

VNIVERSITAT DE VALÈNCIA

FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Mercantil “Manuel Broseta Pont”
Programa de Doctorado en Estudios Jurídicos,
Ciencia Política y Criminología



LA FIJACIÓN DE UN PRECIO EXCESIVO POR EXPLOTACIÓN COMO ILÍCITO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

Carmen Teresa Rodilla Martí

Director:

Prof. Dr. Juan Ignacio Ruiz Peris

Catedrático de Derecho Mercantil

Valencia, abril de 2017

|

Carmen Teresa Rodilla Martí

A mi familia

ÍNDICE

GENERAL INTRODUCTION	15
1. RELEVANCE OF THE TOPIC	15
2. METHODOLOGY	16
3. SUBJECT MATTER AND WORKING PLAN	19
PARTE I. INTRODUCCIÓN	23
CAP. I. ANÁLISIS JURÍDICO Y ECONÓMICO. UBICACIÓN DE LOS PRECIOS EXCESIVOS	23
1. LAS HERRAMIENTAS DEL ANÁLISIS DEL ARTÍCULO.....	25
1.1. ANÁLISIS JURÍDICO	25
1.2. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO	28
2. UBICACIÓN DE LOS PRECIOS EXCESIVOS	28
3. LA EQUIDAD EN LOS PRECIOS	34
CAP. II. UNA VISIÓN COMPARADA DEL TRATAMIENTO HISTÓRICO DE LOS PRECIOS EXCESIVOS EN LOS ORDENAMIENTOS NORTEAMERICANO Y EUROPEO.....	39
1. EL DERECHO <i>ANTITRUST</i> NORTEAMERICANO.....	40
1.1. NOTAS INTRODUCTORIAS.....	40
1.2. RECORRIDO HISTÓRICO DEL DERECHO <i>ANTITRUST</i>	48
1.3. APROXIMACIÓN A LOS PRECIOS EXCESIVOS	50
1.3.1. Derecho <i>antitrust</i>	51
1.3.2. Derecho regulatorio.....	57
2. EL DERECHO COMUNITARIO HISTÓRICO	59
2.1. INFORME SPAAK	60
2.2. TRATADO DE PARÍS O TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD EUROPEA DEL CARBÓN Y DEL ACERO (1951) Y TRATADO DE ROMA O TRATADO DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA (1957).....	63
2.2.1. Notas introductorias.....	63
2.2.2. Objetivos del Derecho de la competencia europeo: la creación del mercado interno, la protección de los competidores y la eficiencia	66
2.2.3. Interpretación del artículo 102 TFUE a la luz de la publicación de los trabajos preparatorios.....	72
2.2.4. La cuestión de la equidad como fin del Derecho de la competencia	76
3. EL DERECHO ALEMÁN DE LA COMPETENCIA	78
4. EL DERECHO FRANCÉS DE LA COMPETENCIA	84
5. CONCLUSIONES.....	86
CAP III. EL ARTÍCULO EN LA ACTUALIDAD: LA APROXIMACIÓN MÁS ECONÓMICA	91
1. INTRODUCCIÓN GENERAL.....	91

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO CON EL <i>MORE ECONOMIC APPROACH</i>	94
2.1. NOTAS INTRODUCTORIAS	94
2.2. FINES DEL ARTÍCULO 101 TFUE	97
2.3 FINES DEL ARTÍCULO 102 TFUE	98
2.3.1. Notas introductorias	98
2.3.2. En el ilícito de precios excesivos	100
2.3.2.1. El bienestar del consumidor	100
2.3.2.2. Disección del concepto de bienestar del consumidor	103
3. LOS EFECTOS COMO ELEMENTO CENTRAL DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA	106
3.1. NOTAS GENERALES	107
3.2. LA APROXIMACIÓN MÁS ECONÓMICA EN EL ART. 102 TFUE Y EN EL ILÍCITO RELATIVO A LOS PRECIOS EXCESIVOS	108
3.2.1. Los efectos negativos en el ilícito	109
3.2.2. La defensa de la eficiencia	110
3.2.3. Los ilícitos por objeto y los ilícitos por efecto	115
3.2.3.1. Apuntes generales	115
3.2.3.2. En particular, en precios excesivos	120
4. CONCLUSIONES	120
PARTE II. EL ILÍCITO: ESTRUCTURA Y REQUISITOS	125
CAP. I. INTRODUCCIÓN	125
1. IMPORTANCIA DE LA ESTRUCTURA DEL MERCADO EN LOS PRECIOS EXCESIVOS	125
2. LA EXIGENCIA DE LA CONCURRENCIA CUMULATIVA DE DOS REQUISITOS: POSICIÓN DE DOMINIO Y CONDUCTA ABUSIVA	128
3. ESTRUCTURA	129
4. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA AUSENCIA LA POSICIÓN DE DOMINIO O EL ABUSO	132
4.1. INEXISTENCIA DE POSICIÓN DE DOMINIO	133
4.1.1. Derecho de la competencia	133
4.1.2. Recurso a otras ramas del ordenamiento	137
4.1.2.1. Ley de Competencia desleal	138
4.1.2.2. TRLGDCU	144
4.1.2.3. Regulación de mercados: precios regulados	146
4.2. INEXISTENCIA DE CONDUCTA ABUSIVA	149
5. CONCLUSIONES	152
CAP. II. POSICIÓN DE DOMINIO	155
1. CONCEPTO DE POSICIÓN DE DOMINIO	155
1.1. PODER ECONÓMICO E INDEPENDENCIA DE COMPORTAMIENTO	160
1.1.1. Poder económico	160
1.1.2. Independencia de comportamiento	161

1.1.2.1. Obstaculización de la competencia	162
1.1.2.2. Comportamiento independiente de terceros.....	162
1.2. ESPECIAL RESPONSABILIDAD O DILIGENCIA	163
2. DETERMINACIÓN DE LA POSICIÓN DE DOMINIO	171
2.1. DETERMINACIÓN BASADA EN LOS EFECTOS.....	171
2.2. POSTURA TRADICIONAL	176
2.2.1. Las cuotas de mercado.....	180
2.2.2. La contestabilidad del mercado	184
2.2.2.1. Clases de barreras de entrada.....	187
2.2.2.1.1. Barreras estructurales	187
2.2.2.1.2. Barreras de comportamiento.....	189
2.2.2.2. Circunstancias en torno a las barreras	190
2.2.3. Elasticidad de la demanda	191
3. ESPECIALES CONDICIONES DE LOS MERCADOS.....	193
3.1. PRESENTACIÓN DE LAS POSTURAS DOCTRINALES.....	193
3.2. CRÍTICA DE TALES EXIGENCIAS	196
4. CONCLUSIONES.....	203
CAP. III. EL ABUSO.....	209
1. LA CONDUCTA ABUSIVA.....	210
1.1. DEFINICIONES JURISPRUDENCIALES.....	211
1.2. LA OBJETIVIDAD DEL ABUSO	215
1.2.1. Principios del Derecho penal	217
1.2.2. El problema de la objetividad en los precios excesivos	221
1.3. LA PRODUCCIÓN DEL DAÑO	226
1.3.1. La aptitud para producir un daño	226
1.3.2. Infracción por objeto o infracción por efecto.....	229
1.3.3. Los tests del daño.....	229
1.3.3.1. Consumer harm test.....	231
1.3.3.1.1. Notas generales.....	231
1.3.3.1.2. Especiales perjuicios que se deben producir para sancionar los precios excesivos	233
1.3.3.2. Efficient competitor test.....	235
2. TIPOS DE ABUSOS RELATIVOS A LOS PRECIOS: PRECIOS NO EQUITATIVOS Y DISCRIMINATORIOS.....	237
2.1. PRECIOS NO EQUITATIVOS	239
2.1.1. Precios excesivos	240
2.1.1.1. Precios excesivos con el objeto de explotar o precios monopolísticos	241
2.1.1.2. Precios excesivos con el efecto de excluir.....	247
2.1.2. Otras prácticas.....	251
2.1.2.1. Precios predatorios.....	252
2.1.2.2. Margin squeeze o pinzamiento de márgenes	256
2.1.2.3. Precio discriminatorio o targeting	257

3. FIJACIÓN UNILATERAL	258
3.1. NOTAS INTRODUCTORIAS	259
3.2. ABUSOS EXCLUYENTES	260
3.3. ABUSOS POR EXPLOTACIÓN	261
4. CRITERIOS DE APRECIABILIDAD	263
4.1. PRECIOS SIGNIFICATIVAMENTE ELEVADOS	263
4.2. MANTENIMIENTO DE LA CONDUCTA ABUSIVA DURANTE UN TIEMPO	265
5. CONCLUSIONES	268

PARTE III. OBSTÁCULOS A LA APLICACIÓN DE LOS PRECIOS EXCESIVOS.....273

CAP I. FAR BEYOND MEANINGLESS: THE NON-ENFORCEMENT OF EXPLOITATIVE EXCESSIVE PRICES.273

1. INTRODUCTION.....	273
2. TWO BASIC PROBLEMS CONCERNING EXCESSIVE PRICES.....	276
3. DETERMINATION METHOD.....	278
3.1. INTRODUCTION TO THE UNITED BRANDS TEST	278
3.1.2. Analyzing the two-tier system	280
3.1.2.1. First level or excessiveness level.....	280
3.1.2.2. Second level or fairness test	284
3.1.2.3. Stress test of the test.....	286
3.1.2.4. Recent developments: port of Helsingborg	289
3.1.2.4.1. Merits of the case	289
3.1.2.4.1. Critical analysis and the consequences of Port of Helsingborg.....	291
3.2. ALTERNATIVE TESTS FOR DETECTION OF EXCESSIVE PRICES	292
3.2.1. Dual entitlement theory.....	292
3.2.2. Predominance of evidence approach	295
3.2.3. Efficient demand benchmark (Naloo case).....	296
3.2.4. Structural approach (Mittal case)	297
3.2.5. Private damages system	299
4. IDEOLOGICAL STANDS CONCERNING EXCESSIVE PRICES.....	301
4.1. CONFRONTED STANDS: INTERVENTIONISTS V. NON- INTERVENTIONISTS.....	301
4.1.1. Concerning the non-interventionist stand	301
4.1.2. Concerning the interventionist stand.....	305
4.2. REASONS FOR THE CONSERVATION OF THE EXCESSIVE PRICES PROHIBITION.....	308
4.2.1. Formal reasons	308

4.2.2. Substantive reasons.....	309
5. FINDINGS.....	313
CAP. II. INTRODUCCIÓN	317
1. LOS DOS PROBLEMAS DEL ILÍCITO DE LOS PRECIOS EXCESIVOS ..	319
1.1. JUSTIFICACIÓN DE LA PREMISA	320
1.1.1. Manifestaciones de la comisión y sus representantes.....	321
1.1.2. Asimilación al derecho <i>antitrust</i>	322
1.1.3. Escenarios característicos de precios excesivos	323
1.1.4. Compromisos.....	324
1.2. PROBLEMA DE FONDO O CUESTIÓN IDEOLÓGICA	325
1.3. PROBLEMA DE FORMA O LOS TESTS DE DETERMINACIÓN.....	329
2. SÍNTESIS	330
CAP III. EL TEST DE UNITED BRANDS A EXAMEN	335
1. PRESENTACIÓN DEL TEST.....	336
2. ANÁLISIS DEL TEST	337
2.1. INTRODUCCIÓN	337
2.2. PRIMER NIVEL DEL TEST O EL TEST DEL CARÁCTER EXCESIVO	342
2.2.1. Los costes	343
2.2.1.1. El coste de producir o prestar el bien	343
2.2.1.2. El Derecho a ser ineficiente: SACEM II.....	353
2.2.2. El precio de provisión o venta del bien.....	360
2.2.3. Los beneficios obtenidos por la empresa.....	360
2.3. SEGUNDO NIVEL DEL TEST O TEST DEL CARÁCTER ABUSIVO	367
2.3.1. Segundo test como único test	369
2.3.2. Precios no equitativos en sí mismos.....	372
2.3.3. Precios de referencia.....	372
2.3.3.1. Precios impuestos por la misma empresa: prestaciones equivalentes, precios para el mismo bien en otros mercados, precios históricos	375
2.3.3.2. Precios de terceras empresas: en el mismo mercado de referencia o en otros mercados.....	385
2.3.3.3. Margen de diferencia entre los precios analizados y los de referencia.....	389
3. <i>STRESS TEST</i> DEL PROPIO TEST.....	391
4. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL: PORT OF HELSINGBORG.....	398
4.1. Presentación del caso	398
4.2. Análisis crítico de esta decisión: Implicaciones a futuro	400
5. TESTS ALTERNATIVOS DE DETECCIÓN DE PRECIOS EXCESIVOS..	403
5.1. TEORÍA DEL DUAL ENTITLEMENT	403
5.2. ACUMULACIÓN DE PRUEBAS (PREDOMINANCE OF EVIDENCES).....	409
5.3. EFFICIENT DEMAND BENCHMARK: CASO NALOO.....	411

5.4. APROXIMACIÓN ESTRUCTURAL: CASO MITTAL	412
5.5. TRASLACIÓN DEL CÁLCULO DE DAÑOS EN APLICACIÓN PRIVADA ..	417
5.5.1. Prueba del daño en aplicación privada y similitudes con la determinación de un precio excesivo	419
5.5.2. Métodos de cálculo.....	422
5.5.3. Cuestiones problemáticas en la traslación.....	430
6. CONCLUSIONES: RELEVANCIA DE LA CUESTIÓN FORMAL Y LA IMPORTANCIA DE LOS TESTS.....	435
CAP. IV. POSICIONES IDEOLÓGICAS TRAS LOS PRECIOS EXCESIVOS	
.....	441
1. POSTURAS CONFRONTADAS	441
1.1. NO INTERVENCIONISTAS.....	442
1.1.1. Las virtudes de la auto-gestión del Mercado	442
1.1.2. Compensación al esfuerzo	451
1.2. INTERVENCIONISTAS	454
1.2.1. Corrientes dentro del intervencionismo	454
1.2.2. Clasificación en función de sus prioridades	455
1.2.2.1. Intervencionismo extremo	455
1.2.2.2. Los intervencionistas moderados.....	456
1.2.2.3. Intervención con herramientas distintas del ilícito de precios excesivos	457
1.1.3. Distinción entre la defensa de la eficiencia y la postura no intervencionista.....	459
1.3. ARGUMENTOS PARA LA INTERVENCIÓN	461
1.3.1. Argumento histórico	461
1.3.2. Argumentos de fondo	466
1.3.2.1. La supuesta auto-corrección del mercado.....	468
1.3.2.2. La compensación del esfuerzos.....	470
1.3.2.3. Otras medidas adicionales al control del precio	471
2. CONCLUSIONES	472
PARTE IV. CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN COMPETENCIA Y LA ETERNA DISYUNTIVA: REGULACIÓN O COMPETENCIA	481
CAP. I. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE UN ILÍCITO DE LA COMPETENCIA.....	481
1. SISTEMA ORDINARIO: PROCEDIMIENTO DE INFRACCIÓN.....	484
1.1. SANCIONES.....	486
1.1.1. Notas introductorias	486
1.1.2. Sistemas de modulación de las sanciones.....	493
1.1.2.1. Comisión europea.....	495
1.1.2.2. España: el conflicto entre el TS y la CNMC.....	497
1.2. REMEDIOS	500
1.2.1. Remedios estructurales	501

1.2.2. Remedios de comportamiento	505
1.3. IMPOSICIÓN DE UNA FÓRMULA MIXTA DE MEDIDAS	508
1.4. LA SUPERVISIÓN DEL CUMPLIMIENTO.....	509
1.5. MEDIDAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INFRACCIÓN EN PRECIOS EXCESIVOS	511
2. SOLUCIONES ALTERNATIVAS: COMPROMISOS.....	519
2.1. APLICACIÓN ECONÓMICA DEL DERECHO.....	524
2.2. LOS COMPROMISOS DEL ARTÍCULO 9 REGLAMENTO 1/2003 Y ARTÍCULO 52 LDC	529
2.2.1. Razones que justifican su utilización y motivos que desaconsejan su uso.....	530
2.2.2. Instrumento semi-regulatorio.....	545
2.3. COMPROMISOS EN SUPUESTOS DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO. LA HUIDA DEL <i>MORE ECONOMIC APPROACH</i>	551
2.4. LOS COMPROMISOS DICTADOS EN PRECIOS EXCESIVOS	553
2.4.1. Caso Rambus.....	554
2.4.2. Caso S&P.....	556
2.4.3. Caso Gazprom.....	557
2.4.4. Caso Citroën.....	558
2.4.5. Caso AISGE	560
2.4.6. Casos del Bundeskartellamt	560
2.4.7. Caso London Stock Exchange	565
3. PROBLEMAS DE PROPORCIONALIDAD.....	565
3.1. NOTAS INTRODUCTORIAS.....	565
3.2. PROPORCIONALIDAD EN LAS MEDIDAS.....	566
4. CONCLUSIONES.....	572
CAP. II. REGULACIÓN DE MERCADOS: VIGILANCIA EX ANTE.....	583
1. SECTORES REGULADOS	586
1.1. NOTAS GENERALES	586
1.2. PRECIOS REGULADOS. NOTAS INTRODUCTORIAS.....	593
1.2.1. Diferencias de los precios regulados y las tarifas	593
1.2.2. Determinación de la cuantía.....	595
1.3. EN CONCRETO EL SECTOR ENERGÉTICO	599
1.3.1. El precio regulado en el sector de la electricidad	603
1.3.1.1. El mercado de comercialización: PVPC	605
1.3.1.2. El mercado de distribución: tarifas de acceso a la red.....	614
2. PROPIEDAD INTELECTUAL	616
2.1. LICENCIAS OBLIGATORIAS.....	618
2.1.1. Notas introductorias.....	618

2.1.2. Concepto y características de las licencias obligatorias	620
2.1.3. Supuestos de licencias obligatorias	623
2.1.3.1. Licencia obligatoria en casos de infracción del derecho de la competencia.....	624
2.1.3.1.1. Contenido del supuesto.....	624
2.1.3.1.2. Procedimiento de obtención.....	626
2.2. LA AUTO REGULACIÓN: CONDICIONES FRAND	627
3. CONCLUSIONES	632
CONCLUSIONES FINALES	639
BIBLIOGRAFÍA.....	657

|

GENERAL INTRODUCTION

1. RELEVANCE OF THE TOPIC

The topic of the research is the study of the configuration of excessive exploitative prices as a breach of Competition Law. The work aims at analysing a problematic issue, the abusive nature of some of the conditions imposed by dominant firms, which are prone to arise in certain markets. Excessive exploitative prices may be found among these conducts and we decided to focus on them since they are a paradigmatic parameter in which we could more objectively observe the imposition of an unfair contractual term.

In competitive markets the interaction of demand and supply will determine the efficient price. However, this balance is impaired in markets dominated by a sole firm or a group of them, distorting the system of self-regulation of the market. The latter scenario may cause relevant harm to the consumer interests in the form of the payment of supra competitive, monopolistic or excessive prices.

The exploitative prices issue is an important topic, which was in the minds of the Founding Member States of the current European Union. Despite its relevance, they have received little attention from the very beginning and have been placed in a secondary position by competition authorities, courts and legal doctrine. Additionally, since the introduction of the “more economic approach” trend and the assumption of the American case law and doctrine, its position has been worsened, remaining in a critic situation ever since.

Quoting the ECJ, excessive prices are those that could not have been imposed in a competitive market. This general statement has been

specified and defined, in the United Brands case, as those prices that bear no reasonable relation with the value of a good. Thus, to declare a competition offense, the Court has used a methodology or a test that is mainly focusing on the analysis of costs and benefits.

Despite the gap between the relevance of the topic and its application by competition authorities and courts, we believe, and this is the main reason for the choice of this topic, that its significance for consumer welfare is undeniable. Excessive prices, as a direct damaging practice for consumers, emerges in many of the most relevant markets such as energy sector (noting the intense recent price increases of the electrical energy supply in Spain), telecommunications, technology markets and pharmacological products market.

Certainly, each of these markets meets characteristics and specific circumstances that would demand for an independent assessment. However, the result obtained in all of them has been an abuse, perpetrated by dominant firms, causing the exploitation of consumers.

