma o los efectos?	28
3.2. Tipos de abuso	31
3.3. Abusos explotativos.....	32
3.3.1. <i>Los precios excesivos como modalidad de abuso explotativo</i>	33
3.3.2. <i>El abuso de los derechos de propiedad industrial e intelectual como abuso explotativo</i>	35
3.3.3. <i>La aplicación a terceros contratantes de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes como forma de abuso explotativo</i>	40
3.3.4. <i>La vinculación de productos como modalidad de abuso explotativo</i>	41
3.4. Abusos restrictivos o excluyentes.....	42
3.4.1. <i>Los precios excesivos desde el punto de vista de los abusos restrictivos</i>	47
3.4.2. <i>Los precios predatorios</i>	49
3.4.3. <i>La negativa de suministro</i>	59
3.4.4. <i>Los descuentos como modalidad de trato discriminatorio</i>	65
3.4.5. <i>La vinculación de productos como forma de abuso restrictivo</i>	68

4. EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE EN LA ACTUALIDAD: EL CASO <i>GOOGLE</i>	73
4.1. Introducción y antecedentes del caso	73
4.2. Caso Google Search y Google Shopping	74
4.3. Caso Google Android	78
5. CONCLUSIONES	81
BIBLIOGRAFÍA.....	85
1. Libros y artículos doctrinales.....	85
2. Páginas web.....	90
3. Jurisprudencia	93
4. Legislación.....	94
5. Otros	94

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo el estudio de la figura del abuso de posición dominante, principalmente bajo el enfoque del Derecho de la competencia de la Unión Europea, haciendo alguna referencia puntual al Derecho español. El motivo por el cual decidí escoger este tema para terminar los estudios de Grado en Derecho, fue el reciente caso *Google*. En tal asunto, la Comisión Europea ha establecido la multa más cuantiosa en relación a un asunto de competencia hasta la fecha.

No obstante, antes de entrar de lleno en el caso, ofreceré en los sucesivos puntos del trabajo un estudio acerca del abuso de posición dominante, a fin de poder comprender exactamente la naturaleza de las conductas llevadas a cabo por Google y los motivos que han llevado a la Comisión a imponer tal sanción. Para llevar a cabo la tarea, he optado por dividir el trabajo conforme a los diversos puntos que consideré que debían tratarse, quedando presentado de la forma que se expone a continuación.

Para comenzar, en el primer capítulo se expone de forma resumida el surgimiento del Derecho de la competencia, aparejado al nacimiento del Estado Liberal y su modelo de economía de mercado. De la misma forma, también se recogen los diversos objetivos perseguidos por el ordenamiento *antitrust* en Estados Unidos y en Europa, exponiendo las diferencias principales entre ambos planteamientos.

El segundo capítulo se ocupa de tratar el elemento material del ilícito anticompetitivo: la posición de dominio. Para ello se ofrece, en primer lugar, un estudio pormenorizado del mercado relevante, a fin de comprender el entorno en el que se mueve la empresa investigada, haciendo hincapié en las principales herramientas que utiliza la Comisión Europea para determinarlo. Finalmente, se exponen los principales criterios para determinar si la empresa investigada es dominante o no en su mercado.

El elemento intencional de la figura a tratar es analizado en el capítulo tercero del trabajo. En esta parte se analizará, en primer lugar, el criterio de valoración de las diferentes conductas puestas en práctica por las empresas dominantes, para comprobar si revisten o no la forma de abuso de posición dominante. Posteriormente, se explica el criterio utilizado por la mayoría de la doctrina para clasificar las diferentes conductas abusivas en abstracto, para finalmente hacer un estudio exhaustivo sobre algunas de las prácticas abusivas que

podemos encontrar, comentando algunos de los casos más notables de la práctica jurisprudencial de la Unión a lo largo de los años.

El caso *Google* se trata en el cuarto capítulo, una vez que los elementos necesarios para opinar de forma crítica del tema a tratar ya están en manos del lector. En este capítulo se expondrán brevemente los antecedentes del caso, para pasar a analizar la forma que revisten las diversas conductas practicadas en los casos *Google Shopping* y *Google Android*.

Para finalizar, reservo el último apartado de la investigación a las conclusiones que he ido extrayendo a lo largo de su elaboración, dedicando un breve comentario a cada capítulo o parte del trabajo merecedora de reflexión.

1. INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE LA COMPETENCIA

1.1. Concepto de libre competencia y Derecho de la competencia

Antes de la consolidación del modelo liberal de Estado, el acceso a la actividad económica, así como su posterior ejercicio estaban regulados primero por los gremios y corporaciones en el medievo y posteriormente por el monarca en la Edad Moderna¹. La ruptura con el Antiguo Régimen, a consecuencia de las Revoluciones Liberales, propició la aparición de nuevas libertades, tales como la libertad de empresa, que sirvió para garantizar el libre acceso a la actividad económica sin trabas por parte de ningún ente, público o privado, así como la consolidación de un nuevo modelo económico: la economía de mercado, que al margen de la tendencia tradicional de gremios y monarquías consistente en regular cada aspecto de la actividad comercial (fijando precios máximos o estableciendo límites a la producción y distribución de los bienes entre otras medidas), presenta una fuerte tendencia desreguladora y no intervencionista, dejando la economía al amparo de las vicisitudes del mercado y el juego de la oferta y la demanda, en el que cada individuo únicamente busca su propio beneficio o interés, generándose de forma inconsciente el beneficio o bienestar general². Desde este punto de vista, el papel reservado al Estado es

¹ HERRERO SUÁREZ, C., “Las funciones del Derecho de la libre competencia”, *Los Contratos Vinculados (Tying Agreements) en el Derecho de la Competencia*, Madrid: La Ley, 2006, pp. 39-141.

² HERRERO SUÁREZ, C., “Las funciones del Derecho de la libre competencia”, *cit.*, pp. 62-63.

mínimo, pues el nuevo modelo económico parte de la idea de que la economía se autorregula con la mera intervención de los agentes (empresarios y consumidores) en el mercado, conforme a las reglas de la oferta y la demanda³.

En este juego de la oferta y la demanda juega un papel esencial la libre competencia, pues cada empresario actuará conforme a sus propios intereses en el mercado, disputándose el favor del consumidor con los demás empresarios⁴ para lograr, en consecuencia, el máximo beneficio posible. De esta forma puede deducirse que la competencia se identifica con aquella situación en la que los diferentes empresarios actúan en el mercado, tratando de elegir cada uno de forma libre, la mejor estrategia para conseguir obtener el mayor número de clientes o consumidores posible para poder incrementar sus beneficios. La existencia de competencia en el mercado hará que los diferentes empresarios se empujen a ser mejores que sus competidores, adoptando políticas que permitan alcanzar la asignación más eficiente de los recursos disponibles⁵.

Partiendo del concepto de competencia ofrecido en el párrafo anterior, es obvio que los mayores beneficiados de su existencia son los consumidores, ya que la mera existencia de un mercado competitivo empujará al empresario a ofrecer el mejor producto y las mejores condiciones de transacción para que los consumidores le prefieran en detrimento de sus homólogos. No obstante, la competencia también repercutirá en beneficio de los empresarios, pues se obligarán a mejorar constantemente para conseguir una clientela más voluminosa.

Sin embargo, pronto se revela que la interacción libre de empresarios y consumidores en el mercado no basta para conseguir el bienestar general pretendido. En la práctica, las mejoras productivas derivadas de la Revolución Industrial, unidas al mal entendimiento por parte de los empresarios de las libertades del nuevo régimen económico y social, ocasionarán un incremento en la producción sin precedentes que sin embargo, no tendrá su contrapartida en el poder adquisitivo de los consumidores⁶.

Una producción sobredimensionada combinada con unos consumidores con pocos ingresos, desembocará en la adopción de medidas desesperadas por parte de las empresas para poder sobrevivir en el mercado, lo que conllevará a que la competencia entre los

³ HERRERO SUÁREZ, C., “Las funciones del Derecho de la libre competencia”, *cit.*, p. 64.

⁴ HERRERO SUÁREZ, C. “Las funciones del Derecho de la libre competencia”, *cit.*, p. 63.

⁵ VICENT CHULIÁ, F. “Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales”, *Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 55-59.

⁶ HERRERO SUÁREZ, C. “Las funciones del Derecho de la libre competencia”, *cit.*, pp. 67-68.

diversos empresarios se vuelva, en cierto modo, tóxica, conduciendo a que algunos opten por huir de sus efectos perjudiciales a través de la suscripción de pactos que la eliminen o al menos la limiten todo lo posible, quedando revelado que la competencia no sólo no es capaz de proporcionar el bienestar esperado por sí sola, sino que desamparada tiende a desaparecer⁷.

Partiendo de que la economía no es capaz de autorregularse, el Estado volverá a asumir un papel más participativo en el mercado, elaborando una serie de normas que se encargarán de corregir las deficiencias que se desarrollan en su seno, de entre las cuales destaca el Derecho de la competencia⁸, para tratar de preservar el bienestar general que la misma produce. Por lo tanto, el Derecho de la competencia será aquella rama del ordenamiento jurídico encargada de preservar o garantizar que exista competencia en el mercado (Derecho de la libre competencia), así como determinar los medios que pueden usar los diferentes empresarios para competir, para evitar los efectos perniciosos derivados de una competencia insana (Derecho de la competencia desleal)⁹.

1.2. Objetivos del Derecho de la competencia

Los objetivos que persigue el Derecho de la competencia, tanto en su lugar de origen, los Estados Unidos, como en Europa, han ido experimentando una evolución a lo largo del tiempo, debido a los diferentes enfoques que se han propuesto acerca de lo que constituye, en mi opinión, su fin último: el bienestar que produce la existencia de competencia en los mercados. Para comprender lo que supone el bienestar, considero que resulta útil medirlo de forma económica (excedente), pudiendo manifestarse de las siguientes formas:

- Bienestar o excedente del consumidor: se identifica con la medición en términos monetarios de los beneficios que un mercado competitivo proporciona al consumidor, obteniéndose de restar lo que éste está dispuesto a pagar y el precio del bien que finalmente adquiere¹⁰. A modo de ejemplo, si un consumidor ha

⁷ HERRERO SUÁREZ, C., “Las funciones del Derecho de la libre competencia”, *cit.*, p. 68.

⁸ HERRERO SUÁREZ, C. “Las funciones del Derecho de la libre competencia”, *cit.*, pp. 70-71.

⁹ HERRERO SUÁREZ, C. “Las funciones del Derecho de la libre competencia”, *cit.*, p. 70.

¹⁰ ÁLVAREZ GARCIA, S. y GALINDO MARTÍN, M. A., “Excedente del consumidor”, *Diccionario de Economía Pública*, Madrid: Ecobook-Editorial del Economista, 2010, pp. 122-123.

ahorrado 200 euros para adquirir un televisor y finalmente compra uno por 175, el excedente o bienestar se identificaría con los 25 euros restantes.

- Bienestar o excedente del productor o competidor: muestra los beneficios obtenidos por el empresario o productor a consecuencia de su participación en un mercado competitivo, ya que se obtiene al restar los costes de producción del bien y el precio al que finalmente se vende¹¹. Siguiendo el ejemplo anterior, si al empresario le cuesta 100 euros producir un televisor y lo vende por 175, logra un excedente de 75.

- Bienestar o excedente total: Se obtiene al sumar los excedentes del productor y del consumidor y proporciona información acerca del grado de bienestar social alcanzado a consecuencia de la existencia de un mercado competitivo, de modo que en los mercados de competencia perfecta, el grado de bienestar total alcanza su máxima expresión¹². Siguiendo el ejemplo anterior, si sumamos los excedentes del productor y del consumidor, obtenemos el bienestar total, valorado en 100 euros.

A pesar del atractivo que pueda despertar perseguir el bienestar o excedente total, lo cierto es que existe cierto grado de consenso por parte de la doctrina en que la protección del bienestar del consumidor es el objetivo primordial del Derecho de la competencia, de manera que siguiendo este enfoque equiparamos el daño a la competencia con la disminución del bienestar del consumidor¹³. Algunos autores justifican tal inclinación en favor del consumidor en base a la existencia de una tendencia natural del sistema a proteger a los competidores, debido a que poseen mejores medios y un mayor grado de organización para hacer valer sus derechos que los consumidores¹⁴. No obstante, velando por el bienestar del consumidor también se logra, aunque sea de forma indirecta, el bienestar de los competidores, no existiendo en verdad grandes diferencias entre la protección del bienestar total y la protección del bienestar del consumidor si se comprueban los efectos derivados de ambas políticas a largo plazo¹⁵. Partiendo de proteger

¹¹ ÁLVAREZ GARCIA, S. y GALINDO MARTÍN, M. A., “Excedente del productor”, *cit.*, p. 123.

¹² ÁLVAREZ GARCIA, S. y GALINDO MARTÍN, M. A., “Excedente social”, *cit.*, p. 123.

¹³ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio”, *El Abuso de la Posición de Dominio*, dirigido por MARTÍNEZ LAGE, S., PETITBÓ JUAN, A., Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 193-226.

¹⁴ REY, P., GUAL, J., HELLWIG, M., PERROT, A., POLO, M., SCHMIDT, K., STENBACKA, R., “Un enfoque económico del artículo 82”, *El Abuso de la Posición de Dominio*, coordinado por MARTÍNEZ LAGE, S., PETITBÓ JUAN, A., Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 99-154.

¹⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio”, *cit.*, p. 194.

el bienestar del consumidor, pueden observarse algunas diferencias respecto a los modelos de Derecho de la competencia de Europa y Estados Unidos, cuya existencia obedece a otros intereses u objetivos complementarios a alcanzar por ambos sistemas.

1.2.1. *Objetivos del Derecho de la competencia estadounidense*

Estados Unidos es el precursor del Derecho de la competencia, pues las preocupaciones acerca del mal funcionamiento del mercado y la correspondiente desaparición de la competencia en el mismo surgen a raíz de la aparición de una forma empresarial hasta entonces desconocida: el *trust*¹⁶. Esta nueva estructura empresarial surge primero en el sector petrolífero, de la mano de John D. Rockefeller y su compañía la Standard Oil, aunque no tardará en aparecer en los demás mercados, para burlar los efectos perjudiciales derivados de una competencia incapaz de producir las ventajas propuestas por el modelo liberal¹⁷.

Los *trusts* formaban grandes conglomerados empresariales que pronto ocasionaron graves perjuicios, de entre los que cabe destacar una tasa de desempleo elevada o la tendencia a monopolizar cada sector del mercado en el que operaban¹⁸. Para frenar las conductas perniciosas para el bienestar del consumidor llevadas a cabo por estos grandes conglomerados, tales como incrementos en los precios o disminuciones en la producción,

¹⁶ Un *Trust* consistía en el control de varias empresas independientes, sin necesidad de que se produjera la fusión de las mismas, por parte de una suerte de consejo de administración que custodiaba un porcentaje mayoritario de las acciones de cada una de las empresas de una forma similar a un fideicomiso. Los accionistas conservarían los derechos de carácter patrimonial derivados de los títulos (dividendos), pero los derechos políticos (el voto) serían ejercitados por parte del consejo. Como cabe imaginar, el fin de estas concentraciones de empresas se identificaría con restringir o eliminar la competencia. Para más información consultar MOTTA, M., “Política de competencia: historia, objetivos y legislación”, *Política de Competencia: Teoría y Práctica*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2018, pp. 27-67. No obstante, en opinión de ALMOGUERA, J.A., un *trust* se da también en aquellas situaciones en las que una empresa, con el objeto de eliminar la competencia, adquiere las demás empresas que actúan en el mismo mercado, surgiendo un monopolio. Extraído de “Cártel, trust y holding: principales diferencias entre estos tres tipos de asociaciones de empresas” [en línea], <<https://www.economiadehoy.es/noticia/8521/economia-practica/cartel-trust-y-holding.html>>. [Consulta: 27 may. 2019].

¹⁷ HERRERO SUÁREZ, C., “Las funciones del Derecho de la libre competencia”, *cit.*, pp.80-81.

¹⁸ HERRERO SUÁREZ, C., “Las funciones del Derecho de la libre competencia”, *cit.*, pp. 81-82.

aparece la *Sherman Act* en 1890¹⁹, que se encargará de prohibir cualquier forma de monopolización o restricción del comercio²⁰, lo que incluye, lógicamente, a los *trusts*.

Posteriormente aparecen otros textos, tales como la *Federal Trade Commission Act* y la *Clayton Act*, ambas de 1914, o las posteriores *Robinson Patman Act* de 1936 y la *Celler-Kefauver Act* de 1950, cuyo objetivo parece desmarcarse progresivamente de la protección del bienestar del consumidor, para dar más importancia a los intereses de los pequeños empresarios frente a los abusos que pudieran cometer las grandes empresas²¹. Esta tendencia de proteger a los pequeños comercios, fue impulsada por la Escuela de Harvard²² y es fruto de la desconfianza generalizada en las grandes empresas a consecuencia de los *trusts*.

No obstante, las ideas impulsadas por la Escuela de Chicago revertirán la situación descrita en el párrafo anterior, apostando por darle al Derecho *antitrust* un enfoque basado en la eficiencia²³, actuando las autoridades de competencia solamente en aquellos casos en que las empresas practiquen políticas que produzcan ineficiencia en la asignación de los recursos²⁴. Tal ineficiencia en la asignación se manifiesta principalmente en conductas que disminuyen el nivel de la producción de bienes, aunque también en el incremento de los precios, pues provocan la reducción del excedente o bienestar del consumidor²⁵. Partiendo de esta idea, el enfoque propuesto por la Escuela de Harvard en realidad tendía a dispensar protección a competidores poco eficientes en detrimento de los más eficientes²⁶.

El enfoque basado en potenciar el bienestar del consumidor a través de la eficiencia es, en gran medida, el modelo actual estadounidense. Obedece a la pérdida de recelo respecto de las grandes empresas²⁷, siendo desde mi punto de vista una cuestión bastante contradictoria, pues como expuse al comienzo, el Derecho *antitrust* surgió como respuesta a las prácticas perniciosas de grandes conglomerados empresariales. Además, este nuevo enfoque reduce considerablemente el margen de actuación del Derecho de la competencia, sustentándose de nuevo en gran medida en los postulados liberales, al confiar en el

¹⁹ DÍEZ ESTELLA, F., “Los objetivos del Derecho *antitrust*”, disponible en <[http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/objetivos_antitrust_\(2003\).pdf](http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/objetivos_antitrust_(2003).pdf)>, pp. 1-32. [Consulta: 22 may. 2019].

²⁰ HERRERO SUÁREZ, C., “Las funciones del Derecho de la libre competencia”, *cit.*, pp. 83-84.

²¹ DÍEZ ESTELLA, F., “Los objetivos del Derecho *antitrust*”, *cit.*, p. 10.

²² DÍEZ ESTELLA, F., “Los objetivos del Derecho *antitrust*”, *cit.*, pp. 5-6.

²³ HERRERO SUÁREZ, C., “Las funciones del Derecho de la libre competencia”, *cit.*, pp. 104-105.

²⁴ HERRERO SUÁREZ, C., “Las funciones del Derecho de la libre competencia”, *cit.*, p. 132.

²⁵ HERRERO SUÁREZ, C., “Las funciones del Derecho de la libre competencia”, *cit.*, pp. 104-105.

²⁶ DÍEZ ESTELLA, F., “Los objetivos del Derecho *antitrust*”, *cit.*, p. 23.

²⁷ HERRERO SUÁREZ, C., “Las funciones del Derecho de la libre competencia”, *cit.*, p. 90.

mercado como mecanismo corrector de las prácticas abusivas llevadas a cabo por las empresas²⁸. Siguiendo este enfoque, las prácticas llevadas a cabo por una empresa con objeto de eliminar a su competencia serían permisibles siempre que la producción no disminuyera en consecuencia²⁹, lo que puede acabar beneficiando, en mi opinión, a las grandes empresas, resultando bastante paradójico.

1.2.2. *Objetivos del Derecho de la competencia comunitario*

El modelo europeo de defensa de la competencia presenta algunas diferencias respecto de su homólogo norteamericano. Así, en Europa sólo se sanciona la utilización abusiva del monopolio, no la existencia del mismo, debido quizá a la inexistencia inicial de preocupación acerca de la concentración del poder económico³⁰, combinado con el objetivo de incrementar el tamaño (a través de las oportunas concentraciones) de las empresas europeas con el fin de que pudiesen rivalizar con las norteamericanas y las japonesas³¹.

A pesar de la permisividad inicial, la Comunidad no tardó en advertir que un alto grado de concentración en los diversos mercados podría tener efectos perjudiciales para la competencia, por lo que se adoptó la normativa correspondiente, sometiendo a control las diversas fusiones empresariales³², existiendo desde mi punto de vista, cierto paralelismo entre estas preocupaciones y los motivos que originaron el surgimiento del Derecho *antitrust* norteamericano.

Además, desde la Unión Europea se ha venido persiguiendo otro objetivo fundamental y particular, consistente en la creación de un mercado común integrado por los mercados nacionales de los diversos Estados Miembros³³, lo que implicará que se sancionen las prácticas empresariales que ocasionen la compartimentación o fragmentación

²⁸ HERRERO SUÁREZ, C., “Las funciones del Derecho de la libre competencia”, *cit.*, pp. 133-134.

²⁹ HERRERO SUÁREZ, C., “Las funciones del Derecho de la libre competencia”, *cit.*, p. 133.

³⁰ HERRERO SUÁREZ, C., “Las funciones del Derecho de la libre competencia”, *cit.*, p. 91.

³¹ DÍEZ ESTELLA, F., “Los objetivos del Derecho *antitrust*”, *cit.*, pp. 12-13.

³² HERRERO SUÁREZ, C., “Las funciones del Derecho de la libre competencia”, *cit.*, pp. 92-93.

³³ DÍEZ ESTELLA, F., “Los objetivos del Derecho *antitrust*”, *cit.*, p. 13.

del mismo, tales como el reparto de mercados o las restricciones a las operaciones de importación y exportación entre los distintos Estados³⁴.

Para finalizar, debe señalarse que los objetivos de eficiencia y bienestar del consumidor no son ajenos al Derecho de la competencia europeo³⁵, pero se entienden de manera diferente respecto al modelo estadounidense. En la Unión Europea se intentan lograr los objetivos descritos a través de la protección del proceso competitivo, pues se considera que el mantenimiento de los diversos mercados en condiciones que favorezcan la existencia de competencia en los mismos es el mejor camino para lograr no sólo la eficiencia en la asignación de los recursos y el máximo nivel de producción, sino también la innovación y el desarrollo tecnológico³⁶, logrando en consecuencia el bienestar del consumidor.

En definitiva, la visión que tienen las autoridades de la Unión se basa en la siguiente premisa: si los mercados funcionan de forma competitiva, sin restricciones originadas por los empresarios que concurren en los mismos, los consumidores ven incrementado su bienestar al obtener descuentos en los precios, productos de mayor calidad o incluso un mayor número de alternativas entre las que escoger³⁷.

1.3. Introducción al abuso de posición dominante

El abuso de posición dominante es, sin lugar a dudas, una de las principales preocupaciones existentes en el seno del Derecho de la competencia, puesta de manifiesto en diversos casos, como el reciente asunto *Google* o el caso *Microsoft* de hace ya algunos años. El abuso de posición dominante se encuentra recogido en el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE). Tal precepto se limita a expresar que “*Será 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*”. A continuación el precepto se limita a ofrecer una lista ejemplificativa en la que se recogen una serie de prácticas que pueden revestir la forma del ilícito anticompetitivo.

³⁴ HERRERO SUÁREZ, C., “Las funciones del Derecho de la libre competencia”, *cit.*, pp. 112-113.

³⁵ DÍEZ ESTELLA, F., “Los objetivos del Derecho *antitrust*”, *cit.*, p. 17.

³⁶ HERRERO SUÁREZ, C., “Las funciones del Derecho de la libre competencia”, *cit.*, p.134.

³⁷ DÍEZ ESTELLA, F., “Los objetivos del Derecho *antitrust*”, *cit.*, p. 17.

En el Derecho interno español, el abuso de posición de dominio aparece mencionado en el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), en una línea similar al plano europeo, pero en referencia al mercado nacional y presentando el mismo artículo una lista ejemplificativa de conductas prácticamente idéntica a la ofrecida por el artículo 102 TFUE³⁸. A pesar de la existencia en ambos preceptos de algunas diferencias³⁹, bajo mi punto de vista no son de envergadura, siendo ambos modelos, de forma lógica por otra parte, prácticamente idénticos.

De la lectura de ambos preceptos únicamente es posible extraer una ligera idea acerca de en qué puede consistir el abuso de posición dominante, con la ayuda de las listas ejemplificativas contenidas en ambos artículos. Sin embargo, no es posible conceptualizar de forma general el ilícito anticompetitivo⁴⁰. No obstante, si cabe deducir la existencia necesaria de dos requisitos⁴¹ para que se pueda concluir que una empresa está poniendo en práctica la conducta sancionada:

- 1- En primer lugar, debe darse el requisito material de la conducta, la posición dominante en uno o varios mercados.
- 2- En segundo lugar, también debe presentarse el requisito intencional, el abuso de tal posición.

En los apartados que siguen a continuación, se analizarán ambos elementos o requisitos de forma diferenciada, para ver exactamente en qué consiste el abuso de posición dominante.

2. EL ELEMENTO MATERIAL: LA POSICIÓN DE DOMINIO

2.1. El mercado relevante.

³⁸ PÉREZ BENÍTEZ, J. J., “Abuso de posición de dominio”, *Manual Práctico de Derecho de la Competencia*, coordinado por CARBAJO CASCÓN F., Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 170-193.

³⁹ PÉREZ BENÍTEZ, J. J., *cit.*, pp. 171-172.

⁴⁰ PÉREZ BENÍTEZ, J. J., *cit.*, p. 172.

⁴¹ Los requisitos han sido analizados conforme a la siguiente fuente: BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., “Derecho de la competencia: defensa de la competencia”, *Manual de Derecho Mercantil* (Volumen I), Madrid: Editorial Tecnos, 2018, pp. 160- 196.

La posición de dominio de una empresa debe analizarse en relación a un contexto determinado, pues la misma se define y se ostenta en relación a un mercado o sector. En este sentido, una empresa será o no dominante en uno o varios mercados concretos. Es preciso analizar, por tanto, cuál es el mercado concreto en el que una empresa desarrolla su actividad antes de poder pasar a analizar si la empresa es dominante o no en el mismo.

El mercado relevante o mercado de referencia es, por tanto, aquel contexto en el que la empresa en cuestión desarrolla su actividad a la vez que compite con otras empresas del mismo.

Siguiendo lo establecido por la Comisión Europea en la *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*, el mercado de referencia lo integran, a su vez, dos elementos⁴² :

- 1- Mercado de productos de referencia: el cual se haya integrado por todos aquellos bienes y servicios que son sustitutivos⁴³ desde el punto de vista del consumidor.
- 2- Mercado geográfico de referencia: Se identifica con el lugar en el que las empresas involucradas ponen a disposición del consumidor sus productos o servicios. Esta zona es identificable respecto a otras, ya que reúne unos factores de competencia homogéneos, distintos de aquéllos que rigen en otras zonas.

Por otra parte, algunas autoridades de competencia aprecian, de igual modo, un tercer elemento: el mercado temporal, el espacio de tiempo que se toma como referencia para evaluar si existe o no una posición dominante en un mercado concreto. Esta acotación temporal del mercado puede ser de gran utilidad en aquellas actividades de empresa “estacionales o de temporada”⁴⁴ , como ocurrió en el caso *United Brands*⁴⁵ , en el que se tomó

⁴² Los elementos que integran el mercado relevante se han analizado conforme a la Comunicación de la Comisión (97/C 372/03), párrafos 7 y 8.

⁴³ Según ALFARO, dos bienes son sustitutivos o sustituibles cuando el consumidor estima que están destinados a satisfacer la misma necesidad. Productos como la mantequilla o la margarina son buenos ejemplos de bienes sustitutivos. Para más información consultar ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Definición del mercado relevante en operaciones de concentración” [en línea], <<https://almacendederecho.org/definicion-del-mercado-relevante-en-operaciones-de-concentracion/>>. [Consulta: 1 mar. 2019].

⁴⁴ Según la AGENCIA TRIBUTARIA ESPAÑOLA, tienen la consideración de actividades de temporada “aquellas que habitualmente solo se desarrollan durante ciertos días al año, continuos o alternos, siempre que el total no exceda de 180 días al año.” Extraído de “Índices correctores” [en línea], <https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/Ayuda/Manuales__Folletos_y_Videos/Manuales_de_ayuda_a_la_presentacion/Ejercicio_2016/_Ayuda_Modelo_100/7__Cumplimentacion_IRPF_I_/7_5__Rendimientos_de_actividades_economicas/7_5_3__Regimen_de_estimacion>

como referencia la temporada del plátano (un año), si bien resulta más lógico tomar en consideración periodos de tiempo relativamente largos en aras de valorar si existe o no posición dominante, ya que las presunciones de dominancia establecidas por las autoridades europeas en relación a las cuotas de mercado solo funcionarán como tal, si ésta se puede mantener durante un tiempo más o menos largo⁴⁶, como veremos más adelante⁴⁷.

Antes de continuar con el análisis del mercado relevante, considero que es necesario analizar brevemente en qué consiste la dominancia. La mayor parte de la doctrina ha identificado tradicionalmente la posición de dominio con la capacidad de una empresa para subir los precios de sus productos por encima de umbrales competitivos sin experimentar perjuicio alguno⁴⁸. Es lógico, por tanto, que esta clase de conducta no pueda sostenerse si existen circunstancias que actúen como correctores de su comportamiento, siendo el objetivo fundamental de fijar el mercado relevante comprobar la existencia de tales circunstancias⁴⁹. Éstas pueden involucrar a los consumidores (sustituibilidad de la demanda) o a otros competidores (sustituibilidad de la oferta).

2.1.1. *Sustituibilidad de la demanda.*

Para comprobar si los consumidores están facultados para disciplinar el comportamiento de una empresa hipotéticamente dominante, es preciso comprobar cuáles son los bienes que aquellos consideran sustitutos⁵⁰, pues el grado de independencia con el que puede actuar la empresa dominante en relación a los consumidores va a depender de la existencia de bienes sustitutivos en el mercado⁵¹. Siguiendo esta línea, si se da una eventual subida de precios por parte de una hipotética empresa dominante y los consumidores

[_objetiva_excepto/7_5_3_8__Indices_correctores/7_5_3_8__Indices_correctores.html](#)>.

[Consulta: 1 ene. 2019].

⁴⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76.

⁴⁶ VELASCO SAN PEDRO, L. A., “Mercado relevante”, *Diccionario de Derecho de la Competencia*, dirigido por VELASCO SAN PEDRO L. A., Madrid: Iustel, 2006, pp. 35-39.

⁴⁷ *Vid.* Apartado “2.3. La cuota de mercado”.

⁴⁸ JIMÉNEZ LATORRE, F., CAÑIZARES PACHECO, E., “Dificultades para la definición del mercado relevante”. *El Abuso de la Posición de Dominio*, dirigido por MARTÍNEZ LAGE, S., PETITBÓ JUAN, A., Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 33-59.

⁴⁹ JIMÉNEZ LATORRE, F., CAÑIZARES PACHECO, E., *cit.*, p. 36.

⁵⁰ CREUS CARRERAS, A., AMADOR PEÑATE, O. y PÉREZ OLMO, G., “Principios básicos para la definición de mercado”, *Código de Derecho de la Competencia*, Madrid: Wolters Kluwer, 2006, pp. 920-928.

⁵¹ GUTIÉRREZ, I., PADILLA, J., “Una racionalización económica del concepto de posición de dominio”, *El Abuso de la Posición de Dominio*, dirigido por MARTÍNEZ LAGE, S., PETITBÓ JUAN, A., Madrid: Marcial Pons, 2006 pp. 15-31.

pueden acudir a un bien sustitutivo ofrecido por algún competidor, sin sufrir altos costes de cambio⁵², es probable que no podamos concluir que la empresa que practicó tal subida sea dominante⁵³, ya que su actuación le reportaría perjuicios significativos (perdería clientes) y no podría mantener esa conducta durante un largo periodo de tiempo. Además, no sería capaz de obstaculizar la libre competencia, pues otros competidores estarían ofreciendo bienes que actúan como sustitutivos de los suyos⁵⁴.

Para analizar el comportamiento del consumidor respecto a eventuales subidas de precios, suele utilizarse la demanda residual, que se identifica con la diferencia entre la demanda total de producto de la empresa en cuestión y la oferta de las empresas de la competencia⁵⁵. De esta forma, la elasticidad de la demanda residual ofrece información acerca de la relación de sustitución existente entre el producto ofertado por la empresa en cuestión en relación a los productos elaborados por la competencia, reflejando, por otra parte, los cambios producidos en la cantidad total de productos vendidos ante un aumento de precios⁵⁶. Por lo tanto, si una empresa incrementa sus precios, pero el grado de sustituibilidad de sus productos en relación con los que ofrece la competencia es alto, es probable que un número significativo de consumidores (afrentando costes de cambio bajos) comience a adquirir los productos de la competencia, no siendo posible hablar de la

⁵² Los costes de cambio son aquéllos a los que debe hacer frente el consumidor cuando decide comenzar a adquirir de forma regular los productos de un nuevo distribuidor, en detrimento de los que adquiriría de su proveedor habitual. Hay diferentes tipos, de tal forma que la doctrina económica ha tratado de ordenarlos a lo largo de los años de diferentes formas, aunque desde mi punto de vista, la clasificación más sencilla es la que los agrupa en torno a dos grandes categorías: Costes de cambio económicos (por ejemplo, un precio más elevado en los productos del nuevo distribuidor, o incluso la pérdida de las ventajas económicas obtenidas con el proveedor antiguo, como descuentos) y psicológicos (tales como un periodo de aprendizaje para usar el nuevo producto relativamente largo, o el hecho de haber desarrollado una amistad con el proveedor antiguo). Los costes de cambio se revelan como una herramienta útil para detectar indicios de dominancia, ya que si una empresa decide elevar los precios o reducir la calidad de sus productos, pero al mismo tiempo se dan elevados costes de cambio para poder empezar a consumir bienes sustitutos, es posible que dicha empresa sea dominante en el mercado. Para más información consultar BARROSO CASTRO, C., PICÓN BERJOYO, A., “La importancia de los costes de cambio en el comportamiento del cliente”, *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa*, vol. 10, núm. 3, 2004, pp. 209-232.

⁵³ GUTIÉRREZ, I., PADILLA, J., *cit.*, pp. 22.

⁵⁴ Vid. Apartado “2.1.2. Sustituibilidad de la oferta”.

⁵⁵ GUTIÉRREZ, I., PADILLA, J., *cit.*, p. 22.

⁵⁶ FLINT BLANK, P., “El rol del Estado en la determinación del mercado relevante”, *Tratado de Defensa de la Libre Competencia: un estudio exegético del D.L. 701*, Lima (Perú): Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, pp. 214-218.

existencia de dominancia (siempre y cuando las empresas competidoras sean capaces de satisfacer la demanda residual de la empresa supuestamente dominante)⁵⁷.

En conclusión, la sustituibilidad de la demanda viene determinada por los productos que son sustitutivos respecto a los de la empresa dominante y supone, en atención a lo analizado en párrafos superiores, el corrector más inmediato a su comportamiento. Su importancia es fundamental, pues sirve a dos propósitos distintos al mismo tiempo:

- De entrada, la sustituibilidad de la demanda es fundamental a la hora de determinar el mercado relevante, pues es necesario incluir en el mismo todos los bienes y servicios que son sustitutivos respecto a los de la empresa supuestamente dominante.
- Además, la sustituibilidad de la demanda sirve, a mi juicio, como indicador de dominancia, pues si el número de bienes sustitutivos que hay en el mercado es limitado, es más probable que la empresa investigada sea realmente dominante en el mismo, al no enfrentar presiones por parte de los consumidores que puedan impedir subidas de precios arbitrarias.

2.1.2. *Sustituibilidad de la oferta.*

En el apartado anterior quedó evidenciado cómo la sustituibilidad de la demanda es el instrumento principal a la hora de determinar el mercado relevante y, al mismo tiempo, comprobar si existen indicios de dominancia en el mismo. No obstante, la Comisión Europea también hace referencia a la sustituibilidad de la oferta para fijar el mercado. Sin embargo, ésta sólo podrá utilizarse en aquellas circunstancias en que arroje unos resultados similares a los de la sustituibilidad de la demanda, de tal forma que únicamente se deberá incluir en el mercado relevante a aquellas empresas que puedan empezar a producir bienes sustitutivos rápidamente y sin incurrir en grandes costes⁵⁸.

La sustituibilidad de la oferta se identifica, por tanto, con las empresas que, aprovechando un incremento en los precios por parte de la empresa hipotéticamente dominante, podrían empezar a producir bienes o servicios sustitutivos respecto a los de

⁵⁷ GUTIÉRREZ, I., PADILLA, J., *cit.*, pp. 21-22.

⁵⁸ Comunicación de la Comisión (97/C 372/03), párrafo 20.

ésta, sin asumir grandes costes de producción y en un breve espacio de tiempo⁵⁹. Desde este punto de vista, la sustituibilidad de la oferta resulta útil para definir mercados en aquellos supuestos en que las empresas fabrican distintas calidades de un mismo producto, ya que aunque el consumidor no considere esas diferentes gamas como sustitutas las unas de las otras, es posible que cualquier empresa pueda empezar a producir cualquiera de las mismas sin incurrir en grandes costes y en un corto periodo de tiempo, ante una eventual subida en los precios⁶⁰. De esta forma, la Comisión pone como ejemplo el mercado del papel, ya que aunque las diferentes empresas puedan especializarse en fabricar una gama específica de papel, podrían empezar a fabricar las otras sin incurrir en grandes costes y largos espacios de tiempo, como respuesta a un incremento en los precios en las mismas⁶¹.

De esta forma, la sustituibilidad de la oferta actúa, en realidad, como un complemento de la sustituibilidad de la demanda, pues una vez determinado el mercado conforme a ésta, en algunas ocasiones deberemos utilizar aquélla para ampliarlo y terminar de definirlo⁶².

Para que otras empresas puedan disciplinar el comportamiento de la que practicó la subida de precios es necesario que dispongan (o puedan disponer rápidamente) de los factores productivos necesarios para llevar a cabo la fabricación y distribución de los bienes sustitutos de forma competitiva, tales como maquinaria, *know-how*⁶³, redes de distribución, fábricas, aunque también pueden influir otras circunstancias, como la obtención de los beneficios económicos razonablemente esperados⁶⁴.

En definitiva, la sustituibilidad de la oferta constituye, en mi opinión, un parámetro a tener en cuenta por dos razones:

- En primer lugar, actúa como un corrector o complemento de la sustituibilidad de la demanda, pues del estudio llevado a cabo en párrafos superiores concluimos que

⁵⁹ JIMÉNEZ LATORRE, F., CAÑIZARES PACHECO, E., *cit.*, p. 36-37.

⁶⁰ Comunicación de la Comisión (97/C 372/03), párrafo 21.

⁶¹ Comunicación de la Comisión (97/C 372/03), párrafo 22.

⁶² JIMÉNEZ LATORRE, F., CAÑIZARES PACHECO, E., *cit.*, p. 37.

⁶³ Según PASCUAL DE QUITO, I., podemos entender por *know how* todos aquellos conocimientos y técnicas que le otorgan a una empresa una ventaja competitiva sobre la competencia, como por ejemplo, producir bienes de mayor calidad a un menor precio. Dichos saberes se mantienen en secreto de manera intencionada para evitar su divulgación y con ello la pérdida de la ventaja obtenida, no patentándose. Extraído de “Know-how: ¿ser o no ser?” [en línea], <https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/know-how-ser-o-no-ser>. [Consulta: 9 ene. 2019].

⁶⁴ GUTIÉRREZ, I., PADILLA, J., *cit.*, pp. 24-25.

ésta puede revelarse insuficiente para determinar el mercado, a pesar de ser la herramienta principal.

- Pero además, al igual que ocurría con la sustituibilidad de la demanda, la sustituibilidad de la oferta es útil para adelantar si existe dominancia o no en el mercado, debido a que si no existen empresas que puedan y quieran fabricar bienes sustitutos sin incurrir en grandes costes y a corto plazo, el operador investigado tendrá más posibilidades de ser dominante.

2.1.3. El Test SSNIP (*test del monopolista hipotético*)

A la hora de definir mercados, en el Derecho europeo se utiliza el *test SSNIP* (*Small but Significant Non- Transitory Increase in Price*), también llamado test del monopolista hipotético, pudiendo identificarse las presiones competitivas (sustituibilidad de la demanda y de la oferta) tanto en el ámbito del mercado de producto como en el ámbito del mercado geográfico, partiendo de la premisa de que existe un mercado relevante cuando un hipotético monopolista que opere en el mismo pueda elevar los precios de forma rentable⁶⁵. Generalmente se toma como referencia para realizar el test un hipotético aumento en los precios del 5 o 10%⁶⁶.

En apartados anteriores analicé el mercado de producto, el cual se compone de todos aquellos bienes y servicios que el consumidor considera sustitutivos, luego será preciso incluir dentro del mismo todos los que puedan ser objeto de sustitución por parte de los consumidores, quedando determinada, por tanto, la sustituibilidad de la demanda⁶⁷. Imaginemos que la empresa A produce camisas para caballero conocidas ampliamente por los consumidores en el mercado. Esta empresa, en un momento dado decide incrementar sus precios un 5 o 10%, originando que un número importante de sus clientes decida adquirir las camisas de la empresa B. Cabe deducir, por tanto, que ambos modelos de camisa forman parte de un mismo mercado relevante⁶⁸.

⁶⁵ BAHAMONDE DELGADO, R., “El poder de mercado y su relevancia en el derecho de la competencia europeo”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 17, 2013, pp. 487-499.

⁶⁶ JIMÉNEZ LATORRE, F., CAÑIZARES PACHECO, E., *cit.*, p. 39.

⁶⁷ BAHAMONDE DELGADO, R., *cit.*, p. 491.

⁶⁸ Ejemplo extraído de la siguiente fuente: JIMÉNEZ LATORRE, F., CAÑIZARES PACHECO, E., *cit.*, p. 39.

En algunas ocasiones también habrá que tener en cuenta la sustituibilidad de la oferta para acabar de definir el mercado⁶⁹. Como ya analicé con anterioridad, la sustituibilidad de la oferta viene determinada por la posibilidad de que otras empresas empiecen a competir con el operador que incrementó los precios, produciendo bienes sustitutivos respecto a los de éste. Para determinar la sustituibilidad de la oferta es igualmente útil el test. Tomando el ejemplo anterior, ante el incremento de precios del 5 o 10% llevado a cabo por la empresa A, la empresa C, que fabrica camisas para mujer, podría empezar a fabricar camisas para caballero sin incurrir en costes significativos y en un espacio corto de tiempo, de tal forma que tanto A como C deberían entenderse comprendidas dentro de un mismo mercado relevante desde el punto de vista de la sustituibilidad de la oferta⁷⁰.

El mercado geográfico, como ya dispuse en páginas anteriores, viene determinado por el espacio en el que las diferentes empresas en cuestión ofrecen sus productos o servicios, caracterizándose por reunir unas condiciones de competencia homogéneas que le permiten distinguirse de otras zonas. Como observan algunos autores, el mercado podrá comprender el territorio de un país, una región, todo el territorio de la Unión, incluso puede tomarse como referencia un mercado global entre otros casos⁷¹. Al igual que para la determinación del mercado de producto, tomaremos como referencia tanto la sustituibilidad de la demanda como de la oferta, utilizando en ambos casos el test para identificarlas satisfactoriamente⁷².

Comenzaré con la sustituibilidad de la demanda. Si ante un incremento del 5 o 10% de la empresa A en sus productos (camisas de caballero en nuestro ejemplo) ofrecidos en un área geográfica X, un número importante de consumidores optan por consumir productos sustitutivos que se ofrezcan en el área geográfica Y, tendremos que incluir tanto las zonas X e Y como parte del mismo mercado relevante⁷³.

Por su parte, la sustituibilidad de la oferta para el mercado geográfico vendría determinada por aquellas empresas que podrían comenzar a distribuir productos o servicios sustitutivos en el mercado geográfico de referencia, sin incurrir en costes significativos y en un espacio corto de tiempo, pero que aún no se encuentran en dicha zona ofertándolos,

⁶⁹ JIMÉNEZ LATORRE, F., CAÑIZARES PACHECO, E., *cit.*, p. 37.

⁷⁰ BAHAMONDE DELGADO, R., *cit.*, p. 493.

⁷¹ BAHAMONDE DELGADO, R., *cit.*, p. 494.

⁷² BAHAMONDE DELGADO, R., *cit.*, p. 493-495.

⁷³ JIMÉNEZ LATORRE, F., CAÑIZARES PACHECO, E., *cit.*, p. 39.

todo ello ante una eventual subida del 5 o 10% del precio de los productos llevado a cabo por el operador supuestamente dominante. En el ejemplo que venimos utilizando en líneas anteriores, si la empresa A oferta camisas de caballero en la zona X y decide llevar a cabo el incremento descrito anteriormente, la empresa B, que produce camisas para mujer y las oferta en la zona Y, podría empezar a producir camisas de caballero sin incurrir en grandes costes y en un periodo de tiempo relativamente corto y proceder a suministrarlas en la zona Y. Si un número elevado de consumidores opta por desviar sus compras a la zona Y, tendríamos que integrar X e Y dentro del mismo mercado geográfico.

En el momento en que no se detecten más presiones por parte de competidores y consumidores a través del test, el mercado relevante habrá quedado determinado⁷⁴.

El test como instrumento para definir mercados resulta útil, aunque no es infalible, pues presenta algunas peculiaridades que impiden que así sea⁷⁵. A continuación se describen algunas de las mismas:

1- La falacia del celofán: Este fenómeno tiene su origen en el caso *Du Pont de Nemours and Co.*, empresa que ostentaba una cuota del 75% en el mercado del celofán y que sostenía, no obstante, que el mercado relevante no estaba integrado únicamente por ese producto, sino también por todos los bienes que podían utilizarse como embalaje flexible (tales como film o papel de aluminio), siendo aceptada esta argumentación por el Tribunal Supremo norteamericano, debido a la existencia de una relación de sustitutividad razonable entre el celofán y los otros materiales que podían usarse para empaquetar⁷⁶.

El fenómeno de la falacia del celofán surge en aquellos casos en los que la empresa supuestamente dominante incrementa los precios hasta alcanzar un nivel que ocasiona que el consumo pueda corregirse y orientarse hacia bienes que inicialmente no se considerarían sustitutos⁷⁷. A modo de ejemplo, Si un fabricante de café supuestamente dominante eleva los precios por encima de umbrales competitivos y no existen en el mercado otros oferentes o bienes sustitutivos perfectos, es posible que el consumidor opte por empezar a consumir zumo a un precio menor. Una aplicación estricta del test nos conduciría a incluir al café y al

⁷⁴ JIMÉNEZ LATORRE, F., CAÑIZARES PACHECO, E., *cit.*, pp. 39-40.

⁷⁵ JIMÉNEZ LATORRE, F., CAÑIZARES PACHECO, E., *cit.*, p. 40.

⁷⁶ RUIZ, G., “Definición de mercado relevante y políticas de competencia”, *Themis: Revista de Derecho*, núm. 41, 2000, pp. 291-310.

⁷⁷ JIMÉNEZ LATORRE, F., CAÑIZARES PACHECO, E., *cit.*, p. 40.

zumo dentro del mismo mercado relevante, de tal forma que el poder de la empresa encausada quedaría difuminado.

Por tanto, una utilización demasiado rígida del test nos puede conducir a tomar como referencia mercados artificialmente extensos, lo cual es beneficioso para la empresa encausada, pues su poder real queda encubierto⁷⁸, tal y como sucedió en el caso *Du pont*, en el que se acabó por tomar como referencia una cuota de mercado inferior al 20% (al incluir dentro del mismo mercado a todos los productos de embalaje flexible) y no el 75% inicial (correspondiente solo al celofán)⁷⁹.

2- Parámetros distintos a los precios: como hemos visto a lo largo del apartado, el test toma como referencia los incrementos de precios llevados a cabo por las empresas supuestamente dominantes para poder determinar el mercado relevante. No obstante, los incrementos en los precios no ayudarán en aquellos mercados en los que las diferentes empresas actúen de forma diferente, tal y como sucede en los sectores de alta tecnología, en los que las empresas no compiten mediante los precios de forma principal, sino mediante la innovación, manifestándose las presiones a través de la posibilidad de que una empresa más innovadora desplace a las otras del mercado⁸⁰.

3- Arbitrariedad en la definición del mercado: para medir el grado de sustituibilidad de los productos que pueden formar parte de un mismo mercado relevante, el test toma como parámetro un incremento en los precios del 5 o 10 %, siendo objeto de críticas debido a una supuesta arbitrariedad a la hora de escoger tales porcentajes⁸¹. No obstante, en la doctrina tiene cierta acogida la teoría de que un incremento de esta magnitud permite obtener un grado de sustituibilidad razonable para los productos que integran un mismo mercado⁸².

A pesar de lo anterior, es posible que en algunos supuestos estos índices no nos permitan medir adecuadamente el grado de sustituibilidad de los productos y por tanto, determinar si forman parte de un mismo mercado relevante, pues en el caso

⁷⁸ JIMÉNEZ LATORRE, F., CAÑIZARES PACHECO, E., *cit.*, pp. 40-41.

⁷⁹ DÍEZ ESTELLA, F., “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”, *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2000, pp. 321-344.

⁸⁰ JIMÉNEZ LATORRE, F., CAÑIZARES PACHECO, E., *cit.*, p. 41.

⁸¹ JIMÉNEZ LATORRE, F., CAÑIZARES PACHECO, E., *cit.*, p. 41.

⁸² RUIZ, G., *cit.*, p. 302.

de países en vías de desarrollo, en los cuales impera un alto grado de inflación, un incremento de un 5 o un 10% en los precios es muy probable que no motive al consumidor a buscar bienes sustitutivos⁸³.

2.1.4. Instrumentos utilizados para definir el mercado

Aunque la técnica del *test SSNIP* constituye el campo de actuación básico para fijar el mercado, en la práctica suelen resultar necesarios otros instrumentos que aporten información concreta y detallada para definirlo con la mayor exactitud posible⁸⁴.

Para comenzar expondré una serie de instrumentos econométricos y estadísticos que, como norma general, son igualmente válidos para definir tanto el mercado de producto como el geográfico⁸⁵.

En primer lugar, puede utilizarse la elasticidad precio, así como la elasticidad cruzada de la demanda. La elasticidad precio⁸⁶ mide la disminución que experimentará la demanda de un bien a consecuencia del aumento que se produzca en el precio del mismo. Tomando como referencia el aumento del 5 o 10 % que utiliza el test del monopolista hipotético, si la elasticidad alcanza valores altos significa que la cantidad demandada de un bien disminuirá ante subidas en los precios, pero si toma valores bajos, la demanda no experimentará grandes cambios ante tales aumentos, de modo que resultará rentable practicarlos. En consecuencia, una elasticidad con bajos valores revelará la existencia de un mercado relevante, al ser rentable incrementar los precios.

La elasticidad cruzada de la demanda⁸⁷ también es útil a la hora de determinar el mercado relevante. La elasticidad cruzada determina el cambio que experimenta el consumo de un bien como respuesta al cambio en el precio de otro bien diferente. Partiendo de lo anterior, si desciende el precio de uno de los bienes al tiempo que aumenta la demanda del otro, ambos bienes son complementarios⁸⁸. Por el contrario, si el aumento

⁸³ RUIZ, G., *cit.*, p. 302.

⁸⁴ JIMÉNEZ LATORRE, F., CAÑIZARES PACHECO, E., *cit.*, p. 38.

⁸⁵ Comunicación de la Comisión (97/C 372/03), párrafo 45.

⁸⁶ El estudio de la elasticidad precio de la demanda se ha llevado a cabo siguiendo esta fuente: JIMÉNEZ LATORRE, F., CAÑIZARES PACHECO, E., *cit.*, pp. 53-54.

⁸⁷ El análisis de la elasticidad cruzada se ha realizado conforme a la siguiente fuente: BLASCO TORREJÓN, B., “Lo esencial sobre elasticidad cruzada [en línea], <<http://diccionarioempresarial.wolterskluwer.es/Content/Documento>>. [Consulta: 5 jun. 2019].

⁸⁸ Dos bienes son complementarios en los casos en que están destinados a satisfacer la misma necesidad, pero para ello deben emplearse de forma conjunta. Un bote de pintura y un pincel, una

en el precio de uno de los bienes provoca que la cantidad demandada del otro también aumente, ambos bienes son sustitutivos, debiendo incluirse dentro del mismo mercado relevante.

Otro instrumento útil para definir mercados es el coeficiente de correlación lineal⁸⁹, un parámetro estadístico que puede utilizarse para comprobar si entre los precios de dos productos se da una relación lineal. El resultado ofrecido puede interpretarse de diferentes formas: En el caso de que el resultado sea 1 o se aproxime, los valores tomados guardarán una relación positiva, dependiendo el grado de intensidad de la misma de cuanto se acerque a 1. Si el resultado es -1 o se acerca, la relación existente entre los valores será negativa y al igual que en el caso anterior, el grado de intensidad con el que se manifieste dependerá de lo que se aproxime el valor a -1. Por último, en aquellos casos en que el resultado ofrecido sea 0 o se acerque, la relación entre los valores será muy débil o inexistente. En los casos en que el coeficiente revela la existencia de una relación positiva e intensa entre el precio de dos bienes, bajadas o subidas en el precio de uno encuentran alteraciones del mismo tipo en el precio del otro, siendo probablemente bienes sustitutivos, por lo que tienen que incluirse en el mismo mercado.

El coeficiente de correlación tiene, no obstante, una utilidad relativa para definir mercados, pues aunque los precios de dos productos guarden una relación de naturaleza lineal, es posible que ésta sea fruto de otras circunstancias que no se hayan considerado al realizar el análisis. De esta forma, es posible que exista una relación lineal fuerte entre el precio de la cerveza y el de los libros de texto, pero sería absurdo concluir que ambos bienes son sustitutivos.

El Análisis de cointegración permite salvar el problema de las relaciones lineales que sean fruto de la casualidad, ya que examina los cambios que experimentan los precios de los productos sujetos a examen a largo plazo, de tal forma que sólo serán sustitutivos si la relación lineal se mantiene estable a lo largo del tiempo (es decir, sus precios están cointegrados), luego aumentos y disminuciones en el precio de uno, ocasiona alteraciones del mismo nivel en el precio de los otros⁹⁰.

impresora y un cartucho de tinta, o un teléfono móvil y su cargador son buenos ejemplos de bienes complementarios. Extraído de BALTRA CORTÉS, A., "Capítulo segundo: los bienes", *Teoría Económica vol. I*, Santiago de Chile (Chile): Editorial Andrés Bello, 1973, pp. 45-53.

⁸⁹ El estudio del coeficiente de correlación se ha extraído de la siguiente fuente: JIMÉNEZ LATORRE, F., CAÑIZARES PACHECO, E., *cit.*, pp. 44-46.

⁹⁰ JIMÉNEZ LATORRE, F., CAÑIZARES PACHECO, E., *cit.*, p. 48.

Para finalizar con los instrumentos econométricos y estadísticos, haré una breve referencia al test de causalidad de Granger⁹¹. Este test permite determinar si dos bienes son sustitutivos en base a la existencia de una relación de causalidad entre los cambios que se produzcan en sus respectivos precios. De esta forma, si las alteraciones en el precio del bien de uno de los productos objeto de estudio permite anticipar un cambio de la misma naturaleza en el precio del otro, ambos serán sustitutivos, perteneciendo en consecuencia al mismo mercado.

Al margen de los datos que ofrecen los métodos estadísticos y econométricos, también existen otras formas para conseguir la información necesaria para delimitar el mercado relevante. De esta forma, la información acerca del comportamiento del consumidor, las opiniones de otras empresas competidoras acerca de los productos que integran el mercado o sobre las dimensiones del mismo, o incluso la existencia de diversos factores que condicionen el comercio entre diversas zonas geográficas pueden tenerse en cuenta para determinar el mercado⁹².