In addition to the inherent relevance of the topic, the research is justified by the aim of clarifying its obscure nature. We believe it could assist competition authorities and courts as an interpretation tool, and help market participants to identify the boundaries of their business freedom.

2. METHODOLOGY

This work follows the methodological guidelines of the science of Law in general, taking into account the particular object of Competition Law, which can be placed between interconnected fields or disciplines,

each of them belonging to the general categories of Private and Public Law: Commercial and Administrative Law.

The scope of legal science has been referred to as the knowledge of rules, in contrast to the creation and implementation of those rules¹. That knowledge is a necessary basis for its interpretation and critical analysis. Therefore this work makes use of the so-called “doctrinal” method, considered the point of departure of any legal research.² It consists in the critical review of the relevant legislation, case-law and administrative decisions, both at a European and at a national level, in order to construct a reasoned statement of Law in a particular matter.³

The hypothesis of this work is that there is a need to consider the current convenience of a prohibition, such as the one dealing with excessive exploitative prices from a public or market perspective, and whether Competition Law instead of regulation is the most appropriate tool to assess the issue.

The analysis then starts with the aforementioned “doctrinal” method. With the “doctrinal” approach, the Law and the relevant case law is identified in order to establish a reliable basis for the research. The process of selection and screening of materials takes into account their

¹ KELSEN, H., *Introduction to the problems of Legal Theory*, translated from the first edition by B. Litschewski Paulson and S. L. Paulson, Clarendon Press, Oxford, 1992, p. 13.

² HUTCHINSON, T., “Doctrinal research: researching the jury” in Watkins, D. and Burton, M. (ed.), *Research Methods in Law*, Routledge, Abingdon, 2013, p. 28.

³ DOBINSON, I. AND JOHNS, F., “Qualitative Legal Research”, in McConville, M. and Chui, W.H. (eds.): *Research Methods for Law*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2007, p. 19. SALTER, M. AND MASON, J., *Writing Law Dissertations*, Pearson, Essex, 2007, pág. 118. VAN GESTEL, R. AND MICKLITZ, H.W., “Revitalizing Doctrinal Legal Research in Europe: What about Methodology?”, *EUI Working Paper*, 2011, p. 26. Available in: <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/16825>. Also, HUTCHINSON, T., “Doctrinal research... *cit.*”, pp. 9-10.

hierarchy, their authority, and the social context of the rules.⁴ Moreover, we also have to keep in mind the importance of historical analysis, which helps to establish the complexity of the Law, understanding its origins and its projection into the present.⁵ Finally, in this thesis, we have had to employ an economic analysis since the newest trends in the application of Competition Law entail the use of *the more economic approach*.

Following these guidelines, our research takes as its point of departure an analysis of the Spaak report and the subsequent Treaties leading up to the European Union. Among the rules elaborated in the Treaty of the Functioning of the European Union, there is a chapter assessing Competition concerns and, particularly, the abuse that may be perpetrated by a dominant firm.

That rule is scrutinized from different possible scenarios to resolve a problematic situation in which a dominant firm imposes unfair conditions, such as an excessive price.

Since the prohibition for excessive prices by a dominant firm is found –and was found in the past too– in a European instrument, special attention is paid to the case law of the European Court of Justice (hereinafter, TJUE). Besides, since the European Commission and the Spanish *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, which are administrative bodies that have competences in Competition Law, have issued decisions on the matter, these have been collected and analysed together with the relevant case law. Moreover, due attention has been paid to the academic literature on the subject.

⁴ DOBINSON, I. AND JOHNS, F., “Qualitative Legal Research”, *op. cit.*, pp. 21-22.

⁵ FARCY, J.C., “L’apport de la recherche historique. Sources, expériences et méthode”, in the collective book: *Quelles perspectives pour la recherche juridique?*, Presses Universitaires de France, Paris, 2007, pp. 126-127.

Finally, it is worth noting that our research has been deeply influenced by non-legal factors and arguments,⁶ and these have weighed heavily on our evaluation of the different interpretations, along with the central idea of promoting innovation and investment in the territory of the European Union. Despite the limitations that I face regarding economic matters, as I am a legal researcher, I have tried to incorporate economic arguments regarding efficiency and theories, keeping in mind however, that economics should not be used with a normative effect, but rather as a tool that helps interpret some of the open legal terms.

3. SUBJECT MATTER AND WORKING PLAN

This work addresses the impact of a prohibition of competition law, specifically the one concerning the imposition of excessive prices by a dominant firm. To conduct this analysis, the following structure has been adhered to.

1) Firstly, we analysed the historical background that led to the inclusion of the rule in the most important legal instrument of the European Union. Starting this research by going back in time is not unjustified as it obeys the need to understand the reasons that led to the present configuration of the prohibition.

2) Secondly, we have developed a descriptive and analytical part, devoted to breaking down the basic substantive and procedural issues regarding the excessive prices prohibition. This part is intended to establish the basis for our subsequent research, clarifying the points that will be discussed in the following chapters. Thus, this part will include

⁶ Regarding the use of those factors in legal research, *vid.* SALTER, M. AND MASON, J., “*Writing Law Dissertations*”, *op. cit.*, p. 118.

three different chapters: an introduction to the notion of abuse of dominance, underlining the relevance of the requirements and the consequences of the lack of any of them. As dominance analysis plays a central role in the prohibition, special attention will be paid to the methods of determination and the extra elements that some authors have suggested need to be met. The question of abuse will be extensively dealt with during the third chapter.

3) The third part will present the two main obstacles to the application of the excessive prices prohibition. One can be said to be a formal one and the second has a substantive nature. The treatment of the first obstacle will be restricted to the question of the determination of the excessiveness and the abusive nature of the price analysed. And subsequently we will go through the multiple alternative options available for the parties in order to resolve a case on exploitative prices. The second obstacle consists of the arguments of those in favour of a non-interventionist approach. We will present the reasons why we believe this stand is the result of a misinterpretation of the reality of the market.

4) Finally, the last part of the thesis deals with the *ex post* legal consequences arising out of the declaration by the Commission or Courts of a competition offense embodied in an excessive price. Firstly, the imposition of remedies and sanctions will be addressed. Secondly, the Commission's policy regarding commitments on excessive prices will be stressed, specifically the reasons that have led to the use of this tool in a semi-regulatory way. Additionally, the most notable commitments agreed on by the Commission will be analysed, focusing on the issue of the proportionality of the measures. The second chapter aims at providing a non-exhaustive study of market regulation policies. This *ex ante*

monitoring will take two paradigmatic markets into account: the energy and the technology sectors. These sectors were chosen because they represent the markets where supra competitive prices are most likely to arise: “the prohibition against excessively high prices has its primary scope of application in situations of legal monopolies or regulated markets”⁷.

5) We have taken into account the implementation of the excessive prices prohibition, and we have concluded that its application has a net positive effect. This primary conclusion is followed by partial, more specific conclusions on all the relevant questions tackled during the analysis.

⁷ WAHL, N., “Exploitative high prices and European competition law – a personal reflection” in *The pros and cons of high prices*, Konkurrensverket Swedish Competition Authority, 2007, págs. 47-64, p. 64.

|

PARTE I. INTRODUCCIÓN

CAP. I. ANÁLISIS JURÍDICO Y ECONÓMICO. UBICACIÓN DE LOS PRECIOS EXCESIVOS

Uno de los problemas más acuciantes del Derecho de la competencia y, concretamente del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), radica en la inseguridad jurídica derivada de un cuestionable cumplimiento del principio de legalidad, que debería hallarse presente en el Derecho punitivo o sancionador⁸.

Ciertamente, el hecho de que nos encontremos ante conceptos jurídicos indeterminados no automáticamente descalifica el artículo. Esta inconcreción o indeterminación podría subsanarse de la mano de una interpretación del artículo coherente con los fines u objetivos a los que el mismo va dirigido. Sin embargo, lo reseñable y especialmente preocupante en el Derecho de la competencia es que estos fines no han

⁸ Los tribunales han mantenido que el principio de *nulla poena sine lege certa* se encuentra en el Derecho de la UE: no se pueden imponer multas de no tener una base cierta y no ambigua, como un requisito que se aplica tanto a los elementos de la legislación como a la cantidad de la multa acorde con la infracción cierta. En este sentido, se exige que la infracción esté claramente definida en la Ley, de forma que esta condición se cumple cuando la empresa puede conocer, por la propia letra de la ley, o auxiliado por la interpretación de los tribunales, qué conductas u omisiones generan responsabilidad. DETHMERS, H., ENGELEN, F., “Fines under article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union”, *European Common Law Review*, vol. 32, nº 2, 2011, págs. 86-98, pág. 96. Sentencia del TPI en el caso AC Treuhand AG v Commission of the European Communities (T-99/04), 2008, y Sentencia del TPI en el caso Degussa AG v Commission of the European Communities (T-279/02), 2006. SORIANO GARCÍA, E. J., “Régimen sancionador: peculiaridades en el ámbito del derecho de la competencia” en AAVV., *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia*, dir. J. Guillén Caramés, M. Cuerdo Mir, Civitas Thomson Reuther, Cizur Menor, 2015, págs. 31-59, pág. 49. El autor hace referencia a que no se han aplicado principios fundamentales como el de proporcionalidad, pero también el de transparencia, legalidad, seguridad.

ido definidos de forma concreta y estable, existiendo, actualmente, múltiples versiones de los mismos, que analizaremos en los caps. II y III.

A este escenario de inseguridad deben añadirse dos agravantes. La desaparición, desde la entrada en vigor del Reglamento 1/2003⁹, de la posibilidad de plantear cuestiones ante la Comisión para que la misma dictamine *ex ante*, sobre la licitud de una conducta. En segundo lugar, la introducción de una corriente doctrinal (que ha sido acogida por la Comisión) que propugna como fin último del Derecho de la competencia el bienestar del consumidor a través de la eficiencia empresarial, que incrementa en mayor medida la indeterminación.

El binomio consistente en la eliminación de esta herramienta y la introducción de la corriente *eficientista*, condena a las empresas a depender exclusivamente de una auto-evaluación del impacto de su conducta en la competencia desde el prisma de la eficiencia, para la que pueden utilizarse varias herramientas: la jurisprudencia, escasa en algunos extremos (especialmente en el concreto ilícito que analiza el presente trabajo, los precios excesivos), y las teorías económicas.

Ahora bien, esta guía no parece ser lo suficientemente segura para garantizar un conocimiento previo del contenido de la conducta ilícita y de su sanción por parte de las empresas. Sin unas directrices firmes a las que acogerse, los operadores del mercado, ante el desconocimiento de cuál es su margen lícito de actuación, pueden optar por la adopción de estrategias poco arriesgadas, conduciendo a resultados menos eficientes de los realmente permitidos, dadas las cautelas con las que tienen que actuar para

⁹ Reglamento (CE) No 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

evitar las cuantiosas multas derivadas de la declaración de una infracción del Derecho de la competencia.

1. LAS HERRAMIENTAS DEL ANÁLISIS DEL ARTÍCULO

1.1. ANÁLISIS JURÍDICO

El Derecho de la competencia es una rama del Derecho en la que se ha reducido, quizás de una forma más acusada recientemente, el papel de la tradicional interpretación jurídica. Las normas contenidas en el TFUE son, como cualquier otra ley vigente en nuestro ordenamiento, susceptibles de interpretación. Pero no de una interpretación económica, como se está sugiriendo por la mayor parte de la doctrina, sino de una interpretación jurídica, independientemente de que ambas puedan conducir al mismo resultado.

A fin de adoptar un análisis jurídico es necesario recurrir a las herramientas recogidas en el propio ordenamiento relativas a la interpretación de normas. Estas reglas se aplican en la interpretación de cualquier ley y, como ley que es, el TFUE y la Ley de Defensa de la Competencia española deben someterse a los mismos criterios.

Existen tres formas de interpretar clasificadas según los sujetos que la llevan a cabo. En primer lugar, la interpretación auténtica, que sería la que se ofrece por el propio legislador. En segundo lugar, la interpretación judicial. En este caso, el TJUE es el encargado de interpretar el TFUE, al igual que el TS en España, que pueden aplicar éste directamente. Finalmente, se puede acudir a la interpretación doctrinal.

Independientemente de quién lleve a cabo la interpretación, ésta debe utilizar las mismas herramientas. Así, a continuación se pondrá de relieve cuál es el proceso científico previsto en la norma para poder interpretar el Derecho.

Dada la carencia de un método específico para la rama del Derecho de la competencia, debe recurrirse al general. De acuerdo con los principios aceptados por el Derecho de la Unión¹⁰, se prevén una serie de reglas para interpretar las normas, que no son exclusivas de este ordenamiento, sino que se han recogido en todos aquéllos de corte continental, como, por ejemplo, el español (art. 3 Código Civil español). En primer lugar, éstas deben interpretarse en el sentido literal de sus palabras (*in claris non fit interpretatio*). Sin embargo, lamentablemente los escasos artículos en los que está condensada la legislación de competencia no son suficientes como para poder llevar a cabo una interpretación literal. El significado de las palabras no es evidente, conteniendo una serie de conceptos abiertos, sin cuya interpretación es imposible dotar de contenido a las normas.

Así, se hace necesario recurrir a otros instrumentos. En este sentido, deberemos recurrir a la interpretación sistemática o por el contexto, en coherencia con el resto de la norma. El problema que presenta el TFUE es que se trata de un conjunto de normas que regulan aspectos muy diversos del funcionamiento de la Unión Europea, y las normas de Competencia se reducen a un pequeño número de artículos. Esto no quiere

¹⁰ ROJAS AMANDI, V. M., “La interpretación del Derecho de la Unión europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº4, 2003, págs. 47-64. El autor sostiene que el Derecho de la Unión Europea presenta una particularidad que radica en que el mismo es interpretado por los tribunales nacionales y el TJUE. En coherencia con el principio de interpretación uniforme, es necesario que todos los aplicadores de la norma utilicen las mismas reglas de interpretación.

decir que no pueda recurrirse al resto de artículos o, incluso, a legislación de la Unión en la misma materia, para dotarlo de significado, sin duda, es necesario, aunque, como veremos, tampoco extremadamente esclarecedor.

Por este motivo, subsidiariamente se deberá recurrir a la interpretación histórica. Las normas nacen en un contexto económico y social determinado, persiguiendo dar solución a unos problemas concretos. Asimismo, las normas suelen responder a una evolución legislativa. Por lo tanto, en este nivel se tendrán en cuenta ambos, los antecedentes históricos y legislativos que configuraron el precepto actual, entre ellos, los trabajos preparatorios de los Tratados. Sin embargo, ciertos autores sostienen que el hecho de que estos trabajos sólo se hicieran públicos décadas tras la entrada en vigor de los mismos demuestra que nunca se pretendió que fueran apoyo para una interpretación determinada¹¹. Esto no quita, sin embargo, que las referencias históricas, entre las que se encuentran las corrientes económicas de aquella época, puedan jugar un importante papel en la interpretación del artículo y búsqueda de sus objetivos¹².

Por último, la norma se deberá interpretar en atención a la realidad social del tiempo en el que ha de ser aplicada, que puede ser ciertamente distinto de aquél en el que se creó. No obstante, en esta interpretación debe respetarse el espíritu y finalidad de aquella norma, es decir, el *telos*.

En este sentido, en nuestra opinión, un análisis en profundidad del ilícito de los precios excesivos, pasa por profundizar en los orígenes de una prohibición general de los abusos de posición de dominio. Este

¹¹ NAZZINI, R., *The foundations of European Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pág. 121.

¹² GERBER, D.J., “The goals of European competition law: some distortions in the literature – comment on Parret” en AAVV., *The Goals of Competition Law*, ed. D. Zimmer, Edward Elgar, Cheltenham, 2012, págs. 85-95, pág. 88. Siempre teniendo en cuenta, como señala el autor, que los objetivos o fines con los que se instauró el artículo en su momento no necesariamente se deben corresponder con los actuales.

estudio debe abarcar desde sus inicios en la legislación de la competencia moderna norteamericana con la prohibición de los intentos de “monopolización” y su traslado al Derecho de la competencia comunitario o europeo. Asimismo, se analizará la propia evolución del Derecho europeo desde el Tratado de París hasta el actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, incluyendo en tal examen el rápido cambio experimentado en los últimos quince años referido al análisis más económico del Derecho de la competencia y su encuadre dentro del método de interpretación jurídica.

1.2. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

En nuestra opinión, en lo que respecta a la interpretación económica del Derecho (conocida comúnmente como *law and economics*) ésta sólo se podrá llevar a cabo en la medida en la que las normas de interpretación jurídica del Derecho lo permitan.

En este sentido, uno de los fines del presente análisis es comprender si los supuestos fines de “eficiencia económica” y “bienestar del consumidor”, que el Derecho de la competencia parece perseguir actualmente permiten una integración económica, que no interpretación, del concepto, a través de la medición de la eficiencia o si, por el contrario, debería quedar proscrita tal aproximación.

2. UBICACIÓN DE LOS PRECIOS EXCESIVOS

Lo primero que se pone de relieve en el análisis de los precios excesivos es que, en realidad, el artículo no prohíbe los precios excesivos

específica y concretamente, sino que su referencia se limita meramente a proscribir la expresión genérica de “precios no equitativos”¹³. Tal es la inconcreción en torno a la nomenclatura del artículo, que existen autores que sostienen que los precios excesivos no quedarían recogidos dentro de esta prohibición de precios “no equitativos”, sino en aquella referida a “limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores” (apartado b del artículo)¹⁴.

¹³ En la forma original en inglés “unfair purchase or selling prices”, en alemán “unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufs- preisen”, en francés “prix d'achat ou de vente (...) non équitables”, en italiano “prezzi d'acquisto, di vendita (...) non eque”, etc. AKMAN, P., *The concept of abuse in EU Competition Law*, 2012, Hart Publishing, Oxford, 2012, pág. 146.

No obstante, existen autores que entienden que de acuerdo con el tenor de la redacción del precepto, se refiere tanto a los abusos con intención de explotar como a los abusos con intención de excluir. De hecho, según el autor, del tenor literal parece que se estén refiriendo exclusivamente a los abusos por explotación. WAHL, N., “Exploitative high prices and European competition law – a personal reflection”, *The Pros and Cons of High Prices*, *Konkurrensverket Swedish Competition Authority*, 2007, pág. 47.

PANNEL DISCUSSION, “Policy objectives, enforcement tools and actors, types of abuses, the case of excessive pricing” en AAVV., *European Competition Law Annual 2003: What is an abuse of a dominant position?*, Hart Publishing, Oxford, 2006, págs. 3-50, pág. 4 se pone de manifiesto por el autor que, irónicamente, las prácticas perseguidas por el precepto, pese a su actual escasez en la actualidad, eran las prácticas de explotación de la posición de dominio y no aquellas dirigidas a obtenerla o alcanzarla de forma distinta a la basada en los propios méritos. No obstante, actualmente se exige una interpretación a la inversa: es decir, se consideran claramente prohibidas las conductas dirigidas a excluir a los competidores o potenciales competidores del Mercado, mientras que no queda claro si las practicas dirigidas a explotar tal poder (fundamentalmente restricciones de *output* y precios excesivos) deberían siquiera ser sancionadas. PAULIS, E., “Article 82 and exploitative conduct”, en AAVV., *European Competition Law Annual 2007. A reformed approach to article 82 EC*, ed. Ehlerman, K.D., Marquis, M., Hart Publishing, Oxford, 2008, págs. 515-524, pág. 515. El autor pone de relieve que los precios excesivos con la finalidad de explotación era el objetivo exclusivo de la prohibición en sus orígenes. De hecho, el TJUE también lo tenía claro y sólo en su sentencia Continental Can, aumenta el espectro de conductas incluidas dentro del ilícito cuando dijo que el artículo 82 “is not only aimed at practices which may cause damage to consumers directly, but also at those which are detrimental to them through their impact on an effective competition structure”.

¹⁴ En nuestra opinión es preferible enmarcar el ilícito en el anterior apartado y no en el b, precisamente porque, no sólo en algunas ocasiones, sino en la mayoría de supuestos, los precios excesivos no se reflejarán directamente en los consumidores, sino en otras empresas, que serán las que trasladen los sobrecostes a los consumidores. HUBERT, P.,

No obstante estas discrepancias puntuales, la mayor parte de la doctrina, y la jurisprudencia, son de la opinión de que los precios excesivos están prohibidos y se deben subsumir en la prohibición del art. 102 a TFUE, pese a que la literalidad del precepto no los mencione. Esta constatación inicial y necesaria constituye un hito relevante, precisamente porque supone un salto interpretativo de primer orden el hecho de dotar de contenido el concepto “precios (y condiciones) no equitativos”.

A pesar de este primer obstáculo, existe un amplio consenso, tanto doctrinal como jurisprudencial, acerca de la inclusión de los precios excesivos dentro del concepto de precio no equitativo¹⁵. No obstante el acuerdo general en torno a la cuestión de que el precio excesivo está englobado dentro del concepto de precio no equitativo, sólo en un

COMBET, M.L., “Exploitative abuse: The end of the Paradox?”, *Concurrences*, nº 1, 2011, págs. 44-51, pág. 46.

¹⁵ GAL, M., “Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: two systems of belief about monopoly?”, *The Antitrust Bulletin*, vol 49, 2004, pág 358 y 360. De hecho, uno de los problemas fundamentales que surgen en esta figura es, precisamente, que se trata de una creación jurisprudencial derivada de un término vago e impreciso “no equitativo”. En la legislación Sud Africana, inspirado en la legislación europea, sí tienen recogido la práctica ilícita de los precios excesivos y los tienen definidos como “bears no reasonable relation to the economic value”. No obstante, el hecho de que se utilicen términos tan amplios hace sospechar que no se pretende que los tribunales fijen un margen exacto o un porcentaje exacto por encima del valor económico que permita declarar un precio como excesivo. LEWIS, D., “Exploitative abuses-a note on the harmony gold v. Mittal Steel excessive pricing case” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 2008, pág. 581-610, pág. 590. OCDE, Directorate for financial and enterprise affairs competition committee, Working Party No. 2 on Competition and Regulation, *Excessive prices*, 2011, pág. 2. GOYDER, J., ALBORS LLORENS, A., *Goyder’s EC Competition Law*, Oxford, 2009, pág. 316.

reducido –aunque constante¹⁶- número de ocasiones se ha sancionado a operadores del mercado por esta razón¹⁷.

La aplicación limitada y reticente¹⁸ -de momento¹⁹-, tanto a nivel europeo como en los distintos Estados Miembros (en adelante, EM)²⁰, se

¹⁶ PEEPERKORN, L., “Price discrimination and exploitation” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 2008, pág. 611-634, pág. 612.

¹⁷ GUTIÉRREZ A., “Artículo 2: Abuso de posición dominante”, en AAVV, *Comentarios a la Ley de Competencia*, Dir. Masaguer, J., Folgera, J., Sala Arquer, J.M., Gutierrez, A., Thomson Civitas, Madrid, 2008, págs. 111-197, pág. 167. EVANS, D. S., PADILLA, J., “Excessive prices: using económicos to define administrable legal rules”, *Journal of Competition, Law and Economics*, vol. 1, 2005, pág. 2. PALACIOS LLERAS, A., “The Uneasy Case for Enforcing Competition Law Provisions Related with Excessive and Unfair Prices in Developing Countries”, *Revista de la Maestria en Derecho Económico*, Nº. 6, 2010, págs. 457-489, pág. 460. La figura, además, se ha aplicado a casos de comportamientos con intención de excluir, en los que los precios eran demasiado reducidos y en casos de comportamientos con ánimo de explotar, como son los precios demasiado altos. MOTTA, M., DE STREEL, A., “Excessive Pricing in Competition Law: Never Say Never?”, *The Pros and Cons of High Prices, Konkurrensverket Swedish Competition Authority*, 2007, págs. 14-46, pág. 16 y 30.

¹⁸ LÓPEZ VALLES, J., “Los precios excesivos como abuso de posición de dominio: el caso Canarias de explosivos”, *Anuario de la competencia*, Nº 1, 2007, págs. 361-376, pág. 361. Además, el autor sostiene que cuando se ha aplicado, la causa última de este uso ha sido no los precios excesivos, sino el fraccionamiento del Mercado Único a través de la imposición de precios excesivos.

Si bien es cierto que aplicación es escasa en cuanto a los precios excesivos con finalidad de explotación, no es el caso con los supuestos de casos de exclusión. WAHL, N., “Exploitative high prices and European competition law – a personal reflection”, *op.cit.*, pág. 47.

CALGANO, C., WALKER, M., “Excessive pricing: towards clarity and economic coherence”, *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 6., nº 4, 2010, pág. 891. MONTI, G., *EC Competition Law*, Cambridge University Press, 2012, pág. 218.

¹⁹ MOTTA, M., DE STREEL, A., “Excessive pricing in competition law: Never say never” en AAVV., *The pros and cons of high prices*, Konkurrensverket Swedish Competition Authority, 2007, págs. 14-46, pág. 14 sugieren que la tendencia a una escasa aplicación de los precios excesivos remitirá pronto a causa de los efectos de la liberalización de industrias que funcionan en red y de la descentralización comunitaria de la aplicación de la política de Defensa de la Competencia. De la mano de esta expansión, se abre la puerta a la intervención en sectores de la economía donde los precios tienen una historia de regulación y donde las posiciones de dominancia eran frecuentes y no fácilmente “contestables”.

Sin embargo, el *Guidance paper* sobre las preferencias de aplicación del art. 102 TFUE parece fundar jurídicamente o justificar que la Comisión se inclina por perseguir principalmente aquellas conductas recogidas en el *paper* y evitar el resto y, dado que los

puede explicar desde dos razones distintas, una atañendo a las dificultades formales y, la segunda, de cariz ideológico.

En primer lugar, se evita la sanción por precios excesivos por la dificultad que entraña su determinación. Se trata de la complejidad e inseguridad jurídica de los métodos utilizados para calcular cuándo la fijación de un precio constituye una cantidad excesiva en relación con el valor del bien²¹. Se alude constantemente por parte de la doctrina, pero también de los tribunales en sus sentencias, a la imprecisión de los principios legales que vinculan a quienes están llamados a cumplir la norma y a aplicarla²². En un análisis posterior, haremos especial hincapié en las técnicas que se han propuesto desde la doctrina y la jurisprudencia

precios excesivos con una finalidad de explotación no entran dentro de las prácticas preferentes y la Comisión nunca ha tenido demasiado apego al mismo, es posible que termine por caer en el desuso.

HUBERT, P., COMBET, M.L., “Exploitative abuse: The end of the Paradox?”, *op.cit.*, pág. 49. Los autores subrayan que este artículo sigue siendo aplicado por las autoridades de la competencia europea. La reciente publicación de casos en la materia parece abrir una ventana de oportunidad para este tipo de abusos.

²⁰ Aunque con notables diferencias, existen EM que contienen previsiones acerca de los precios excesivos en determinados sectores que han sido tradicionalmente más estrictas que las contenidas a nivel comunitario, como, por ejemplo Alemania. Este EM tuvo una política de la competencia más estricta en dos sectores clave: el sector de la alimentación y el de la energía. BRINKER, I., HOLZÜLLER, T., “The 2007 amendments to the German rules against anti-competitive unilateral conduct”, *Competition Law International*, nº4, 2008, págs. 34-39, pág. 34. No obstante, que exista el precepto no necesariamente quiere decir que se aplique, que es el mayor problema respecto de esta previsión legal: su inaplicación.

²¹ OCDE, Directorate for financial and enterprise affairs competition committee, Working Party No. 2 on Competition and Regulation, *Excessive prices*, 2011, págs. 3 y 4. Este tipo de argumentos se pueden dividir en dos: el primero esta relacionado con las dificultades estableciendo cuándo un precio es excesivo, incluyendo qué precio es aceptable y, en segundo lugar, las razones relacionadas con la vigilancia y la implementación de la sanción a lo largo del tiempo.

²² FERNÁNDEZ VICIÉN, C., MORENO-TAPIA, I., “El artículo 102 TFUE: un recorrido por la interpretación jurisprudencial de los conceptos de posición dominante y abuso” en AAVV., *El Derecho Europeo de la Competencia y su aplicación en España. Liber amicorum homenaje a Santiago Martínez Lage*, coord. Pedraz Calvo, M. Y Ordóñez Solís, D., Wolters Kluwer, La Ley, Madrid, 2014, págs. 189-210, pág. 196.

para facilitar la identificación de los mismos con un relativo éxito y nos referiremos a los problemas derivados de su utilización.

En segundo lugar, la relativamente rara frecuencia con la que aparecen sentencias o decisiones al respecto puede justificarse por la preponderancia, en la actualidad, de una interpretación del precepto que incide directamente en su virtualidad²³. Esta interpretación del Derecho de la Competencia y sus fines ha llevado a que, en ocasiones, se califique a las medidas de control de las políticas de precios de las empresas privadas como populistas, cortoplacistas o de corto alcance²⁴.

Actualmente, impera un posicionamiento ideológico no intervencionista en el Mercado y la Economía que ha sido, prácticamente sin excepción, adoptado por los Tribunales, la Comisión y los economistas y juristas con mayor eco, cuyos argumentos no son, sin embargo, necesariamente los más consistentes y que se resumen en la negación de la utilidad y la pertinencia de sancionar los precios excesivos.

Fruto también de esta nueva postura adoptada por los legisladores, la Comisión y los órganos judiciales, el artículo 102 TFUE ha sufrido el último cambio de su recorrido interpretativo sin que siquiera fuera necesario alterar el texto del mismo. Este cambio se debe fundamentalmente a la introducción de una nueva corriente interpretativa:

²³ LÓPEZ VALLES, J., “Los precios excesivos como abuso de posición de dominio: el caso Canarias de explosivos”, *Anuario de la competencia*, nº 1, 2007, págs. 361-376, pág. 362.

De hecho, la posición más extrema de los efectos beneficiosos de los precios excesivos parece ser sostenida en la Sentencia Trinko “[t]he mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free-market system. The opportunity to charge monopoly prices – at least for a short period – is what attracts ‘business acumen’ in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth”. *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 US 398, 407 (2004).

²⁴ WHISH, R.; BAILEY, D., *Competition Law*, op.cit, pág. 20.

la ya citada *more economic approach*, basada en dos pilares fundamentales: el bienestar del consumidor y la teoría de los efectos.

Vistos los argumentos que se presentarán en los capítulos subsiguientes, es necesario cuestionarse si la interpretación del artículo relativo a los precios excesivos con el objetivo de explotar a los consumidores y clientes es un comportamiento que debería continuar comprendido en la noción de precio no equitativo o si, por otra parte, es una inclusión equivocada o desactualizada, que requiere su eliminación del moderno Derecho de la competencia. Para esta tarea, será imprescindible proceder a una investigación de las causas en las que este precepto hunde sus raíces y los objetivos actuales del mismo.

En los subsiguientes apartados se trata de presentar cuáles fueron las corrientes ideológicas que dieron origen al precepto, la interpretación originaria del mismo y el posterior giro “más económico” del Derecho de la competencia, haciendo especial hincapié en las sentencias emanadas del TJUE, máximo intérprete de las normas del TFUE y sus antecesores.

3. LA EQUIDAD EN LOS PRECIOS

La pregunta que se trata de resolver en este apartado es cuál es exactamente el significado de “*fair*” en el art. 102 TFUE. Es cierto que la versión al castellano lo traduce como “equitativo”. Sin embargo, es necesario plantearse si se ha obtenido el sentido buscado o no²⁵.

²⁵ En la versión alemana “unangemessenen” (razonable), en la versión francesa “non équitables” (no equitativa), en italiano “non eque” (no equitativo).

Así, la pregunta central se refiere a si la equidad puede configurarse como fin del Derecho de la competencia o si lo ha sido alguna vez.

En este extremo la doctrina está dividida. Existen autores que sostienen que el art. 102 TFUE estaría dirigido a salvaguardar la equidad en el mercado. Este objetivo lo diferenciaría del objetivo perseguido en la Sección 2 de la *Sherman Act*, que es, esencialmente, proteger al consumidor. Así, estos autores entienden que sólo con dificultades podría estirarse el art. 102 TFUE para interpretarse que protege al consumidor²⁶. Una de las razones que con más énfasis se invocan para defender esta postura es la terminología recogida por el artículo y la reiteración del concepto “equidad” o, mejor, “no equitativo” con respecto a precios y a otras condiciones contractuales.

No obstante, otros autores son de la opinión de que esta aproximación al concepto es demasiado simplista y que, en coherencia con la *Sherman Act*, se debe primar en la interpretación del mismo el bienestar del consumidor. KROES defiende que la interpretación del derecho de la competencia debe discurrir paralelamente al conocimiento y la comprensión del funcionamiento de la Economía. Así, la autora reconoce que, si bien es cierto que la equidad jugó un papel importante en la sección 2 de la *Sherman Act* en el pasado, éste ya no es el caso. Y se defiende que esa misma evolución debe trasladarse al Derecho europeo²⁷.

Por lo tanto, debemos preguntarnos si la traducción “equitativo” es fiel al significado que se ha otorgado a la palabra “fair” o, si, en cambio,

²⁶ HAWK, B.E., *Article 82 and section 2: Abuse and monopolising conduct*, mimeo.

²⁷ KROES, N., “Tackling exclusionary practices to avoid exploitation of market power: some preliminary thoughts on the policy review of article 82”, en *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 2005, pág. 381-392, pág. 386.

resultaría más coherente sustituirla por “leal”. Este término –“lealtad”- significa, según la RAE, “el cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor y hombría de bien”. Salvando las especificidades jurídicas del término, parece que estamos ante una definición errónea, que presenta, equivocadamente, como sinónimos los conceptos de fidelidad y lealtad. En segundo lugar, se puede sostener que la RAE utiliza el concepto “ley” de forma no técnica, y debería ser sustituido por normas de conducta. Así, el expresado se corresponde con el estándar de comportamiento que se exige en materia de competencia desleal, siendo éste el de la buena fe objetiva.

En cambio, “equidad”, en una de sus acepciones, se refiere a la “moderación en el precio de las cosas o en las condiciones de los contratos”. Ésta parece una aproximación más apropiada al concepto buscado por el legislador de Derecho de la competencia. Por lo tanto, la palabra clave es moderación, sinónimo de equidad.

La decisión entre optar por una palabra o por otra requiere un estudio en profundidad de los objetivos del Derecho de la competencia Europeo de forma transversal en la Historia. Por eso mismo dejaremos la solución de esta cuestión para las conclusiones del presente capítulo.

En lo que en cualquier caso estamos de acuerdo es en que el precepto no tiene una función redistributiva de la renta. El Derecho de la competencia no es óptimo para llevar a cabo este tipo de función. Como ha quedado establecido, para dar cumplimiento a este fin existen otras herramientas más útiles, como la política tributaria.

Así, el inciso relativo a los precios excesivos no está orientado a este fin, sino que su función es evitar los abusos perpetrados por aquéllos que ostentan una posición de dominio. A este respecto, es conveniente

preguntarse también si el Derecho de la competencia es oportuno para dar cumplimiento a este objetivo. Ésta es una cuestión que se afrontará en el último capítulo del trabajo, donde se confrontarán las ventajas e inconvenientes de tres herramientas distintas: el Derecho de la competencia, la Regulación o la legislación de Defensa de los consumidores. Sin embargo, adelantándonos a las conclusiones que se presentarán más adelante, en nuestra opinión es necesario conservar esta prohibición dentro del marco de la legislación concurrencial y aplicarlo cuando la regulación bien sea inexistente en el sector donde se ha producido la práctica o bien ésta ha fallado.

|

CAP. II. UNA VISIÓN COMPARADA DEL TRATAMIENTO HISTÓRICO DE LOS PRECIOS EXCESIVOS EN LOS ORDENAMIENTOS NORTEAMERICANO Y EUROPEO

Como es tradición en el análisis jurídico, el mismo debe comenzarse tratando los orígenes históricos del artículo que pretende analizarse²⁸. Sólo una vez esclarecidas las razones que dieron origen a una regulación concreta podremos estudiar de forma fundamentada la significación presente de un específico artículo de una forma coherente. Por lo tanto, consideramos esencial, para comprender la actual postura con respecto al 102 TFUE y, en especial, en lo concerniente a los precios excesivos, estudiar los objetivos del legislador comunitario al concebir una prohibición tan controvertida en la actualidad²⁹.

En primer lugar, es indispensable referirse al derecho norteamericano y su legislación *antitrust*, en especial, la *Sherman Act*, por

²⁸ Si bien se defiende que el Código de Justiniano es la primera norma jurídica donde se contienen referencias al Derecho de la competencia (fundamentalmente acuerdos restrictivos), seguido por la Quinta Partida del siglo XIII en el Reino de Castilla y León y sancionada posteriormente en el Ordenamiento de Alcalá de 1348, desapareciendo cualquier alusión en Europa durante la Edad Media y principios de la Moderna donde no existía el libre acceso al Mercado, no vamos a comenzar el estudio histórico en épocas tan tempranas. La preocupación por la competencia y, en concreto, por la equidad en los precios (básicamente del grano y del pan) es recurrente en las sociedades preindustriales con el fin de alcanzar objetivos éticos o políticos y que poco tenían que ver con demandas de los mercaderes. Desde antiguo se han ideado métodos respecto de la protección de los consumidores: desde prohibir la especulación con el grano en Grecia, hasta fijar precios máximos en el caso de emperadores romanos (19 AC Tiberio impuso un precio máximo y se ofreció a compensar a los vendedores). El problema era hacer efectiva las grandes declaraciones respecto de los precios excesivos. En el mundo musulmán antiguo, los inspectores supervisaban los precios, pero no los podían imponer y esto tiene una explicación fundamentalmente religiosa ya que en el Corán aparece una frase del profeta donde éste se niega a bajar los precios a favor de la gente porque sólo dios los fija. HAWK, B., *Law and Commerce in pre-industrial societies*, Brill Nijhof, Boston, 2016, pág. 263.

²⁹ WHISH, R.; BAILEY, D., *Competition Law*, op.cit, pág. 192.

ser el impulsor de un determinado Derecho de la competencia. Ya en Europa, y sólo posteriormente, varios ordenamientos tuvieron una relevante impronta en la actual configuración del art. 102 TFUE –y precedentes 86 Tratado de la CEE, 82 TCE-: el Derecho alemán, con la Ley contra las restricciones de competencia de 27 de julio de 1957 y el Derecho francés de la mano del Decreto francés de 30 de junio de 1945. Por último, el art. 102 TFUE es heredero del antiguo artículo 66 del Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero³⁰.

1. EL DERECHO ANTITRUST NORTEAMERICANO

1.1. NOTAS INTRODUCTORIAS

Si bien la redacción actual del Derecho de la competencia está inspirada en corrientes jurídicas y económicas norteamericanas, el precepto de Derecho europeo no necesariamente debe interpretarse de la misma forma que el Derecho de la competencia recogido en las legislaciones inspiradoras del Derecho europeo³¹.

En primer lugar, hemos de subrayar que ambos cuerpos jurídicos, en lo que se refiere a poder de mercado (especialmente en atención a los precios excesivos) y las consecuencias jurídicas que se derivan del mismo, son distintas en su literalidad. Como afirma la *Federal Trade Commission* (FTC) y el *Department of Justice* (DoJ), la Sección 2 de la *Sherman Act*

³⁰ PELLISÉ CAPELL, J., *La “explotación abusiva” de una posición dominante (arts. 82 TCE y 6 LEDC)*, Civitas, Madrid, 2002, pág.83.

En opinión de CHONÉ, A. S., *Les abus de domination. Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, Recherches juridiques, Economica, Paris, 2010, pág. 27, se puede percibir el uso de terminología muy similar en el tratado de la CECA y en el derecho alemán.

³¹ KAUPER, T.E., “Article 86, excessive prices, and refusals to deal”, *Reprints Antitrust Law and Economics*, n.º.22, 1993, pág. 159.

no conforma una prohibición del abuso de posición de dominio³². Así, una empresa dominante no tiene ninguna obligación derivada de una especial responsabilidad salvo la de no aumentar su poder de forma anticompetitiva³³.