2.2. La posición de dominio

2.2.1. Concepto

En el apartado relativo al mercado relevante⁹³ quedó expuesta la manifestación más importante de la posición de dominio, consistente en subir los precios por encima de los niveles competitivos sin experimentar perjuicios. No obstante, hay otras manifestaciones diferentes, siendo necesario un análisis más exhaustivo del término.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede resultar de utilidad para seguir profundizando en el elemento material del ilícito anticompetitivo. En el caso *Hoffman-La Roche*⁹⁴, se define la posición de dominio como aquella “*situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que permite a ésta impedir que haya una competencia efectiva*”

⁹¹ El análisis del test de causalidad de Granger se ha extraído de la siguiente fuente: JIMÉNEZ LATORRE, F., CAÑIZARES PACHECO, E., *cit.*, p. 49-50.

⁹² Comunicación de la Comisión (97/C 372/03), párrafos 36 y ss.

⁹³ *Vid.* Apartado “2.1. El mercado relevante”.

⁹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, párrafo 38.

en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores”

Del pronunciamiento del Tribunal de Justicia se deduce que el hecho de que una empresa pueda comportarse con independencia respecto a otros competidores, clientes o consumidores, constituye un elemento esencial de la dominancia. Cabe preguntarse, por tanto, en qué consiste comportarse con independencia. Algunos autores equiparan esa independencia al concepto económico del poder de mercado⁹⁵.

El poder de mercado le otorga a la empresa una potestad de entidad suficiente como para variar los precios, pero también afectar a las características de los productos, o incluso dificultar que otras empresas puedan innovar, todo ello durante un periodo de tiempo significativo⁹⁶. Las acciones de este tipo permiten a una empresa, en definitiva, restringir o minorar la competencia en uno o varios mercados.

Los conceptos de posición dominante y poder de mercado son, por tanto, prácticamente equiparables, teniendo dicha equiparación gran acogida por parte de la doctrina⁹⁷. Así, una empresa ostentaría una posición dominante en el mercado en los casos en que, por ejemplo, pudiera elevar los precios por encima de umbrales competitivos, u ofreciera productos o servicios de una calidad menor, de tal forma que no le reportaría perjuicios tales como la pérdida de clientes, pudiendo mantener e incluso maximizar los beneficios (desarrollando, en consecuencia, un comportamiento independiente frente a otros agentes económicos).

Una vez conceptualizada la posición dominante, es necesario centrarse en aquellas variables que actúan como indicadores de la misma, siendo la principal la cuota de mercado.

2.2.2. La cuota de mercado

La cuota muestra información acerca de la posición que ocupa una empresa en el mercado, de tal forma que cuanto mayor sea la cuota, mayor será el número de

⁹⁵ GUTIÉRREZ, I., PADILLA, J., *cit.*, p. 17.

⁹⁶ BLAS DE AGUILERA, J., “La comisión europea investiga posibles prácticas anticompetitivas realizadas por Google”, *Actualidad Civil*, núm. 5, 2015, pp. 86-93.

⁹⁷ FERNÁNDEZ, C., “Cuota de mercado y poder de mercado”, *El Abuso de la Posición de Dominio*, dirigido por MARTÍNEZ LAGE, S., PETITBÓ JUAN, A., Madrid: Marcial Pons, 2006 pp. 61-74.

consumidores que estarán adquiriendo sus productos⁹⁸. Siguiendo esta línea, cuando una empresa posee una cuota de mercado alta en comparación con otros competidores, podría llegarse a la conclusión de que aquélla ostenta una posición de dominio. Desde el plano comunitario, se manejan algunos porcentajes que nos sirven de indicador para poder detectar la dominancia⁹⁹:

- 1) Cuando una empresa ostenta una cuota igual o inferior al 25% del mercado, hemos de descartar casi con seguridad, la existencia de dominancia.
- 2) Una cuota superior al 50% del mercado puede indicarnos la existencia de una posición dominante.

Respecto al segundo porcentaje, el Tribunal de Justicia determinó una presunción *iuris tantum* de dominancia para los casos en que una empresa goza de una cuota de mercado igual o superior al 50%¹⁰⁰, concretamente en el asunto *AKZO*¹⁰¹, al establecer que *“cuotas muy importantes constituyen por sí mismas, y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición dominante. Así ocurre con una cuota de mercado del 50 %, como la comprobada en el presente caso”*.

El Tribunal de Justicia, por otra parte, aclara que una cuota alta debe mantenerse durante un tiempo para que pueda presumirse que la empresa investigada es dominante, y aunque no ha precisado de forma exacta el mismo, en el asunto *AKZO* consideró suficiente un periodo de tres años, durante el cual la empresa ostentó una cuota del 50%¹⁰².

No obstante, aunque una cuota de mercado elevada pueda constituir un indicio de la existencia de dominancia, no siempre tiene por qué ser así. Una empresa con una cuota de mercado inferior al 50% puede ser perfectamente dominante, en aquellos casos en que, por ejemplo, el mercado esté muy fragmentado y el resto de competidores manejen cuotas reducidas¹⁰³. El caso *British Airways*¹⁰⁴ constituye un buen ejemplo de lo anterior, pues el Tribunal de Justicia determinó la dominancia de esta compañía de vuelo en base a una

⁹⁸ GUTIÉRREZ, I., PADILLA, J., *cit.*, p. 20.

⁹⁹ Los porcentajes utilizados se han explicado conforme a la siguiente fuente: GUTIÉRREZ, I., PADILLA, J., *cit.*, p. 20.

¹⁰⁰ BLAS DE AGUILERA, J., *cit.*, p. 88.

¹⁰¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 5ª) de 3 de julio de 1991, asunto C-62/86, párrafo 60.

¹⁰² FERNÁNDEZ, C., *cit.*, p. 68.

¹⁰³ AYLLÓN CASTRO, J., “Abuso de posición dominante I y II” [en línea], <<https://pymesycompetencia.wordpress.com/tag/posicion-dominante-2/>>. [Consulta: 26 mar. 2019].

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala 1ª) de 17 de diciembre de 2003, asunto T-219/99, párrafo 211.

cuota del 39,7%, pues la misma constituía “un múltiplo de las cuotas de mercado de cada una de sus cinco principales competidoras presentes [...] en el sector del transporte aéreo”, ostentando su más inmediato competidor (la compañía *Virgin*) tan solo un 5,5%. Sin embargo, también puede darse la posibilidad de que empresas con cuotas reducidas puedan condicionar el comportamiento de la empresa investigada, de tal forma que no quepa concluir que la misma es dominante¹⁰⁵. Además, no resulta descabellado que puedan existir empresas dominantes con cuotas bajas, en aquellos casos en que sus productos tengan un grado de diferenciación suficiente como para que los bienes ofrecidos por sus competidores no sean vistos como sustitutos¹⁰⁶.

De forma similar, es posible que una empresa tenga una cuota igual o superior al 50% del mercado y, al mismo tiempo, no sea dominante en el mismo. De esta forma, una empresa con una cuota del 51%, es posible que no sea dominante si existe en el mercado un competidor que abarque el 49% restante, o varios competidores que posean cuotas relativamente altas¹⁰⁷.

En cuanto a la carga de la prueba, caben dos situaciones distintas: Corresponderá a la empresa investigada demostrar que no existe dominancia en caso de que tenga una cuota igual o superior al 50%, mientras que en los supuestos en que la cuota sea inferior a ese porcentaje, la autoridad de competencia en cuestión será la encargada de probar la existencia de dominancia¹⁰⁸.

Del estudio llevado a cabo en los párrafos superiores puede deducirse que la cuota de mercado presenta algunas deficiencias como instrumento para detectar la dominancia. Por ello, la Comisión utiliza otros factores, de entre los que destacan el poder de la demanda y la dificultad de entrada al mercado.

En primer lugar, puede analizarse el poder del que disponga la demanda. En mercados en los que el consumidor tiene el poder de condicionar el comportamiento de las empresas, es más difícil que puedan afianzarse posiciones de dominio, ya que podrán recurrir a productos alternativos en el caso de que, por ejemplo, su proveedor habitual

¹⁰⁵ GUTIÉRREZ, I., PADILLA, J., *cit.*, p. 21.

¹⁰⁶ FERNÁNDEZ, C., *cit.*, p. 71.

¹⁰⁷ AYLLÓN CASTRO, J., “Abuso de posición dominante I y II” [en línea], <<https://pymesycompetencia.wordpress.com/tag/posicion-dominante-2/>>. [Consulta: 26 mar. 2019].

¹⁰⁸ BLAS DE AGUILERA, J., *cit.*, p. 88.

decidiese incrementar los precios¹⁰⁹. De esta forma, el poder del consumidor se identifica plenamente con la sustituibilidad de la demanda, pues a mayor sustituibilidad, mayor poder tendrá el consumidor y existirán menos posibilidades de que la empresa investigada sea dominante en el mercado en cuestión, al no poder comportarse con independencia respecto a sus clientes.

Por otra parte, también pueden analizarse las características del mercado en cuestión, en lo que a entrada se refiere, para comprobar la existencia de dominancia, de manera que si existen competidores actuales o potenciales que pudieran entrar al mercado en cuestión, ofreciendo bienes sustitutivos respecto a los de la empresa investigada, a un coste bajo y en poco tiempo, es posible que esta no decida subir los precios¹¹⁰, pues tal comportamiento le ocasionaría la pérdida de parte de su clientela. Por lo tanto, cuanto mayor sea el grado de sustituibilidad de la oferta, menos probabilidades existen de que la empresa investigada sea dominante en el mercado.

Para finalizar el apartado, es necesario destacar un elemento que condiciona en gran medida la sustituibilidad de la oferta, originando que se afiancen o adquieran posiciones de dominio: las barreras a la entrada.

Las barreras a la entrada son las trabas que se interponen en el camino de una empresa para poder entrar en el mercado. Estos obstáculos serían, por tanto, capaces de desincentivar la entrada de nuevas empresas competidoras, de tal forma que su existencia puede desembocar en la aparición o reforzamiento de posiciones dominantes. Las diferentes barreras a la entrada pueden clasificarse, entre otras formas, conforme a la siguiente tipología¹¹¹:

1- Barreras legales: obedecen a medidas de política legislativa tomadas por el Estado para poder ejercitar un control sobre la competencia en un mercado determinado. Suelen consistir en la petición por parte de la empresa interesada de una licencia previa, como ocurre, por ejemplo, en el mercado de la telefonía móvil.

2- Barreras económicas: su aparición puede traer causa de factores inherentes a los caracteres del mercado en cuestión, así como de la actitud de las empresas que ya

¹⁰⁹ Comunicación de la Comisión (2009/C45/02), párrafos 12 y 18.

¹¹⁰ Comunicación de la Comisión (2009/C45/02), párrafos 16 y 17.

¹¹¹ Los diferentes tipos de barreras a la entrada han sido analizados siguiendo esta fuente: “Barreras de entrada” [en línea], <<http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento>>. [Consulta: 7 ago. 2018].

están instaladas en el mismo. Esta categoría agrupa, a su vez, diversas modalidades, entre las que podemos destacar las siguientes:

a) Economías de escala: parte de la máxima de que en ciertos mercados, cuanto más produce una empresa, menores costes asume en la fabricación de su producto. De esta forma, resultará rentable producir en grandes cantidades, luego la empresa que quiera entrar al mercado, para poder competir desde el principio con las empresas ya instaladas, deberá tener una elevada capacidad de producción, pues de lo contrario, será difícil que pueda competir con las empresas preexistentes.

b) Costes Hundidos: hay determinados costes que la empresa debe asumir necesariamente si quiere entrar en un mercado determinado, como por ejemplo, la compra de determinados activos indispensables para poder desarrollar la actividad. De esta forma, si esos costes no pudieran recuperarse debido a que los activos no pueden utilizarse para el desempeño de otras actividades, tendrán la consideración de costes hundidos. Es lógico, por tanto, que la entrada al mercado se reduzca considerablemente en aquellos casos en que las empresas deban asumir demasiados costes hundidos.

c) Ventajas en los costes derivados del acceso a determinados factores productivos: una patente puede servirnos de ejemplo de acceso privilegiado (de hecho es exclusivo) a factores de producción claves en el mercado en cuestión, aunque también el *know-how* derivado de la experiencia en el sector. Los menores costes que proporcionan esta clase de ventajas pueden ser combinados con una política de precios bajos como respuesta a la entrada de nuevos competidores, para desincentivar la misma.

d) Diferenciación de productos: las empresas instaladas pueden estar en posesión de una marca para diferenciar sus productos. En estos casos, es posible que los consumidores hayan desarrollado una fidelidad hacia esa marca, de tal forma que a los nuevos competidores les resulte difícil conseguir una clientela que haga útil el esfuerzo de entrada al mercado.

En conclusión, todas estas trabas o inconvenientes conducen a que el valor de cuotas altas como indicadores de dominancia tenga que ser puesto, de nuevo, en entredicho¹¹². De esta forma, una empresa con una cuota del 25 o 30 % puede ser dominante si existen fuertes barreras a la entrada, pues si la misma decide incrementar los precios, éstas contribuirán a reducir el número de empresas que estén dispuestas a entrar al mercado a hacerle la competencia, siendo rentable tal incremento, pues maximizaría sus beneficios. De forma inversa, una empresa que disfrute de una cuota del 50 o 55%, puede ver como disminuye la misma ante subidas de precios que alienten a nuevas empresas a competir, pues con pocas barreras o ninguna, nuevos competidores entrarán al mercado y tales incrementos no resultarán rentables.

3. EL ELEMENTO INTENCIONAL: LA CONDUCTA ABUSIVA

3.1. El enfoque del abuso: ¿La forma o los efectos?

Antes de entrar de lleno en el análisis del elemento intencional del ilícito anticompetitivo, es necesario destacar que el hecho de que una empresa ostente una posición de dominio dentro de uno o varios mercados no va a ser objeto de prohibición, pues tanto el artículo 102 TFUE como el artículo 2 LDC se refieren a “*la explotación abusiva*” de la dominancia y no a la dominancia aisladamente considerada. La postura del legislador europeo (también del legislador español) es acertada, puesto que el hecho de que una empresa ostente poder de mercado es un indicador del buen hacer de ésta, pudiendo haber logrado esa posición mediante la calidad de sus productos, precios competitivos o la innovación en uno o varios mercados entre otros motivos¹¹³.

Para lograr los objetivos perseguidos por el Derecho de la competencia, es necesario precisar el enfoque que ha de seguirse para prohibir las conductas abusivas. Generalmente se opta por un enfoque formal, o por uno basado en los efectos perjudiciales que puedan ocasionarse a la competencia.

Antaño, las autoridades europeas venían siguiendo un enfoque formal respecto al abuso de posición dominante, de tal forma que la empresa de autos debía probar que a

¹¹² FERNÁNDEZ, C., *cit.*, p. 72.

¹¹³ GUTIÉRREZ, I., PADILLA, J., *cit.*, pp. 20-21.

pesar de gozar de dominancia, su conducta no encontraba encaje dentro de la lista ejemplificativa del artículo 102 TFUE, aunque también podía optar por demostrar que no era dominante para poder salir indemne de la investigación¹¹⁴.

Como puede observarse, en este enfoque no se tienen en cuenta los efectos adversos que puedan tener para la competencia tales prácticas. Constituye un reflejo de este enfoque formal el asunto *British Airways*¹¹⁵, donde el Tribunal de Justicia estableció que “*al objeto de determinar si existe una violación del artículo 82 CE, no es necesario demostrar que el abuso considerado tuvo un efecto concreto en los mercados afectados*”.

Desde mi punto de vista, un enfoque basado en la forma facilita enormemente la tarea de las autoridades de competencia, pues su trabajo se torna muy mecánico. En consecuencia, la autoridad en cuestión aplicará la norma de forma sistemática en aquellos casos en que la empresa investigada cometa alguna de las conductas enumeradas en el artículo 102 (siempre y cuando la misma sea dominante) sin pararse a valorar de forma pormenorizada los efectos (ya sean positivos o negativos) de tales acciones.

Por otra parte, el enfoque formal también puede ser contraproducente para los objetivos del Derecho de la competencia, siendo posible que las empresas dominantes, con tal de no ser sancionadas, se abstengan de practicar acciones que, a pesar de ser un tanto perjudiciales para otros competidores menos eficientes, podrían beneficiar al consumidor final, de modo que se estaría concediendo de forma artificial protección a los competidores en lugar de a los consumidores¹¹⁶.

A raíz de estos inconvenientes, las autoridades europeas han ido implementando poco a poco un enfoque basado en los efectos para perseguir las conductas abusivas, constituyendo prueba de ello el *Discussion Paper*¹¹⁷, o 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*”¹¹⁸, ambos en relación a la categoría de abusos restrictivos¹¹⁹.

¹¹⁴ ORTIZ BARQUERO, I., “Vientos de cambio en el ámbito del abuso de la posición de dominio: la aplicación de la “regla de la razón” a los abusos de exclusión en el derecho europeo de la competencia”, *Mercatoria*, vol. 10, núm. 1, 2011, pp. 1-32.

¹¹⁵ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala 1ª) de 17 de diciembre de 2003, asunto T-219/99, párrafo 293.

¹¹⁶ ORTIZ BARQUERO, I., *cit.*, pp. 8-9.

¹¹⁷ COMISIÓN EUROPEA, “Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses”, Bruselas, diciembre de 2005, disponible en <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>>.

¹¹⁸ Comunicación de la Comisión (2009/C 45/02).

Con este nuevo enfoque, los efectos perjudiciales causados a la competencia por las conductas pasan a ser el eje vertebrador para la persecución de las mismas, pasando la forma que puedan adoptar éstas a un segundo plano, convirtiéndose en uno de tantos parámetros que pueden utilizarse a la hora de calificar una conducta como abusiva pero no el principal¹²⁰.

De esta forma, se considerará abusiva una conducta que tenga efectos negativos sobre la libre competencia, y por tanto, sobre los consumidores, evitando caer en la trampa de dispensar protección a los competidores en lugar de a los consumidores¹²¹. Desde este punto de vista, es posible que algunas de las conductas de las empresas dominantes queden fuera del ámbito de la prohibición establecida en el artículo 102 TFUE, siempre y cuando la empresa investigada pruebe que sus acciones derivan de la existencia de una necesidad objetiva, o que ocasionan una mayor eficiencia¹²².

La Comisión destaca que la actuación de la empresa dominante sólo quedará excusada en base a una necesidad objetiva en aquellos casos en que su conducta derive de circunstancias ajenas a la misma¹²³, existiendo, a mi juicio, algunos paralelismos entre el concepto de necesidad objetiva con el valor que se le atribuye en el Derecho común a los supuestos de fuerza mayor o casos fortuitos. De esta forma, en el asunto *BP c. Comisión*¹²⁴, el Tribunal de Justicia excusó la decisión que tomó BP consistente en “*reducir sus suministros a ABG de una manera sustancial y en una proporción claramente mayor que la aplicada a los suministros a sus restantes clientes*”. Aunque la conducta de BP pudiera calificarse inicialmente como una negativa de suministro parcial¹²⁵ o como una forma de trato discriminatorio, la misma derivaba de la crisis del petróleo de los años 70, de forma que BP se vio obligada a reducir el suministro de clientes esporádicos en favor de sus clientes habituales, no teniendo ABG esta última consideración en ese momento. Puede deducirse, por tanto, que la conducta de BP era objetivamente necesaria, pues derivaba de una circunstancia ajena a la misma (la crisis petrolera).

¹¹⁹ ORTIZ BARQUERO, I., *cit.*, pp. 6-7.

¹²⁰ ORTIZ BARQUERO, I., *cit.*, p. 12.

¹²¹ REY, P., GUAL, J., HELLWIG, M., PERROT, A., POLO, M., SCHMIDT, K., STENBACKA, R., *cit.*, p. 100.

¹²² Comunicación de la Comisión (2009/C 45/02), párrafos 28 y ss.

¹²³ Comunicación de la Comisión (2009/C 45/02), párrafo 29.

¹²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de junio de 1978, asunto 77/77, párrafos 19, 20, 21, 22, 23 y 29.

¹²⁵ BROKELMANN, H., “La negativa de suministro y figuras afines”, *El Abuso de la Posición de Dominio*, coordinado por MARTÍNEZ LAGE, S., PETITBÓ JUAN, A., Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 341-365.

Las eficiencias, por su parte, se identifican con aquellas circunstancias que redundan en beneficio de los consumidores, de tal forma que aunque algunas conductas de las empresas dominantes puedan ocasionar la expulsión de otros competidores del mercado, pueden tolerarse si como contrapartida originan, por ejemplo, productos de mayor calidad a un precio menor. Para que una empresa dominante encuentre amparada su conducta en base a eficiencias, deben darse una serie de requisitos de forma cumulativa¹²⁶ :

- 1- Las eficiencias derivan de las acciones llevadas a cabo por la empresa dominante.
- 2- No deben existir alternativas menos gravosas para la competencia a las acciones desplegadas por la empresa dominante para lograr el mismo grado de eficiencia.
- 3- Las acciones de la empresa investigada, aunque permitan alcanzar un grado de eficiencia mayor, no deben conducir a eliminar a la totalidad o la mayoría de las empresas competidoras.
- 4- Las conducta de la empresa investigada logra alcanzar tal grado de eficiencia que es capaz de superar cualquier efecto negativo que pueda repercutir en los consumidores.

No obstante, las autoridades europeas han rechazado en casi todos los casos las alegaciones de las empresas investigadas respecto a las supuestas eficiencias que generaban sus conductas¹²⁷ .

3.2. Tipos de abuso

La mayor parte de la doctrina utiliza una clasificación que atiende al destinatario de los efectos de la conducta para clasificar las distintas formas que pueden tomar los abusos, existiendo dos grandes categorías:

- Por un lado están los abusos explotativos, en los que el sujeto pasivo de la conducta se identificará con aquellas personas que se encuentran en situación de

¹²⁶ El concepto y los requisitos de las eficiencias han sido analizados conforme a lo dispuesto en la Comunicación de la Comisión (2009/C 45/02), párrafos 30 y 31.

¹²⁷ ALLENDESALAZAR CORCHO, R., “El abuso y sus efectos. Modernización del artículo 82 TCE: revisión o reforma”, *El Abuso de la Posición de Dominio*, dirigido por MARTÍNEZ LAGE, S., PETTIBÓ JUÁN, A., Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 155-191.

dependencia respecto de la empresa dominante. Con esta modalidad se lesionan los intereses de consumidores u otras empresas clientes.

- Por otra parte, si la conducta de la empresa dominante tiene como objetivo dañar los intereses de otras empresas competidoras, pudiéndose producir su expulsión del mercado, estaremos ante la categoría de abusos restrictivos¹²⁸.

Aunque esta clasificación pueda ser de utilidad para clasificar, de forma general, las conductas abusivas, lo cierto es que la mayor parte de las mismas presentan un carácter híbrido, presentando daños para los competidores y consumidores (o empresas clientes) de forma simultánea¹²⁹, pues si por ejemplo, una conducta abusiva expulsa a varios competidores del mercado, los consumidores también resultarán perjudicados, ya que tendrán menos alternativas de producto entre las que escoger¹³⁰. No obstante, la mayor parte de los casos enjuiciados por las autoridades europeas muestran un carácter predominantemente restrictivo¹³¹.

Para estudiar las conductas abusivas, vamos a dividir los siguientes apartados conforme a la clasificación expuesta en los párrafos anteriores, así como utilizar las listas ejemplificativas de los artículos 102 TFUE y 2.2 LDC para ver cómo las prácticas en ella enumeradas pueden revestir la forma de abuso restrictivo, abuso explotativo, o ambas al mismo tiempo.

3.3. Abusos explotativos

La primera de las prácticas que aparece enumerada en el artículo 102 TFUE y en el 2.2 LDC se identifica con *“imponer directa o indirectamente precios de compra, venta u otras condiciones de transacción no equitativas”*. Como puede advertirse del tenor literal de este precepto, la mayor parte de conductas englobables en el mismo tendrán que ver con

¹²⁸ La clasificación de las conductas abusivas utilizadas en este trabajo ha sido extraída de la siguiente fuente: BERENGUER FUSTER, L., “Otras formas de abuso de posición dominante (con especial mención al abuso de situación de dependencia económica)”, *El Abuso de la Posición de Dominio*, dirigido por MARTÍNEZ LAGE, S., PETITBÓ JUÁN, A., Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 415-436.

¹²⁹ BERENGUER FUSTER, L., *cit.*, pp. 427-428.

¹³⁰ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio”, *cit.*, pp. 220-221.

¹³¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio”, *cit.*, p. 199.

precios. De entre las diferentes conductas que tienen que ver con precios, el ejemplo paradigmático de abuso explotativo se identifica con los precios excesivos.

3.3.1. Los precios excesivos como modalidad de abuso explotativo

La fijación de precios excesivos constituye, a mi juicio, la forma más primaria de llevar a cabo un abuso de explotación. En opinión de DÍEZ ESTELLA¹³², tales prácticas suponen un menoscabo del excedente o bienestar del consumidor en un doble sentido:

- Por un lado, los consumidores que gocen del poder adquisitivo suficiente para conseguir el bien pagarán en exceso en comparación a los precios existentes en condiciones normales de competencia.
- Por otra parte, se origina la imposibilidad de adquirir el producto para aquellos consumidores que no gocen del poder adquisitivo suficiente para adquirir el bien a un precio fuera de los márgenes competitivos.

El asunto *British Leyland*¹³³ puede ofrecer una primera toma de contacto con esta práctica explotativa al establecer que “*Hay explotación abusiva de una posición dominante cuando una empresa [...] exige por sus servicios el pago de unos derechos desproporcionados en relación al valor económico del servicio prestado*”.

Con esta primera aproximación, es fácil hacerse una idea de lo que puede constituir un precio excesivo. Básicamente, un precio será excesivo en aquellos casos en que el precio fijado por la empresa en cuestión no esté en consonancia con el valor del producto ofrecido. Esa discordancia entre el precio y el valor del producto es lo que conduce a afirmar que el primero es excesivo, pues en realidad lo que hace una empresa dominante es aprovechar su poder de mercado para intentar que paguemos más de lo que el producto o servicio ofrecido valdría en condiciones de competencia¹³⁴.

Aunque el concepto ofrecido en el párrafo anterior puede resultar de utilidad, lo cierto es que la cuestión es más compleja de lo que parece. En mi opinión, el criterio expuesto en el caso *British Leyland* es demasiado simple, pues en ocasiones, el precio de un

¹³² DÍEZ ESTELLA, F., “Abusos mediante precios: los precios excesivos”, *El Abuso de la Posición de Dominio*, dirigido por MARTÍNEZ LAGE, S., PETITBÓ JUAN, A., Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 253-272.

¹³³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1986, asunto 264/84, párrafo 27.

¹³⁴ DÍEZ ESTELLA, F., “Abusos mediante precios: los precios excesivos”, *cit.*, p.254.

producto puede no estar acorde con su valor y sin embargo, no ser anticompetitivo. Así, el precio de un producto puede verse afectado por circunstancias ajenas a la empresa que lo ofrece, tales como la escasez en el mercado, periodos de inflación, existencia de métodos más rentables para producir, la existencia de un número elevado de empresas ofertándolo, o la cantidad que demanda el consumidor a lo largo del tiempo.

Por las razones expuestas, es necesario buscar un criterio más exhaustivo. Considero que en el asunto *Ahmed Saeed*¹³⁵, el Tribunal de Justicia fijó un método para detectar los casos de precios excesivos, que puede extrapolarse perfectamente a cualquier supuesto. En este asunto, el Tribunal determinó que *“las tarifas deben estar razonablemente vinculadas a los costes globales a largo plazo de la compañía aérea considerando al mismo tiempo las necesidades de los consumidores, la necesidad de obtener un rendimiento satisfactorio del capital, la situación de competencia en el mercado, incluyendo las tarifas de las otras compañías aéreas que operen en esa ruta”*.