En cambio, la legislación comunitaria se centra básicamente en el comportamiento de las empresas dominantes –manteniéndose neutro respecto de la existencia de las mismas- considerándose, de esta forma, más restrictiva en el campo de los abusos que la estadounidense³⁴. Así, los abusos de explotación directa de los consumidores no quedan cubiertos por la legislación antitrust norteamericana, quedando inmunes en virtud de la *Sherman Act* (1890)³⁵.

El Derecho Norteamericano de la Competencia constituía, en los inicios de desarrollo del Derecho de la competencia en Europa, una legislación segura en la cual inspirarse, pues contaba con una notable ventaja temporal en su desarrollo³⁶. Así, en el momento de redacción del

³² En la sentencia *Law Offices of Curtis v Trinko v Bell Atlantic*, la amicus brief que se envió por estos dos órganos al Supreme Court. Brief for the United States and the Federal Trade Commission as amici curiae on petition for a Writ of Certiorari, Dec. 2002, p.16.

³³ FOX, E., “Abuse of dominance and monopolisation: how to protect competition without protecting competitors” en AAVV., *European Competition Law Annual 2003: What is an abuse of a dominant position?*, Hart Publishing, Oxford, 2006, págs. 69-77, pág. 69.

³⁴ KOVACIC, W., “Competition policy in the European Union and the United States: convergence or divergence in the future treatment of dominant firms?”, *Competition law Internacional*, 2008, pág. 11. KAUPER, T.E., “Article 86, excessive prices, and refusals to deal”, *op.cit.*, pág. 161. FOX, E., “Abuse of dominance and monopolisation: how to protect competition without protecting competitors”, *op.cit.*, pág. 70. La autora sostiene que el Derecho europeo prohíbe las mismas conductas que el derecho *antitrust* y, además, otras que no contribuyen a aumentar el poder de Mercado del monopolista. KAUPER, T. E., “Whither article 86? Observations on excessive prices and refusals to deal”, *op.cit.*, pág. 652.

³⁵ GAL, M., “Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: two systems of belief about monopoly?”, *The Antitrust Bulletin*, vol 49, 2004, pág. 347.

³⁶ HINDS, A.L., *Essential Law Texts. Competition Law*, Thomson Round Hall, 2006, pág. 2. PAPAPOULOS, A. S., *The international dimension of EU competition law and policy*, Cambridge University Press, 2010, pág. 7 ss. parece indicar que USA es el

precepto europeo, el *corpus* jurídico relativo al Derecho *antitrust* ya llevaba décadas de vigencia y había dado origen a una prolija jurisprudencia y doctrina en la materia³⁷. Sin embargo, la rápida expansión y amplia adopción de la legislación antitrust americana no sólo se debió a la atractivo de la misma, sino que se explica por su imposición, como uno de los privilegios de guerra (Primera Guerra Mundial -WWI-) sobre los vencidos –Alemania³⁸ y Japón fundamentalmente- para controlar en ellos

primer estado en aplicar el moderno Derecho de la competencia, pues manifiesta que el primer Estado en aplicar el Derecho de la Competencia fue Reino Unido, donde, en 1414, se obtuvo el primer pronunciamiento de un tribunal al respecto (Dyer's Case). A partir de esta fecha, se fueron publicando subsiguientes sentencias en la materia en el mismo estado. En 1624, otra vez, fue Reino Unido donde se desarrolló la primera ley antimonopolios (Statute of Monopolies). Posteriormente, la industrialización trajo de la mano cambios importantes que contribuyeron a la publicación de legislaciones similares en otros estados, como Francia (ley de 14–17 Junio 1791), Austria (Código Penal Austríaco de 1852). Sin embargo, otra vez, parece que Estados Unidos tampoco fue el primero de los estados en adoptar una legislación de derecho de la competencia moderno. Canadá, en 1889 se promulgó Act for the Prevention and Suppression of Combinations formed in restraint of Trade y sólo un año después se publicó la Sherman Act estadounidense. Canadá comparte la filosofía antitrust de los USA respecto a la posición de dominio y su abuso. En general, además, sólo se prohíben las conductas que dañan la estructura competitiva y, por lo tanto, las que excluyen competidores y obstaculizan la entrada de potenciales competidores en el Mercado. Sin embargo, desde finales de la primera década de 2000, están percibiéndose ciertos cambios impulsados por presiones políticas dirigidos a introducir la sanción de conductas dirigidas a explotar al consumidor. Esto se produjo en los mercados de transporte (aerolíneas), telecomunicaciones y petróleo. En estos casos, las reformas planteadas trataron los abusos dirigidos a explotar sobrepasando la letra de la ley. CRAMPTON, P., “Abuse of dominance and exploitative conduct-lessons from the Canadian experience” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 2008, págs. 525-560, pág. 543. Por su parte, RODGER, B., MACCULLOCH, A., *Competition Law and policy in the EC and UK*, Routledge Cavendish, 2009, pág. 20 señala que Estados Unidos fue la primera jurisdicción en introducir un sistema coherente de competencia.

³⁷ FOX, E. M., *Cases and material son US Antitrust in global context*, Thomson Reuters, US, 2004, pág. 1. Sugiere la autora que durante más de medio siglo, USA fue el único Estado en dotarse de una política de competencia.

³⁸ No obstante, merece la pena señalar que la imposición de esta legislación no fue la primera ocasión donde se promulgó legislación de la Competencia en Alemania. Tras haber perdido cierta fuerza a finales del S. XIX en Europa, resurgieron las preocupaciones competitivas a principios del S. XX. En Alemania, por ejemplo, en 1923 con las ideas ordoliberales. En otros estados, la adopción de la legislación de

los procesos de desconcentración industriales y cartelización que se habían fomentado.

No obstante esta influencia innegable del Derecho norteamericano, el Derecho europeo contiene ciertas peculiaridades que lo diferencian del primero, debido, especialmente, a las distintas tradiciones jurídicas e, incluso, filosóficas³⁹.

América era la cuna del individualismo competitivo, donde se encontraban la ambición empresarial y los incentivos de los consumidores por adquirir productos valiosos. Para poder alimentar este círculo, se requerían empresas que pudieran entrar en el mercado en condiciones de igualdad.

La legislación de competencia norteamericana es, en resumidas cuentas, un texto impregnado de la tradición liberal constitucional⁴⁰. Y lo curioso de la misma es que es fruto de la contraposición de dos ideas enfrentadas: libertad individual y no intervención del Estado, por una parte, y, por otra, la necesidad de igualdad en un contexto en el que no existen importantes concentraciones de poder económico⁴¹.

Los dos principios sobre los que se fundamenta el Derecho norteamericano se resumen en que sólo es necesario preocuparse de lo que

competencia fuertemente influída por el Derecho norteamericano responde a otras cuestiones lejos de los alegados privilegios de guerra: la necesidad de obtener toda la ayuda financiera posible para reconstruir un país que había sido devastado por la guerra, como UK. AKMAN, P., *The concept of abuse in EU Competition Law*. Law and economic approaches, Hart Publishing, Oxford, 2012, pág. 64.

³⁹ KAUPER, T.E., “Article 86, excessive prices, and refusals to deal”, *op.cit.*, pág. 159 y KAUPER, T. E., “Whither article 86? Observations on excessive prices and refusals to deal” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 1989, págs. 651-686, pág. 655.

⁴⁰ GAL, M., “Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: two systems of belief about monopoly?”, *The Antitrust Bulletin*, vol 49, 2004, pág. 351.

⁴¹ PAPADOPOULOS, A. S., The international dimension of EU competition law and policy , *op.cit.*, pág. 12.

se conoce como “eficiencia dinámica” y, en segundo lugar, y consecuencia de lo anterior, el Derecho de la competencia y, por lo tanto, la intervención administrativa o del Estado en la Economía, deben tener un campo de acción relativamente estrecho. Desde su perspectiva, es necesario dejar que el Mercado se autorregule, ya que éste es el mejor equipado para realizado de forma eficiente. Estas dos premisas son los mantras de la Escuela de Chicago⁴², que han perdurado, aunque con matices, hasta el día de hoy y que han cobrado fuerza en los últimos tiempos en Europa.

Los esfuerzos del Derecho *antitrust* se centran en la prohibición de la “monopolización”⁴³ o los “intentos de monopolización”⁴⁴, entendiendo

⁴² RODGER, B., MACCULLOCH, A., *Competition Law and policy in the EC and UK*, op.cit., p.ºsg. 21.

⁴³ El contenido del término “monopolización” ha ido variando desde sus inicios en cada caso. En el caso Grinnel, el juez Douglas estableció que el mismo debía basarse en la concurrencia de dos requisitos: 1. La ostentación de un poder monopolístico en el mercado relevante y 2. La adquisición o mantenimiento deliberado de tal poder como distinto del crecimiento o desarrollo producido como consecuencia de un producto superior, la perspicacia del empresario o accidentes históricos. En este caso, se subrayó que la legalidad del poder monopolístico dependía de cómo se había adquirido y/o mantenido en lugar de cómo se había usado. Ha habido varios intentos de sistematización, uno de ellos por Wyzansky, que tras la sentencia Alcoa y tratando de perfilar las ideas expresadas por el juez Hand, que intentó clasificar en tres las distintas prácticas que originaban el ilícito de monopolización: 1. Se producirá una monopolización cuando una empresa adquiera o mantenga el poder de excluir a otros como resultado de una restricción del mercado no equitativa que viole la Sección 1 de la Sherman Act. 2. Habrá monopolización cuando una empresa que tenga poder de mercado que utilice o intente utilizar cualquier práctica exclusionaria aunque no haya una restricción de mercado estricta y 3. La adquisición de una cuota importante de mercado será considerada monopolización aunque no haya ninguna práctica excluyente. No obstante, en este tercer caso, el monopolista puede eximirse de responsabilidad si demuestra que ha obtenido esta posición por causas excusables. Y ésta última teoría de las causas excusables la aplicó en la sentencia Shoe Machiney, donde, pese a todo, condenó a la empresa por no poder apreciar ninguna de tales causas. En cualquier caso, el hecho de que una empresa pueda beneficiarse de tal excusa, no la exime totalmente de responsabilidad. Porque haber adquirido el poder monopolístico legalmente no significa automáticamente que lo mantenga de esa forma. Puede ser sancionada una empresa que asegure el mantenimiento

⁴⁴ Basta, en algunos casos, con el intento de monopolizar, incluso en el supuesto de que el intento haya fracasado. KAUPER, T.E., “Article 86, excessive prices, and refusals to

esta actividad como el comportamiento consistente en adquirir o mantener el poder de mercado⁴⁵ y no como situación alcanzada ni tampoco como ejercicio o uso de tal posición⁴⁶.

En Europa la perspectiva es otra. Las grandes empresas no son temidas, de hecho, en los orígenes del Derecho de la competencia, la finalidad buscada era precisamente la de integrar el mercado único, por lo que su existencia era necesaria. En segundo lugar, durante la génesis del

deal”, op.cit., p’sg. 157. La *Sherman Act* parece centrarse en dos objetivos distintos: en primer lugar, la ostentación de un poder de Mercado no razonable o no equitativo y, en segundo lugar, las prácticas de exclusion, restrictivas u opresivas. JOLIET, R., *Monopolization and abuse of dominant position. A comparative study of the American and European approaches to the control of economic power*, Liege Faculte de droit, La Haye, 1970, pág. 37.

⁴⁵ De hecho, “monopolio” no significa exactamente la ostentación del 100% de cuota de mercado, sino que se define como el poder de controlar los precios y excluir la competencia.

⁴⁶ PELLISÉ CAPELL, J., *La “explotación abusiva” de una posición dominante (arts. 82 TCE y 6 LEDC)*, Civitas, Madrid, 2002, pág.87. Aunque esto, en opinión de algunos autores, no estaba claro. JOLIET, R., *Monopolization and abuse of dominant position. A comparative study of the American and European approaches to the control of economic power*, op.cit, págs. 10 y 12. De algún pronunciamiento (United States v Steel Corp en 1920), sin embargo, se ha querido extraer una plasmación de lo que se conoce como la teoría del abuso: el monopolio, en sí mismo, no estaría prohibido. Sólo se hablaría de monopolización si el poder se hubiera adquirido a través de prácticas predatorias excluyendo a competidores. No obstante, la relevancia de lo expresado en tal sentencia no va tan lejos como han querido interpretar algunos. Lo único que hizo el tribunal en tal sentencia fue que a un conjunto de empresas, que no alcanza una posición de Mercado dominante, no se les aplica la *Sherman Act* de no ser que sean culpables de haber utilizado persistentemente prácticas predatorias. No obstante, en opinión del juez Hand, la intención de monopolizar es un requisito importante en la declaración del ilícito cuando aun no se ha alcanzado el monopolio.

El caso *Alcoa* y el caso *United Shoe Machinery* son supuestos que quizás merecerían una interpretación por separado dada su importancia en el derecho antitrust. El juez Hand estableció en la primera de las dos que la *Sherman Act* no trataba de forma distinta los buenos monopolios o los monopolios malos dependiendo de si habían abusado de tal posición. Se prohibían todos los monopolios (o trusts), independientemente de la explotación porque el fin de la *Sherman Act* es el impulso de la competencia. El problema que vio el juez no era de ideología de condenar sólo los monopolios que abusaran de tal poder y no aquéllos que ingenuamente habían hecho todas las mejoras de eficiencias posibles que les llevaron a ostentar tal poder. No obstante, dijo el juez, esto obligaría al gobierno a un escrutinio constante de las prácticas de las empresas y, además, que ésa no fue la idea en la redacción de la *Sherman Act*.

Derecho de la competencia europeo se buscaba propiciar una mejora de la Economía en el seno de la Unión. Para alcanzar este objetivo, se parte de una premisa: las empresas encuentran un punto de funcionamiento eficiente cuando alcanzan un tamaño determinado. En vista de este postulado, se consideraba que poseían una talla muy inferior a la necesaria para funcionar de forma eficiente. Una de las causas de tal infradesarrollo eran las barreras geográficas, cuestión que buscaron eliminar⁴⁷.

En *Estados Unidos*, en cambio, se partía de la premisa contraria respecto del poder de mercado. En primer lugar, alcanzado tal poder, se presume que la monopolización irá acompañada de la intención de explotar tal poder. En segundo lugar, se asumía que la competencia estructural efectiva era el mejor medio para alcanzar la eficiencia, fin último del Derecho de la competencia, conjuntamente con el bienestar del consumidor. Para ello, debía existir una estructura competitiva adecuada⁴⁸.

En coherencia con el sistema estadounidense, no se podía regular más allá de una posición monopolística alcanzada legalmente, ni atajar el problema de los precios derivados de una posición de poder obtenida competitivamente, pues el papel de los jueces no era el de controlar o supervisar los precios⁴⁹. Sólo si la conducta a través de la que se obtuvo la posesión de la posición de poder de mercado calificaba como

⁴⁷ FOX, E. M., “Abuse of a dominant position under the Treaty of Rome—a comparison with US Law” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 1983, págs. 367-423, pág. 371.

⁴⁸ PELLISÉ CAPELL, J., *La “explotación abusiva” de una posición dominante (arts. 82 TCE y 6 LEDC)*, op.cit., pág.88.

⁴⁹ *Ibidem*. KAUPER, T.E., “Article 86, excessive prices, and refusals to deal”, op.cit., pçag. 159. FOX, E. M., “Abuse of a dominant position under the Treaty of Rome—a comparison with US Law”, op.cit., pág. 374 la autora sostiene que los precios excesivos y las restricciones de output que son los males por antonomasia no encuentran reflejo en el Derecho Antitrust porque tal derecho no es regulatorio, en el sentido de regular directamente los precios y el output.

monopolizadora, se podrá intervenir y los remedios consistirán en prohibirla y, subsidiariamente, proceder a una desconcentración empresarial. No obstante lo anterior, no puede afirmarse tampoco que el objetivo principal de la *Sherman Act* fuera propiamente la de dispersión del poder⁵⁰.

Estas evidentes diferencias de partida entre la legislación norteamericana y la europea se justifican, en parte, por su diferente recorrido histórico y económico. La legislación norteamericana, como cualquier otra en el mundo, no es más que la plasmación de las creencias imperantes en la época y, una de ellas, era la idea clásica –errónea en opinión de algunos⁵¹ - consistente en que las fuerzas del Mercado funcionaban como guardianes del mismo y que serían las únicas que conducirían hacia su autocorrección eficiente⁵². A diferencia de esta aproximación, en Europea se ha tenido tradicionalmente mucha menos fe

⁵⁰ JOLIET, R., *Monopolization and abuse of dominant position. A comparative study of the American and European approaches to the control of economic power*, op.cit, pág. 10. De hecho, el autor sostiene que la ambigüedad de la *Sherman act* deriva de que no existe una prohibición de los monopolios. En su opinión, en el caso *Alcoa* se extralimitaron entendiendo que la talla de la empresa en relación con sus competidores es un factor determinante de la ilegalidad y considerar que la dominancia es una infracción de la ley. Así, existen autores que defienden que la mera comprensión de la *Sherman act* como una ley que prohíbe la mera adquisición de la posición de dominio por métodos prudentes y normales es contraria a la ley efectivamente la separaban de la legislación de la competencia europea. No obstante, el autor se plantea si tal era la interpretación coherente. No obstante, posteriormente se corrigió esta interpretación alegando que no se prohíbe la talla de la empresa en sí misma, sino la conducta poco competitiva por la que se obtiene.

⁵¹ GAL, M., “Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: two systems of belief about monopoly?”, *The Antitrust Bulletin*, vol 49, 2004, pág. 354. De hecho, actualmente no se piensa que las fuerzas del mercado vayan a evitar cualquier tipo de monopolio, sino que los monopolios están condenados a ser de corta duración.

⁵² *Ibidem*, pág. 348.

en que los administradores de las grandes empresas pudieran servir al interés público⁵³, siquiera colateral o indirectamente.

1.2. RECORRIDO HISTÓRICO DEL DERECHO *ANTITRUST*

La historia de los Estados Unidos y el contexto socio económico y político en la segunda mitad del S. XIX fue distinto al experimentado en Europa. En USA existía un escenario en el que una serie de empresas comenzó a expandirse y a alcanzar elevadas cuotas de poder (*trusts*⁵⁴), dominando mercados clave para la economía estadounidense (como, por ejemplo, el petróleo y los ferrocarriles).

Ciertos comportamientos de estas empresas empezaron a amenazar a la economía y al orden político y social americanos a través de la creación de barreras de entrada, que impedían la participación de otras empresas que pudieran competir en mérito con las ya existentes en el mercado⁵⁵. La respuesta política a esta situación fue la *Sherman Act*, que

⁵³ FOX, E. M., “Abuse of a dominant position under the Treaty of Rome-a comparison with US Law”, op.cit, pág. 371.

⁵⁴ La doctrina se refiere a ellos como “a tiny group of Titans”. FOX, E. M., *Cases and material son US Antitrust in global context*, Thomson Reuters, US, 2004, pág. 3. La autora se refiere a las compañías de ferrocarriles como las primeras en formar este tipo de *pools* o cárteles con los que se pretendía dar solución a las consecuencias de la competencia (la importante inversión inicial en infraestructuras y su mantenimiento no venían compensados por los bajos beneficios que podría n obtenerse). No obstante, en esta primera etapa, los *pools* parecían ser poco estables y las empresas parte de tal acuerdo en numerosas ocasiones traicionaban el acuerdo para ofrecer competencia al cártel. Así, para dotarlos de un nivel superior de estabilidad, se formaron lo que se conoce como *trusts*. Estas concentraciones empresariales se formaban cuando los miembros del *pool* traspasaban su *stock* a un consejo de administración recibiendo, a cambio, un certificado del valor que habían traspasado. Cada participante seguía manteniendo formalmente su individualidad, pero estaban controlados por un nuevo órgano.

⁵⁵ Se sostiene que las grandes empresas alemanas habían sido parcialmente responsables del auge de Hitler en Alemania y se temían en USA que estos *trusts* pudieran contribuir a un surgimiento del fascismo. FOX, E. M., “Abuse of a dominant position under the

se promulgó auspiciada por la creencia en la Competencia como clave del progreso y la prosperidad⁵⁶.

Así, la Competencia no sólo era apreciada en este ámbito económico, sino que se consideraba moralmente deseable para elevar los estándares de buena conducta⁵⁷ y, más importante, era la forma de mantener al poder político a salvo de la influencia económica en el temor de que un *trust of trusts* llegase a ser más poderoso que el propio gobierno democrático⁵⁸.

No obstante, una creciente preocupación relativa a la insuficiencia de la *Sherman Act* para lidiar contra los monopolios se iba extendiendo⁵⁹. A raíz de esta preocupación, se promulgó la *Clayton Act*, cuya máxima era “*liberty and freedom of opportunity for the “little man”*”. La ley fue aprobada en 1914, complementando la *Sherman Act*, y conteniendo unas prohibiciones específicas contra ciertas conductas como: precios discriminatorios, *tie-in*, *exclusive dealings* y *mergers*, susceptibles de dañar la competencia⁶⁰.

Treaty of Rome-a comparison with US Law”, op.cit, pág. 370. De hecho, la sentencia seminal en Antitrust Law sobre monopolios, la que escribió White en el caso Standard Oil, pone de relieve que la *Sherman Act* se motiva por la situación económica del momento: “the vast accumulation of wealth in the hands of corporations and individuals, the enormous development of corporate organization, the facility for combination which such organization afforded, the fact that the facility was being used, and that combinations known as trusts were being multiplied, and the widespread impression that this power had been and would be exerted to oppress individuals and injure the public”. Y AKMAN, P., *The concept of abuse in EU Competition Law. Law and economic approaches*, op.cit, pág. 64.

⁵⁶ GAL, M., “Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: two systems of belief about monopoly?”, *The Antitrust Bulletin*, vol 49, 2004, pág. 350.

⁵⁷ *Íbidem*, pág. 351.

⁵⁸ *Íbidem* y RODGER, B., MACCULLOCH, A., *Competition Law and policy in the EC and UK*, op.cit, pág. 16.

⁵⁹ FOX, E. M., “Abuse of a dominant position under the Treaty of Rome-a comparison with US Law”, op.cit, pág. 369.

⁶⁰ *Íbidem* y FOX, E. M., *Cases and material son US Antitrust in global context*, op.cit, pág. 42.

Tras la Primera Guerra Mundial (WWI), se produjo un periodo de prosperidad, seguido de una depresión y sólo en 1930 la economía americana volvió a despegar gracias a la cooperación empresarial y la competencia leal. Durante esta época de bonanza se promulgó, en 1936, la *Robinson Patman Act*, orientada hacia la protección de los minoristas de los precios bajos discriminatorios cosechados por los mayoristas, con los que competían⁶¹.

El resultado de esta evolución derivó en que en 1950 estaban aplicándose en USA leyes que velaban por el interés de los minoristas, que preservaban la libertad de acción y que dispersaban el poder económico. Estos objetivos se hicieron aun más evidentes en la siguiente década. Desde mitad de los años 70, sin embargo, la legislación estadounidense ha tomado un curso distinto, instaurándose la preocupación por la eficiencia como piedra angular de la aplicación de la legislación⁶².

1.3. APROXIMACIÓN A LOS PRECIOS EXCESIVOS

Los precios excesivos (y, en general, los abusos de explotación) parecen haberse convertido en la principal diferencia entre el Derecho

⁶¹ FOX, E. M., “Abuse of a dominant position under the Treaty of Rome-a comparison with US Law”, op.cit, pág. 370.

⁶² *Ibidem*. De hecho, la autora sostiene que muchos jueces no aplican ni la Sherman Act ni la Clayton Act de forma que se impida la eficiencia. Esto está permitido por una legislación muy escasa y flexible que permite que según el momento y las necesidades se pueda dotar de una interpretación distinta en función de los objetivos perseguidos y los bienes jurídicos protegidos.

antitrust y el Derecho de la competencia. Sin embargo, en opinión de algunos autores, esta brecha parece ser más sentida que real⁶³.

1.3.1. Derecho *antitrust*

Como se ha puesto de relieve, en USA los precios excesivos no se encuentran recogidos como ilícitos del Derecho de la competencia⁶⁴. En su ordenamiento jurídico, el foco de atención no se pone sobre los resultados, sino sobre el procedimiento para obtener la posición de dominio. Por lo tanto, el precio –cuya cuantía excesiva no era sencilla de determinar⁶⁵- no era el centro de interés, sino que, en cambio, la cuestión que mayor preocupación suscitaba era la preservación de un mercado competitivo⁶⁶.

En consecuencia, los precios no están regulados en los EEUU, siendo las autoridades de vigilancia de la competencia y los tribunales contrarios a la evaluación de la razonabilidad de los mismos⁶⁷. En este

⁶³ TERHECHTE, J. P., “Excessive pricing and the goals of competition Law: an enforcement perspective-comment on Ackermann” en AAVV., *The Goals of Competition Law*, Ed. Zimmer, D., Edward Elgar, Cheltenham, 2012, págs. 371-378, pág. 371.

⁶⁴ *Íbidem*, pág. 373.

⁶⁵ Como ya ponen de relieve en una fase muy temprana los tribunales en la pronta decisión *United States v. Trans-Missouri Freight Assn.*, 166 U.S. 290 (1897). uncertainty....

“[E]ven after the standard should be determined there is such an indefinite variety of facts entering into the question of what is a reasonable rate, no matter what standard is adopted, that any individual shipper would in most cases be apt to abandon the effort to show the unreasonable character of a charge sooner than hazard the great expense in time and money necessary to prove the fact To say, therefore, that the Act excludes agreements which are not in unreasonable restraint of trade ...is substantially to leave the question of unreasonableness to the companies themselves”.

Y más tardíamente en el caso *United States v. ALCOA*, 148 F. 2d 416 (2d Cir. 1945), “a strong argument can be made that, although the result may expose the public to the evils of monopoly, the Act does not mean to condemn the resultant of those very forces which it is its prime object to foster: *finis opus coronat*. The successful competitor, having been urged to compete, must not be turned upon when he wins”.

⁶⁶ GAL, M., “Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: two systems of belief about monopoly?”, *op.cit.*, pág. 352.

⁶⁷ KAUPER, T. E., “Article 86, excessive prices, and refusals to deal”, *op.cit.*, pág. 159.

sentido, la imposición de un precio excesivo puede ser una explotación de una posición monopolística, pero no es en sí mismo anticompetitivo⁶⁸ precisamente por la ausencia de la atribución de una responsabilidad especial a la empresa dominante.

En Europa, en cambio, se ha adoptado, como se pondrá de relieve más adelante, la aproximación contraria⁶⁹. En nuestro ordenamiento jurídico, las posiciones de dominio no tienen un estigma jurídico y están permitidas e, incluso, en algunos supuestos (al menos en los inicios), fomentadas, para producir empresas multinacionales que operen en el mercado único de forma eficiente y que sean capaces de equipararse a las de otros países desarrollados generando, de esta forma, un mercado único. Así, el análisis en Europa se centra en cuál es el uso que se da al poder alcanzado. Si la posición de dominio no conlleva ningún abuso, las autoridades de la Competencia no intervendrán en la configuración o ejercicio del mismo. Ahora bien, cuestión distinta es cuando se utiliza tal poder de forma anticompetitiva, como, por ejemplo, la fijación de precios excesivos, situación en la que las autoridades de la competencia deben intervenir para frenar la conducta.

En ambas legislaciones, tanto en la estadounidense como en la comunitaria, la aceptación o prohibición de los precios monopolísticos se basa curiosamente en la misma razón: la equidad. La diferencia radica en

⁶⁸ FOX, E. M., “Abuse of a dominant position under the Treaty of Rome—a comparison with US Law”, op.cit, pág. 389.

⁶⁹ En opinión de algunos autores, esta tradición europea proviene del marco regulatorio configurado en el Tratado de París, que nunca desapareció. En el mismo, como se ha puesto de relieve previamente, uno de los fines más importantes era el mantenimiento del precio de ciertos productos bajo. Así, se establecía un mercado relativamente estricto de control de precios excesivos, que se atribuyó como una de las funciones principales de la Alta Autoridad.

que la equidad se concibe o aprecia desde distintas perspectivas: la de los empresarios y la de los consumidores.

En la filosofía comunitaria, cuando se consideran los precios excesivos, se da por supuesto que el consumidor tiene *derecho* a disfrutar de parte del bienestar que se crea como consecuencia del comercio. A *sensu contrario*, se presume que el empresario goza también de un derecho a beneficiarse de la operación, aunque sólo hasta un cierto límite, a partir del cual estará extrayendo beneficios indebidos y aprovechando su posición de dominio en el mercado.

El razonamiento norteamericano entiende la competencia como un proceso del que las empresas deben ser parte compitiendo intensamente entre ellas. En este escenario de dura competencia, la regulación de los precios monopolísticos, es decir, la limitación del “premio” de los empresarios fruto de su duro y eficiente trabajo, debe ser considerada una negación injusta de los beneficios merecidos⁷⁰.

Para el legislador estadounidense, el precio está determinado por las tendencias del mercado, y regido por la mano invisible que organiza y casa oferta y demanda. Así los operadores del mercado son empresarios que han sobrevivido a la competencia por su reconocida y probada eficiencia, y no por herencia de una creación estatal, como sucede en los supuestos de empresas monopolísticas públicas que, tras un proceso de liberalización, han pasado a convertirse en empresas dominantes privadas⁷¹. Por lo tanto, se considera en USA que las fuerzas del mercado deben ser las encargadas de la erosión y desgaste del poder monopolístico,

⁷⁰ GAL, M., “Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: two systems of belief about monopoly?”, op.cit, pág. 354.

⁷¹ Íbidem, pág 364.

excepto en los casos donde tal monopolio esté basado en razones de eficiencia⁷², para las que no se ofrece salida alguna.

Esta visión económica se plasma desde bien temprano en alguno de los pronunciamientos más icónicos de los tribunales americanos como *Standard Oil*⁷³ o *American Can*⁷⁴, donde los tribunales subrayan que la *Sherman Act* en ningún caso limita la libertad de contratar, libertad que, se deduce de esta información, se dará siempre que se esté contratando. Esta libertad, desde su perspectiva, es la garantía más eficaz en la prevención del monopolio.

Finalmente, la aproximación respecto de los precios excesivos queda plasmada en sentencias de referencia en la materia como *Alcoa*⁷⁵, *Trinko*⁷⁶ y en *Berkey v. Kodak*⁷⁷. En ellas, los tribunales reconocen la fijación de precios exorbitados como una situación irreprochable⁷⁸. Así se expone en las mismas:

⁷² KAUPER, T. E., “Article 86, excessive prices, and refusals to deal”, op.cit, pág. 160.

⁷³ *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1 (1911). “[B]y the omission of any direct prohibition against monopoly in the concrete, [the Sherman Act] indicates a consciousness that the freedom of the individual right to contract when not unduly or improperly exercised was the most efficient means for the prevention of monopoly, since the operation of the centrifugal and centripetal forces resulting from the right to freely contract was the means by which monopoly would be inevitably prevented if no extraneous or sovereign power imposed it and no right to make unlawful contracts having a monopolistic tendency were permitted.”

⁷⁴ *United States v. American Can Co.*, 230 F. 859, 901-02 (D. Md. 1916), appeal dismissed, 256 U.S. 706 (1921). “Illegitimate attempts were effectively prevented, the occasion on which it would become necessary to deal with size and power otherwise brought about would be so few and so long postponed that it might never be necessary to deal with them at all”.

⁷⁵ *United States v. ALCOA*, 148 F. 2d 416 (2d Cir. 1945),.

⁷⁶ *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 US 398, 407 (2004).

⁷⁷ *Berkey photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 603 F.2d 263, 297 (2d Cir. 1979).

⁷⁸ BLOCH, R. E., KAMANN, H.G., BROWN, J.S., SCHMIDT, J.P., “A Comparative Analysis of Article 82 and Section 2 of the Sherman Act”, *Business Law International*, vol. 7, n° 2, 2006, págs. 136-183, pág. 146.

“'[t]he mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free-market system. The opportunity to charge monopoly prices – at least for a short period – is what attracts 'business acumen' in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth”.

La diferente aproximación europea y norteamericana a algunas cuestiones, como por ejemplo, de la inexistencia de un Derecho de la competencia regulatorio, no estando autorizado el gobierno para fijar precios o producción máximos, control de entrada o salida o determinación de condiciones de contratación⁷⁹ se explica, por algunos autores, desde una perspectiva histórica: en los EEUU no han lidiado con los problemas derivados de la privatización de sectores públicos, situación que sí se ha producido en Europa.

En Europa, la transformación de los monopolios públicos en empresas privadas produjo desajustes económicos, como la ausencia o limitación de la competencia en mercados en los que anteriormente sólo operaba la empresa pública. Así, se produjo una perpetuación de la situación monopolística en el mercado –o un operador dominante-, pero esta vez, de titularidad privada, habiendo alcanzado tal posición privilegiada en gran parte por los avatares legislativos y no debido a su eficiencia económica. A este escenario monopolístico privado contribuye

⁷⁹ FOX, E. M., “Abuse of a dominant position under the Treaty of Rome-a comparison with US Law”, op.cit, pág. 370.

también el “reducido tamaño de los mercados nacionales y de la intervención estatal”⁸⁰ a través de misma concesión de monopolios.

En EEUU, en cambio, la perspectiva desde la que trata la cuestión de las empresas dominantes es distinta. Su Derecho presume que la empresa que alcanza la posición de dominio lo hace a raíz de un comportamiento talentoso, eficiente y motivada por una política de inversiones en I+D, que son las responsables de estas posiciones privilegiadas en la Economía. En consecuencia, su Derecho *antitrust* se basa en la prohibición de los acuerdos restrictivos y los intentos de monopolización y no sancionan la posibilidad de extraer beneficios derivados de una situación a la que ha conducido un comportamiento porque entienden, estarían enviando un mensaje con incentivos equivocados⁸¹.

En contrapartida, en Europa se temía que, aun siendo un empresario de talento y eficiente, difícilmente se pudiera sobrevivir a la competencia con estas empresas ya asentadas y dominantes ⁸² . Históricamente se habían levantado importantes barreras de entrada que impedían que pudiera producirse una verdadera competencia basada en los méritos en ciertos sectores. En éstos existirán importantes posiciones de dominio que podían degenerar en abusos, que hay que perseguir.

⁸⁰ ALFARO ÁGUILA REAL, J., “Delimitación de la posición de dominio” en AAVV., *El abuso de la posición de dominio*, dir. Martínez Lage, S. y Petitbò Juan, A., Marcial Pons, Madrid, 2006, pág.206.

⁸¹ CHONÉ, A. S., *Les abus de domination. Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, *op.cit.*, pág. 74.

⁸² ALFARO ÁGUILA REAL, J., “Delimitación de la posición de dominio”, *op.cit.*, pág. 207.

1.3.2. Derecho regulatorio

No obstante, como se defenderá a lo largo del trabajo, la visión casi contrapuesta que se defendía en sendos sistemas de Derecho de la competencia ha sido matizada de forma notable y la categoría europea de precios excesivos por explotación se ha visto *de facto* condenada, relegada y recluida en un nivel teórico siendo, rara vez, aplicada incluso en Europa dados los procesos de convergencia legislativa. Por su parte, en Norteamérica se puede apreciar la existencia de un cierto control de los precios, aunque a través de otras herramientas. En este sentido, las diferencias apuntadas por la doctrina entre el derecho USA y el Europeo son más prejuicios que hechos⁸³.

Así, en USA sí existe un cierto control de los precios en algunos mercados. No obstante, no se lleva a cabo a través del Derecho de la competencia, sino a través de regulaciones específicas de los mismos. Por lo tanto, la teoría del *laissez faire* basada en la premisa de que los mercados se auto-regulan y corrigen a sí mismos y el Estado no debe intervenir en ellos está limitada en un número de situaciones en las que este principio se trunca a través de una regulación⁸⁴.

El legislador norteamericano no ha hecho una completa dejación de vigilancia en cuestión de precios en todos los sectores, sino que ha preferido mantener este tipo de cuestiones en el ámbito de la regulación en

⁸³ TERHECHTE, J. P., “Excessive pricing and the goals of competition Law: an enforcement perspective-comment on Ackermann” en AAVV., *The Goals of Competition Law*, Ed. Zimmer, D., Edward Elgar, Cheltenham, 2012, 371-378, pág. 373.

⁸⁴ ACKERMANN, T., “Excessive pricing and the goals of competition law” en AAVV., *The Goals of Competition Law*, Ed. Zimmer, D., Edward Elgar, Cheltenham, 2012, págs. 349-370, pág. 352. TERHECHTE, J. P., “Excessive pricing and the goals of competition Law: an enforcement perspective-comment on Ackermann”, *op.cit.*, pág. 372.

lugar de lidiar con el tema desde una rama distinta del ordenamiento jurídico.

Si bien la idea de no limitar a las empresas se encuentra en coherencia con la de la libertad de empresa que alcanzó su momento de auge justo antes de la publicación de la *Sherman Act*, ésta no es la única normativa que se impulsó en esa época.

A la vez que se promulgaba la *Sherman Act*, se introducía en USA la regulación de las tarifas de tren a través de la *Interstate Commerce Commission* (ICC). Pronto, la ICC obtuvo el poder suficiente como para poder regular precios y tarifas en una amplia gama de sectores como las telecomunicaciones, las aerolíneas, el gas natural, los bancos, etc⁸⁵.

La situación que posibilitó tal avance en este sentido fue la creación de agencias cuasi judiciales con poderes discrecionales cuyas decisiones y margen de discrecionalidad se respetaba por los tribunales⁸⁶. Ésta, en opinión de algunos autores, es la razón por la que el Derecho *antitrust* no cuenta con la característica que facilita la supervisión efectiva de precios. Por este motivo, *antitrust* y regulación se han mantenido como dos mundos separados, resultando en que la vigilancia de los precios excesivos se lleve a cabo exclusivamente de la mano de la regulación. Por lo tanto, dos son los motivos que ocasionan que en USA no se vigilen los

⁸⁵ ACKERMANN, T., “*Excessive pricing and the goals of competition law*” en AAVV., *The Goals of Competition Law*, Ed. Zimmer, D., Edward Elgar, Cheltenham, 2012, págs. 349-370, pág. 352.

⁸⁶ Discrecionalidad que obtenían gracias a una descripción ciertamente vaga de sus funciones, como el requerimiento de que los precios fueran “just and reasonable” y que no existiera “undue discrimination”.

precios a través del Derecho de la competencia: el contexto con respecto a la regulación y la idea de libertad de empresa⁸⁷.

2. EL DERECHO COMUNITARIO HISTÓRICO

Las reglas de competencia actuales recogidas en el TFUE están indudablemente inspiradas en aquéllas redactadas para el Tratado de París, de corte más intervencionista que sus herederos. Una de las preocupaciones centrales de las partes contratantes era el mantenimiento de los precios más reducidos posibles para dos productos clave en el mercado europeo: el carbón y el acero. Ahora bien, evidentemente esta política no debía llevar aparejado el aumento de los precios fijados por las empresas en otras transacciones, sino que debería permitir una amortización adecuada y proveer posibilidades razonables de remuneración del capital invertido⁸⁸.

Por lo tanto, la idea de equidad en materia de precios parecía estar presente desde los inicios de la Comunidad y se ha ido trasladando posteriormente a subsiguientes tratados, a saber al Tratado de la Comunidad Económica Europea en 1957 (Tratado de Roma), al Tratado CE y a las posteriores modificaciones del mismo, aunque con ciertos matices que a continuación se presentarán.

El informe Spaak, que a continuación analizamos, aporta alguna luz en torno a esta preocupación.

⁸⁷ ACKERMANN, T., “Excessive pricing and the goals of competition law”, *op.cit.*, págs. 351-353.

⁸⁸ Art. 3 del Tratado de París.