Según el caso anterior, para determinar el carácter excesivo de los precios fijados por una empresa dominante, se deben tener en cuenta los siguientes aspectos:

- En primer lugar, los costes totales de producción a largo plazo. Es lógico pensar que una empresa dominante puede estar vendiendo productos a precios excesivos si el beneficio obtenido supera de forma muy exagerada el coste de su producción.
- La sentencia citada también menciona las necesidades del consumidor, al igual que la necesidad de rentabilizar el capital (obtención de beneficios). Tales expresiones hacen referencia, desde mi punto de vista, al bienestar del consumidor y del productor. Para que un precio no sea tachado de excesivo, deberá buscarse el equilibrio entre ambos bienestares. En el momento en el que el bienestar del productor aumente demasiado, al tiempo que se erosiona el del consumidor, el precio podría ser considerado excesivo.
- Por último, el Tribunal de Justicia destaca la necesidad de analizar la situación de la competencia en el mercado en cuestión, valorando los precios fijados por las empresas competidoras. Tomar como referencia el precio al que venden las empresas competidoras puede resultar muy útil, pues si el producto ofrecido por la dominante es homólogo y su precio se aproxima a tales niveles es probable que el precio esté ajustado a su valor, pero si los sobrepasa considerablemente lo más probable es que sea excesivo.

¹³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de abril de 1989, asunto 66/86, párrafo 43.

En definitiva, si ponemos en relación todas esas pautas, obtenemos un buen criterio para determinar la existencia de precios excesivos, aunque resulta de utilidad completarlo mediante el examen de la existencia de barreras a la entrada al mercado, pues de no existir, lo más posible es que los precios vuelvan a los niveles competitivos de forma temprana al motivar la aparición de nuevos competidores¹³⁶.

Para continuar con el estudio de los abusos explotativos, voy a pasar al segundo punto de la lista ejemplificativa que aparece en el artículo 102 TFUE, consistente en “*limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores*” o “*de las empresas*” (artículo 2.2 LDC). Dentro de las conductas que pueden tener cabida en este apartado, destaca la limitación de la producción o del desarrollo técnico, dentro del contexto de los derechos de propiedad industrial e intelectual.

3.3.2. *El abuso de los derechos de propiedad industrial e intelectual como abuso explotativo*

En ocasiones, las empresas dominantes pueden optar por limitar la producción, mediante el uso anómalo de derechos de propiedad industrial o intelectual, constituyendo esta práctica un abuso explotativo, por los efectos perniciosos que tiene sobre los consumidores¹³⁷. En algunos pronunciamientos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha optado por englobar dentro de la misma categoría los derechos de propiedad industrial e intelectual a la hora de valorar si una conducta constituye o no un abuso de explotación¹³⁸, como sucedió en el asunto *Gema*¹³⁹, al establecer que “*nada justifica una distinción [...] entre el derecho de autor y los otros derechos de propiedad industrial y comercial*”. No obstante, a la vista de los diferentes casos existentes, voy a seguir un enfoque en el que analizaré por separado las conductas abusivas mediante el uso de estos derechos, pero antes de iniciar el análisis de las mismas, resulta útil ofrecer una pequeña introducción para analizar brevemente el contenido de estos derechos:

- Propiedad industrial: mediante la propiedad industrial se obtienen unos derechos de exclusiva sobre determinadas creaciones inmateriales que se protegen como

¹³⁶ DÍEZ ESTELLA, F., “Abusos mediante precios: los precios excesivos”, *cit.*, p. 271.

¹³⁷ MORALES ISASI, M., SAENZ-CORTABARRIA FERNÁNDEZ, I., “Las licencias obligatorias y el abuso de posición dominante”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 18, núm. 3, 1991, pp. 945-960.

¹³⁸ MORALES ISASI, M., SAENZ-CORTABARRIA FERNÁNDEZ, I., *cit.*, 954.

¹³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de enero de 1981, asuntos acumulados 55/80 y 57/80, párrafo 12.

verdaderos derechos de propiedad. Estos derechos protegen diseños industriales, marcas y signos distintivos, así como patentes y modelos de utilidad¹⁴⁰.

De entre todas las modalidades de protección y explotación en exclusiva que otorga la propiedad industrial, el ejemplo paradigmático para comprender estos derechos es, a mi juicio, la patente, la cual protege una invención otorgando a su titular la facultad de desarrollarla y explotarla en exclusiva durante un periodo de tiempo determinado, si bien la invención debe ser *“susceptible de aplicación industrial”*¹⁴¹ conforme al artículo 4 de la Ley de Patentes. Por otra parte, *“La patente tiene una duración de veinte años improrrogables, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud y produce sus efectos desde el día en que se publica la mención de que ha sido concedida”*, según el artículo 58 de la Ley, pasado el cual, se *“incorpora el objeto patentado al dominio público”* como dicta el artículo 108.2 del mismo cuerpo legal.

- Propiedad intelectual: la propiedad intelectual se identifica con aquellos derechos que protegen una obra producto del intelecto, ya sea artística, literaria o científica (tales como poemas, pinturas, obras musicales, etc.) y que otorgan al autor y a otros sujetos (productores, empresas editoriales, artistas intérpretes, etc.) la facultad de autorizar o prohibir la explotación de las mismas, pudiendo exigir el pago de una contraprestación (derechos de carácter patrimonial), además de otras prerrogativas, donde destacan los derechos morales, los cuales otorgan al autor o al intérprete durante toda su vida y a sus herederos o causahabientes al fallecimiento de aquéllos, el reconocimiento de la posición de autor de la obra o el reconocimiento del nombre del artista sobre sus interpretaciones, y la posibilidad de solicitar el respeto a la integridad de la obra o actuación con el objetivo fundamental de que no se altere la misma¹⁴².

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tuvo la ocasión de esclarecer en qué casos el uso incorrecto de los derechos de propiedad industrial puede suponer una

¹⁴⁰ Los conceptos de propiedad industrial y patente se han elaborado conforme a la siguiente fuente: OFICINA ESPAÑOLA DE PATENTES Y MARCAS, “¿Qué es la propiedad industrial?” [en línea], <https://www.oepm.es/es/propiedad_industrial/propiedad_industrial/>. [Consulta: 7 sep. 2018].

¹⁴¹ Se entiende que una invención tiene carácter industrial *“cuando su objeto puede ser fabricado o utilizado en cualquier clase de industria, incluida la agrícola”* conforme al artículo 9 de la Ley de Patentes.

¹⁴² El análisis de la propiedad intelectual se ha realizado conforme a la siguiente fuente: MINISTERIO DE CULTURA Y DEPORTE, “La propiedad intelectual” [en línea], <<https://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/areas-cultura/propiedadintelectual/la-propiedad-intelectual.html>>. [Consulta: 7 sep. 2018].

explotación abusiva del dominio, mediante algunos pronunciamientos¹⁴³. Existen dos casos para tomar contacto con la conducta sancionada. En primer lugar, el asunto *Conorzio Italiano della Componentistica di Ricambio per Autoveicoli y Maxicar c. Renault*¹⁴⁴, en el que el Tribunal de Justicia estableció lo siguiente: “*El simple hecho de haber obtenido patentes de modelos ornamentales relativos a elementos de carrocería de vehículos automóviles no constituye un abuso de posición dominante, en el sentido del artículo 86 del Tratado; el ejercicio del derecho exclusivo inherente a dichas patentes puede verse prohibido por el artículo 86 del Tratado si da lugar a determinados comportamientos abusivos por parte de una empresa en posición dominante, tales como la negativa arbitraria a suministrar piezas de recambio a talleres de reparación independientes, [...] o la decisión de no seguir produciendo piezas de recambio para un determinado modelo cuando sigan circulando aún muchos vehículos de dicho modelo, siempre que dichas conductas puedan afectar al comercio entre Estados miembros*”. En este caso, si la compañía Renault optase por aprovecharse de una patente con el objeto de limitar la producción, incurría en un abuso de posición de dominio al dejar de fabricar repuestos para un modelo de automóvil del cual muchas unidades siguen en circulación, en perjuicio de los consumidores propietarios de esos vehículos, constituyendo esta clase de comportamiento un abuso explotativo.

En segundo lugar, en el asunto *Volvo c. Erik Veng (UK) Ltd*¹⁴⁵, el Tribunal de Justicia siguió el mismo criterio utilizado en el caso Renault para determinar cuándo estamos ante un abuso explotativo mediante el ejercicio anómalo de una patente, de tal forma que no profundizaré más por el momento.

Respecto al ejercicio abusivo de los derechos de propiedad intelectual, destaca el asunto *Magill TV Guide Ltd. c ITP, RTE y BBC*¹⁴⁶. En este caso, ITP, RTE y BBC anunciaban sus respectivos programas de televisión enviando a los periódicos que lo pidiesen la información acerca de sus programas, mediante la concesión de una licencia gratuita y el establecimiento de una serie de condiciones que debían observarse para poder publicar la información. No existía por aquel entonces ninguna guía televisiva que ofreciese información acerca de toda la programación, sino que cada cadena optaba por publicar la suya. Aprovechándose de tal circunstancia, Magill TV decide elaborar una guía general que abarcase toda la programación semanal, no obstante, las cadenas anteriormente citadas se lo impiden, negando la posibilidad de que ésta pudiera acceder a las listas con los

¹⁴³ MORALES ISASI, M., SAENZ-CORTABARRIA FERNÁNDEZ, I., *cit.*, 949-950.

¹⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 1988, asunto 53/87, párrafo 18.

¹⁴⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 1988, asunto 238/87, párrafo 8.

¹⁴⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995, asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P, párrafos 7, 9, 10, 46, 50, 54.

programas de aquéllas. El Tribunal de Justicia, toma el siguiente criterio: “en cuanto a la posición dominante, es necesario recordar en primer lugar que el mero hecho de ser titular de un derecho de propiedad intelectual no puede atribuir semejante posición”, añadiendo que “el ejercicio del derecho excluyente por el titular puede dar lugar, en circunstancias excepcionales, a un comportamiento abusivo”. El Tribunal de Justicia apreció la existencia de un abuso explotativo, ya que la negativa de ITP, RTE y BBC “a proporcionar las informaciones básicas alegando las disposiciones nacionales sobre derechos de autor ha obstaculizado, pues, la aparición de un producto nuevo, una guía semanal completa de programas de televisión, que las recurrentes no ofrecían, y para la que había una demanda potencial por parte de los consumidores, constituye un abuso conforme a la letra b) del párrafo segundo del artículo 86 del Tratado”, siendo la obstaculización para la creación de una guía semanal exhaustiva un comportamiento que encajaría perfectamente en la categoría de limitación de la producción en perjuicio de los consumidores mediante el ejercicio anómalo de derechos de exclusiva.

De lo expuesto en párrafos superiores se deduce que la mera consecución de un derecho de propiedad industrial o intelectual no genera, por sí solo, un abuso. Es la utilización del mismo con fines anticoncurrenciales lo que genera el abuso. En el caso de los abusos explotativos, dicha conducta puede consistir en dejar de fabricar repuestos para vehículos aún en funcionamiento, o la obstaculización de la creación de una guía de televisión de carácter exhaustivo para la que existe demanda de los consumidores, como se advierte al analizar los casos anteriormente expuestos.

En cuanto a las soluciones que pueden tener este tipo de abusos, es necesario mencionar las licencias obligatorias¹⁴⁷. Éstas juegan un papel importante a la hora de desarrollar una invención, ya que si el dueño del derecho de exclusiva no puede, o simplemente se niega a desarrollarla (pensemos en los casos *Renault* y *Volvo* expuestos anteriormente), cualquier interesado podría solicitar una licencia de esta clase. Cabe deducir, por tanto, que el fin de estas licencias se identifica con proporcionar el acceso a la patente por parte de un tercero sin necesidad de contar con la aprobación de su titular, de tal forma que vendrá impuesta, en su caso, por la Oficina Española de Patentes y Marcas¹⁴⁸. Las causas que pueden motivar la concesión de una licencia obligatoria en nuestro país se encuentran enumeradas en una lista contenida dentro del artículo 91 de la Ley Española de Patentes y Marcas.

¹⁴⁷ MORALES ISASI, M., SAENZ-CORTABARRIA FERNÁNDEZ, I., *cit.*, p. 945-946.

¹⁴⁸ REQUERO, J. L., “Licencias obligatorias de patente” [en línea], <<https://www.joseluisrequero.com/licencias-obligatorias-de-patentes-2/>>. [Consulta: 20 sep. 2018].

Respecto a la validez que pueda tener esta clase de licencias para frenar los abusos de explotación que se sirven de los derechos de propiedad industrial e intelectual para limitar la producción en perjuicio del consumidor, el legislador español se muestra positivo frente a las mismas. Prueba de ello supone el artículo 91 apartado c) de la Ley de patentes y marcas, al referirse a la *“necesidad de poner término a prácticas que una decisión administrativa o jurisdiccional firme haya declarado contrarias a la legislación nacional o comunitaria de defensa de la competencia”* como una de las posibles causas que pueden propiciar la aparición de estas licencias.

Resulta útil destacar, en la línea de lo anterior, que las licencias obligatorias como solución a los abusos que revisten esta naturaleza, no están exentas de críticas. De esta forma, algunos autores de la doctrina española¹⁴⁹ han expuesto algunas de las debilidades de esta posible solución. Así, desde esta línea doctrinal, es posible que se produzca una aplicación desmedida de las normas de competencia que ocasionaría el vaciamiento de los derechos de propiedad industrial e intelectual. En este sentido se pronunció el Tribunal de Justicia en el caso *Volvo* (y en una línea similar en el caso *Renault*), pues *“una obligación impuesta al titular del modelo protegido de conceder a terceros una licencia para suministrar productos que incorporen el modelo protegido, incluso a cambio de una compensación económica razonable, supondría privar a dicho titular del contenido de su derecho exclusivo, y la negativa a conceder tal licencia no constituye en sí misma un abuso de posición dominante”*. Para estos autores, la solución idónea para las prácticas abusivas de esta naturaleza se identificaría con una obligación de hacer, como por ejemplo la reanudación del suministro de recambios para vehículos que aún están en circulación (casos *Volvo* y *Renault*), evitando, de esta forma, inutilizar los derechos de exclusiva.

A pesar de las posibles deficiencias que pueda presentar la licencia obligatoria, lo cierto es que su utilización para frenar abusos de esta clase me parece la senda a seguir, puesto que haciendo un juicio de ponderación en el que entrasen en juego los intereses del propietario del derecho de exclusiva de turno y los intereses de los consumidores de los diferentes mercados, me parece adecuado salvaguardar estos últimos, al constituir los consumidores un colectivo que merece una protección especial, al tiempo que el Derecho de la competencia tiene como fin último procurar su bienestar. En esta misma línea opino que el hecho de que en algunas ocasiones los derechos de exclusiva puedan quedar vacíos de contenido como contrapartida de la protección al consumidor es el menor de dos males

¹⁴⁹ MORALES ISASI, M., SAENZ-CORTABARRIA FERNÁNDEZ, I., *cit.*, pp. 952-953.

posibles (perjuicio para la empresa investigada y daños al consumidor). Además, este tipo de escenarios únicamente se darán en caso de usar de forma inadecuada los derechos de esta naturaleza.

3.3.3. La aplicación a terceros contratantes de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes como forma de abuso explotativo

Continuando con la lista ejemplificativa que nos ofrece el artículo 102 TFUE, hay que detenerse en aquellos casos en que las empresas tratan a los consumidores (o clientes y proveedores) de forma diferente pero en relación con los mismos productos o servicios ofertados.

De entre todas las conductas que pueden ocasionar un trato discriminatorio, el análisis va a centrarse en aquéllas que se sirven del precio de los bienes o servicios, pues en mi opinión, la diferencia de trato es más fácil de observar y comprender siguiendo esta línea.

Entre los diferentes métodos que pueden utilizar las empresas dominantes para llevar a cabo una política de discriminación de precios, destacan en el mercado europeo la utilización de la nacionalidad o el domicilio¹⁵⁰. Para comprender este tipo de conductas, resulta útil el asunto *United Brands*¹⁵¹. No obstante, es preciso aclarar que las diferencias que puedan darse en los precios con motivo de una nacionalidad o domicilio diferentes no tienen por qué obedecer a una política de precios discriminatorios, pues es normal que el precio de los productos o servicios varíe por circunstancias tales como las diferencias entre los mercados nacionales de los diferentes Estados miembros, las variaciones en el comportamiento del consumidor, la dificultad del transporte, la disparidad legislativa presente en los diferentes Estados, etc. No obstante, todas estas circunstancias son utilizadas a menudo, en mi opinión, por las empresas dominantes para realizar esta clase de comportamientos, de tal forma que las autoridades de defensa de la competencia deberán actuar con extrema cautela cuando se enfrenten a esta clase de comportamientos anticompetitivos.

¹⁵⁰ YANES YANES, P., “Abusos explotativos”, *Diccionario de Derecho de la Competencia*, dirigido por VELASCO SAN PEDRO, L. A., Madrid: Iustel, 2006, pp. 35-39.

¹⁵¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, asunto 27/66, párrafos 209, 228 y 234.

En el asunto citado, el Tribunal de Justicia estableció que la compañía United Brands siguió una “*política de precios diferentes según los Estados miembros a los que se destinan los plátanos [...] al menos desde el año 1971, a los clientes de la República Federal de Alemania, de los Países Bajos y de la UEBL, a los que se sumaron, a partir de enero de 1973, los de Dinamarca y desde noviembre de 1973, los de Irlanda.*” De esta forma, United Brands siguió, a mi modo de ver, una política de precios discriminatorios sirviéndose de la nacionalidad de los clientes y proveedores para encontrar una excusa que justificase la diferencia en los precios.

3.3.4. La vinculación de productos como modalidad de abuso explotativo

Para finalizar el análisis acerca de los abusos explotativos, voy dedicar unas líneas a los contratos vinculados, aunque esta clase de conductas serán analizadas de forma exhaustiva en el capítulo dedicado a los abusos restrictivos. El artículo 102 apartado d) TFUE se refiere a ellos como una práctica consistente en “*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*”.

Para algunos autores¹⁵², los contratos vinculados son aquéllos en los que una empresa dominante opta por vender simultáneamente productos o servicios que serían adquiridos habitualmente de forma separada por los consumidores.

Como indica YANES YANES¹⁵³, los contratos vinculados suponen un buen ejemplo de conducta que puede revestir al mismo tiempo naturaleza explotativa y restrictiva:

- Por un lado, la dimensión restrictiva de esta práctica se manifiesta en el daño producido a posibles competidores, pues mediante este tipo de prácticas es corriente que pueda producirse su expulsión del mercado, como veremos más adelante.
- En cuanto a la dimensión explotativa, se manifiesta en el daño producido al excedente del consumidor, pues éste será obligado a soportar unas condiciones de

¹⁵² ODRIOZOLA ALÉN, M. y BARRANTES DÍAZ, B., “La vinculación de productos. Referencia al asunto Microsoft”, *El Abuso de la Posición de Dominio*, dirigido por MARTÍNEZ LAGE, S., PETITBÓ JUÁN, A., Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 367-390.

¹⁵³ YANES YANES, P., *cit.*, pp. 31-35.

transacción no deseables, como por ejemplo condicionar la compra de un producto a la compra de otro distinto no deseado.

El asunto *Microsoft* constituye un buen ejemplo para comprender los efectos que tienen sobre los consumidores este tipo de prácticas. La Comisión Europea determinó que Microsoft había cometido diversos comportamientos abusivos, de entre los que destaca la vinculación de su reproductor multimedia al sistema operativo *Windows*. La Comisión llegó a la conclusión de que *“los reproductores multimedia para flujo continuo de datos (streaming) y los sistemas operativos para ordenadores personales son dos productos diferentes [...] hoy en día existe una demanda independiente de consumo de reproductores multimedia no vinculados que puede distinguirse de la demanda de sistemas operativos para ordenadores personales. En segundo lugar, existe cierto número de fabricantes que crean y suministran reproductores multimedia no vinculados. En tercero, la propia Microsoft desarrolla y distribuye versiones de su RWM destinadas a otros sistemas operativos para ordenadores personales. Por último, Microsoft promociona el RWM en competencia directa con los reproductores multimedia de terceras empresas”*¹⁵⁴.

A pesar de las alegaciones ofrecidas por Microsoft acerca de las supuestas eficiencias derivadas de la vinculación de los productos de software mencionados, la Comisión decidió imponer a Microsoft una multa de más de 497 millones de euros. En cuanto a los daños producidos al consumidor, la Comisión llegó a la siguiente conclusión: al vincular el reproductor con su sistema operativo, combinado con la dominancia de la que goza Microsoft en el mercado de sistemas operativos para ordenadores personales (una cuota en torno al 95%), se estaría incentivando a otras empresas de software a desarrollar programas y aplicaciones complementarias con dicho reproductor en detrimento de otros reproductores alternativos. De esta forma, se estaría limitando la capacidad del consumidor para elegir y obtener otros reproductores del mercado como consecuencia de la falta de desarrollo de contenido para los mismos¹⁵⁵.

3.4. Abusos restrictivos o excluyentes

¹⁵⁴ Decisión de la Comisión de 24 de mayo de 2006, asunto COMP/C-3/37.792 — Microsoft, párrafo 26.

¹⁵⁵ ODRIOZOLA ALÉN, M., BARRANTES DÍAZ, B., *cit.*, p. 385.

Como ya se explicó en apartados anteriores¹⁵⁶, los abusos restrictivos tienen como finalidad lesionar los intereses de empresas competidoras, teniendo como fin último, provocar su expulsión del mercado. Ésta es la categoría más importante de las conductas abusivas, puesto que si bien todas tendrán un carácter mixto (explotativo y restrictivo), la mayor parte de los comportamientos abusivos llevados a cabo por las empresas dominantes tienen como fin eliminar la competencia y por tanto, conservar el monopolio adquirido.

Las conductas dirigidas a ocasionar perjuicios para los competidores con el fin de provocar su expulsión del mercado pueden presentarse en tres escenarios posibles:

1- Restricciones en el mercado principal: nos encontramos en primer lugar con una serie de conductas desplegadas por una empresa dominante encaminadas a provocar daños a las empresas que compiten con ésta en el mercado en el que desarrolla su actividad principal. Un buen ejemplo de este tipo de conductas sería el caso en el que una empresa dominante optase por bajar drásticamente los precios como respuesta a la entrada en el mercado de nuevas empresas, con el objetivo de provocar su expulsión, o incluso impedir su entrada¹⁵⁷.

2- Restricciones en mercados adyacentes: en estos casos, la empresa dominante origina perjuicios para aquellas empresas que concurren en mercados relacionados de forma horizontal con el mercado en el que ésta despliega su actividad principal. Tal relación implica que ambos mercados son distintos, pero al mismo tiempo presentan importantes parecidos, de tal forma que se presenta un grado significativo de reciprocidad en el estatus competitivo de ambos. Desde mi punto de vista, la empresa en cuestión quiere expandir su posición dominante a mercados en los que inicialmente no goza de ésta. Un ejemplo que puede ayudarnos a comprender esta clase de restricciones se identificaría con el caso de una empresa dominante productora de ketchup, que optase por empezar a producir también mayonesa. Para aprovechar su dominio en el mercado del ketchup, opta por vender en el mismo paquete los envases de ketchup y mayonesa, de tal forma que los consumidores que compraban ketchup de su marca ahora también comprarán su

¹⁵⁶ *Vid.* Apartado “3.2. Tipos de abuso”.

¹⁵⁷ REY, P., GUAL, J., HELLWIG, M., PERROT, A., POLO, M., SCHMIDT, K., STENBACKA, R., *cit.*, p. 117.

mayonesa y no la de otros competidores, pudiendo provocar, en último término, su expulsión¹⁵⁸.

3- Restricciones ocasionadas en mercados verticales: por último, pueden presentarse algunas conductas que tienen como objeto la eliminación de la competencia en mercados en los que se presenta una relación vertical respecto a aquél en el que la empresa dominante actúa de forma principal. Pensemos, por ejemplo, en una empresa dominante que controla un factor que es decisivo para la producción de bienes en un mercado situado en un momento posterior del proceso productivo. Si la empresa dominante restringiese el acceso a dicho factor (mediante la imposición de precios excesivos, o negando el acceso al mismo) estaría ocasionando perjuicios a las empresas que desarrollan su actividad en mercados relacionados de forma vertical y descendente con aquél en el que la empresa dominante actúa¹⁵⁹.

Como ya mencioné al principio del apartado, las conductas abusivas de esta especie son las más problemáticas, pues además de abarcar la mayoría de los supuestos, es difícil en estos casos establecer la línea que separa lo que supone un comportamiento anticompetitivo y lo que no, pues como indican algunos autores, es posible confundir acciones mediante las cuales la empresa dominante impide que otras puedan competir, con comportamientos habituales derivados de una competencia sana entre empresas¹⁶⁰.

Por las razones expuestas, la doctrina ha desarrollado una serie de test para determinar los casos en que estamos ante un abuso restrictivo o ante un comportamiento competitivo normal, de entre los cuales cabe destacar los siguientes:

a) Test del Sacrificio: parte de la idea consistente en que la empresa dominante opta por privarse de algunos beneficios a corto plazo para poder desplegar una conducta que finalmente conseguirá eliminar o al menos limitar la amenaza derivada de la existencia de sus competidores y por consiguiente, maximizar sus beneficios en el futuro¹⁶¹.

¹⁵⁸ REY, P., GUAL, J., HELLWIG, M., PERROT, A., POLO, M., SCHMIDT, K., STENBACKA, R., *cit.*, p.122.

¹⁵⁹ REY, P., GUAL, J., HELLWIG, M., PERROT, A., POLO, M., SCHMIDT, K., STENBACKA, R., *cit.*, p. 126.

¹⁶⁰ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio”, *cit.*, p. 217.

¹⁶¹ ALLENDESALAZAR CORCHO, R., *cit.*, p. 179.

Aunque este test es utilizado por las autoridades europeas para detectar los abusos practicados mediante precios predatorios¹⁶², tiene no obstante, algunas limitaciones. De esta forma, ALLENDESALAZAR¹⁶³ concluye que cualquier práctica que sacrifique beneficios a corto plazo, pero que además tenga la virtud de producir efectos positivos para la competencia en el futuro (como pueda ser una inversión en I+D), sería calificada como restrictiva de acuerdo a este test. En mi opinión, el sacrificio momentáneo de beneficios no constituye un parámetro válido para identificar abusos restrictivos, pues suele ser una práctica extendida en las empresas renunciar a beneficios a corto plazo para poder maximizar los beneficios que pretendan obtenerse en el futuro. Para comprender lo expuesto, expondré un ejemplo sencillo: una empresa que lleva tiempo afincada en el mercado decide, renunciar a buena parte de los beneficios obtenidos durante el periodo económico inmediatamente anterior para comprar unas máquinas que le permitan reducir sus costes de producción, pero con ello puede provocar la expulsión de otros competidores. ¿Constituye este sacrificio un comportamiento restrictivo de la competencia? La respuesta, desde mi punto de vista, debe ser negativa, pues a pesar de que sea posible la expulsión de otros competidores, la empresa estaría ofreciendo al mismo tiempo un producto con unos costes de producción menores, de tal forma que el consumidor podría adquirirlo por un precio menor.

b) Test del competidor igual de eficiente: según este test, una práctica constituiría un abuso restrictivo en los casos en que una empresa dominante, sirviéndose de la misma, sea capaz de expulsar del mercado a empresas competidoras que tengan un grado mayor o igual de eficiencia¹⁶⁴.

Tomar como referencia la eficiencia de los competidores para identificar los abusos restrictivos puede ser de gran utilidad, en concreto para detectar prácticas consistentes en la discriminación de precios, descuentos por fidelidad y negativas de suministro entre otras prácticas¹⁶⁵. No obstante, también presenta algunos inconvenientes, pues no tiene en cuenta la posibilidad de que la empresa dominante tenga la capacidad suficiente como para desarrollar economías de escala, de tal forma que ningún competidor entrante podrá

¹⁶² Ver párrafos 63 y siguientes de la Comunicación de la Comisión (09/C 45/02).

¹⁶³ ALLENDESALAZAR CORCHO, R., *cit.*, pp. 179-180.

¹⁶⁴ ALLENDESALAZAR CORCHO, R., *cit.*, p. 180.

¹⁶⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio”, *cit.*, pp. 219-220.

disfrutar del grado de eficiencia de la empresa dominante de forma inicial.¹⁶⁶ De esta manera, este test resulta útil, en mi opinión, para detectar abusos restrictivos respecto a competidores que ya llevan un tiempo instalados en el mercado y tienen, en consecuencia, unos niveles de eficiencia equiparables o incluso mayores que los de la empresa dominante. Sin embargo, la misma técnica resultará inútil para descubrir restricciones dirigidas a impedir que otros operadores entren al mercado, pues resulta difícil que puedan tener, de entrada, el mismo grado de eficiencia que aquéllos que llevan un tiempo establecidos en el sector.

Para tratar de corregir las deficiencias del test del competidor igual de eficiente, se propuso el test de daño al consumidor para identificar las conductas restrictivas, de forma que se considerará una conducta como abuso restrictivo en los casos en que la misma expulsa a competidores igual de eficientes, provocando daño sobre los consumidores, pues la expulsión de un competidor igualmente eficiente provoca una correlativa disminución de las alternativas que tienen aquéllos¹⁶⁷.

Un sector de la doctrina ha advertido que la utilización de este último test puede difuminar la clasificación de los abusos en explotativos y restrictivos, conduciéndonos a considerar únicamente abusos los explotativos¹⁶⁸, pues tiende a enfocar todo el análisis en el daño al consumidor. No obstante, opino que la utilización simultánea del test del competidor igual de eficiente y el test de daño al consumidor debe constituir la herramienta a utilizar para identificar los abusos restrictivos, ya que esta línea de trabajo está en consonancia con los enfoques europeo y español de otorgar protección al excedente del consumidor para lograr correlativamente el bienestar del productor y conseguir en última instancia el bienestar total. De modo que para identificar las conductas restrictivas las autoridades de competencia deberán tratar de identificarlas primero con el test del competidor igual de eficiente. Si el test se revela insuficiente por las razones expuestas en párrafos superiores, sería necesario comprobar si se ha producido un daño al consumidor derivado de la conducta del dominante. Si tal daño se ha producido significaría que se ha limitado la capacidad de elección del consumidor, a consecuencia de la expulsión de un competidor tan eficiente (incluso de forma potencial) como el dominante.

¹⁶⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio”, *cit.*, p. 220.

¹⁶⁷ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio”, *cit.*, pp. 220-221.

¹⁶⁸ ALLENDESALAZAR CORCHO, R., *cit.*, p. 182.

Una vez analizado el método a seguir para identificar los comportamientos de esta naturaleza, es necesario retomar la lista ejemplificativa contenida en los artículos 102 TFUE y 2.2 LDC para analizar las conductas en ella contenidas desde el enfoque del abuso restrictivo.

Como ya expuse al analizar los abusos explotativos, la primera de las conductas recogida en la lista se identifica con *“imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas”*, de tal forma que el siguiente apartado analizará, de nuevo, conductas relacionadas con precios, aunque esta vez, haciendo hincapié en los efectos que las mismas puedan tener en otros competidores.

3.4.1. Los precios excesivos desde el punto de vista de los abusos restrictivos

Este apartado está dedicado al análisis de una modalidad de abuso restrictivo consistente en el aprovechamiento por parte de la empresa dominante de un insumo¹⁶⁹ que obra en su poder para elevar los precios de los productos ofertados por sus competidores de tal forma que, en última instancia, se produzca su expulsión del mercado¹⁷⁰. Por tanto, este tipo de conductas se basan, de nuevo, en el establecimiento de precios excesivos. No obstante, a diferencia de lo que ocurre con los precios excesivos de carácter explotativo, en los que la conducta abusiva recae sobre los precios de los productos o servicios finales, en esta nueva modalidad, el abuso se producirá en relación con el precio de los bienes intermedios¹⁷¹.

Esta modalidad de precios excesivos se conoce en la doctrina y la jurisprudencia como *“price squeeze”*, *“precios tijera”* o *“compresión de márgenes”*. El caso *Poudres Sphériques*¹⁷² sirve para conceptualizar esta práctica de forma precisa, pues según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea *“existe práctica de precios-tijera cuando una empresa que dispone de una posición dominante en el mercado de un producto intermedio y utiliza ella misma una parte de su producción para la fabricación de un producto elaborado, vendiendo en el mercado el excedente de dicho producto intermedio, fija el precio de venta a terceros del producto intermedio a un nivel tal que éstos no disponen de un margen de transformación suficiente para seguir siendo competitivos en el mercado del*

¹⁶⁹ Con insumo nos referimos a aquellos bienes (intermedios) utilizados para producir los bienes y servicios finales que se ofertarán al consumidor.

¹⁷⁰ DÍEZ ESTELLA, F., *“Abusos mediante precios: los precios excesivos”*, *cit.*, p. 264.

¹⁷¹ DÍEZ ESTELLA, F., *“Abusos mediante precios: los precios excesivos”*, *cit.*, p. 264.

¹⁷² Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de noviembre de 2000, asunto T-5/97, párrafo 178.

producto transformado”. Del caso expuesto se extrae que el operador dominante “comprime” o reduce drásticamente el beneficio que espera obtener la empresa que compite con ella en el mercado del producto elaborado, fijando un precio de acceso al insumo demasiado elevado.

Estas conductas se dan casi exclusivamente en aquellos supuestos en los que una empresa dominante integrada verticalmente goza de un insumo que suministra tanto a sus filiales como a sus competidores en un mercado descendente, si bien el precio de transacción fijado para estos últimos es demasiado elevado, lo cual origina una desventaja competitiva respecto a aquéllas, pudiendo provocar finalmente su expulsión del mercado¹⁷³. Partiendo de un enfoque más concreto, es habitual encontrarse con este tipo de abusos en sectores tales como las telecomunicaciones, en los que la empresa investigada ostentaba el monopolio hasta que se produjo la liberalización del mercado¹⁷⁴. Tal es el caso suscitado con la empresa alemana de telefonía *Deutsche Telekom*¹⁷⁵, la cual “antes de la plena liberalización de los mercados de las telecomunicaciones, tenía el monopolio legal para la prestación de servicios de telecomunicaciones a usuarios finales a través de la red fija”. La Comisión Europea llegó a la conclusión de que Deutsche Telekom había abusado de la posición dominante que ostentaba “en el mercado alemán del acceso a las redes fijas locales, tanto en el ámbito mayorista como en el de los usuarios finales”, a través de la imposición de unos precios excesivos “al cobrar a sus competidores unas tarifas mayoristas por el acceso a los bucles locales superiores a las tarifas que factura a sus propios clientes finales por el acceso a la red local”, de tal forma que estaría impidiendo a sus competidores la posibilidad de prestar servicios a través de los bucles locales, ya que mediante la imposición de unos precios artificialmente altos para usar los bucles, estaría elevando los costes de producción de los competidores hasta tal punto que a éstos les resultaría inviable competir en el mercado.

Siguiendo la misma línea que en el caso *Deutsche Telekom*, otro ejemplo posible sería el asunto *Wanadoo España c. Telefónica*¹⁷⁶, en el que la Comisión determinó que Telefónica abusó de la posición dominante que ostentaba en los mercados españoles de acceso a banda ancha, mediante la compresión de los márgenes de sus competidores, práctica

¹⁷³ DÍEZ ESTELLA, F., “Abusos mediante precios: los precios excesivos”, *cit.*, p. 264.

¹⁷⁴ DÍEZ ESTELLA, F., “Abusos mediante precios: los precios excesivos”, *cit.*, p. 265.

¹⁷⁵ Decisión de la Comisión de 21 de mayo de 2003, asunto COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 — Deutsche Telekom AG, párrafos 7, 58 y 103.

¹⁷⁶ Decisión de la Comisión de 4 de julio de 2007, asunto COMP/38.784 - Wanadoo España contra Telefónica, párrafo 285.

“resultante de la desproporción entre las tarifas aplicadas al acceso de banda ancha mayorista y minorista con el resultado de que la competencia en el mercado minorista estuvo probablemente restringida”.

Del análisis de ambos casos se deduce que la práctica consiste en el suministro por parte del dominante del bien final directamente al consumidor y por otro, tratar de impedir que los competidores puedan suministrar su propio producto acabado, imponiendo unos precios de acceso a los insumos esenciales para la producción controlados por la empresa dominante lo suficientemente elevados como para que no puedan competir con ésta.

3.4.2. Los precios predatorios

Continuando con el análisis de los abusos restrictivos relacionados con precios, voy a dedicar las siguientes páginas del trabajo al estudio de los precios predatorios, pues en mi opinión, suponen el paradigma de las conductas restrictivas para expulsar a empresas que compiten en el mismo mercado que la dominante, debido a su carácter primario.

Cabe entender por precios predatorios, aquella práctica llevada a cabo por empresas dominantes consistente en la fijación de los precios de sus productos de forma inferior a los niveles rentables, con el fin de sacar del mercado a otras empresas, o incluso evitar que nuevos competidores puedan entrar al mismo¹⁷⁷. Una vez eliminada la competencia, la empresa dominante aprovecha para incrementar los precios hasta niveles que le permitan recuperar el importe de los beneficios sacrificados, de tal forma que es frecuente combinar una política de precios predatorios con una posterior de precios excesivos¹⁷⁸.

La doctrina mayoritaria¹⁷⁹ sigue el concepto que hemos ofrecido en el párrafo anterior y además, divide la conducta en dos fases diferenciadas:

- 1- Fase predatoria: en esta primera fase, la empresa dominante disminuye los precios con la intención de eliminar a la competencia en el mercado.

¹⁷⁷ ARTÉS CASELLES, J. “Precios predatorios” [en línea], <<http://diccionarioempresarial.wolterskluwer.es/Content/Documento>>. [Consulta: 30 de nov. 2018].

¹⁷⁸ *Vid.* Apartado “3.3.1. Los precios excesivos como modalidad de abuso explotativo”.

¹⁷⁹ Las fases de la estrategia de precios predatorios se han extraído de POZO VINTIMILLA, P., “El dilema de los precios predatorios: estrategias, teorías y problemas. Un análisis del Derecho de la competencia de la Unión Europea y *Antitrust*”, *Foro: Revista de Derecho*, núm. 26, 2016, pp. 25-47.

2- Fase de recuperación: una vez eliminada la competencia, la empresa dominante sube los precios de forma excesiva, con el objetivo de poder recuperar las pérdidas sufridas derivadas de la fase anterior.

Antaño, tanto la doctrina como la jurisprudencia negaron la posibilidad de que una práctica de esta índole pudiese resultar de utilidad¹⁸⁰. En esta línea, destaca la crítica expuesta por la Escuela de Chicago, según la cual una empresa que ponga en práctica una política de precios de esta índole, estaría obteniendo pérdidas por cada unidad de producto vendida, de tal forma que si la conducta ha de persistir a medio o largo plazo, éstas podrían ser astronómicas. Además, las pérdidas soportadas por la empresa predatora serán muy superiores a las que tengan que sufrir sus competidores, en el caso de que éstos decidan perder algunos clientes antes que participar en una guerra de precios con aquél¹⁸¹.

No obstante, la doctrina actual ha desarrollado una serie de modelos en los que podría resultar de utilidad una política de precios predatorios. Estos modelos se basan en la teoría de juegos, un instrumento que nos puede ayudar a prever el comportamiento de las empresas competidoras a consecuencia de la política de precios adoptada por la empresa dominante¹⁸². Estos modelos proponen unos escenarios en los que a la empresa dominante puede resultarle rentable utilizar precios predatorios para eliminar o disciplinar a la competencia, explicando el comportamiento de la empresa dominante como una forma de advertir a competidores actuales o potenciales que no es aconsejable hacer una incursión en el mercado o mantenerse en el mismo¹⁸³. Tenemos tres modelos diferentes:

1- Modelo basado en la reputación: este modelo se basa en la fama de competidor duro que se ha granjeado la empresa dominante, de forma que sus intenciones pasan por hacer creer a sus competidores actuales o potenciales que la entrada a uno de los mercados en los que desarrolla su actividad tendrá

¹⁸⁰ DÍEZ ESTELLA, F., “¿Precios predatorios en el mercado del tabaco? (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2004)”, *El Derecho Editores*, núm. 2114, 29 de marzo de 2005.

¹⁸¹ YBAR ABAD, M., “Comprendiendo el abuso de posición de dominio: revisión de la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada sobre las principales conductas exclusorias”, *Revista de Derecho Económico*, núm. 76, 2014, pp. 11-60.

¹⁸² DÍAZ CASTELLANOS, G., “Teoría de juegos y política de precios”, *Revista Electrónica*, núm. 11, 2009, pp. 21-32.

¹⁸³ TARZIJÁN, J. y HEVIA, J., “Jurisprudencia sobre precios predatorios en Chile: ¿Han sido uniformes los criterios aplicados?”, *Abante*, vol. 8, núm. 2, 2005, pp. 59-85.

consecuencias negativas, como su expulsión mediante el establecimiento de precios ruinosos¹⁸⁴.

2- Modelo de interferencias: en este caso, la empresa dominante optará por distorsionar la información acerca del mercado que puedan tener los competidores que pretendan acceder al mismo. De esta forma, la empresa dominante puede establecer precios predatorios para hacer creer a éstos que opera a unos costes muy bajos, lo cual puede conducir a que desistan de entrar al mercado o al menos, se retrase la entrada¹⁸⁵.

3- Modelo fundado en la predación financiera: la predación financiera parte del supuesto en el que una empresa dominante cuenta con fondos considerables logrados de su actividad en el mercado, de tal forma que puede soportar vender a pérdida durante el tiempo necesario para disciplinar o eliminar a los otros competidores¹⁸⁶. No obstante, es posible que las empresas entrantes puedan conseguir financiación durante el tiempo suficiente como para resistir la fase predatoria, aunque la empresa dominante también podría recurrir al establecimiento de precios predatorios para disminuir las ventas del competidor y hacer creer a sus financiadores que no está siendo lo suficientemente eficiente y en consecuencia, opten por retirarle la cobertura financiera proporcionada¹⁸⁷.

A pesar del cambio de opinión acerca de la viabilidad de una política de precios predatorios, algunos autores siguen manteniendo una posición antagónica. De esta forma, RALLO¹⁸⁸ sostiene que las grandes empresas no recurren a los precios predatorios para eliminar a la competencia, ya que las pérdidas iniciales serían de tal magnitud que para compensarlas deberían fijar unos precios tan altos que incentivarían a nuevos competidores a entrar al mercado, produciéndose el efecto contrario al deseado. En su lugar, sugiere que la estrategia de venta a precios no óptimos tiene más lógica como acción llevada a cabo por empresas pequeñas para poder hacerse un hueco en el mercado de la empresa dominante. No obstante, los incentivos que puedan despertar en competidores potenciales

¹⁸⁴ TARZIJÁN, J. y HEVIA, J., *cit.*, p. 68.

¹⁸⁵ REY, P., GUAL, J., HELLWIG, M., PERROT, A., POLO, M., SCHMIDT, K., STENBACKA, R., *cit.*, pp. 119-120.

¹⁸⁶ REY, P., GUAL, J., HELLWIG, M., PERROT, A., POLO, M., SCHMIDT, K., STENBACKA, R., *cit.*, p. 120.

¹⁸⁷ TARZIJÁN, J. y HEVIA, J., *cit.*, pp. 68.

¹⁸⁸ RALLO JULIÁN, J. R., “El mito de los precios predatorios”, *La Ilustración Liberal*, núm. 43, 2010, p. 6.

de ingresar al mercado podrían verse truncados si se dieran barreras a la entrada y la salida del mismo¹⁸⁹. Por otra parte, cabe la posibilidad de que la empresa dominante no tenga necesidad de establecer precios tan altos para recuperarse, siempre que la oferta y la demanda estén concentradas en relación a pocos competidores iniciales y consumidores con pocas alternativas, dándose además las barreras a la entrada y salida antes mencionadas¹⁹⁰.

En la misma línea, RALLO sostiene que para una gran empresa es mucho más dañino que para una pequeña este tipo de prácticas, pues al facturar mayores beneficios las pérdidas a soportar por unidad vendida también son mayores¹⁹¹. A mi juicio, no obstante, puede ser mucho más dañino para una pequeña empresa entrante realizar este tipo de conductas, ya que aunque sus pérdidas vayan a ser siempre menores que las de una gran empresa, pueden suponer un daño mayor. Pensemos que una gran empresa puede permitirse perder 500.000 €, pero para una pequeña perder 10.000 puede ser catastrófico.

En resumen, la conducta sancionada consistirá en una reducción de precios, pero ¿De qué entidad? Es lógico formularse esta pregunta, pues el hecho de que una empresa mantenga una política de precios bajos puede ser una práctica perfectamente competitiva y ventajosa para el consumidor. Para determinar los casos en que unos precios bajos serán considerados predatorios, las autoridades de defensa de la competencia han desarrollado unos tests. No obstante, como apunta CREUS¹⁹², estos test no operan de la misma forma en los diferentes Estados, aunque todos parten de las fases de la conducta analizadas al comienzo del apartado en mayor o menor medida. El análisis se centrará en las diferencias existentes entre el modelo norteamericano y el europeo.

Respecto al modelo norteamericano, para encontrar los primeros precedentes de precios predatorios en Estados Unidos, hay que remontarse a 1911, año en que tuvieron lugar los casos *Standard Oil Company* y *American Tobacco*, en los que ambas empresas pusieron en práctica diversas conductas contrarias a la *Sherman Act*, entre las que cabe incluir la

¹⁸⁹ CASTILLO NAVARRO, J. M., “Precios predatorios y su determinación como conducta anticompetitiva: ¿Faltan elementos jurídicos para su aplicación o falta decisión?”, *Actualidad Jurídica*, núm. 278, enero de 2017, pp. 183-197.

¹⁹⁰ CASTILLO NAVARRO, J. M., *cit.*, pp. 194-195.

¹⁹¹ RALLO JULIÁN, J. R., *cit.* P. 6.

¹⁹² CREUS, A., “Precios predatorios (principalmente en el sector aéreo)”, *El Abuso de la Posición de Dominio*, coordinado por MARTÍNEZ LAGE, S., PETITBÓ JUAN, A., Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 273-298.

utilización de precios predatorios para eliminar a la competencia. Por estas razones, la Corte Suprema decidió desintegrar los *trusts* en que se habían convertido¹⁹³.

Ya en 1975, los profesores Phillip Areeda y Donald F. Turner publicaron un estudio que ayudó a que se produjera un cambio de opinión en la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas. Dicho artículo contenía un método o test basado en los costes dirigido a determinar en qué casos estamos ante precios predatorios¹⁹⁴.

Antes de analizar el test, es importante estudiar algunos de los costes en los que incurren las empresas:

a) Costes fijos: son aquellos que se originan con independencia del nivel de producción mantenido por la empresa, de tal forma que permanecen invariables aunque aumente o disminuya la producción¹⁹⁵. El alquiler del local en el que la empresa desarrolla su actividad o el pago de suministros básicos tales como electricidad, Internet o telefonía constituyen buenos ejemplos de costes fijos.

b) Costes variables: al contrario que los costes fijos, los variables guardan relación con el volumen de producción de la empresa, experimentando aumentos o disminuciones en función de los cambios que se produzcan en la actividad productiva¹⁹⁶. El coste de las materias primas utilizadas supone un buen ejemplo de coste variable.

c) Coste total: se obtiene al sumar los costes fijos y los variables.

d) Coste marginal: se identifica con el incremento de los costes totales que ocasiona un incremento adicional de la producción¹⁹⁷, es decir, el coste de producir una unidad más. Puede deducirse, por tanto, que el coste marginal está íntimamente relacionado con los costes variables, pues ambos vienen determinados por los índices de producción.

¹⁹³ COLOMA, G., “Prácticas horizontales exclusorias y defensa de la competencia” [en línea], <https://www.academia.edu/30333172/Pr%C3%A1cticas_horizontales_exclusorias_y_defensa_de_la_competencia>. [Consulta 26 dic. 2018].

¹⁹⁴ CREUS, A., *cit.*, p. 276.

¹⁹⁵ MASA LORENZO, C. “Análisis de costes” [en línea], <<http://diccionarioempresarial.wolterskluwer.es/Content/Documento>>. [Consulta: 27 dic. 2018].

¹⁹⁶ RUÍZ DE PALACIOS VILLAVERDE, M.M. “Lo esencial sobre costes” [en línea], <<http://diccionarioempresarial.wolterskluwer.es/Content/Documento>>. [Consulta: 27 dic. 2018].

¹⁹⁷ AREEDA, P., TURNER, D.F., “Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act”, *Harvard Law Review*, vol. 88, núm. 4, febrero de 1975, pp. 697-733.

No obstante, ante la dificultad que plantea obtener y trabajar con los costes variables y el coste total, Areeda y Turner proponen utilizar, en su lugar, el coste total medio, que se obtiene al dividir el coste total entre la cantidad de bienes producidos, y el coste variable medio, que resulta de dividir los costes variables entre el volumen de producción¹⁹⁸.

Como recuerda MOTTA¹⁹⁹, Areeda y Turner llegaron a la conclusión de que el mejor indicador para comprobar si una empresa está utilizando precios predatorios es el coste marginal, pues vendiendo por debajo de dicha magnitud no obtendría los beneficios que cabría esperar a corto plazo. No obstante, ante la dificultad que se da en la práctica para obtener este parámetro, Areeda y Turner apuestan por utilizar el coste variable medio²⁰⁰. De esta forma, Areeda y Turner llegaron a las siguientes conclusiones²⁰¹:

- 1- Si el precio establecido cubre o supera el coste variable medio debe ser considerado legal.
- 2- Si por el contrario el precio fijado no cubre el coste variable medio, se presumirá que es ilegal y por tanto predatorio.

En opinión de HINOJOSA²⁰², el empleo de este test para determinar la existencia de precios predatorios tiene la ventaja de presentar una aplicación muy sencilla, pues únicamente toma el coste medio variable para comprobar la licitud de la política de precios puesta en práctica por la empresa en cuestión. No obstante, también presenta, en opinión del mismo autor, algunos inconvenientes, ya que permite que las grandes empresas dominantes puedan vender sin cubrir el coste total de producción, lo cual puede ocasionar la expulsión del mercado de competidores igual de eficientes que carezcan de colchón económico suficiente como para vender a pérdida durante prolongados periodos de tiempo.

El test propuesto por Areeda y Turner tuvo una influencia decisiva en la identificación de las prácticas de precios predatorios. Tal influencia queda patente en que

¹⁹⁸ POZO VINTIMILLA, P., *cit.*, p. 31.

¹⁹⁹ MOTTA, M., “Depredación, monopolización y otras prácticas abusivas”, *Política de Competencia: Teoría y Práctica*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2018 pp. 480-617.

²⁰⁰ MOTTA, M., “Depredación, monopolización y otras prácticas abusivas”, *cit.*, pp. 521.

²⁰¹ Las conclusiones han sido extraídas directamente del artículo original: AREEDA, P., TURNER, D.F., *cit.*, p. 733.

²⁰² HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., “Los precios predatorios y el derecho de la competencia europeo (Comentario de la sentencia del TJCE de 3 de julio de 1991, asunto.62/86 *AKZO Chemie B. V. c. Comisión*)”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, núm. 1, pp. 227-250.

los métodos actuales que se utilizan en Estados Unidos para detectar tales prácticas son en gran medida variantes perfeccionadas del test a lo largo del tiempo por la práctica jurisprudencial. De esta forma, el actual sistema, adoptado a raíz del caso *Brooke Group Ltd c. Brown Williamson & Tobacco Corp.*²⁰³, no es más que una variante del test de costes anteriormente analizado. En este caso, Brooke Group (anteriormente conocido como Liggett) desarrolló una línea de cigarrillos genéricos cuyo precio fijó en un 30% inferior al de los cigarrillos de marca, de tal forma que en un espacio de tiempo de cuatro años consiguió hacerse con el 4º del mercado del cigarrillo. El éxito logrado por Brooke Group Ltd. trajo consigo el ofrecimiento de cigarrillos genéricos por parte de Brown Williamson & Tobacco Corp. a un precio menor. Esta circunstancia propició una guerra de precios entre ambas compañías que, según Brooke Group, desembocó en la fijación de precios predatorios en los cigarrillos genéricos por parte de Brown & Williamson con la esperanza de que Brooke Group incrementara el precio de los suyos para mantener el dominio alcanzado en el sector de los cigarrillos de marca, al aproximarse el precio de los cigarrillos genéricos al de los de marca a raíz del incremento. La Corte Suprema determinó en su sentencia, los extremos que debe probar el demandante para demostrar la existencia de una práctica de precios predatorios:

1- En primer lugar, el demandante deberá demostrar “*que los precios de los que se queja están por debajo de una medida adecuada de los costes de su rival*”.

2- Pero además, si el demandante quiere “*responsabilizar a un competidor de acuerdo con las leyes antimonopolio por cobrar precios bajos*” debe probar “*que el competidor tenía una perspectiva razonable, [...] una probabilidad peligrosa, de recuperar su inversión en precios por debajo del coste*”. La Corte Suprema rechazó los argumentos de Brooke Groope a raíz de la imposibilidad de probar que Brown & Williamson tenía probabilidades razonables de recuperar sus pérdidas²⁰⁴.

En cuanto a qué debe entenderse por “*una medida adecuada de los costes*”, aunque el alto Tribunal no precisó en la sentencia tal extremo, en casos posteriores se ha tomado

²⁰³ Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, asunto *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco*, 509 U.S. 209 (1993). El estudio del caso que se ha expuesto se encuentra disponible en <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/209/>>.

²⁰⁴ Este paso fue introducido, no obstante, en un asunto anterior. En concreto, la recuperación de las pérdidas quedó fijada como requisito a raíz de la Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, asunto *Matsushita Electric Industry Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986). Extraído de POZO VINTIMILLA, P. cit., p. 32.

como referencia el coste variable medio, tal y como propusieron Areeda y Turner, como sucedió en el caso *American Airlines*²⁰⁵, que analizaré más adelante.

El test de Areeda y Turner también tuvo influencia transnacional, pues en la Unión Europea se usa otra variante del mismo. El actual modelo europeo para identificar los precios predatorios trae causa del asunto *AKZO*²⁰⁶, citado en otras partes del trabajo. En este caso, AKZO, ECS y Diaflex suministraban peróxido de benzoilo, un aditivo utilizado tanto para blanquear la harina, como para fabricar plásticos. AKZO, por su parte, gozaba de una posición dominante en el mercado de los peróxidos orgánicos dedicados a la fabricación de plásticos. ECS decidió introducirse en el sector de los plásticos a partir de 1979, lo cual generó una guerra de precios que desembocó a finales de 1980 en la venta del aditivo en el sector de la harina del Reino Unido a *“precios anormalmente bajos”* por parte de AKZO para forzar a ECS *“a abandonar su clientela a AKZO o a bajar sus precios hasta vender con pérdidas para poder conservarla”*, con el objetivo de poder expulsar a ECS del sector del plástico y conservar el dominio que ostentaba AKZO en dicho sector. Ante esta situación, la Comisión Europea decidió imponer una multa a AKZO de 24.696.000 florines neerlandeses, siendo recurrida la decisión ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Al igual que en el asunto *Brooke Group*, el Tribunal de Justicia realizó un test que toma como referencia dos tipos de costes diferentes:

1- En primer lugar, toma como punto de referencia el coste variable medio, de tal forma que un precio situado por debajo de este parámetro será considerado abusivo sin necesidad de acudir a otras pruebas, ya que *“una empresa dominante no tiene ningún interés en aplicar tales precios, de no ser el de eliminar a sus competidores para poder después subir sus precios aprovechándose de su situación monopolística, dado que cada venta le ocasiona una pérdida”*.

2- En segundo lugar, si los precios fijados por la empresa dominante superan el coste variable medio pero al mismo tiempo son inferiores al coste total medio, solo serán abusivos *“cuando se fijan de acuerdo con un plan que tiene por objeto eliminar a un competidor”*. En otras palabras, si se da un caso de esta naturaleza, habrá que demostrar que hay intencionalidad por parte de la empresa de autos de eliminar o

²⁰⁵ CREUS, A., pp. 284-285.