2.1. INFORME SPAAK

Durante la Conferencia de Mesina (1955), los seis miembros fundadores de la, por entonces, Comunidad Económica del Carbón y del Acero consideraron que el establecimiento de un mercado común requería el estudio de ciertas materias, entre ellas, las relativas a las cuestiones de competencia, específicamente las dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación basada en la nacionalidad.

A los efectos de llevar a cabo un estudio previo de viabilidad y con el objetivo de que se redactara una proposición de borrador, nombraron los miembros fundadores a Paul-Henri Spaak⁸⁹. En el informe presentado por éste, conocido con el nombre de Informe Spaak⁹⁰, se inspiraron los miembros fundadores para la elaboración del Tratado de Roma (1957).

Ya en los registros que se conservan de las reuniones dirigidas a la redacción del futuro Tratado, se puso de manifiesto que uno de los objetivos de la creación del mercado único era la consecución del tamaño óptimo de las empresas para producir bienes de forma eficiente. En el informe se dejaba claro que se necesitaba una Comunidad europea que mantuviera una posición internacional comercial tal que le permitiera competir con EEUU y Asia (la creación de *national champions* europeos). Con este brevísimo resumen, se pretende ilustrar que, en la etapa inicial, el

⁸⁹ Paul Henri Spaak nació el 25 de enero de 1899 en Bélgica en una familia polítizada. Su abuelo, Paul Janson fue un conocido miembro del partido liberal y su madre, Marie Janson, miembro del partido socialista, formando, eventualmente parte del Senado belga. Asimismo, su tío fue nombrado a finales de 1930 Primer Ministro de Bélgica, ocupando la titularidad del ministerio del exterior en exilio durante la WWII.

En 1955 participó en la Conferencia de Messina, en la que se debía instaurar un mercado Europeo unitario.

⁹⁰ The Brussels Report on the General Common Market (Spaak Report), 1956.

principal interés en la configuración del Tratado se refería a la eficiencia productiva.

Así, el informe Spaak supuso uno de los primeros pasos en el desarrollo de los tratados comunitarios posteriores. En él, los líderes de las distintas delegaciones de los Estados fundadores, dirigidos por el propio Spaak, prepararon un informe con un programa que se recomendaría a los gobiernos de los EM de forma unánime. Retrospectivamente se puede afirmar que este informe supuso el trabajo preparatorio más relevante de aquéllos en los que se basa el Tratado de Roma.

Los precursores del Tratado eran conscientes de que no todos los problemas de la Comunidad se iban a poder solucionar con un tratado. Muchos sectores industriales tenían una base nacional, que no permitía obtener el tamaño óptimo para alcanzar el nivel deseado de riqueza de no ser que tuvieran una cuota monopolística en el mercado nacional. Y, vistas las dificultades que el escenario planteaba para resolver tal problema, los fundadores centraron sus preocupaciones en mejorar la eficiencia productiva, es decir, evitar la vida del *monopolista tranquilo* que producía a precios elevados y con bajos salarios. En este sentido, el fin de evitar los monopolios no residía en la sanción de los beneficios elevados, porque, en realidad, los costes de un monopolista que no compite se tornan, a su vez, elevados también. Así pues, se puede concluir que la preocupación central era la ineficiencia productiva y no la ineficiencia distributiva.

La necesidad de libre competencia en el nuevo mercado al que se referían los seis estados fundadores en la Declaración de Messina no parece albergar ninguna duda y se encuentra presente en el informe. No obstante, el detalle de la regulación del Tratado en materia de defensa de la competencia fue objeto de arduo debate y negociación entre los Estados

involucrados, en especial, entre Alemania y Francia. Este último, secundó un sistema de autorizaciones, en el cual todos los acuerdos que restringieran la competencia serían automáticamente nulos de no recibir una autorización, mientras que los alemanes preferían un sistema de “control del abuso”, en el cual un acuerdo que contuviera restricciones a la competencia sería válido mientras no hubiera una decisión contra él⁹¹.

En la primera versión redactada del Tratado, muy similar al informe Spaak, se prohibía la mera posesión de una posición de dominio en lugar del abuso de la misma. No obstante, tal provisión terminó por descartarse. En las negociaciones, la representación alemana sugería que se diera un tratamiento distinto a los cárteles y a las posiciones de dominio. La delegación francesa, en cambio, abogó por que ambas prohibiciones se sustentaran en el mismo fundamento. Así, la propuesta francesa era la de considerar incompatibles con el mercado interior los cárteles, monopolios y prácticas abusivas que tuvieran el objeto de restringir la competencia o pudieran tener tal resultado. En cambio, la delegación alemana sugirió que no se debería adoptar ninguna prohibición absoluta de los monopolios y los oligopolios, sino que debería controlarse el abuso de tal posición. Sostenía la delegación alemana que éstos no estaban necesariamente reñidos con la competencia y que, por lo tanto, no había que eliminar los monopolios, sino sólo los abusos a los que ciertos monopolios podían conducir.

Fueron los franceses, en cambio, quienes requirieron una prohibición de las posiciones de dominio al estilo de la que se proponía para los cárteles. La delegación alemana, por otra parte, entendía que los

⁹¹GOYDER, J., ALBORS LLORENS, A., *Goyder's EC Competition Law*, Oxford, 2009, págs. 32 y 35.

abusos de posición de dominio se tenían que tratar igual, independientemente de cómo se hubiera obtenido la misma y que era distinguible un cártel de una posición de dominio, pues los primeros tienen la aptitud de restringir o falsear la competencia y deben estar prohibidos. En el caso de los monopolios, cuanto mayor es la posición de dominio, menor es la competencia que puede distorsionarse o eliminarse. Por lo tanto, en los monopolios, no es la distorsión de la competencia lo que debe perseguirse, sino el abuso del poder en el mercado.

Asimismo, se debe subrayar que en el borrador no se pretendía prohibir las prácticas por las que los competidores quedan excluidos del mercado, es decir, los abusos por exclusión. Éstos no estaban cubiertos inicialmente por la prohibición de los abusos de posición de dominio y sólo podrían ser sancionados cuando constituyesen casos de competencia desleal, materia que se regularía en un apartado distinto del Tratado. En este sentido, los autores del borrador eran muy conscientes de la diferencia entre proteger la competencia y a los competidores⁹².

2.2. TRATADO DE PARÍS O TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD EUROPEA DEL CARBÓN Y DEL ACERO (1951) Y TRATADO DE ROMA O TRATADO DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA (1957)

2.2.1. Notas introductorias

Sin duda, la política de Competencia ha sido un aspecto que ha jugado un papel esencial en la fundación y posterior desarrollo de la Unión

⁹² AKMAN, P., *The concept of abuse in EU Competition Law. Law and economic approaches*, Hart Publishing, Oxford, 2012, págs. 74 ss.

Europea⁹³, dejando inicialmente claro que el objetivo fundamental de la competencia es la integración del mercado, fin que inicialmente tuvo preferencia sobre el resto de objetivos⁹⁴.

Es cierto, no obstante, que en la negociación para la redacción del Tratado de Roma, los Estados contaban con la inspiración que les proporcionaban los arts. 65 y 66 del Tratado de París. Sin embargo, el contexto, el momento, y los sectores a los que se aplicó el mismo –carbón y acero- no podía extrapolarse acriticamente a la regulación del resto de los mercados de la Economía europea⁹⁵.

El art. 66 del Tratado de la CECA y 86 del TCEE presentan ciertas similitudes –como el objeto-, aunque se pueden observar importantes diferencias⁹⁶. El art. 66 CECA llevaba a cabo, aunque no sólo, un control *apriorístico* de la adquisición de la posición de dominio⁹⁷, mientras que el

⁹³ PAPADOPOULOS, A. S., *The international dimension of EU competition law and policy*, op.cit, pág. 160, FOX, E. M., “Abuse of a dominant position under the Treaty of Rome-a comparison with US Law”, op.cit, pág. 371. La autora sostiene que el derecho de la Competencia en Europea se utilizó fundamentalmente en sus orígenes como una forma de integrar el Mercado único y las economías de los estados miembros y sólo de forma secundaria se buscó el derecho de la competencia para reforzar la economía y auxiliary a los consumidores dentro de la comunidad.

⁹⁴ AKMAN, P., *The concept of abuse in EU Competition Law. Law and economic approaches*, op.cit., pág. 53. No obstante, la autora se pregunta en qué medida esto sigue siendo el fin primordial y directo del derecho de la competencia una vez ya se ha alcanzado.

Sin embargo, esta afirmación ha ido variando con el paso del tiempo hasta convertirse el bienestar del consumidor en fin principal de la política de competencia para volver a ser, posteriormente, exclusivamente uno de los objetivos perseguidos. DASKALOVA, V., “Consumer welfare in EU Competition Law: what is it (not about)?”, *The competition law review*, vol. 11, n.º. 6, págs. 133-162.

⁹⁵ GOYDER, J., ALBORS LLORENS, A., *Goyder’s EC Competition Law*, op.cit p’sg, 34.

⁹⁶ PELLISÉ CAPELL, J., *La “explotación abusiva” de una posición dominante (arts. 82 TCE y 6 LEDC)*, op.cit, pág.91.

⁹⁷ El apartado 7 del Art. 66 “Si la Comisión reconociera que empresas públicas o privadas, que tienen o adquieren, de hecho o de derecho, en el mercado de uno de los productos de su competencia, una posición dominante que las sustrae a una competencia

Tratado de la CE instauró el control *a posteriori* de la naturaleza abusiva de los comportamientos de las empresas dominantes⁹⁸. Asimismo, el art. 66 definía de forma más extensa tanto la posición de dominio como el abuso⁹⁹. Y, en último lugar, trataba de forma más severa este último.

La reforma del contenido del artículo relativo a la prohibición del abuso representa una evolución de la legislación en un sentido más laxo debido a distintas circunstancias históricas, políticas y económicas y las necesidades de cada momento. El Tratado de París se redactó profundamente influido por la doctrina *Alcoa* estadounidense y el contexto *cartelizado* de la economía europea, con una tradición extensa en este tipo de conductas.

En cambio, en el momento de redacción del TCEE, Europa se encontraba en un momento histórico, que tenía unas necesidades distintas. En plena Guerra Fría se requerían empresas fuertes y grandes, acordes con el Mercado que estaba fraguándose para poder hacer frente a la competencia internacional¹⁰⁰. Así, el precepto relativo a los abusos de posición de dominio elaborado en aquella época se utilizó como instrumento para desarrollar un mercado único y para promover la

efectiva en una parte importante del mercado común, utilizan tal posición para fines contrarios a los objetivos del presente Tratado, les dirigirá cuantas recomendaciones fueren apropiadas para conseguir que dicha posición no sea utilizada para estos fines. De no aplicarse satisfactoriamente, en un plazo razonable, dichas recomendaciones, la Comisión, por medio de decisiones tomadas consultando al Gobierno interesado, fijará los precios y condiciones de venta que deberá aplicar la empresa de que se trate, o establecerá programas de fabricación o programas de entrega que esta última deberá ejecutar, so pena de las sanciones previstas, respectivamente, en los artículos 58, 59 y 64”.

⁹⁸ CHONÉ, A. S., *Les abus de domination*, op.cit., pág. 27.

⁹⁹ Una de las razones de escoger el término “dominio” en lugar del término “monopolización” se debe a la influencia que tuvo la legislación de competencia alemana en la redacción del tratado.

¹⁰⁰ PELLISÉ CAPELL, J., *La “explotación abusiva” de una posición dominante (arts. 82 TCE y 6 LEDC)*, op.cit, págs. 90-96. GAL, M., “Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: two systems of belief about monopoly?”, op.cit, págs. 361 y 362.

integración económica de Europa¹⁰¹, circunstancia imprescindible para la unificación política, social y económica de la Unión que se estaba gestando¹⁰². Asimismo, se había sufrido una época, tras la Segunda Guerra Mundial (WWII), de alta inflación y se pretendía mantener los precios de los productos bajos¹⁰³.

Todos estos indicios y datos históricos llevan a que algunas organizaciones internacionales y un sector de la doctrina afirme que el artículo estaba inicialmente dirigido a los precios excesivos con objetivo de explotar a los consumidores y clientes y no a aquéllos que pretendían la exclusión del mercado de competidores¹⁰⁴.

2.2.2. Objetivos del Derecho de la competencia europeo: la creación del mercado interno, la protección de los competidores y la eficiencia

¹⁰¹ Existen autores que entienden que, para este fin, se escogió la herramienta equivocada. La regulación sobre precios, como tal, no reduce las barreras entre estados, sino más bien al contrario, reduce la velocidad de la tendencia auto correctiva del mercado si los incentivos de entrar en el mercado se reducen. No obstante, se debe interpretar de forma más amplia: en un desarrollo de las actividades económicas de forma armoniosa de forma que se reducen las disparidades de precios entre los consumidores de la nueva unión. Lo que se persigue es una integración a través de una creación artificial de condiciones similares en los estados (no obstante, a pesar de ser una razón sugerida, no parece convencer mucho al autor porque no se hace diferencia entre los productos que se proveen en la UE y los que se hacen a consumidores de fuera). GAL, M., “Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: two systems of belief about monopoly?”, *op.cit*, pág 362.

¹⁰² JOLIET, R., *Monopolization and abuse of dominant position. A comparative study of the American and European approaches to the control of economic power*, *op. cit.*, p’sg. 9. PALACIOS LLERAS, A., “The Uneasy Case for Enforcing Competition Law Provisions Related with Excessive and Unfair Prices in Developing Countries”, *op.cit*, pág. 462. KAUPER, T.E., “Article 86, excessive prices, and refusals to deal”, *op.cit*, pág. 159.

¹⁰³ GAL, M., “Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: two systems of belief about monopoly”, *op.cit*, pág 361.

¹⁰⁴ OCDE, Directorate for financial and enterprise affairs competition committee, Working Party No. 2 on Competition and Regulation, “Excessive prices”, 2011, pág. 3. PEEPERKORN, L., “Price discrimination and exploitation”, *op.cit*, pág. 612.

Conviene, en primer lugar, dejar claro que ninguno de los Tratados ha especificado los objetivos o fines del Derecho de la competencia europeo. Así, pese a que los tratados se refieran a objetivos generales, éstos no suelen ser operativos en la aplicación del Derecho¹⁰⁵. Asimismo, es igualmente una cuestión importante dejar claro que es posible que el Derecho de la competencia busque dar satisfacción a una pluralidad de fines, que se complementan entre sí.

Uno de los objetivos iniciales más importantes del Derecho comunitario de la competencia fue originariamente, y aún es hoy en día, la integración económica de la Unión¹⁰⁶, a través de la promoción del mercado interno¹⁰⁷. El deseo originario de los padres de la UE era fundar unos *Estados Unidos de Europa*, una entidad federal de naturaleza similar a los EEUU. No obstante, y como políticamente este objetivo fue inalcanzable, en lugar de una entidad federal al estilo norteamericano, la CE se orientó a crear un mercado interno en el cual los factores de producción se pudieran mover entre fronteras sin obstáculos.

El deseo plasmado en los Tratados era el de evitar o restringir el poder de los operadores del mercado que pudieran minar la vigencia de estas reglas a través de prácticas con las que se instauraran de nuevo las barreras nacionales. Así, la política de competencia de la Comunidad Europea fue creada precisamente para prevenir estos comportamientos e

¹⁰⁵ PARRET, L., “The multiple personalities of EU competition law: time for a comprehensive debate on its objectives” en AAVV., *The Goals of Competition Law*, ed. D. Zimmer, Edward Elgar, Cheltenham, 2012, págs. 67-84, pág. 63.

¹⁰⁶ *Ibidem*, pág. 65. La autora sostiene que el sistema de competencia es complementario de las cuatro libertades de la Unión.

¹⁰⁷ KORAH, V., *An introductory guide to EC competition law and practice*, op.cit, pág. 13.

integrar a los sectores empresariales de los EM ¹⁰⁸, compuestos principalmente de empresas de reducido tamaño, claramente sub-óptimo y con importantes barreras de entrada entre ellos ¹⁰⁹. Se pretendía, en consecuencia, conseguir una integración económica a través del crecimiento de las empresas de base nacional y, para ello, debían ser más tolerantes con las posiciones de dominio, por lo que tan sólo se persiguieron las desviaciones de tal poder ¹¹⁰.

Asimismo, la doctrina parece coincidir en otro objetivo protegido por el Derecho de la competencia europeo. Se sugiere que la política de competencia de la UE se utilizó originariamente también para proteger a la competencia y a los competidores a través de la promoción de justicia y libertad de los operadores económicos en el mercado buscando asegurar que los recursos se distribuyeran no sobre la base de favoritismo o prejuicio, sino a través de las fuerzas del Mercado ¹¹¹.

En la génesis del Tratado se puso de relieve cuáles eran los factores, distintos de la eficiencia, por los que se quería velar: política social, *fair competition*, la protección de las pequeñas y medianas empresas, la paz y la libertad ¹¹². Así, en muchas ocasiones se ha

¹⁰⁸ HINDS, A.L., *Essential Law Texts. Competition Law*, Thomson Round Hall, 2006, pág. 6 y 7.

¹⁰⁹ KAUPER, T.E., “Article 86, excessive prices, and refusals to deal”, op.cit, p’sg. 159.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ HINDS, A.L., *Essential Law Texts. Competition Law*, op.cit, pág. 7. Aunque otros autores, como MAIER-RIGAUD, F., “On the normative foundations of competition law – efficiency, political freedom and the freedom to compete” en AAVV., *The Goals of Competition Law*, ed. D. Zimmer, Edward Elgar, Cheltenham, 2012, págs.132-169, parecen poder atribuir estos fines también a los liberales.

¹¹² KORAH, V., *An introductory guide to EC competition law and practice*, op.cit., pág. 103. RODGER, B., MACCULLOCH, A., *Competition Law and policy in the EC and UK*, pág. 18, 19. FORRESTER, I.S., “Article 82: remedies in search of theories”, *Fordham International Law Review*, vol. 28, 2004-2005, págs. 919-951. El autor sugiere

interpretado que en la fundación de la Comunidad Europea han tenido una fuerte influencia las corrientes *ordoliberales*¹¹³, que entendían el libre mercado como un ingrediente necesario para una sociedad democrática, aunque no suficiente en sí mismo. Atribuían los fallos políticos de la República de Weimar y el Régimen Nacional socialista al fracaso del sistema jurídico para controlar y, en caso necesario, dispersar o disipar el poder económico¹¹⁴. Defendían una constitución económica que constriñese el poder de las empresas sin tampoco conceder al gobierno facultades ilimitadas¹¹⁵ porque la competencia necesita un marco que permita competir a las empresas, que sólo existe en un escenario sin poder de mercado.

Esta corriente parece asumir que la presencia de dominio de alguna forma ya debilita el proceso competitivo reduciendo la libertad económica de las otras empresas y operando en detrimento de los consumidores¹¹⁶.

no obstante que actualmente se está orientando hacia fines de política industrial y no hacia fines de competencia puros.

¹¹³ Véase, en este sentido, HERRERA ANCHUSTEGUI, I., “Competition Law through an Ordoliberal Lens”, *Oslo Law Review*, 2015, Issue 2, 139-174, pág. 140 y 144. LOVDAHL GORMSEN, L., “The conflict between economic freedom and consumer welfare in the modernisation of article 82 EC”, *European Competition Journal*, vol. 3, n° 2, 2007, págs. 329-344, pág. 336. La autora, citando a LOWE, sostiene que la jurisprudencia europea se ha inspirado en los postulados ordoliberales en sus sentencias.

¹¹⁴ MAIER-RIGAUD, F., “On the normative foundations of competition law – efficiency, political freedom and the freedom to compete” en AAVV., *The Goals of Competition Law*, ed. D. Zimmer, Edward Elgar, Cheltenham, 2012, págs.132-169, pág. 136 ss. El objetivo de la política de competencia ordoliberal es alcanzar una sociedad libre. Este fin se alcanza de la mano de la eliminación sistemática de las concentraciones de poder económico privado. LOVDAHL GORMSEN, L., “The conflict between economic freedom and consumer welfare in the modernisation of article 82 EC”, *European Competition Journal*, vol. 3, n° 2, 2007, págs. 329-344, pág. 332. Las grandes concentraciones de poder llevaron al abandono de los principios democráticos.