²⁰⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 5ª) de 3 de julio de 1991, asunto C-62/86, párrafos 6, 9, 10, 35, 40, 71, 72, 101, 103 y 109.

causar daños a las empresas de la competencia para que los precios fijados se consideren predatorios²⁰⁷.

El Tribunal de Justicia comprobó que AKZO había estado vendiendo a precios *“inferiores a la media de los costes totales [...] pero superiores a la de sus costes variables”* a diversas empresas del sector de la harina, entre las que se encontraban antiguos clientes de ECS. Finalmente, el Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que AKZO, en general, *“había ofrecido y suministrado aditivos de la harina a los clientes de ECS, en el sector de los «grandes fabricantes de harina independientes», a precios anormalmente bajos con la intención de perjudicar la viabilidad de ECS”*, así como a *“Allied Mills y a las fábricas de harina del Grupo Allied”* con idénticas intenciones. Como prueba de la intencionalidad de AKZO de eliminar a ECS, están las amenazas vertidas en diversas reuniones celebradas entre ambas compañías a finales de 1979 con el fin de obligar a ECS a *“retirarse del mercado de peróxidos orgánicos aplicados a los plásticos”*.

Una vez expuestos los modelos, es fácil llegar a la conclusión de que las diferencias entre los mismos radican principalmente en las diferencias de enfoque dadas a la intención de expulsar o dañar a otros competidores y la recuperación de las ganancias, así como los costes que se toman como referencia:

a) El modelo europeo gira en torno a la intención, pues en el supuesto en que los precios fijados se encuentren bajo el coste variable medio se presume demostrada, mientras que si éstos se encuentran entre el coste variable medio y el coste total medio, la intención de expulsar o dañar a las empresas competidoras deberá demostrarse²⁰⁸. Así, la posibilidad de recuperar los beneficios perdidos no juega un papel fundamental en el marco europeo²⁰⁹ como queda reflejado en el caso *Tetra Pak c. Comisión*²¹⁰, pues el Tribunal de Justicia consideró que *“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”*. De esta forma, aunque la recuperación de las pérdidas no constituyó

²⁰⁷ CREUS, A., *cit.*, p. 277.

²⁰⁸ CREUS, A., *cit.*, p. 281.

²⁰⁹ POZO VINTIMILLA, P., *cit.*, p. 36.

²¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 5ª) de 14 de noviembre de 1996, asunto C-333/94 P, párrafo 44.

una prueba central para determinar la existencia de precios predatorios en el citado asunto, nada hace suponer que deba descartarse definitivamente su utilización²¹¹.

b) Por su parte, el modelo norteamericano es antagónico respecto al europeo, pues sitúa como eje central la cuestión de la recuperación de las ganancias perdidas a causa de los precios predatorios, dejando de lado la intención, como puede deducirse del caso *American Airlines*²¹². En este caso, el Departamento de Justicia norteamericano mantuvo que American Airlines empezó a reducir los precios establecidos para los vuelos que partían desde Dallas a diferentes destinos, hasta el punto de equilibrarlos con los de compañías entrantes *low cost*, al tiempo que también amplió los servicios ofertados aumentando el número de plazas para cubrir una mayor demanda en las rutas en las que habían penetrado los competidores²¹³. No obstante, la Corte de Distrito concluyó que aunque las empresas de bajo coste tuvieron que retirarse del mercado, no hubo precios excesivos para recuperar pérdidas, puesto que American Airlines optó por volver a fijar los precios al mismo nivel que estaban antes de que las compañías *low cost* entraran al mercado, no incrementando los mismos hasta niveles supracompetitivos o monopolícos²¹⁴. Además, según la Corte, no se dio ninguna circunstancia que hiciera pensar que American Airlines estableció barreras a la entrada que le permitieran, aunque fuese de forma hipotética, llevar a cabo la recuperación una vez expulsó a los otros competidores²¹⁵.

c) En lo que se refiere a los costes, ha quedado demostrado que el modelo norteamericano, en general, solamente toma como referencia el coste variable medio, mientras que el modelo europeo utiliza, además, el coste total medio.

Expuestas las principales diferencias entre ambos modelos, como conclusión a este apartado solamente cabe preguntarse, ¿Cuál resulta más adecuado para verificar si la conducta es o no abusiva? Por una parte, el modelo norteamericano se identifica mejor con el concepto de precios predatorios que utiliza la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia al girar en torno a la recuperación, pues como expuse al comienzo del apartado, la empresa dominante suele fijar unos precios excesivos para resarcirse de las

²¹¹ POZO VINTIMILLA, P., *cit.*, p. 35.

²¹² CREUS, A., *cit.*, p. 281-182.

²¹³ PRIEST, G., “Los insuficientes esfuerzos del gobierno para aplicar el moderno Derecho *antitrust* a las industrias de redes”, *Themis: Revista de Derecho*, núm. 47, 2003, pp. 75-98.

²¹⁴ CREUS, A., *cit.*, p. 285.

²¹⁵ PRIEST, G., *cit.*, p. 80.

pérdidas ocasionadas en la fase predatoria. No obstante, considero que el modelo europeo constituye la senda a seguir en base a las siguientes razones: el modelo europeo toma como referencia no solo el coste variable medio, sino también el coste total medio, con lo cual la empresa no puede establecer un precio que no cubra todos sus costes y por tanto, se evita la posibilidad de vender total o parcialmente a pérdida. Además, el test de costes empleado en la Unión Europea ha sido utilizado en alguna ocasión por los tribunales norteamericanos, como sucedió en el asunto *Spirit Airlines*²¹⁶. Por último, desde mi punto de vista, con el establecimiento de precios predatorios pueden producirse daños a la competencia sin necesidad de que se produzca o pueda producirse la recuperación de las pérdidas por parte de la empresa infractora.

La segunda conducta de la lista ejemplificativa del artículo 102 TFUE consiste en “*limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores*”, si bien el artículo 2.2 LDC incluye también a las empresas como destinatarias de un “*perjuicio injustificado*” en el mismo sentido en su apartado b). Pero además, la LDC va más allá al referirse también a “*la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios*” en el apartado c) del mismo artículo. En consecuencia, me parece adecuado dedicar las líneas que siguen al estudio de la figura de la negativa de suministro, pues entiendo que es un comportamiento comprendido en ambos preceptos.

3.4.3. La negativa de suministro

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce en el artículo 16 “*la libertad de empresa de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales*”. En el plano nacional, la Constitución, en su artículo 38, garantiza “*la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado*”, en el mismo sentido que el Derecho de la Unión. El derecho a la libertad de empresa incluye, entre otros poderes, la libertad de constituir empresas y la libertad de dirigir las conforme a los objetivos comerciales fijados²¹⁷.

Es cierto que las facultades mencionadas en el párrafo anterior son de contenido general, por ello algunos autores han comprendido dentro de este derecho algunas facultades de contenido más concreto, como por ejemplo la libertad en las transacciones,

²¹⁶ CREUS, A., *cit.*, p. 291.

²¹⁷ “Libertad de empresa” [en línea], <<http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento>>. [Consulta: 3 de feb. 2019].

que incluiría, entre otras, la capacidad de fijar precios libremente²¹⁸. Esa libertad en las transacciones también hace referencia, en mi opinión, a la facultad de la empresa para decidir con quién mantiene relaciones comerciales, pero ¿Es ésta una facultad ilimitada? ¿Puede una empresa decidir en todo caso con quién contrata? ¿Es posible que una empresa decida concluir las relaciones comerciales que mantiene con otra sin razones aparentes?

Aunque la libertad de empresa incluya el poder para decidir con quién mantiene una compañía sus transacciones, este derecho, como cualquier otro, tiene sus límites. Este apartado se va a centrar en el límite que constituye el Derecho de la Competencia, de tal forma que en este apartado expondré cómo en determinados casos, una negativa de suministro²¹⁹ puede ocasionar perjuicios anticompetitivos a otras empresas²²⁰.

En apartados anteriores analicé las consecuencias perjudiciales que ocasionan en el consumidor una negativa de suministro²²¹. No obstante, considero que para llevar a cabo la misma actividad desde el punto de vista del abuso restrictivo es conveniente enfocar el estudio en torno a dos grandes categorías que obedecen a quién es el destinatario de la práctica abusiva²²²:

- a) Negativa de suministro a empresas distribuidoras.
- b) Negativa de suministro a empresas competidoras.

De entrada cabría inferir que una negativa de suministro a un distribuidor no tiene la capacidad de generar daños a la competencia, ya que la empresa suministradora está situada verticalmente por encima del distribuidor y por tanto, no se da entre las mismas una relación de competencia, siempre y cuando el suministrador no esté presente también en el mercado descendente²²³. En esta línea, puede citarse el asunto *Sedifa, S.L. y Grufarma 92, S.L.*²²⁴, almacenes mayoristas dedicados a la distribución de medicamentos que demandaron

²¹⁸ SCHWARTZ, P., “Empresa y libertad”, *Revista de Estudios Económicos y Empresariales*, núm. 2, 1983, pp. 7-16.

²¹⁹ Entiéndase la negativa de suministro como una clase de negativa a mantener relaciones comerciales.

²²⁰ BROKELMANN, H., *cit.*, p. 341.

²²¹ *Vid.* Apartado “3.3.2. El abuso de los derechos de propiedad industrial e intelectual como tipo de abuso explotativo”.

²²² Esta clasificación ha sido elaborada conforme al siguiente texto: DÍEZ ESTELLA, F., “El abuso de posición dominante en el Derecho comunitario y español de defensa de la competencia”, *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, dirigido por GARCÍA-CRUCES, J. A., Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 255-334.

²²³ BROKELMANN, H., *cit.*, p. 343.

²²⁴ Sentencia 56/2010 del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Barcelona, Asunto 170/2008.

a unos laboratorios farmacéuticos a consecuencia de que éstos decidieron retirarles el suministro en base a la necesidad de llevar a cabo “una reorganización y reestructuración de las tareas del grupo *“para lograr los objetivos de racionalidad, eficacia y rentabilidad requeridos”, lo que exigía reducir el número de almacenes mayoristas*”. Los laboratorios decidieron terminar sus relaciones con los almacenes como parte de un nuevo sistema de distribución que implicaba una reducción drástica del número de mayoristas distribuidores al considerar que el método empleado hasta la fecha era “*atomizado e ineficiente*”. A pesar de que los almacenes pudieron probar que el corte en el suministro les originaba desventajas competitivas al ser “*muy difícil mantenerse en el mercado de la distribución de medicamentos sin contar con los productos de las demandadas*”, el Juzgado falló a favor de los laboratorios, ya que estimó que la ruptura de las relaciones comerciales con los almacenes encontró una justificación objetiva que se identificaba con un nuevo sistema de distribución más eficiente.

Del caso citado queda patente como el hecho de que los laboratorios y los almacenes estén en distintos escalones de un mercado vertical dificulta la posibilidad de encontrar abusos de exclusión, al no existir, de entrada, una relación de competencia entre los mismos.

No obstante, BROKELMANN²²⁵ opina que el ya citado caso *United Brands*²²⁶ puede mostrar como una negativa de suministro a distribuidores puede originar efectos anticompetitivos. A juicio de la Comisión, *United Brands* “*infringió el artículo 86 del Tratado al dejar de vender plátanos Chiquita a Olesen*”, siendo este último uno de sus distribuidores. El corte en el suministro se originó a consecuencia de que “*este madurador-distribuidor había participado en una campaña publicitaria de plátanos Dole emprendida en el mes de octubre de 1973 en Dinamarca*”. Mediante este comportamiento, *United Brands* quería conseguir que sus distribuidores se abstuvieran de “*vender marcas competidoras o, al menos, de hacer publicidad de las mismas*”. Se observa del caso cómo *United Brands* se sirvió de una negativa de suministro a su distribuidor Olesen para restringir la competencia, pues con ello pretendía que sus distribuidores habituales no considerasen la posibilidad de acudir a empresas competidoras para abastecerse, consolidando así su posición dominante en el mercado del plátano y excluyendo a sus competidores.

En lo referente a la negativa de suministro a empresas competidoras, es preciso destacar que la conducta sancionada está íntimamente relacionada con la doctrina de las

²²⁵ BROKELMANN, H., *cit.*, pp. 343.

²²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76, párrafos 163, 164, 168

essential facilities, según la cual existe abuso de posición dominante en los supuestos en que una empresa controla un bien o recurso indispensable para poder participar y competir en equidad en un mercado secundario, y se niega arbitrariamente a dejar que competidores actuales o potenciales puedan acceder al mismo²²⁷. En apartados anteriores se analizó la posibilidad que tienen las empresas de abusar de una posición dominante a través de la imposición de precios excesivos para acceder a bienes o recursos esenciales para la producción²²⁸. Esta vez el enfoque se dirigirá, no obstante, a un comportamiento que consiste en negar totalmente el acceso a esos recursos.

Para Algunos autores²²⁹, el asunto *Magill*²³⁰, constituye el punto de partida. Como ya expuse en otros puntos del trabajo, las cadenas televisivas ITP, RTE y BBC publicaban cada una sus propias guías televisivas con información acerca de sus programaciones respectivas. Aprovechando la circunstancia de que no existía por aquel entonces una guía televisiva que informase acerca de toda la programación a lo largo de la semana, Magill TV Guide Ltd. decide publicar una que lo hiciera. No obstante, las tres cadenas citadas se lo impiden negándole el acceso a las listas que contenían la programación.

En este caso, el comportamiento de las tres cadenas televisivas (empresas dominantes) constituye una negativa de suministro a un competidor potencial (Magill), constituyendo las listas con los programas un recurso esencial para competir en el mercado de las guías televisivas.

El Tribunal de Justicia determinó que ITP, RTE y BBC habían abusado de una posición dominante en base a los siguientes argumentos:

- 1) En primer lugar, ITP, RTE y BBC habrían denegado el acceso a *“información básica sobre la programación, materia prima indispensable para crear una guía semanal de televisión”*, obrando dicha información únicamente en su poder.
- 2) Además, con la negativa de acceso a la información sobre la programación, las tres cadenas televisivas habrían *“obstaculizado la aparición de un producto nuevo, una guía*

²²⁷ UGARTE SOTO, A., “Facilidades esenciales y abuso de posición dominante”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 20, núm. 2, 2013, pp. 233-268.

²²⁸ *Vid.* Apartado “3.4.1. Los precios excesivos desde el punto de vista de los abusos restrictivos”.

²²⁹ JIMÉNEZ-LAIGLESIA, J., MASÍA, J., “Derechos de Propiedad Intelectual y normativa de competencia. Análisis de la frontera existente entre el ejercicio de los primeros y el alcance de la segunda”, *ICADE. Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 73, enero-abril 2008, pp. 111-137.

²³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995, asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P, párrafos 53, 54, 55 y 56.

semanal completa de programas de televisión [...] para la que había una demanda potencial por parte de los consumidores”.

3) En tercer lugar, la negativa de suministro de información *“no estaba justificada ni por la actividad de radiodifusión televisiva ni por la de edición de revistas de televisión”.*

4) Por último, las cadenas *“se reservaron mediante su comportamiento un mercado secundario, el de las guías semanales de televisión, excluyendo cualquier competencia en el mercado”.*

El asunto *Magill* contribuyó a perfilar la doctrina de los recursos esenciales en el plano europeo, de tal forma que los argumentos ofrecidos por el Tribunal de Justicia sirven de requisitos para determinar en qué casos estaremos ante una negativa de suministro sancionable: la negativa debe recaer sobre un recurso indispensable, obstaculizándose con ello la aparición de un producto nuevo sobre el que exista una demanda potencial por el consumidor, ausencia de justificación objetiva y probabilidad de exclusión de la competencia en el mercado secundario²³¹.

Los requisitos extraídos del caso *Magill* serían analizados de nuevo en el asunto *Bronner c. Mediaprint*²³². En este caso, tanto Oscar Bronner como Mediaprint confeccionaban sus respectivos periódicos. No obstante, Mediaprint *“creó un sistema de reparto a domicilio de ámbito nacional”* consistente en *“entregar los periódicos directamente a los suscriptores a primera hora de la mañana”*, negando el acceso al mismo a Bronner, a pesar de ser *“el único sistema de reparto de periódicos a domicilio de ámbito nacional”*.

Bronner argumentó su petición en base a que el sistema de reparto de Mediaprint constituía un recurso esencial para poder participar en el mercado, de tal forma que invocó la sentencia *Magill* para que el Tribunal condenase a la demandada a incluirla dentro del sistema. Sin embargo, el Tribunal de justicia consideró que la conducta no presentaba carácter sancionable ya que el sistema de reparto no constituía un recurso esencial pues no se demostró la existencia de *“obstáculos técnicos, reglamentarios ni económicos que puedan hacer imposible, ni siquiera enormemente difícil, para cualquier otro editor de diarios, el crear, por sí solo o en colaboración con otros editores, su propio sistema de reparto a domicilio de ámbito nacional y utilizarlo para la distribución de sus propios diarios”* y además podían encontrarse *“otras modalidades de distribución, [...] como la distribución por correo y la venta en comercios y quioscos”*.

²³¹ BROKELMANN, H., *cit.*, pp. 353-354.

²³² Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de noviembre de 1998, asunto C-7/97, párrafos 7, 23, 43, 44, 45 y 46.

No obstante, la importancia de este caso radica en que se eleva el canon probatorio necesario para demostrar que un recurso posee carácter necesario e imprescindible para competir²³³, lo que conduce a entender que la doctrina de las *essential facilities* se aplicará de una forma más restringida²³⁴. Constituye muestra de lo anterior el razonamiento expuesto por el Tribunal de Justicia para valorar si el sistema de reparto del caso poseía o no carácter imprescindible. Además de comprobar que existían medios de distribución alternativos y nada impedía la creación de otros sistemas de reparto, según el Tribunal no era suficiente “alegar que no resulta económicamente rentable en razón de lo reducido de la tirada del diario o los diarios que deben distribuirse”, siendo necesario probar 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 los diarios distribuidos mediante el sistema existente”.

En el asunto *Microsoft*²³⁵ vuelven a examinarse los requisitos propuestos originariamente en *Magill* y posteriormente en *Bronner*, aunque en esta ocasión se precisa que el requisito “de que la negativa obstaculice la aparición de un producto nuevo para el que existe una demanda potencial de los consumidores sólo figura en la jurisprudencia relativa al ejercicio de un derecho de propiedad intelectual o industrial”, de modo que en los casos en que el recurso esencial no constituya un derecho de propiedad industrial o intelectual, será preciso entender aquél como la aparición de un daño al consumidor tal y como viene recogido en las *orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 (actualmente 102) del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*²³⁶.

A continuación, tomaré lo dispuesto en las orientaciones acerca de la negativa de suministro para recapitular. Según el documento, para que una negativa de suministro sea sancionable deben darse tres circunstancias de forma cumulativa:

- La negativa ha de recaer sobre “un producto o servicio objetivamente necesario para poder competir con eficacia en un mercado descendente”. En este punto, debemos considerar necesario aquel producto o servicio para el que no exista “ningún sustituto real o

²³³ QUINTANA SÁNCHEZ, E., “Prohibición de negativas injustificadas de trato: ¿equilibrando la libertad de contratar y la libre competencia?”, *Revista de la Asociación IUS ET VERITAS*, núm. 25, 2002, pp. 378-389.

²³⁴ DÍEZ ESTELLA, F., “La doctrina del abuso en los mercados conexos: del “monopoly leveraging” a las “essential facilities”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 248, julio de 2003, pp. 555-604.

²³⁵ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de diciembre de 2007, asunto T-201/04, párrafo 334.

²³⁶ Comunicación de la Comisión (2009/C 45/02), párrafos 28, 29, 30, 31 y 81.

potencial en el que puedan basarse los competidores del mercado descendente para contrarrestar — al menos a largo plazo— las consecuencias negativas de la denegación”.

- Debe darse la probabilidad de que la negativa ocasione *“la eliminación de la competencia efectiva en el mercado descendente”.*

- Por último, la negativa tiene que poder originar un *“perjuicio en los consumidores”.*

A pesar de que la citada Comunicación no se refiere a la ausencia de justificación objetiva como requisito en particular, se menciona como causa general de exoneración de cualquier modalidad de conducta abusiva.

En conclusión, la negativa de suministro es una figura que puede recaer sobre empresas distribuidoras no competidoras y empresas competidoras de la dominante en un mercado secundario o descendente. Si bien la figura que generalmente causará problemas de competencia será esta última, pueden darse excepciones, tal y como sucedió en el caso *United Brands*.

Aunque el punto de partida para la modalidad que recae sobre empresas competidoras sea un caso de propiedad intelectual, los requisitos establecidos inicialmente en el caso *Magill* son extrapolables a insumos de cualquier naturaleza, como se observa en las Orientaciones de la Comisión.

3.4.4. Los descuentos como modalidad de trato discriminatorio

Existen formas de naturaleza variada empleadas por las empresas dominantes para tratar de forma discriminatoria a competidores. De entre todas las prácticas que pueden clasificarse en torno a la categoría mencionada, he decidido centrarme en el análisis de aquellos casos en que las empresas dominantes se sirven de sistemas de descuentos con el objetivo de excluir y expulsar del mercado en el que desarrollan su actividad a los restantes competidores, pues tales métodos constituyen, en ocasiones, una forma de trato discriminatorio.

El establecimiento de sistemas de descuentos por parte de las empresas dominantes normalmente es examinado por parte de las autoridades de competencia en base a determinar si son idóneos para provocar un efecto de fidelización respecto al consumidor u otras empresas clientes. Es lógico pensar que cualquier modalidad de descuento llevado a

cabo por una empresa tiene el objetivo, lícito por otra parte, de incrementar el número de clientes o consumidores y mantener los que ya tiene, lo que supone desde mi punto de vista perseguir esa fidelización. Los descuentos presentan, por tanto, la problemática existente en otras conductas analizadas en apartados anteriores, ya que por un lado pueden constituir una práctica competitiva normal, pero por otro mostrar un carácter claramente abusivo. ¿Cuál es el parámetro a seguir para diferenciar un supuesto de otro? La respuesta no es otra que la fidelización pero ¿Qué entienden las autoridades europeas por fidelización?

Como puede deducirse, el concepto que manejan las autoridades europeas acerca de la fidelización difiere del usado en el lenguaje común. De esta forma, las autoridades europeas (y por ende, las españolas) sostienen que un descuento presenta carácter fidelizante en aquellos casos en que tiene la capacidad de provocar la expulsión de las empresas de la competencia²³⁷. Tal expulsión puede producirse, entre otras causas, porque el sistema de descuentos ha sido personalizado en torno a las necesidades de compra del cliente (o consumidor) en cuestión, o por la existencia de un acuerdo entre empresario y cliente (o consumidor) de comprometerse a cubrir toda su demanda con el producto de aquél²³⁸.

Por tanto, el concepto de fidelización que utilizan las autoridades de competencia debe ser entendido, desde mi punto de vista, como sinónimo de vinculación. Siguiendo este enfoque, un descuento ofertado por una empresa dominante que tenga una elevada capacidad de vinculación respecto a los clientes o consumidores, dificultará la entrada o permanencia de competidores en el mercado, pues será difícil que éstos puedan intentar robarle clientes al dominante, debido a que éste, a través del descuento, habrá atado (vinculado) a la mayor parte de la demanda de forma (casi) definitiva.

La fidelización es, por tanto, el principal criterio a la hora de evaluar los efectos restrictivos que pueden ocasionar esta clase de conductas. No obstante, como ya expuse al comienzo del apartado, es posible en ocasiones, encuadrar los descuentos dentro de la

²³⁷ RUIZ CALZADO, J., “Los descuentos y su problemática”. *El Abuso de la Posición de Dominio*, coordinado por MARTÍNEZ LAGE, S., PETITBÓ JUAN, A., Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 313-338.

²³⁸ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A., GÓMEZ ÁLVAREZ, A., “Aplicación del derecho de la competencia a los descuentos y acuerdos de cooperación comercial (algunas reflexiones)”, *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 65, enero-abril 2012, pp. 193-211.

categoría perteneciente al trato discriminatorio, constituyendo buenos ejemplos los casos *British Gypsum*²³⁹ e *Irish Sugar*²⁴⁰.

Respecto al primer caso, la conducta de British Gypsum consistió en retirar un descuento del 4 % a sus clientes de Irlanda del norte al enterarse de que éstos pretendían “importar placas de yeso de origen español”, al mismo tiempo que decidía otorgar otro del 5 % a los clientes que decidieran “abastecerse exclusivamente con productos de su fabricación”. Se observa, por tanto, que British Gypsum practicó una conducta discriminatoria a través de su política de descuentos, tratando favorablemente a los clientes que decidieran adquirir solamente sus productos, mientras perjudicaba a quienes adquirirían los de la competencia, todo ello con la intención de perjudicar a las empresas de la competencia.

Por su parte, Irish Sugar puso en práctica una política discriminatoria consistente en ofrecer descuentos a “aquellos de sus clientes industriales que destinaban su producto final a la exportación, principalmente a otros Estados miembros”, teniendo tales prácticas un doble efecto anticompetitivo, pues se ocasionaba una “desventaja competitiva económicamente injustificada a los competidores de la demandante establecidos fuera de Irlanda y a los envasadores de azúcar competidores de la demandante en el mercado del azúcar destinado a la venta al por menor en Irlanda”. Este descuento tiene, en mi opinión, la capacidad de provocar que un gran número de clientes no quieran abastecerse de las empresas de la competencia extranjeras, pudiendo provocar su expulsión del mercado, mientras se refuerza, al mismo tiempo, la posición adquirida en el mercado nacional, pues se evita que un gran número de clientes suministradores de azúcar quieran poner su producto en el mercado nacional, pues de hacerlo no se beneficiarían de las mejores condiciones ofrecidas por la política de descuentos.

A pesar de la existencia de casos en que la prohibición del trato discriminatorio se convierte en un instrumento para detectar abusos en los descuentos ofrecidos por las empresas dominantes, lo cierto es que la principal herramienta sigue siendo la posibilidad de determinar la existencia de vinculación en tales prácticas, constituyendo la prohibición de trato discriminatorio un apoyo útil para determinar, finalmente, la culpabilidad o la inocencia de la empresa investigada²⁴¹.

²³⁹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, asunto T-65/89, párrafos 119 y 125.

²⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, asunto T-228/97, párrafos 125 y 138.

²⁴¹ ARMENGOL I GASULL, O., “La discriminación de precios como abuso de posición dominante”, *El Abuso de la Posición de Dominio*, coordinado por MARTÍNEZ LAGE, S., PETITBÓ JUAN, A., Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 299-312.

3.4.5. La vinculación de productos como forma de abuso restrictivo

Para finalizar el capítulo dedicado a las conductas abusivas, es necesario analizar la vinculación de productos, aunque en esta ocasión, desde la perspectiva del abuso restrictivo. Esta modalidad de conductas encuentra encaje dentro de las letras d) y e) de los artículos 102 TFUE y 2 LDC respectivamente.

Este tipo de prácticas implican, como ya expliqué en apartados anteriores²⁴², la venta de un bien o servicio a condición de la adquisición de otro distinto, a consecuencia de la unión establecida entre los mismos por la empresa dominante. De no existir dicha atadura, los consumidores generalmente obtendrían dichos productos individualmente y de forma separada²⁴³. Dentro de este tipo de conductas, es posible distinguir dos modalidades diferentes:

- *Bundling* o empaquetamiento: dentro de esta práctica existen, a su vez, dos posibilidades: por un lado está el empaquetamiento puro, consistente en la venta de dos productos agrupados dentro de un mismo paquete, no siendo posible la adquisición de ninguno de los dos por separado y por otro, el empaquetamiento mixto, en el que los productos empaquetados también pueden adquirirse de forma separada pero no es aconsejable, pues el precio del paquete es inferior a la suma del precio de los bienes que lo integran²⁴⁴.
- *Tying* o vinculación: en este caso, la empresa dominante permite comprar uno de sus productos (el vinculante) únicamente si también se adquiere otro distinto (el vinculado)²⁴⁵. La vinculación será contractual en el caso en que se manifieste en forma de cláusula en el contrato de compraventa, o tecnológica si la unión existente entre los productos ocasiona que no puedan funcionar de forma plena por separado²⁴⁶, los hace incompatibles con productos ofrecidos por otros

²⁴² Vid. Apartado “3.3.4. La vinculación de productos como modalidad de abuso explotativo”.

²⁴³ ODRIOZOLA ALÉN, M., BARRANTES DÍAZ, B., *cit.*, pp. 367-368.

²⁴⁴ HOLZWEBER, S., “Tying and bundling in the digital era”, *European Competition Journal*, vol. 14, núms. 2-3, 2018, pp. 342-366.

²⁴⁵ ODRIOZOLA ALÉN, M., BARRANTES DÍAZ, B., *cit.*, p. 368.

²⁴⁶ CÁRDENAS GARZÓN, V. C., “Análisis de las condiciones bajo las cuales se produce un abuso de posición de dominio por ventas atadas y sus posibles justificaciones”, *Foro: Revista de Derecho*, núm. 26, 2016, pp. 107-127.

competidores (tal y como sucede, por ejemplo, en el sector de la informática)²⁴⁷, o la unión provoca que sean inseparables o no sea aconsejable separarlos²⁴⁸. Algunos autores distinguen, además, una tercera categoría denominada vinculación económica. En esta categoría, el vínculo se manifiesta, por ejemplo, a través de ofertas o condiciones de compra ventajosas que inducen al cliente o consumidor a adquirir productos de un mercado para lograr descuentos en los productos de otro²⁴⁹.

Una vez expuesta la clasificación, se advierte la semejanza existente entre algunas de las categorías descritas. Aunque las autoridades de competencia hayan tratado los conceptos de *bundling* y *tying* de forma idéntica²⁵⁰ en algunos aspectos fundamentales²⁵¹, lo cierto es que hay algunos criterios que permiten establecer las diferencias que existen entre los mismos.

Un primer criterio para diferenciar ambos conceptos podría ser la intensidad con la que se manifiesta la unión fijada entre los productos por la empresa dominante. Siguiendo esta línea, la unión sería más intensa en los casos de *bundling* puro y *tying* al no permitir la venta separada de los productos, mientras que en la modalidad de *bundling* mixto, la unión sería más débil al permitir adquirir los bienes vinculados por separado, aunque a un precio mayor. No obstante, este criterio no permite distinguir los supuestos de *bundling* puro y *tying*, de modo que debe descartarse su utilización.

Un criterio adecuado para distinguir los supuestos de *bundling* y *tying* atiende a las cantidades vendidas²⁵² del producto vinculado. De esta forma, en los supuestos de *bundling*

²⁴⁷ GARCÍA MARINOSO, B., “Usos y abusos de la literatura de cláusulas vinculantes en el análisis de los mercados para bienes sistema”, *Economía Industrial*, núm.329, 2001, pp. 117-126.

²⁴⁸ ODRIOZOLA ALÉN, M., BARRANTES DÍAZ, B., *cit.*, p. 370.

²⁴⁹ ODRIOZOLA ALÉN, M., BARRANTES DÍAZ, B., *cit.*, p. 381.

²⁵⁰ A modo de ejemplo, puede observarse equiparación entre los conceptos de *bundling* y *tying* en el asunto *General Electric*, en el que el Tribunal de Primera Instancia identifica la vinculación técnica como una clase de *bundling* y utiliza los criterios del *tying* referentes a producto vinculante y vinculado para identificar prácticas de empaquetamiento. Extraído de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de diciembre de 2005, asunto T-210/01, párrafos 366 y 367.

²⁵¹ De esta forma, las autoridades europeas y estadounidense tratan las conductas de *bundling* y *tying* de forma análoga al fijar los mismos requisitos que deben darse en ambas modalidades para determinar los casos en que suponen un abuso de posición dominante. Para más información consultar DI GIANNATALE, S. y ELBITTAR, A., “Bundling and Tying: should regulators use the per-se approach or the rule-of-reason approach? lessons from the economics literatura”, *Competition Policy International Journal*, vol. 8, núm.2, 2012, pp. 34-40.

²⁵² La explicación del criterio y los ejemplos expuestos se han elaborado conforme a la siguiente fuente: HERRERO SUÁREZ, C., “Concepto y caracterización de los contratos vinculados:

(tanto puro como mixto) la cantidad vendida del segundo producto está fijada de antemano en el momento de la compra, mientras que en los casos de *tying* no, pudiendo variar de un cliente a otro. Siguiendo este criterio, si un consumidor adquiere, por ejemplo, un estuche que incluye un frasco de colonia y uno de loción de afeitado (al comprobar que el primero no se vende por separado) la cantidad del segundo producto (la loción) que se ve obligado a adquirir ya está determinada al realizar la compra, por lo tanto estaríamos ante un supuesto de *bundling* puro. Por otra parte, si un cliente compra unas fotocopiadoras para abrir una copistería, pero la empresa vendedora subordina la venta a que también le adquiera, durante toda la vida útil de las máquinas, la tinta, estaríamos ante un supuesto de *tying*, pues las cantidades del producto vinculado que se adquirirán serán indeterminadas, variando entre los diferentes clientes.

El criterio de las cantidades vendidas también puede valorarse, a mi juicio, desde el punto de vista de la durabilidad de la vinculación entre los productos establecida por la empresa dominante, siendo corta o instantánea para los casos de *bundling* y relativamente larga y estable en los supuestos de *tying*. Siguiendo este enfoque, el ejemplo del estuche de colonia y loción de afeitado constituiría una práctica de *bundling* (puro), pues la vinculación desaparece una vez efectuada la compra (el cliente no tiene que adquirir más que un frasco de loción de afeitado por cada frasco de colonia), mientras que el ejemplo de las fotocopiadoras se identificaría con una práctica de *tying*, pues la vinculación con los cartuchos de tinta perdurará durante toda la vida útil de las máquinas. Este enfoque resulta especialmente adecuado en los casos en los que se vincula al producto principal un servicio, como por ejemplo, las situaciones en las que se condiciona la venta del producto a que se adquieran también los servicios de soporte técnico y reparación.

Una vez establecidas las diferencias entre *bundling* y *tying*, es preciso analizar los requisitos²⁵³ establecidos por las autoridades europeas que deben darse para sancionar ambas conductas:

- En primer lugar, la empresa investigada debe ostentar una posición dominante en el mercado del producto vinculante o principal. Aunque no sea necesario ser dominante en el mercado del producto vinculado o secundario, la empresa investigada tendrá más posibilidades de haber cometido un abuso si además de ser

elementos estructurales”, *Los Contratos Vinculados (Tying Agreements) en el Derecho de la Competencia*, Madrid: La Ley, 2006, pp. 145-256.

²⁵³ El análisis de los requisitos ha sido realizado conforme a la siguiente fuente: ODRIOZOLA ALÉN, M., BARRANTES DÍAZ, B., *cit.*, pp. 371-378.

dominante en el mercado del producto vinculante, también lo es en el mercado del producto vinculado.

- En segundo lugar, los productos objeto de unión deben pertenecer a mercados diferentes. Para determinar este extremo, puede examinarse si existe o no demanda individual para cada uno de los productos.
- El tercer requisito se identifica con el condicionamiento o coerción, consistente en que la empresa dominante obliga (*bundling* puro y *tying*) o simplemente induce (*bundling* mixto) a los clientes y consumidores a realizar la compra conjunta de dos o más productos diferenciados.
- Debe darse, como es lógico, riesgo en la conducta de la empresa dominante de originar un cierre de mercado que provoque la expulsión de las empresas competidoras.
- Por último, como sucede con todas las conductas presuntamente abusivas, no deben darse justificaciones objetivas o eficiencias que pudieran excusar el comportamiento de la empresa investigada.

Para terminar con el análisis de las ventas vinculadas, hay que detenerse en el estudio acerca de los daños que pueden provocar en otras empresas competidoras. Desde mi punto de vista, los requisitos expuestos han sido fijados con el objetivo de evitar el fenómeno del “*monopoly leveraging*” o “apalancamiento”. Esta figura se identifica con aquellas situaciones en las que una empresa utiliza el poder adquirido en un mercado de producto para tratar de dominar otro diferente, haciendo que éste deje de ser competitivo²⁵⁴. De esta forma, una empresa podría utilizar la dominancia conseguida en el mercado de la colonia para hombre, para consolidar una nueva posición de dominio en el mercado de la loción de afeitado si opta por vender ambos productos de forma conjunta, pues muchos de sus clientes en el mercado de la colonia no adquirirían la loción de afeitado de otros competidores, pudiéndose provocar, en consecuencia, su expulsión del mercado. El objetivo de evitar las prácticas de “apalancamiento” puede deducirse al observar los requisitos exigidos para condenar la vinculación de productos, de ahí que se requiera la presencia de dominancia en (al menos) el mercado del producto vinculante o principal, la

²⁵⁴ HERRERO SUÁREZ, C., “Evolución de la política antimonopolio en materia de vinculación”, *Los Contratos Vinculados (Tying Agreements) en el Derecho de la Competencia*, Madrid: La Ley, 2006, pp. 257-349.

existencia de productos de mercados diferentes, así como el condicionamiento del comportamiento del cliente o consumidor para que adquiriera los productos vinculados en una misma compra.

Como ejemplo de utilización de ventas vinculadas para consolidar una posición de dominio en otro mercado diferente, puede citarse el caso *Microsoft*²⁵⁵. Según la Comisión Europea, Microsoft había puesto en práctica una conducta consistente en aprovecharse de una “*posición dominante en el mercado de los sistemas operativos para ordenadores personales clientes*” en el cual gozaba de “*una cuota de mercado superior al 90 %*” para poder dominar el mercado de los reproductores multimedia. Para lograr este objetivo, Microsoft optó por vincular su reproductor multimedia y su sistema operativo, lo que condujo a que se produjera una “*tendencia a favor de la utilización de Windows Media Player y de los formatos Windows Media en perjuicio de los principales lectores multimedia competidores*”, al conseguir “*el primer lugar en el mercado de los lectores multimedia*”.

En el caso *Microsoft* se observa fácilmente la presencia de los requisitos exigidos para condenar las prácticas consistentes en la vinculación, pues ostentaba una posición dominante en el mercado de los sistemas operativos para pc (mercado del producto vinculante), existían dos productos diferentes (sistema operativo y reproductores multimedia), obligando al consumidor a adquirir ambos de forma conjunta (debido a la integración técnica establecida entre el sistema operativo y el reproductor) y existía un riesgo grave de que se produjera la expulsión de los competidores en el mercado de los reproductores multimedia (prueba de ello supone la tendencia en favor del reproductor de Microsoft en detrimento de los ofrecidos por sus competidores). Por último, a pesar de las alegaciones de Microsoft para encontrar una justificación objetiva en la integración de su reproductor multimedia en su sistema operativo, como por ejemplo la mayor facilidad para las empresas en el desarrollo aplicaciones y programas, o la utilización por parte de los consumidores de una interfaz informática más sencilla, el Tribunal de Primera Instancia acabó por confirmar la multa que la Comisión fijó en un importe superior a los 497 millones de euros.

Del caso *Microsoft* se puede extraer la importancia que juegan las prácticas de vinculación en los supuestos en que una empresa quiera extender su posición dominante a mercados en los que inicialmente no goza de la misma. No obstante, las ventas vinculadas

²⁵⁵ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Gran Sala) de 17 de diciembre de 2007, asunto T-201/04, párrafos 1022, 1104, 1106, 1280, 1288, 1291, 1366 y 1367.

también pueden ser de gran utilidad en los casos en que una empresa es dominante en todos los mercados de los productos que va a vincular. De esta forma, la empresa en cuestión puede utilizar la vinculación para reforzar esas posiciones dominantes.

Como ejemplo de la utilidad descrita en el párrafo anterior, puede citarse el caso *Hilti*²⁵⁶. Según la Comisión, Hilti era dominante en el mercado de las grapas (con una cuota comprendida entre el 70 y el 80%), así como en el de las cartucheras (con una cuota del 70%), ambas compatibles con las pistolas grapadoras (mercado en el que gozaba de un 55% de cuota) que fabricaba. La conducta de Hilti consistió en vender conjuntamente las grapas con las cartucheras, con la intención (en opinión de la Comisión) de expulsar a sus competidores en dichos mercados. El Tribunal de Primera Instancia confirmó el criterio de la Comisión, rechazando la justificación objetiva ofrecida por Hilti, consistente en tratar de justificar las ventas vinculadas en base a la supuesta peligrosidad de los productos ofrecidos por los competidores de dichos mercados. De lo anterior se deduce que pesar de ser dominante en los mercados descritos, Hilti vinculó la venta de dos de sus productos para reforzar tales posiciones.

4. EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE EN LA ACTUALIDAD: EL CASO *GOOGLE*

4.1. Introducción y antecedentes del caso

Google nace como un proyecto académico en el que participaron Larry Page y Sergey Brinn, consistente en el desarrollo de un motor de búsqueda en Internet alternativo a los ya existentes, con el objeto de completar sus estudios en la Universidad de Stanford²⁵⁷.

No obstante, lo que inicialmente surgió como un trabajo universitario, pronto llamó la atención de diversos inversores, lo que condujo a la constitución de Google como sociedad a finales de 1998, pasando a incorporar durante los años siguientes servicios

²⁵⁶ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) de 12 de diciembre de 1991, asunto T-30/89, párrafos 84, 85, 110 y 118.

²⁵⁷ ÁLVAREZ, J., “Breve historia de Google” [en línea], <<https://www.labrujulaverde.com/2012/09/breve-historia-de-google>>. [Consulta: 30 may. 2019].

complementarios para el buscador, tales como su propio navegador, un servicio de búsqueda de imágenes, un comparador de precios, un buscador de noticias, servidores de mapas, etc.²⁵⁸

Además, Google también ha extendido sus actividades a otras ramas de la informática diversas de las búsquedas, desarrollando *smartphones*, sistemas operativos, o adquiriendo otras plataformas de terceros, tales como *YouTube*²⁵⁹.

La importancia de Google en la actualidad es inconmensurable. Si nos fijamos únicamente en el ámbito europeo, el motor que dio origen a la compañía le permite gozar de más de un 90 % de cuota en el mercado de las búsquedas a través de Internet, aunque su dominio en el mercado de sistemas operativos para *smartphones* y dispositivos móviles tampoco se queda atrás, pues su sistema *Android* le otorga más del 70 % de cuota²⁶⁰.

La Comisión Europea decidió abrir una investigación en noviembre de 2010 contra Google con la finalidad de esclarecer la naturaleza de diversas conductas puestas en práctica en el mercado de las búsquedas a través de Internet, decidiendo finalmente enviarle un pliego de cargos en abril de 2015, en el que acusaba a la compañía de haber cometido abuso de posición dominante en dicho mercado, al tiempo que iniciaba otra investigación con el mismo fin, pero en referencia a prácticas relacionadas con el sistema operativo *Android*²⁶¹, enviándole finalmente otro pliego en abril de 2016 por tales prácticas²⁶². En los apartados siguientes se analizarán por separado ambos casos.

4.2. Caso Google Search y Google Shopping

²⁵⁸ ÁLVAREZ, J., “Breve historia de Google” [en línea], <<https://www.labrujulaverde.com/2012/09/breve-historia-de-google>>. [Consulta: 30 may. 2019],

²⁵⁹ ÁLVAREZ, J., “Breve historia de Google” [en línea], <<https://www.labrujulaverde.com/2012/09/breve-historia-de-google>>. [Consulta: 30 may. 2019].

²⁶⁰ CARRASCO MAYANS, S., “¿Es justa la multa a Google por abuso de posición dominante con Android?” [en línea], <<https://www.faseconsulting.es/tecnologia/derecho-tecnologico/es-justa-la-multa-a-google-por-abuso-de-posicion-dominante-con-android>>. [Consulta: 30 may. 2019].

²⁶¹ PRADO GONZÁLEZ, L.M., “Google y Gazprom: casos de abuso de posición dominante en el mercado investigados actualmente por la comisión europea”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 41, 2015, pp. 164-167.

²⁶² Comunicado de prensa de la Comisión Europea, de 20 de abril de 2016, disponible en <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1492_es.htm>.

La investigación iniciada en 2010 relativa al mercado de las búsquedas generales a través de Internet se enfocó en las conductas²⁶³ que se describen a continuación:

- 1- Favorecer a su servicio de comparación de precios (*Google Shopping*), a través de un mejor posicionamiento en los resultados de búsqueda general, situando los comparadores de precios de la competencia en posiciones inferiores.
- 2- Utilización del contenido de páginas de búsqueda especializada de empresas competidoras sin consentimiento previo²⁶⁴.
- 3- Obligación de suscribir pactos de exclusividad a las empresas que quieran anunciarse en sus webs y plataformas.
- 4- Restricciones practicadas en la plataforma *Google Ads*, respecto de las plataformas competidoras.

De entre las prácticas mencionadas, el pliego de cargos que la Comisión remitió a Google en abril de 2015 trata exclusivamente de las conductas relacionadas con el comparador de precios²⁶⁵, de manera que el apartado se centrará únicamente en lo relacionado con *Google Shopping*.

Google penetró en el mercado de los comparadores de precios online²⁶⁶ en el año 2004 a través de su comparador *Froogle* (actualmente denominado *Google Shopping*), pero sin obtener grandes resultados, lo que motivó que a partir del año 2008 decidiese desarrollar un plan para tratar de mejorar la posición en el mercado de su comparador²⁶⁷. Tal plan giraba en torno a la dominancia de la que goza Google en el mercado de las búsquedas generales a través de su motor de búsqueda (*Google Search*), pues situaba en las mejores posiciones de los resultados de búsqueda general a su servicio de comparación de precios, al tiempo que

²⁶³ Las conductas objeto de investigación se han expuesto conforme a PRADO GONZÁLEZ, L.M., *cit.*, 164.

²⁶⁴ Un ejemplo de tal conducta consistió en copiar las opiniones que diversos internautas manifestaban en las webs de la competencia para utilizarlas en las suyas. Extraído de BLAS DE AGUILERA, J., *cit.*, p. 92.

²⁶⁵ BLAS DE AGUILERA, J., *cit.*, p. 93.

²⁶⁶ A través de un comparador online, se puede comparar el precio o la calidad de los productos que se ofrecen a través de la red. Extraído de BLAS DE AGUILERA, J., *cit.*, p.93.

²⁶⁷ Comunicado de prensa de la Comisión Europea, de 27 de junio de 2017, disponible en <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_es.htm>.

intentaba ocultar los comparadores de la competencia situándolos en posiciones muy inferiores²⁶⁸.

Si se tiene en cuenta el comportamiento habitual del usuario o consumidor en los mercados de búsqueda general, consistente en visitar las páginas o plataformas que se hallan en los primeros resultados de las búsquedas, puede deducirse el daño que produce la conducta de Google sobre los comparadores rivales, pues recibirán menos visitas y en consecuencia, menos empresas querrán anunciarse en sus páginas, reduciéndose drásticamente sus beneficios²⁶⁹.

Queda claro, por tanto, que la conducta de Google se identifica con un abuso de posición dominante, en el que se aprecia claramente la posición dominante en el mercado de las búsquedas generales (cuota superior al 90 %) y una conducta abusiva que presenta por un lado, naturaleza explotativa, al dificultar al consumidor la posibilidad de disfrutar de otros comparadores y por otro, naturaleza restrictiva, al privar a las demás empresas de concurrir en el mercado de los comparadores de precios conforme a los méritos, lo que puede desembocar en la eliminación de toda competencia en el mismo²⁷⁰. Por estas razones, la Comisión decidió sancionar a Google con una multa de 2420 millones de euros²⁷¹.

Dentro de las diferentes conductas abusivas que se han explicado a lo largo del trabajo, ¿Dónde podrían encontrar encaje las conductas cometidas por Google? Del estudio del caso he llegado a la conclusión de que no hay una única respuesta. Paso a analizar a continuación las modalidades de abuso que a mi juicio podrían identificarse con las prácticas llevadas a cabo por Google.

En primer lugar, las conductas abusivas del caso podrían equipararse a una negativa de suministro. La conducta de Google encajaría dentro de los requisitos de la negativa de suministro de la siguiente forma:

²⁶⁸ CHAMIZO RENAU, J. “El sistema del control de la competencia en el mercado europeo y los últimos acontecimientos. Análisis del caso *Google shopping*, la mayor sanción de la historia”, disponible en < <https://www.sueabogados.com/wp-content/uploads/2018/02/Art%C3%ADculo-Competencia.pdf>>, pp. 1-17. [Consulta: 30 may. 2019].

²⁶⁹ CHAMIZO RENAU, J., *cit.*, p. 16.

²⁷⁰ CHAMIZO RENAU, J., *cit.*, pp. 16-17.

²⁷¹ CHAMIZO RENAU, J., *cit.*, p. 15.

1- Denegación del acceso a un recurso imprescindible para poder competir en un mercado descendente o secundario. En este caso, el recurso indispensable se identificaría con aparecer en las búsquedas del motor *Google Search*, siendo el mercado secundario el de los comparadores de precios online.

2- Posibilidad de provocar la expulsión del resto de competidores del mercado descendente. Tal posibilidad se manifestaría con el menoscabo sufrido por los comparadores rivales, en relación al descenso en el número de anunciantes a consecuencia de aparecer en posiciones remotas en los resultados de las búsquedas.

3- Posibilidad de daño al consumidor, en el sentido de que se le estaría impidiendo la posibilidad de disfrutar de otros comparadores de precios.

4- Ausencia de argumentos que demuestren un mayor grado de eficiencia derivado del comportamiento de Google, o que tal conducta está justificada objetivamente.

Por otra parte, las prácticas de Google también podrían encajar perfectamente dentro del empaquetamiento mixto, si examinamos con detenimiento los requisitos exigidos para tales prácticas:

1- Google gozaría de una posición dominante en el mercado de las búsquedas generales en Internet (90 % de cuota), siendo el mercado vinculante o principal.

2- Existencia de mercados separados, por un lado el mercado de búsquedas generales y por otro el de los comparadores.

3- Inducción a los usuarios a utilizar los servicios de búsqueda general conjuntamente con los que ofrece a través *Google Shopping*, al ocultar en posiciones posteriores en los resultados de las búsquedas a los comparadores de las empresas competidoras. La mera inducción es lo que determina la existencia de un empaquetamiento mixto, pues Google no establece la obligación de usar su comparador de precios, pero al situar a los comparadores rivales en posiciones remotas en los resultados, favorece que a un gran número de usuarios les resulte más cómodo usar el motor de búsqueda general conjuntamente con *Google Shopping*.

4- Probabilidades altas de expulsión de los demás comparadores de precios a causa del empaquetamiento mixto llevado a cabo por Google.

5- Inexistencia de justificaciones objetivas o eficiencias en la conducta de Google.

A través del empaquetamiento mixto del motor de búsqueda y el comparador de precios, Google estaría poniendo en práctica un “apalancamiento”, ya que estaría usando el poder de mercado obtenido en las búsquedas generales en la red para poder obtener dominancia en el mercado de los comparadores de precios online.

Por último, la conducta de Google podría enjuiciarse conforme al trato discriminatorio recogido en la letra c) del artículo 102 TFUE, pues al situar a propósito en peores posiciones en los resultados de búsqueda a los comparadores de la competencia, les estaría ocasionando “*una desventaja competitiva*”. A través del trato de favor concedido a *Google Shopping*, se produciría también el “apalancamiento” mencionado en el párrafo anterior, pues estaría utilizando su motor de búsqueda para dispensar un trato desfavorable a los comparadores rivales, al tiempo que potencia el suyo, lo que conlleva utilizar el dominio del mercado de las búsquedas generales para intentar dominar el mercado de los comparadores.

De las tres conductas citadas debe descartarse, a mi juicio, la negativa de suministro, pues Google no estaría denegando el acceso a aparecer en los resultados de su motor de búsqueda. En cambio, los comparadores de la competencia aparecerían en resultados posteriores. Además, no considero que aparecer en los resultados ofrecidos por el motor de búsqueda de Google sea un recurso imprescindible para competir en el mercado de los comparadores, ya que a pesar de las gigantescas proporciones del dominio de Google en las búsquedas generales, lo cierto es que siguen existiendo otros motores de búsqueda alternativos que pueden utilizarse. No obstante, es posible que en lugar de una negativa de suministro, estemos ante un caso de compresión de márgenes, teniendo en cuenta el bajón de beneficios que sufrieron los competidores a consecuencia del trato preferencial a su servicio de comparación, al tiempo que dispensaba peores posiciones en las búsquedas a los otros comparadores, siempre que consideremos que su motor de búsqueda es un insumo.

4.3. Caso Google Android

Android es un sistema operativo para terminales móviles cuyo desarrollo principal compete a Google desde el año 2005, siendo una de sus principales cualidades su carácter

abierto, pudiendo desarrollarlo, en consecuencia, cualquier particular o empresa²⁷². Cada vez que Google crea una nueva versión de *Android*, la pone a disposición de los interesados subiendo el código fuente a Internet, para que desarrollen, si lo desean, una versión independiente, no afectando la publicación a algunas aplicaciones exclusivas de Google, pues para obtenerlas hay que llegar a un acuerdo con la compañía²⁷³.

Según la Comisión, Google habría estado aprovechándose de los acuerdos mencionados para dañar la competencia²⁷⁴, mediante la realización de tres prácticas²⁷⁵ que se describen en los siguientes párrafos.

En primer lugar, Google habría estado otorgando la licencia de su aplicación de tienda online *Google Play* a condición de que los fabricantes de dispositivos móviles preinstalaran en sus terminales el motor de búsqueda *Google Search* y su navegador *Google Chrome*. La compañía se habría estado aprovechando de la importancia que tiene para el usuario de dispositivos móviles encontrar la tienda de Google preinstalada en su terminal, derivado de la imposibilidad de obtenerla por vías alternativas. No cabe duda de que en esta práctica se dan todos los requisitos exigidos para las prácticas de vinculación:

- 1- Posición de dominio en el mercado del producto vinculante (mercado de las tiendas de aplicaciones compatibles con *Android*), con una cuota que sobrepasa el 90 % a nivel mundial. En este caso, el producto vinculante se identifica con la aplicación de la tienda online *Google Play*, mientras que *Google Search* y *Google Chrome* son los productos vinculados.
- 2- Presencia de mercados separados o demanda individualizada de los productos objeto de vinculación. Por un lado tenemos el mercado de tiendas online para aplicaciones compatibles con *Android* y por otro, el mercado de búsquedas generales y de navegadores.
- 3- Inducción a utilizar las aplicaciones vinculadas de forma conjunta. Según la Comisión, aunque existan aplicaciones alternativas a las que Google ofrece en su paquete y no son incompatibles con las de la competencia, el consumidor tiende a

²⁷² PRADO GONZÁLEZ, L.M., *cit.*, p. 165.

²⁷³ Comunicado de prensa de la Comisión, de 18 de julio de 2018, disponible en <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_es.htm>.

²⁷⁴ PRADO GONZÁLEZ, L.M., *cit.*, p. 165.

²⁷⁵ Las prácticas serán analizadas conforme al comunicado de prensa de la Comisión de 18 de julio de 2018, *cit.*

utilizar en la inmensa mayoría de los casos lo que ya encuentra preinstalado en el terminal.

4- Riesgo de expulsión de los competidores de los mercados de aplicaciones de navegadores y búsquedas por Internet, al disminuir con la práctica descrita los intereses de los fabricantes en acudir a aplicaciones análogas ofrecidas por la competencia. Además, como expuse en el párrafo anterior, el comportamiento del consumidor va orientado en la mayor parte de los casos a utilizar únicamente las aplicaciones preinstaladas.

5- Si bien Google trató de justificar la vinculación en base a recuperar las inversiones realizadas en *Android*, la Comisión optó por descartar la existencia de eficiencias o justificaciones objetivas en su comportamiento.