¹¹⁵ KORAH, V., *An introductory guide to EC competition law and practice*, op.cit, pág. 104.

¹¹⁶ COMPETITION LAW FORUM'S ARTICLE 82 REVIEW GROUP, “The reform of article 82: comments on the DG-Competition discussion paper on the application of

En consecuencia, se pone especial atención a la aplicación de la política de competencia con la intención de asegurar que la empresa dominante no debilite más aún la competencia residual que pueda existir en el mercado¹¹⁷.

Las asunciones básicas del pensamiento *ordoliberal* se pueden sintetizar en cuatro ideas centrales. En primer lugar, la política de competencia está principalmente orientada hacia el objetivo de la libertad individual considerando la eficiencia como mero efecto colateral o indirecto. Asimismo, se asume que el mercado no generará por sí mismo ni mantendrá un marco de reglas que asegure su buen funcionamiento. Por lo tanto, la manera de preservar la libertad económica es adoptar reglas básicas claras cuyo objetivo esté particularmente dirigido a proveer y mantener un marco legal apto para el orden de mercado. En segundo lugar, se sostiene que el Estado posee un papel clave en la protección de los parámetros básicos del sistema de competencia, pero con límites estrictos sobre una intervención más directa, ya que se piensa que se deben evitar políticas que busquen aportar un resultado: la consecución de una sociedad libre y democrática a través de la dispersión del poder en el mercado. En tercer lugar, la política de competencia se ha moldeado a través de la *rule of law* o el Imperio de la Ley y no a través de una toma de decisiones políticas *ad hoc*. Y, por último, la política de competencia debe ser integrada en el orden económico de una sociedad libre y abierta¹¹⁸.

Ahora bien, el art. 102 TFUE no expresa ninguna prohibición de estructuras no competitivas o conductas que conduzcan a obtener una

article 82 to exclusionary abuses”, *European Competition Journal*, vol. 1. N° 1, 2006, pág. 180.

¹¹⁷ *Ibidem*, pág. 181.

¹¹⁸ *Ibidem*.

posición de dominio en el mercado. Lo que, en cambio, se prohíbe son conductas restrictivas de una empresa dominante que dañan a aquéllos con los que tal empresa se relaciona. No obstante, es necesario recordar que el tenor literal del art. 102 TFUE ha sido parcialmente superado y rebasado por la doctrina y jurisprudencia, de forma que se han acabado englobando dentro de la prohibición de abuso de posición de dominio conductas tendentes a la obtención y consolidación de tal posición a través de la restricción, aunque sea leve, de la competencia en el mercado¹¹⁹.

Vistos los datos ofrecidos hasta el momento respecto al posicionamiento *ordoliberal* en atención a la importancia de las estructuras de mercado, la relevancia de la existencia de participantes en el mercado, etc. se hace necesario plantear la cuestión de si un artículo donde no se persigue la posesión de la posición de dominio, sino el abuso de la misma, puede ser efectivamente fruto de estos postulados ideológicos. Así, consideramos necesario que se ponga a prueba el axioma de la inspiración *ordoliberal* del precepto, teniendo en cuenta que la escuela de Friburgo no busca de forma prioritaria ni la eficiencia ni el bienestar del consumidor, sino que estos fines se alcanzan como resultado de la búsqueda de la libertad económica¹²⁰.

¹¹⁹ KORAH, V., *An introductory guide to EC competition law and practice*, op.cit, pág. 81.

¹²⁰ Esta interpretación del precepto y de su génesis se ha mantenido durante muchos años pese a que los *travaux préparatoires* estaban disponibles desde los años 80 en una política de transparencia. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina se había basado en las interpretaciones hechas de GERBER, D.J., *Law and competition in the twentieth century Europe protecting Prometheus*, Oxford Publishing, 1998, pág. 264. Y a partir de ese momento, el resto de los académicos han adoptado esta idea. GORMSEN, L., “Article 82 EC: Where are we coming from and where are we going to”, *The Competition Law Review*, vol 2, 2005, págs. 5-25, págs. 5 y 10. LOWE, P., “Consumer Welfare and efficiency- New Guiding Principles of Competition Policy?”, Munich, Germany 13th International Conference on Competition and 14th European Competition Day, págs. 1-9, ROUSSEVA. E., “Modernizing by eradicating: How the Commission’s new approach to

En los últimos años, parece que ha cobrado fuerza una interpretación del artículo 102 TFUE y los anteriores Tratados, que defiende que el fin del Derecho de la competencia es, y ha sido, principalmente la eficiencia económica, idea que ha cobrado renacida relevancia desde la adopción de la tendencia relativa a la aproximación más económica, quizás como un intento de defender la misma de las críticas acérrimas en torno a su coherencia con los fines perseguidos por el Derecho de la competencia europeo.

Así, es necesario cuestionarse si la eficiencia ha sido un objetivo o fin añadido sólo recientemente o se encontraba desde el inicio de la formulación del Derecho de la competencia. La eficiencia puede entenderse en muchos sentidos, entre ellos, la eficiencia productiva (la eficiencia de las empresas de forma que se asegure que la misma explota los recursos con los mejores resultados) y eficiencia distributiva (el reparto más eficiente de los recursos). Asimismo, es posible apreciar estos dos tipos de eficiencia desde una perspectiva estática o dinámica, diferencia ésta, que creemos, ha adquirido cierta relevancia en la última ola de modernización del Derecho de la competencia. Por otra parte, es necesario también ser consciente de que existe una tensión entre eficiencia distributiva y bienestar del consumidor que debe ser resuelto¹²¹.

2.2.3. Interpretación del artículo 102 TFUE a la luz de la publicación de los trabajos preparatorios

article 81 EC Dispenses with the need to apply article 82 EC to vertical restraints”, *Common Market Law Review*, n. 42, 2005, págs. 587-638, págs. 587, 590 y 591.

¹²¹ PARRET, L., “The multiple personalities of EU competition law: time for a comprehensive debate on its objectives”, *op.cit.*, págs. 67-84.

No obstante todo lo anterior, en los últimos estudios políticos de los registros de negociación de los Tratados, como se ha ido señalando, parece más probable la voluntad de incorporar reglas que generasen un sistema competitivo provenga de los franceses y no de los *ordoliberales* alemanes¹²² como se ha sostenido durante largos años.

Los *ordoliberales* alemanes parecían ser una corriente relativamente minoritaria dentro del pensamiento alemán que aparentemente no fue capaz de imponerse tampoco en su país, como más tarde se pondrá de relieve, en la configuración de su propia política de competencia nacional¹²³.

Finalmente, el problema central de la producción jurídica, la cuestión de la plasmación legal de las reglas de la competencia se resolvió, como suele suceder habitualmente, por cuestiones transaccionales políticas y no en virtud de estrictas razones técnicas.

Jean Monnet tenía la opinión de que era necesario introducir este tipo de normas en los tratados para obtener un grado superior de integración de la Comunidad. La figura política de Monnet fue capaz de entender que para convencer a los franceses de ingresar en la Comunidad era necesario garantizar que Alemania no pudiera conseguir demasiado poder dentro de las estructuras de ésta. A cambio, deberían hacerse asimismo ciertas concesiones para atraer a Alemania a la Unión.

Por su parte, el ministro Schuman plateaba unir los recursos alemanes y franceses de carbón y acero bajo el gobierno de una única autoridad. Así, se proponía un cambio drástico de la política defensiva

¹²² AKMAN, P., *The concept of abuse in EU Competition Law. Law and economic approaches*, op.cit, pág. 71.

¹²³ MAIER-RIGAUD, F., “On the normative foundations of competition law – efficiency, political freedom and the freedom to compete”, op.cit., pág. 137 ss.

francesa respecto de Alemania. Con ello, parecía claro que no se podía evitar el crecimiento económico de Alemania y tratar de evitarlo producía un debilitamiento de la posición negociadora de Francia.

La solución de compromiso permitió que el Estado francés, con esta unión, no sintiera que su posición se había debilitado en comparación con el potencial industrial alemán (de hecho, los franceses eran los más acérrimos defensores de la descartelización y desconcentración alemana, abogando por un artículo cercano a la prohibición de monopolios). En cambio, Alemania había conseguido la introducción de una noción muy vaga de “abuso”, lo que le permitía no restringir demasiado sus empresas¹²⁴ centrándose en el control exclusivo del mismo.

En cualquier caso, lo que se puede concluir de estos procesos negociadores y el deseo de Francia de *descartelizar* y controlar las posiciones de dominio es que las sugerencias normativas francesas no se originan tampoco por una tradición de Derecho de la competencia en Francia, sino que más bien se derivan de una necesidad de asegurar el control del Ruhr, una vez que los americanos se hubieran marchado. Igualmente, las propuestas alemanas tampoco parecen responder a una política de competencia supranacional, sino que lo que parecían buscaban era la reconcentración de su industria con el objetivo de obtener un rápido crecimiento y salida de la crisis en la que estaba inmersos tras la Segunda Guerra Mundial. Por estos motivos, se afirma que las sugerencias de competencia cercanas al *ordoliberalismo* difícilmente pudieron haber surgido de ellos.

¹²⁴ AKMAN, P., *The concept of abuse in EU Competition Law. Law and economic approaches*, op.cit, pág. 70.

De hecho, la prueba más relevante de que el tratado de la CECA probablemente tuviera una escasa influencia *ordoliberal* reside en que en la versión alemana del borrador de la CECA se subraya que la función principal debe ser la de promover la eficiencia¹²⁵. Así, de acuerdo con estos autores, no se prohibió la posición de dominio porque los fundadores estaban centrados en alcanzar la eficiencia. En cambio, si para los *ordoliberales* la eficiencia está exclusivamente derivada o es resultado de la competencia, para los redactores del Tratado ésta era un objetivo central en sí misma. Quienes redactaron el primer Tratado, evidentemente, tuvieron la oportunidad de prohibir directamente las posiciones de dominio, propuesta clave de la delegación francesa y, sin embargo, la rechazaron.

En cualquier caso, y en lo que respecta a los precios excesivos, parece que la introducción del escenario de precios no equitativos no provino ni de la delegación francesa ni de la alemana, sino que fue introducida por los holandeses en su propuesta de 15 de noviembre de 1956¹²⁶.

En conclusión, podemos afirmar que, a día de hoy, los objetivos perseguidos por los fundadores de los tratados es incierta, pese a haber tenido acceso a los informes donde se dejan plasmadas las negociaciones que dieron origen al mismo. Así, no puede defenderse con certeza que los negociadores del tratado tuvieran una idea de competencia fija en mente, sino que más bien parece que es el resultado de soluciones de compromiso

¹²⁵ AKMAN, P., *The concept of abuse in EU Competition Law. Law and economic approaches*, Hart Publishing, Oxford, 2012.

¹²⁶ NAZZINI, R., *The foundations of European Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pág. 130 citando la Conférence intergouvernementale pour le Marché commun et l'Euratom, Secrétariat, Projet de Rédaction sur les règles de concurrence (proposé par la délégation néerlandaise), Bruxelles, le 15 novembre 1956.

político originadas con intereses políticos y económicos nacionales (fundamentalmente alemanes y franceses).

2.2.4. La cuestión de la equidad como fin del Derecho de la competencia

Una de las razones por las que se ha argumentado que los precios excesivos no están incluidos en ciertos sistemas de Derecho de la competencia –y que, quizás, como veremos más adelante, no deberían estarlo en otros- es la idea de que la equidad, como tal, no se encuentra como uno de los objetivos del Derecho de la competencia¹²⁷. En cambio, ésta sí puede ser un fin perseguido por el Derecho regulatorio (como sucede en EEUU).

Por este motivo, existen Estados que, habiendo sacado la cuestión de los precios excesivos de sus legislaciones de competencia, tienen recogida la materia, en cambio, en otras ramas de la legislación. Sin embargo, como hemos apuntado, los objetivos perseguidos por el Derecho de la competencia son múltiples y, en nuestra opinión, cobran distinta intensidad dependiendo de las necesidades históricas, pero también de la precisa prohibición de la que se trate.

En primer lugar, es imprescindible partir de una cuestión cierta: independientemente de cuáles sean los fines del Derecho de la competencia, el artículo 102 TFUE y sus predecesores se refieren literalmente a la proscripción de la imposición de “precios o condiciones no equitativas” o, en inglés “fair”.

¹²⁷ ACKERMANN, T., “Excessive pricing and the goals of competition law” en AAVV., *The Goals of Competition Law*, Ed. Zimmer, D., Edward Elgar, Cheltenham, 2012, págs. 349-370, pág. 350.

La cuestión que planteamos en este apartado se refiere a si, pese a la ausencia de mención del principio de equidad entre en los fines u objetivos del Derecho de la competencia, sería posible, en su caso, considerar tal objetivo como un fin en sí mismo o si lo ha sido alguna vez. Y, en segundo lugar, si este fin entraría en conflicto con el generalmente aceptado en la actualidad dirigida a salvaguardar el bienestar del consumidor a través de la eficiencia.

En este extremo la doctrina está dividida. Existen autores que sostienen que el art. 102 TFUE estaría dirigido a salvaguardar la equidad en el mercado. Este objetivo lo diferenciaría del fin perseguido en la Sección 2 de la *Sherman Act*, que se orienta, esencialmente, hacia la protección al consumidor¹²⁸. Una de las razones que con más énfasis se alegan para defender esta tesis es la terminología usada en el artículo y la repetición de la palabra “equidad” o “no equitativo” con respecto a precios y a condiciones contractuales.

No obstante, otros autores son de la opinión de que esta interpretación del artículo es demasiado simplista y que, en coherencia con la *Sherman Act*, se debe primar en la interpretación del precepto el bienestar del consumidor. Así, se defiende que la interpretación del Derecho de la competencia debe evolucionar paralelamente al conocimiento y la comprensión del funcionamiento la Economía. Estos autores reconocen que, si bien es cierto que la equidad jugó un papel importante en la sección 2 de la *Sherman Act* en el pasado, ya no es el

¹²⁸ HAWK, B.E., *Article 82 and section 2: Abuse and monopolising conduct*, mimeo citado en KROES, N., “Tackling exclusionary practices to avoid exploitation of marker power: some preliminary thoughts on the policy review of article 82”, en *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 2005, págs. 381-392.

caso. Y se defiende que esa misma evolución debe trasladarse al Derecho europeo¹²⁹.

En nuestra opinión, es importante, como se ha subrayado anteriormente, desvincular el fin de la equidad de la función redistributiva de renta. Estamos de acuerdo en que el Derecho de la competencia no es óptimo para llevar a cabo este tipo de función. Sin embargo, entendemos que la prohibición de la explotación no está orientada a tal fin, sino que su función es evitar los abusos perpetrados por aquéllos que poseen una posición de dominio perjudicando, directamente, al consumidor.

Así, el control de las conductas de la empresa dominante en el mercado que dañen directa o indirectamente al consumidor es un fin legítimo del Derecho de la competencia, que no está reñido con el bienestar del consumidor. De hecho, como se estudiará más adelante, sólo en el supuesto de que pueda probarse que el precio no equitativo daña el bienestar del consumidor, será sancionable.

3. EL DERECHO ALEMÁN DE LA COMPETENCIA

Alemania ha pasado por muchas fases en su aproximación al Derecho de la competencia. Desde una política más que concesiva en cuestión de cárteles (aceptándolos como necesarios durante el período de la gran depresión (1870) para poder competir contra las empresas extranjeras, pasando por las grandes cartelizaciones previas, pero sobre todo, tras la Primera Guerra Mundial y en el tiempo en que duró el régimen nacionalsocialista obligando a una política de cartelización

¹²⁹ KROES, N., “Tackling exclusionary practices to avoid exploitation of market power: some preliminary thoughts on the policy review of article 82”, *op.cit.*, pág. 386.

empresarial general¹³⁰), hasta una etapa de sanción de los mismos desde el final de la Segunda Guerra Mundial con la acción del gobierno norteamericano, quien impuso, como uno de los privilegios de guerra atribuidos tras la victoria de los aliados, la obligación de introducir un Derecho de la competencia moderno¹³¹.

Desde su introducción en el GWB en 1958¹³², el precepto sobre posición de dominio no ha cambiado apenas, a excepción de una reforma operada en 2008 con la que se buscaba otorgar más facultades al *Bundeskartellamt* para perseguir los abusos en los precios, en particular en la distribución de alimentación y energía¹³³.

Así, el Derecho alemán, desarrollado con anterioridad al Derecho comunitario –datando el primer reglamento en el ordenamiento jurídico alemán relativo al orden de monopolio de fecha de 2 de noviembre de 1923¹³⁴–, es, quizás, la más fuerte influencia de este último.

¹³⁰ Ley de 15 de julio de 1933.

¹³¹ De hecho, la resistencia de los alemanes a esta nueva política hizo que los EEUU tuvieran que monitorizar la aplicación de las políticas anticartel a las que ya se habían habituado los empresarios y políticos.

¹³² Esta ley es sustancialmente menos ordoliberal que la propuesta que se hizo por el Comité de Josten de 1949 y se modificó en la última de las propuestas precisamente por la fuerza que tenían los empresarios alemanes. Por lo tanto, no se prohibía la mera posición de dominio, como habrían deseado los ordoliberales, sino sólo su abuso. Los americanos pusieron mucho énfasis, además de en la prohibición de los cárteles, en la desconcentración de la industria alemana, pero debido a la Guerra Fría, las necesidades de Alemania fueron en otro sentido. AKMAN, P., *The concept of abuse in EU Competition Law. Law and economic approaches*, op.cit, pág. 64.

Hay quien la califica como una ley anti cartel y no de posición de dominio, que es la parte menos desarrollada. JOLIET, R., *Monopolization and abuse of dominant position. A comparative study of the American and European approaches to the control of economic power*, op.cit, págs. 149.

¹³³ BRINKER, I., HOLZMÜLLER, T., “The 2007 amendments to the German rules against anticompetitive unilateral conduct”, *Competition law Internacional*, 2008, págs. 34-39, pág 34.

¹³⁴ Donde se establecía un sistema de control de precios abusivos que fue muy complejo de implementar y no puede entenderse como origen de ninguna tradición de política de

Como se ha explicado anteriormente, existen estudiosos que sostienen que en los inicios de la implementación del abuso de posición dominante comunitario, tanto el Tribunal de Justicia como la Comisión, inspirándose en el Derecho alemán, originado por la escuela de Friburgo, establecieron una equivalencia entre el abuso y la restricción de libertad económica, es decir, aquélla que supone una restricción de derechos y oportunidades para los operadores en el mercado.

Estos juristas mantienen que el Derecho de la competencia europeo tiene una fuerte influencia *ordoliberal*¹³⁵, cuya noción de competencia ha influido profundamente en las raíces del Derecho de la competencia europeo¹³⁶. Así, parecen situar los inicios del recorrido en la Escuela de Friburgo en 1930, donde economistas y juristas llamados *ordoliberales* asentaron algunas premisas para el Derecho de la competencia, trazando alianzas con el proletariado industrial¹³⁷ -aceptando la economía de mercado como indispensable para una sociedad moderna libre-. El miedo

competencia. AKMAN, P., *The concept of abuse in EU Competition Law. Law and economic approaches*, op.cit, pág. 73.

¹³⁵ ROSE, I., NGWE, C., “The ordoliberal tradition in the European Union, its influence on Article 82 EC and the IBA's comments on the Article 82 EC Discussion Paper”, *Competition law Internacional*, vol. 3, 2007, págs. 8-12, pág. 8. No quedan claros los exactos orígenes del art. 82 TCE. No obstante, existía un amplio consenso en que la política tras el art. 82 estaba basada en ideas ordoliberales. Muchas de las figuras claves en la fundación de la Comunidad Europea se asociaron con la escuela de pensamiento ordoliberal, como Walter Hallstein, Hans von der Gorbien, etc. HERRERA ANGUSTEGUI, I., *Buyer power in EU Competition law*, Thesis for the degree of philosophiae doctor, University of Bergen, 2017, pág. 81 ss. De hecho, los autores sostienen que no sólo tuvo una importancia indiscutible en su creación, sino que aún hoy día sigue estando influido por tales ideas.