La segunda de las prácticas se identifica con las remuneraciones dirigidas por parte de Google a diversos fabricantes, a condición de que únicamente instalasen *Google Search* en toda su gama de terminales *Android*. Este comportamiento se identifica, desde mi punto de vista, con un acuerdo de aprovisionamiento exclusivo. A pesar de que esta modalidad de conducta abusiva no ha sido estudiada en los puntos anteriores del trabajo, aprovecharé para explicarla ahora, dada su simplicidad. Los acuerdos de aprovisionamiento exclusivo constituyen una modalidad de práctica abusiva consistente en forzar al cliente en cuestión a abastecerse únicamente con el producto o servicio que ofrece la empresa dominante, premiando tal fidelidad a través de recompensas de diversa naturaleza²⁷⁶. Lo que pretendía conseguir Google con estas prácticas, a juicio de la Comisión, era eliminar a la competencia en el mercado de las búsquedas, pues ningún competidor en tal mercado podría haber igualado la oferta de Google sin renunciar a la rentabilidad de su empresa.

Por último, Google ha negado el acceso a sus aplicaciones (entre las que destacan *Google Search* y *Play Store*) a todos aquellos terminales que funcionasen con versiones de *Android* elaboradas por desarrolladores independientes. En este caso, la conducta de Google constituye, en mi opinión, una negativa de suministro que ha impedido que los fabricantes de terminales móviles pudiesen desarrollar dispositivos que utilizaran versiones de *Android* no aprobadas por Google. En tal práctica, pueden observarse los requisitos exigidos para concluir que existe una negativa de suministro:

²⁷⁶ Comunicación de la Comisión (2009/C45/02), Párrafos 32, 33, 34, 35 y 36.

1- Negativa de acceso a un elemento esencial para poder competir de forma efectiva en un mercado descendente o secundario, siendo las aplicaciones de Google dicho elemento y el mercado descendente el de los sistemas operativos para terminales y dispositivos móviles.

2- Tal negativa produjo un cierre de mercado, pues al negar el acceso a aplicaciones que tienen una difusión superior al 90 % de cuota en sus respectivos mercados, Google eliminó la posibilidad de tener que competir en el mercado de los sistemas operativos para móviles, ya que ningún desarrollador querrá incluir en sus terminales un sistema operativo sin tener unas aplicaciones que gozan de esa acogida entre el público.

3- El daño al consumidor se manifiesta en el impedimento, por parte de Google, de que pudiera aparecer un nuevo producto (terminales con otras versiones de *Android*) que pudiera tener una demanda potencial.

4- Google intentó justificar su comportamiento en base a un hipotético funcionamiento anómalo de sus aplicaciones en los sistemas *Android* desarrollados por competidores, no obstante, la Comisión desestimó la existencia de justificaciones objetivas o eficiencias.

Teniendo en cuenta todas las conductas abusivas cometidas por Google en el caso *Android*, la Comisión Europea decidió imponerle una multa de 4340 millones de euros.

5. CONCLUSIONES

De la investigación plasmada en este trabajo acerca del abuso de posición dominante, he extraído una serie de conclusiones que se exponen, a continuación, de forma numerada y acorde con el orden de los capítulos y apartados propuestos.

1- En primer lugar, del estudio de los orígenes del Derecho de la competencia, he extraído la conclusión de que esta disciplina jurídica nace como un medio puesto al servicio de la economía liberal, para tratar de solucionar algunas de sus más notables deficiencias. En particular, el Derecho de la competencia surge para evitar la tendencia natural presente

en la economía de mercado a destruir los efectos positivos que genera la existencia de un número de empresarios compitiendo por ganarse el favor del consumidor.

2- En lo que atañe a los objetivos perseguidos por esta rama del Derecho, en Estados Unidos persigue combatir, inicialmente, esos grandes conglomerados empresariales que formaban los *trusts*, de manera que puede decirse, a fin de cuentas, que el Derecho de la competencia nace en verdad para combatir los primeros casos de abuso de posición dominante. A pesar de todo, el actual enfoque seguido por el Derecho de la competencia estadounidense, basado en la eficiencia en la asignación de los recursos y la maximización de la producción, tiende a beneficiar a las grandes empresas, produciéndose una contradicción con los motivos que propiciaron su aparición.

En Europa encontramos la otra cara de la moneda, pues el Derecho de la competencia europeo trata de propiciar, en sus inicios, la acumulación del poder económico para que se consoliden grandes empresas que puedan competir con sus rivales americanas y asiáticas. No obstante, el objetivo de crear un mercado común en el seno de la Comunidad, en combinación con la protección del proceso competitivo, le han otorgado a la Unión los instrumentos para poder enfrentarse a los abusos cometidos por las grandes empresas que pudieron crearse en su seno.

Desde mi punto de vista, el modelo de Derecho de la competencia europeo constituye el mejor camino para lograr los objetivos de bienestar perseguidos, pues potencia la eficiencia en todos los aspectos (innovación, producción y asignación de recursos), a diferencia de lo que pretende el enfoque americano, únicamente centrado en maximizar la producción. A través del modelo europeo, las diversas empresas se empujan a ser mejores a través de la innovación, lo que redundará finalmente en beneficio del consumidor, pues acaba obteniendo mejores precios, mayor calidad de producto, más alternativas entre las que escoger, etc. El modelo norteamericano tiende, en verdad, a mantener el *statu quo* en favor de las grandes empresas, lo que puede ocasionar que éstas se olviden de innovar y competir, pues mientras no caiga la producción o aumenten los precios, cualquier conducta será tolerada.

3- Para determinar si una empresa está abusando de una posición de dominio, primero debe valorarse si ostenta tal posición. En este sentido, es necesario destacar la importancia que tiene el estudio del mercado en el que opera la empresa investigada para determinar si es o no dominante, pues es la forma de determinar si enfrenta presiones que

puedan corregir su comportamiento, provenientes del consumidor o de competidores actuales o en potencia. Para llevar a cabo tal fin, deberá comprobarse qué bienes sustitutivos se ofertan en la zona en la que actúa la empresa, en un periodo de tiempo determinado. En ocasiones, también se estudiará qué empresas estarían dispuestas a comenzar a ofrecer bienes homólogos a los de la empresa dominante en situaciones de incrementos en los precios. Por otra parte, debe evitarse, en la medida de lo posible, definir mercados demasiado amplios o demasiado reducidos, para no caer en la trampa de difuminar el hipotético poder de mercado que pueda tener la empresa dominante.

Una vez determinado el mercado en el que actúa la empresa investigada, podremos comprobar cuál es la posición que ocupa en el mismo. De esta forma, la cuota de mercado ofrecerá el porcentaje de la demanda satisfecha por el operador investigado, siendo el dato relativamente más importante en aras a determinar la dominancia de una empresa. No obstante, las autoridades de competencia deberán, en la medida de lo posible, cotejar la cuota con otras circunstancias que pueden atenuar la utilidad de la misma como dato revelador de dominancia, tales como la existencia de barreras a la entrada en el mercado, el carácter disperso o concentrado del mercado en relación a los demás competidores, la diferenciación de productos, el poder de la demanda o la competencia potencial.

4- Aunque la clasificación de las conductas abusivas conforme al destinatario del daño pueda resultar de utilidad a efectos doctrinales, lo cierto es que todas las conductas muestran carácter explotativo y restrictivo, siendo difícil encontrar casos en los que una práctica tenga únicamente una de las dos facetas. Piénsese que una conducta que tenga el efecto de expulsar a diversas empresas del mercado, también tiene carácter explotativo, al limitar las posibilidades de elección de las que goza el consumidor. Por otra parte, la mayor parte de los casos tratados por las autoridades europeas se enfocan en comprobar los efectos restrictivos, aunque teniendo siempre en cuenta el daño que las conductas provocan en el consumidor como parámetro final de valoración. Resulta de más utilidad, desde mi punto de vista, la lista ejemplificativa de conductas con la que he ido trabajando a lo largo de toda la investigación, ya que ofrece algunas de las formas posibles en que pueden manifestarse los abusos, facilitando la tarea de identificarlos.

A pesar de que la forma de las conductas pueda ayudar a determinar su existencia, su ilicitud debe valorarse conforme a un criterio económico, de modo que, únicamente serán sancionadas las que tengan el poder de provocar efectos perjudiciales sobre la competencia, minorando el bienestar del consumidor, quedando excluidas de la prohibición

en los casos en que estén objetivamente justificadas o generen una eficiencia que sobrepase sus efectos perjudiciales. Por otra parte, hay que hacer hincapié en el carácter ejemplificativo de la lista mencionada, pudiendo aparecer nuevas conductas abusivas en el futuro que no acaben de encajar en las categorías expuestas, de ahí que la valoración deba realizarse con el criterio económico expuesto.

5- En relación al caso *Google*, la Comisión ha actuado conforme al método descrito en los párrafos anteriores. En primer lugar, determinó los mercados en los que Google actuaba, para después constatar su dominancia en el mercado de las búsquedas generales en Internet y en el de los sistemas operativos para terminales móviles. Posteriormente, acudió a la lista ejemplificativa ofrecida en el artículo 102 TFUE, encontrando que las prácticas de Google podrían encontrar encaje de diversas formas en las conductas descritas y finalmente, detectó los efectos perjudiciales que tales actuaciones habían provocado en la competencia, menoscabando el bienestar del consumidor de diversas formas.

Por otra parte, en el caso Google se pone de manifiesto nuevamente, desde mi punto de vista, la diferencia de enfoque que se le da al Derecho de la competencia en Estados Unidos y en Europa. Como apunté anteriormente, el enfoque norteamericano tiende a beneficiar a sus grandes empresas. Constituye prueba de lo anterior las opiniones vertidas el año pasado por el Presidente Trump, en las que expresaba su malestar por las multas impuestas a Google por parte de la Comisión. Pero además, si nos fijamos en lo que ha pasado recientemente con Huawei, es muy probable que el veto impuesto por el Gobierno norteamericano a la compañía china se deba a presiones por parte de Google y otras grandes empresas americanas, con el objetivo de expulsarla del mercado norteamericano y evitar en lo medida de lo posible tener que competir con ella, actualmente o en el futuro.

BIBLIOGRAFÍA

1. Libros y artículos doctrinales

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio”, *El Abuso de la Posición de Dominio*, dirigido por MARTÍNEZ LAGE, S., PETITBÓ JUAN, A., Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 193-226.
- ALLENDESALAZAR CORCHO, R., “El abuso y sus efectos. Modernización del artículo 82 TCE: revisión o reforma”, *El abuso de la posición de dominio*, dirigido por MARTÍNEZ LAGE, S., PETITBÓ JUÁN, A., Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 155-191.
- ÁLVAREZ GARCIA, S., GALINDO MARTÍN, M. A., “Excedente del consumidor”, *Diccionario de Economía Pública*, Madrid: Ecobook-Editorial del Economista, 2010, pp. 122-123.
- ÁLVAREZ GARCIA, S., GALINDO MARTÍN, M. A., “Excedente del productor”. *Diccionario de Economía Pública*, Madrid: Ecobook-Editorial del Economista, 2010, p. 123.
- ÁLVAREZ GARCIA, S., GALINDO MARTÍN, M. A., “Excedente social”, *Diccionario de Economía Pública*, Madrid: Ecobook-Editorial del Economista, 2010, pp. 123.
- AREEDA, P., TURNER, D.F., “Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act”, *Harvard Law Review*, vol. 88, núm. 4, febrero de 1975, pp. 697-733.
- ARMENGOL I GASULL, O., “La discriminación de precios como abuso de posición dominante”, *El Abuso de la Posición de Dominio*, coordinado por MARTÍNEZ LAGE, S., PETITBÓ JUAN, A., Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 299-312.
- BAHAMONDE DELGADO, R., “El poder de mercado y su relevancia en el derecho de la competencia europeo”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 17, 2013, pp. 487-499.
- BALTRA CORTÉS, A., “Capítulo segundo: los bienes”, *Teoría Económica vol. I*, Santiago de Chile (Chile): Editorial Andrés Bello, 1973, pp. 45-53.

- BARROSO CASTRO, C., PICÓN BERJOYO, A., “La importancia de los costes de cambio en el comportamiento del cliente”, *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa*, vol. 10, núm. 3, 2004, pp. 209-232.
- BERENGUER FUSTER, L., “Otras formas de abuso de posición dominante (con especial mención al abuso de situación de dependencia económica)”, *El Abuso de la Posición de Dominio*, dirigido por MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÓ JUÁN, A., Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 415-436.
- BLAS DE AGUILERA, J., “La Comisión Europea investiga posibles prácticas anticompetitivas realizadas por Google”, *Actualidad Civil*, núm. 5, 2015, pp. 86-93.
- BROKELMANN, H., “La negativa de suministro y figuras afines”, *El Abuso de la Posición de Dominio*, coordinado por MARTÍNEZ LAGE, S., PETITBÓ JUAN, A., Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 341-365.
- BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., “Derecho de la competencia: defensa de la competencia”, *Manual de Derecho Mercantil (Volumen I)*, Madrid: Editorial Tecnos, 2018, pp. 160- 196.
- CÁRDENAS GARZÓN, V.C., “Análisis de las condiciones bajo las cuales se produce un abuso de posición de dominio por ventas atadas y sus posibles justificaciones”, *Foro: Revista de Derecho*, núm. 26, 2016, pp. 107-127.
- CASTILLO NAVARRO, J.M., “Precios predatorios y su determinación como conducta anticompetitiva: ¿Faltan elementos jurídicos para su aplicación o falta decisión?”, *Actualidad Jurídica*, núm. 278, enero de 2017, pp. 183-197.
- CREUS CARRERAS, A., AMADOR PEÑATE, O. y PÉREZ OLMO, G., “Principios básicos para la definición de mercado”, *Código de Derecho de la Competencia*, Madrid: Wolters Kluwer, 2006, pp. 920-928.
- CREUS, A., “Precios predatorios (principalmente en el sector aéreo)”, *El Abuso de la Posición de Dominio*, coordinado por MARTÍNEZ LAGE, S., PETITBÓ JUAN, A., Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 273-298.
- DI GIANNATALE, S., ELBITTAR, A., “Bundling and Tying: should regulators use the per-se approach or the rule-of-reason approach? lessons from the economics literatura”, *Competition Policy International Journal*, vol. 8, núm.2, 2012, pp. 34-40.

- DÍAZ CASTELLANOS, G., “Teoría de juegos y política de precios”, *Revista Electrónica*, num. 11, 2009, pp. 21-32.
- DÍEZ ESTELLA, F., “Abusos mediante precios: los precios excesivos”, *El Abuso de la Posición de Dominio*, dirigido por MARTÍNEZ LAGE, S., PETITBÓ JUAN, A., Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 253-272.
- DÍEZ ESTELLA, F., “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”, *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2000, pp. 321-344.
- DÍEZ ESTELLA, F., “El abuso de posición dominante en el Derecho comunitario y español de defensa de la competencia”, *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, dirigido por GARCÍA-CRUCES, J. A., Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 255-334.
- DÍEZ ESTELLA, F., “La doctrina del abuso en los mercados conexos: del “monopoly leveraging” a las “essential facilities”. *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 248, julio de 2003, pp. 555-604.
- DÍEZ ESTELLA, F., “¿Precios predatorios en el mercado del tabaco? (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2004)”, *El Derecho Editores*, núm. 2114, 29 de marzo de 2005.
- FERNÁNDEZ, C., “Cuota de mercado y poder de mercado”, *El Abuso de la Posición de Dominio*, dirigido por MARTÍNEZ LAGE, S., PETITBÓ JUAN, A., Madrid: Marcial Pons, 2006 pp. 61-74.
- FLINT BLANK, P., “El rol del Estado en la determinación del mercado relevante”, *Tratado de Defensa de la Libre Competencia: un estudio exegético del D.L. 701*, Lima (Perú): Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, pp. 214-218.
- GARCÍA MARIÑOSO, B., “Usos y abusos de la literatura de cláusulas vinculantes en el análisis de los mercados para bienes sistema”, *Economía Industrial*, núm.329, 2001, pp. 117-126.
- GUTIÉRREZ, I., PADILLA, J., “Una racionalización económica del concepto de posición de dominio”, *El Abuso de la Posición de Dominio*, dirigido por MARTÍNEZ LAGE, S., PETITBÓ JUAN, A., Madrid: Marcial Pons, 2006 pp. 15-31.

- HERRERO SUÁREZ, C., “Concepto y caracterización de los contratos vinculados: elementos estructurales”, *Los Contratos Vinculados (Tying Agreements) en el Derecho de la Competencia*, Madrid: La Ley, 2006, pp. 145-256.
- HERRERO SUÁREZ, C., “Evolución de la política antimonopolio en materia de vinculación”, *Los Contratos Vinculados (Tying Agreements) en el Derecho de la Competencia*, Madrid: La Ley, 2006, pp. 257-349.
- HERRERO SUÁREZ, C., “Las funciones del Derecho de la libre competencia”, *Los Contratos Vinculados (Tying Agreements) en el Derecho de la Competencia*, Madrid: La Ley, 2006, pp. 39-141.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., “Los precios predatorios y el derecho de la competencia europeo (Comentario de la sentencia del TJCE de 3 de julio de 1991, asunto.62/86 *AKZO Chemie B. V. c. Comisión*)”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, núm. 1, pp. 227-250.
- HOLZWEBER, S., “Tying and bundling in the digital era”, *European Competition Journal*, vol. 14, núms. 2-3, 2018, pp. 342-366.
- JIMÉNEZ LATORRE, F., CAÑIZARES PACHECO, E., “Dificultades para la definición del mercado relevante”. *El Abuso de la Posición de Dominio*, dirigido por MARTÍNEZ LAGE, S., PETTIBÓ JUAN, A., Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 33-59.
- JIMÉNEZ-LAIGLESIA, J., MASÍA, J., “Derechos de Propiedad Intelectual y normativa de competencia. Análisis de la frontera existente entre el ejercicio de los primeros y el alcance de la segunda”, *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 73, enero-abril 2008, pp. 111-137.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A., GÓMEZ ÁLVAREZ, A., “Aplicación del derecho de la competencia a los descuentos y acuerdos de cooperación comercial (algunas reflexiones)”, *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 65, enero-abril 2012, pp. 193-211.
- MORALES ISASI, M., SAENZ-CORTABARRIA FERNÁNDEZ, I., “Las licencias obligatorias y el abuso de posición dominante”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 18, núm. 3, 1991, pp. 945-960.

- MOTTA, M., “Depredación, monopolización y otras prácticas abusivas”, *Política de Competencia: Teoría y Práctica*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 4 may. 2018 pp. 480-617.
- MOTTA, M., “Política de competencia: historia, objetivos y legislación”, *Política de competencia: teoría y práctica*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2018, pp. 27-67.
- ODRIOSOLA ALÉN, M., BARRANTES DÍAZ, B., “La vinculación de productos. Referencia al asunto Microsoft”, *El Abuso de la Posición de Dominio*, dirigido por MARTÍNEZ LAGE, S., PETTIBÓ JUÁN, A., Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 367-390.
- ORTIZ BARQUERO, I., “Vientos de cambio en el ámbito del abuso de la posición de dominio: la aplicación de la “regla de la razón” a los abusos de exclusión en el derecho europeo de la competencia”, *Mercatoria*, vol. 10, núm. 1, 2011, pp. 1-32.
- PÉREZ BENÍTEZ, J. J., “Abuso de posición de dominio”, *Manual Práctico de Derecho de la Competencia*, coordinado por CARBAJO CASCÓN F., Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 170-193.
- POZO VINTIMILLA, P., “El dilema de los precios predatorios: estrategias, teorías y problemas. Un análisis del Derecho de la competencia de la Unión Europea y *Antitrust*”, *Foro: Revista de Derecho*, núm. 26, 2016, pp. 25-47.
- PRADO GONZÁLEZ, L. M., “Google y Gazprom: casos de abuso de posición dominante en el mercado investigados actualmente por la comisión europea”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 41, 2015, pp. 164-167.
- PRIEST, G., “Los insuficientes esfuerzos del gobierno para aplicar el moderno Derecho *antitrust* a las industrias de redes”, *Themis: Revista de Derecho*, núm. 47, 2003, pp. 75-98.
- QUINTANA SÁNCHEZ, E., “Prohibición de negativas injustificadas de trato: ¿equilibrando la libertad de contratar y la libre competencia?”, *Revista de la Asociación IUS ET VERITAS*, núm. 25, 2002, pp. 378-389.
- RALLO JULIÁN, J. R., “El mito de los precios predatorios”, *La Ilustración Liberal*, núm. 43, 2010, p. 6.

- REY, P., GUAL, J., HELLWIG, M., PERROT, A., POLO, M., SCHMIDT, K., STENBACKA, R., “Un enfoque económico del artículo 82”, *El Abuso de la Posición de Dominio*, coordinado por MARTÍNEZ LAGE, S., PETITBÓ JUAN, A., Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 99-154.
- RUIZ CALZADO, J., “Los descuentos y su problemática”, *El Abuso de la Posición de Dominio*, coordinado por MARTÍNEZ LAGE, S., PETITBÓ JUAN, A., Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 313-338.
- RUIZ, G., “Definición de mercado relevante y políticas de competencia”, *Themis: Revista de Derecho*, núm. 41, 2000, pp. 291-310.
- SCHWARTZ, P., “Empresa y libertad”, *Revista de Estudios Económicos y Empresariales*, núm. 2, 1983, pp. 7-16.
- TARZIJÁN, J. y HEVIA, J., “Jurisprudencia sobre precios predatorios en Chile: ¿Han sido uniformes los criterios aplicados?”, *Abante*, vol. 8, núm. 2, 2005, pp. 59-85.
- UGARTE SOTO, A., “Facilidades esenciales y abuso de posición dominante”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 20, núm. 2, 2013, pp. 233-268.
- VELASCO SAN PEDRO, L. A., “Mercado relevante”, *Diccionario de Derecho de la Competencia*, dirigido por VELASCO SAN PEDRO L. A., Madrid: Iustel, 2006, pp. 35-39.
- VICENT CHULIÁ, F., “Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales”, *Introducción al Derecho Mercantil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 55-59.
- YANES YANES, P., “Abusos explotativos”, *Diccionario de Derecho de la Competencia*, dirigido por VELASCO SAN PEDRO, L. A., Madrid: Iustel, 2006, pp. 35-39.
- YBAR ABAD, M., “Comprendiendo el abuso de posición de dominio: revisión de la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada sobre las principales conductas exclusorias”, *Revista de Derecho Económico*, núm. 76, 2014, pp. 11-60.

2. Páginas web

- AGENCIA TRIBUTARIA. “Índices correctores” [en línea], <https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/Ayuda/Manuales__Folletos_y_Videos/Manuales_de_ayuda_a_la_presentacion/Ejercicio_2016/_Ayuda_Modelo_100/7_

[_Cumplimentacion_IRPF_I_/7_5__Rendimientos_de_actividades_economicas/7_5_3__Regimen_de_estimacion_objetiva_excepto/7_5_3_8__Indices_correctores/7_5_3_8__Indices_correctores.html](#)>. [Consulta: 1 ene. 2019].

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Definición del mercado relevante en operaciones de concentración” [en línea], <<https://almacenederecho.org/definicion-del-mercado-relevante-en-operaciones-de-concentracion/>>. [Consulta: 1 mar. 2019].

- ALMOGUERA, J.A., “Cártel, trust y holding: principales diferencias entre estos tres tipos de asociaciones de empresas” [en línea], <<https://www.economiadehoy.es/noticia/8521/economia-practica/cartel-trust-y-holding.html> >. [Consulta: 27 may. 2019].

- ÁLVAREZ, J., “Breve historia de Google” [en línea], <<https://www.labrujulaverde.com/2012/09/breve-historia-de-google>>. [Consulta: 30 may. 2019].

- ARTÉS CASELLES, J., “Precios predatorios” [en línea], <<http://diccionarioempresarial.wolterskluwer.es/Content/Documento>>. [Consulta: 30 de nov. 2018].

- AYLLÓN CASTRO, J., “Abuso de posición dominante I y II” [en línea], <<https://pymesycompetencia.wordpress.com/tag/posicion-dominante-2/>>. [Consulta: 26 mar. 2019].

- “Barreras de entrada” [en línea], <<http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento>>. [Consulta: 7 ago. 2018].

- BLASCO TORREJÓN, B., “Lo esencial sobre elasticidad cruzada [en línea], <<http://diccionarioempresarial.wolterskluwer.es/Content/Documento>>. [Consulta: 5 jun. 2019].

- CARRASCO MAYANS, S., “¿Es justa la multa a Google por abuso de posición dominante con Android?” [en línea], <<https://www.faseconsulting.es/tecnologia/derecho-tecnologico/es-justa-la-multa-a-google-por-abuso-de-posicion-dominante-con-android>>. [Consulta: 30 may. 2019].

- CHAMIZO RENAU, J., “El sistema del control de la competencia en el mercado europeo y los últimos acontecimientos. Análisis del caso google shopping, la mayor sanción

de la historia”, disponible en < <https://www.sueabogados.com/wp-content/uploads/2018/02/Art%C3%ADculo-Competencia.pdf>>, pp. 1-17. [Consulta 1 jun. 2019].

- COLOMA, G., “Prácticas horizontales exclusorias y defensa de la competencia” [en línea],

<https://www.academia.edu/30333172/Pr%C3%A1cticas_horizontales_exclusorias_y_defensa_de_la_competencia>. [Consulta 26 dic. 2018].

- DÍEZ ESTELLA, F., “Los objetivos del Derecho *antitrust*”, disponible en <[http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/objetivos_antitrust_\(2003\).pdf](http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/objetivos_antitrust_(2003).pdf)>, pp. 1-32. [Consulta: 22 may. 2019].

- “Libertad de empresa” [en línea], <<http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento>>. [Consulta: 3 de feb. 2019].

- MASA LORENZO, C., “Análisis de costes” [en línea], <<http://diccionarioempresarial.wolterskluwer.es/Content/Documento>>. [Consulta: 27 dic. 2018].

- MINISTERIO DE CULTURA Y DEPORTE, “La propiedad intelectual” [en línea], <<https://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/areas-cultura/propiedadintelectual/la-propiedad-intelectual.html>>. [Consulta: 7 sep. 2018].

- PASCUAL DE QUITO., “Know-how: ¿ser o no ser?” [en línea], <https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/know-how-ser-o-no-ser>. [Consulta: 9 ene. 2019].

- REQUERO, J. L., “Licencias obligatorias de patente” [en línea], <<https://www.joseluisrequero.com/licencias-obligatorias-de-patentes-2/>>. [Consulta: 20 sep. 2018].

- RUÍZ DE PALACIOS VILLAVERDE, M. M., “Lo esencial sobre costes” [en línea], <<http://diccionarioempresarial.wolterskluwer.es/Content/Documento>>. [Consulta: 27 dic. 2018].

3. Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76.
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 5ª) de 3 de julio de 1991, asunto C-62/86.
- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala 1ª) de 17 de diciembre de 2003, asunto T-219/99.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de junio de 1978, asunto 77/77.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1986, asunto 264/84.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de abril de 1989, asunto 66/86.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de enero de 1981, asuntos acumulados 55/80 y 57/80.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 1988, asunto 53/87.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 1988, asunto 238/87.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995, asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, asunto 27/66.
- Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, asunto *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco*, 509 U.S. 209 (1993).
- Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, asunto *Matsushita Electric Industry Co. c. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986).
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 5ª) de 14 de noviembre de 1996, asunto C-333/94 P.
- Sentencia 56/2010 del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Barcelona, Asunto 170/2008.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de noviembre de 1998, asunto C-7/97.
- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, asunto T-65/89.

- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, asunto T-228/97.
- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de diciembre de 2005, asunto T-210/01.
- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de diciembre de 2007, asunto T-201/04.
- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) de 12 de diciembre de 1991, asunto T-30/89.

4. Legislación

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- Comunicación de la Comisión (97/C 372/03).
- Comunicación de la Comisión (2009/C45/02).
- Constitución Española de 1978.
- Decisión de la Comisión de 21 de mayo de 2003, asunto COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 — Deutsche Telekom AG.
- Decisión de la Comisión de 24 de mayo de 2006, asunto COMP/C-3/37.792 — Microsoft.
- Decisión de la Comisión de 4 de julio de 2007, asunto COMP/38.784 - Wanadoo España contra Telefónica.
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
- Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

5. Otros

- Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses.

- Comunicado de prensa de la Comisión Europea, de 20 de abril de 2016.
- Comunicado de prensa de la Comisión Europea, de 27 de junio de 2017.
- Comunicado de prensa de la Comisión de 18 de julio de 2018.