¹³⁶ Para poder alegar la influencia de este pensamiento en el Derecho comunitario, se ha recurrido frecuentemente la sentencia *Michelin v Commission*, donde se insta a lo que se conoce como la responsabilidad especial de los dominantes, que les obliga a comportarse como si estuvieran en un mercado competitivo. GORMSEN, L.L., “Article 82 EC: Where are we coming from and where are we going to?”, op.cit, págs. 9 y 10.

¹³⁷ AKMAN, P., *The concept of abuse in EU Competition Law. Law and economic approaches*, op.cit, pág. 55.

a los abusos que pueden producirse desde altas concentraciones de poder, ya sea éste político o privado¹³⁸, es la causa de esta ideología¹³⁹.

Este primer grupo de *ordoliberales* seguían concepciones de liberalismo temprano, considerando que un sistema económico competitivo era esencial para una vida próspera, libre y una sociedad equitativa, siendo la eficiencia distributiva sólo un fin indirecto¹⁴⁰. Estas premisas eran necesarias para la libertad política. Veían la competencia como un elemento central del progreso económico y creían que ésta podía proveer la base para la sociedad que deseaban: una economía libre de mercado.

Las dos áreas clave de la política *ordoliberal* eran la garantía de la estabilidad de precios y la promoción de la competencia, que debía estar basada en las nociones de equidad y en que las empresas con poder de mercado deberían comportarse como si efectivamente se encontrasen en una situación de competencia¹⁴¹. La teoría *ordoliberal* está basada en la asunción de que la competencia entre empresas generaría desarrollo económico, por lo que la estructura competitiva debe ser protegida para mantener una economía libre de mercado y garantizar la libertad individual. Asimismo, el concepto de poder era central en la concepción *ordoliberal* y debía estar sometido a un sistema de controles y

¹³⁸ “The danger of private groups” utilizando su libertad para restringir la de otros se refiere al periodo de Weimar.

¹³⁹ AKMAN, P., *The concept of abuse in EU Competition Law. Law and economic approaches*, op. cit, pág. 56

¹⁴⁰ De hecho, en el debate entre la libertad y la eficiencia, los ordoliberales se inclinan por la primera a pesar de que los resultados sean menos eficientes. AKMAN, P., *The concept of abuse in EU Competition Law. Law and economic approaches*, op.cit, pág. 56 y 57.

¹⁴¹ ROSE, I., NGWE, C., “The ordoliberal tradition in the European Union, its influence on Article 82 EC and the IBA's comments on the Article 82 EC Discussion Paper”, op.cit, pág. 8.

contrapoderes, ya que este poder mercantil tendía a convertirse en poder político.

La historia alemana había demostrado, en opinión de los sustentadores de esta corriente, que la Economía tendía a colapsar porque las empresas preferían la regulación contractual privada de las actividades económicas, ya que frecuentemente se podía adquirir un elevado nivel de poder económico y eliminar a las empresas competidoras. Así, el Derecho de la competencia era visto como una forma de evitar la desaparición de los competidores. En este sentido, los *ordoliberales* se centraban en la necesidad de mantener las condiciones de competencia más que en analizar los resultados directos obtenidos con la misma.

Para estos autores, lo importante, a diferencia de lo que sucede en EEUU, no es el bienestar del consumidor y la eficiencia del mercado. No se entiende que los anteriores sean fines a perseguir en sí mismos, sino que son efectos colaterales de la protección del proceso competitivo. Se trata, desde esta aproximación, de proteger la competencia como una institución¹⁴², que, a su vez, está orientada a salvaguardar los intereses de los clientes y los competidores de las empresas dominantes¹⁴³.

Sin embargo, parece que, actualmente, se sostiene que esta versión se encuentra posiblemente algo alejada de la realidad de principios del siglo XX en Alemania. En opinión de algunos autores, en la Ley de competencia alemana apenas se tuvo en cuenta la protección de la libertad

¹⁴² BRINKER, I., HOLZMÜLLER, T., “The 2007 amendments to the German rules against anticompetitive unilateral conduct”, op.cit, pág. 34.

LASSERRE, B., ESTEVA MOSSO, C., HEITZER, B., WINCKLER, A., “Le consommateur et son bien-être au coeur de la mise en oeuvre des règles de concurrence”, *Speech at Competition Day*, Paris, 18 November 2008, pág. 23.

¹⁴³ BARNIKEL, H. H., “Abuse of power by dominant firms: application of the german law”, *Antitrust Bulletin*, n.14, 1969, págs. 221-248, pág. 232.

de competir en sí misma, postulado central de la tesis *ordoliberal*, como uno de los objetivos del Derecho. Así, pasaremos a hacer una breve exposición de la situación en Alemania desde el inicio de los debates previos a la ley de competencia, hasta la entrada en vigor de la misma en 1957.

Durante este periodo, ciertos autores sostienen que el debate respecto de la protección de la libertad se encuentra totalmente ausente en el debate político que dió fruto tanto a la ley alemana como al Tratado de Roma. En cambio, como sostienen otros, cuyas fuentes son las “justificaciones” remitidas al Parlamento en 1955 y el debate parlamentario, se trataba primordialmente de una cuestión de eficiencia, (con la importante excepción del Borrador Josten de 1949)¹⁴⁴.

En 1955, se introducía para debate el proyecto de Ley de Defensa de la competencia en el Parlamento, conjuntamente con unas “justificaciones” del mismo. En éstas últimas es llamativo que se sostenga que el poder sólo será eliminado cuando se perjudique el interés del consumidor. Así, la justificación continúa en el sentido de mantener que los problemas de ineficiencia de la economía de mercado han conducido a la aparición de problemas sociales, que, a su vez, se reflejaron en la reducción del bienestar del consumidor y estancamiento económico. Adicionalmente, se subrayó que la competencia no puede ser considerada

¹⁴⁴ Esta propuesta se produce bajo el liderazgo de Franz Böhm y tiene una clara influencia ordoliberal. VAN HOOK. J.C., *Rebuilding Germany. The Creation of the Social Market Economy, 1945-1957*, Cambridge University Press, UK, 2004, págs. 236 ss. Al borrador se le da este nombre en honor al Ministro de Economía bajo cuyo mandato se publicó el borrador. En el mismo, se proponía la prohibición de cualquier manifestación de poder económico, con muy pocas excepciones.

como un fin en sí misma, sino que se encuentra al servicio de un aumento de eficiencia¹⁴⁵.

Finalmente, los autores que sostienen la importancia de la eficiencia y del bienestar del consumidor como objetivos centrales de la política alemana, se refieren a los informes del *Beirat* para justificar tal posición¹⁴⁶. En este informe también se observa la central importancia del bienestar del consumidor. No obstante, queda a salvo añadir que en informes subsiguientes se puede atisbar una traza de reflejo *ordoliberal* que, sin embargo, queda eclipsado por las numerosas referencias a la competencia efectiva.

4. EL DERECHO FRANCÉS DE LA COMPETENCIA

En Francia, el derecho de prohibición de las ententes aparece antes que el que trata los abusos de posición de dominio (en 1945 y en 1963 respectivamente). Y éste último sólo parece incluirse por razones de armonización¹⁴⁷. Así, en 1963, se modificó el Decreto de Precios n.º. 45-

¹⁴⁵ MAIER-RIGAUD, F., “On the normative foundations of competition law – efficiency, political freedom and the freedom to compete” en AAVV., *The Goals of Competition Law*, ed. D. Zimmer, Edward Elgar, Cheltenham, 2012, págs.132-169, págs. 152-154.

¹⁴⁶ Se trata de unos informes realizados por un conjunto de profesores alemanes pertenecientes al German Federal Ministry of Economics. Y se publicó el 2 de octubre de 1954.

¹⁴⁷ CHONÉ, A. S., *Les abus de domination*, op.cit. pág. 28. El art. 56 bis prohibía “les activités d’une entreprise ou d’un group d’entreprises occupant sur le marché intérieur une position dominante caractérisée par une situation de monopole ou par une concentration manifeste de puissance économique lorsque ces activités ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d’entrever le fonctionnement normal du marché”.

1483¹⁴⁸ para incluir, junto con el tratamiento de los cárteles, el de abuso de posición de dominio.

El art. 59 bis de tal Decreto aludido establecía que las actividades de una empresa o un grupo de empresas que ostentan, en el mercado interno, una posición dominante que se caracteriza por una situación monopolística o por la manifiesta ostentación de poder económico estarían prohibidas cuando tuvieran el objeto o el efecto de interferir con las normales operaciones de mercado.

Esta enmienda a la que nos referimos se utilizó para dotar a Francia de una provisión equivalente a la contenida en el artículo 86 del Tratado de Roma y planteaba serios problemas de interpretación. El objetivo era el de proporcionar un sistema de control de posiciones de dominio similar al existente en el tratado de Roma y en Alemania.

En cualquier caso, el artículo exclusivamente hacía referencia a la supervisión de las actividades de las empresas dominantes, pero no a la forma en la que éstas se hubiesen adquirido. Además, el concepto de abuso se dejó abierto. El Decreto sólo establece que cualquier interferencia con el normal funcionamiento del mercado estaría prohibida. No obstante, esta prohibición se interpretó en el sentido de que se consideraría ilícita la obstrucción a la libertad de competir del resto de empresas. Por lo tanto, a la dominante no le estaba permitido explotar su poder de excluir la competencia a través de precios predatorios –como en el derecho *antitrust*-¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Ordonnance 45-1483 1945-06-30 JORF 8 juillet 1945 rectificatif JORF 21 juillet et 8 septembre 1945.

¹⁴⁹ JOLIET, R., *Monopolization and abuse of dominant position. A comparative study of the American and European approaches to the control of economic power*, op.cit, págs. 141-144.

Lo curioso de la configuración del artículo relativo a la posición de dominio es que éste tiene una estructura paralela al de los cárteles. Y, tal similitud se tradujo en la transferencia de la defensa de la eficiencia a los abusos de las posiciones de dominio. Se trata de aplicar la misma exención a favor de los cárteles que fomentan el progreso económico a las prácticas de las empresas dominantes, pese a que interfieran en el normal desarrollo del mercado. Éstas, por lo tanto, serán inmunes a las sanciones si pueden probar que existe un desarrollo económico a través del aumento de la productividad¹⁵⁰, entre otros requisitos.

5. CONCLUSIONES

En nuestra opinión, el Derecho de la competencia presenta significativas carencias en lo que respecta al cumplimiento del principio de legalidad, precisamente por la inconcreción de los términos utilizados. Pese a que esta cuestión no necesariamente debe ser causa de descalificación del artículo, deben estudiarse los instrumentos oportunos que permitan interpretar el artículo y prevenir, por parte de las empresas, *ex ante* las consecuencias de una conducta prohibida.

Así, dadas la carencia de certidumbre para las empresas que presenta la interpretación literal, hemos querido reconocer aquí la importancia de la historia y evolución del Derecho comunitario, del contexto social y económico histórico y el papel que tales herramientas

¹⁵⁰ JOLIET, R., *Monopolization and abuse of dominant position. A comparative study of the American and European approaches to the control of economic power*, op.cit., pág. 143. El autor, sin embargo, ya apuntaba entonces que existían dificultades en la traslación de esta exención, ya que encuentra difícil visualizar cómo una conducta abusiva podría incentivar el progreso económico y beneficiarse de tal exención.

juegan en la interpretación del artículo 102 TFUE, en concreto, en la identificación de los fines que persigue el Derecho de la competencia en la actualidad.

No obstante, en este capítulo también se ha tratado de poner de relieve cuáles son limitaciones de la interpretación histórica. Es indispensable interpretar los tratados como documentos políticos que son. El Derecho de la competencia comunitario surge de una lucha de base nacional en la que cada Estado buscaba obtener lo que, en su opinión, beneficiaba al interés del Estado individualmente concebido. Esta situación pone de relieve también que es posible tener una estrategia a nivel nacional y una agenda a nivel comunitario, lo que conlleva que las luchas políticas se intensifiquen y la plasmación legal y, evidentemente, su posterior interpretación, se torne más compleja o impura.

Asimismo, puede apuntarse que en virtud de la presentación de los hechos históricos y contexto económico presentado, el Derecho de la competencia no parece haber tenido nunca un objetivo propio separado de la política económica (desde sus fases más tempranas hasta hace relativamente escaso tiempo, cuando se ha comenzado a separar el Derecho de la competencia de posibles fines alternativos para atribuirle la búsqueda de un mercado de funcionamiento eficiente). Esta rama del Derecho ha estado al servicio de cuestiones como, por ejemplo, la competitividad europea y la necesidad de que la Economía europea fuera más potente, permitiendo o fomentando posiciones de dominio fuertes o, incluso, se buscó proteger a las pequeñas y medianas empresas.

Así, pensamos que las interpretaciones históricas deben utilizarse con cautelas, en atención a la escasa coherencia presente en el recorrido legislativo de este Derecho, en comparación con otro tipo de legislaciones.

Así, aunque parezca que existe una latente preocupación por la eficiencia y el bienestar del consumidor, existen multitud de fines u objetivos, en ocasiones, contradictorios, susceptibles de ser protegidos a través de estos artículos.

Igualmente, es posible sostener que, existiendo una pluralidad de objetivos o fines protegidos por el Derecho, tanto en cada momento histórico como dependiendo del precepto, los mismos se muestran con intensidades distintas. En nuestra opinión, en lo que respecta a la prohibición relativa a los precios excesivos, ésta presenta un claro corte *consumerista*. En el ilícito, además de perseguir claros fines de equidad, objetivo que, como hemos sostenido, es perfectamente *incardinable* dentro del sistema de competencia, tal equidad se encuentra al servicio de los intereses del consumidor o cliente. Así, no apreciamos incoherencia alguna en la protección de estos dos bienes jurídicos de forma paralela o complementariamente. De igual forma, tampoco existe una contradicción necesaria con el objetivo –parece que actualmente principal- de eficiencia económica. Esta conducción de la empresa en sus operaciones en el mercado no se exige en el vacío, sino que tiene un fin ulterior, que la eficiencia se repercuta en interés de los consumidores bajando, de esta forma, los precios y alcanzando el mismo resultado buscado con la obligación de equidad, recogida literalmente en el 102 a TFUE.

Por último, queremos señalar que esta preocupación por la equidad no parece entrar tampoco en contradicción con la perspectiva o aproximación Estadounidense. Si ampliamos la visión del Derecho dirigido a ordenar los mercados e incluimos en este campo, además del Derecho de la competencia, el Derecho regulatorio, observamos que la misma preocupación por los precios equitativos está presente en el

Derecho Estadounidense, al menos en ciertos mercados. En cambio, en tal sistema se ha optado por dar solución al problema desde una rama distinta del ordenamiento. Esta diferencia no viene explicada por una disparidad en los fines perseguidos, sino que se refleja exclusivamente en la forma de alcanzarlos.

|

CAP III. EL ARTÍCULO EN LA ACTUALIDAD: LA APROXIMACIÓN MÁS ECONÓMICA

1. INTRODUCCIÓN GENERAL

Tras el análisis que se ha realizado en el anterior capítulo, podemos afirmar que la imposición unilateral o fijación de un precio excesivo cuyo efecto es la explotación de los consumidores o clientes constituye un ilícito de Derecho de la competencia, tanto a nivel de la UE, como a nivel de los distintos Derechos nacionales de los Estados Miembros.

Hasta ahora se han analizado fuentes primarias y secundarias para establecer cuál ha sido históricamente el objetivo del Derecho de la competencia, en concreto, en lo que atañe al artículo 102 TFUE, y se ha concluido que es posible afirmar que el mismo ha perseguido una pluralidad de objetivos distintos, defendiendo cada uno de sus preceptos concretos unos diferentes intereses u ordenando jerárquica o de forma prioritaria los mismos.

En el presente capítulo, en cambio, se prevé el estudio del artículo 102 TFUE y, específicamente, de los precios excesivos desde la perspectiva de la autoridad de la competencia europea, la Comisión Europea, sobre todo de su posición durante los últimos quince años. Desde esta vertiente, se pretende analizar si existe alguna diferencia entre lo concluido hasta el momento y la visión que la institución expresa en todos los documentos publicados oficialmente de forma reciente.

Ésta es una parte fundamental del trabajo, vista la importancia del papel de la Comisión Europea en materia de Defensa de la competencia. La misma se instituye en principal aplicador de las normas de competencia en la Unión Europea y quien publica las directrices de interpretación que

va a adoptar en su aplicación, dotando de un mínimo de seguridad jurídica a los operadores del mercado. Ciertamente, las mismas no vinculan al TJUE, ni a los tribunales nacionales, ya que forman parte de lo que se conoce como *soft law*. Sin embargo, menospreciar la relevancia de las mismas a estos efectos sería un error a la vista del especial influencia que tiene la Comisión como órgano técnico dotado de un generoso margen de discrecionalidad en la adopción de decisiones que sólo serán revisadas en términos de análisis de legalidad por el TJUE.

Así, el presente capítulo va a centrar el análisis en dos conceptos centrales de esta *aproximación más económica*, que son las consecuencias más llamativas derivadas de la misma: en primer lugar, el bien jurídico protegido y, en segundo, la cuestión de los efectos¹⁵¹.

De forma previa al análisis del que, sostendremos, es el último cambio en el Derecho de la competencia, es necesario recalcar un par de cuestiones. En primer lugar, este giro de la interpretación del art. 82 TCE en su momento –actual 102 TFUE- no es solitario. Viene enmarcado en una tendencia general y precedido de una renovación más temprana en el artículo 81 TCE –actual 101 TFUE- y en la legislación de control de concentraciones.

¹⁵¹ KELLERBAUER, M. “The Commission's new enforcement priorities in applying article 82 EC to dominant companies' exclusionary conduct: a shift towards a more economic approach?”, *European Competition Law Review*, vo. 31, nº 5, 2010, págs. 175-186, pág. 176. El autor sostiene que, efectivamente, la Comisión nunca ha dado una definición de la aproximación más económica, pero ésta puede resumirse en las dos cuestiones a las que nos vamos a referir: el posicionamiento del bienestar del consumidor como centro de la política de competencia y la consideración de los efectos negativos como requisito indispensable para poder sancionar la conducta.

Este paso en el 102 TFUE, esperado por la doctrina¹⁵², era el siguiente, actuando coherentemente, tras haber modernizado el art. 81 TCE y el control de concentraciones en los años precedentes, de forma que la interpretación estuviera alineada. Así, se pone de manifiesto que existe una evidente intención en el cambio hacia un tratamiento basado en los efectos¹⁵³.

No obstante, las nuevas directrices referidas al art. 102 TFUE sólo y exclusivamente se refieren a los abusos por exclusión, no a los abusos por explotación. De hecho, se esperaba que la Comisión pusiera su atención posteriormente (en 2006) en el resto de tipos de abuso (abusos por explotación y discriminación), cuestión que, sin embargo, nunca sucedió¹⁵⁴. Pese a lo anterior, sigue teniendo un particular interés poner de relieve esta nueva interpretación, porque, como sostenemos, se enmarca dentro de una tendencia clave en la evolución del Derecho de la competencia con una vis ciertamente expansiva.

En este sentido, una de las cuestiones clave en este apartado será responder, de forma deductiva a la pregunta de si el contenido completo del art. 102 TFUE debe interpretarse según los dictados de la nueva aproximación basada en la eficiencia sugerida por la Comisión, de forma que se dote de mayor coherencia a la interpretación de las normas de

¹⁵² GOYDER, J., ALBORS LLORENS, A., *Goyder's EC Competition Law*, op.cit, pág, 295.

¹⁵³ PEEPERKORN, L., "Commission publishes discussion paper on abuse of dominance", *op.cit*, pág. 4.

¹⁵⁴ GOYDER, J., ALBORS LLORENS, A., *Goyder's EC Competition Law*, op.cit, pág, 296.

política de competencia del Tratado¹⁵⁵, o si debe permanecer fuera de esta nueva ola interpretativa.

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO CON EL *MORE ECONOMIC APPROACH*

Como hemos anunciado al inicio del apartado, la adopción de esta nueva aproximación ha repercutido en el bien jurídico que se protege con el artículo de abuso de posición de dominio porque se ha producido un desplazamiento del centro de interés desde una pluralidad de objetivos hacia la salvaguarda de uno principal: el bienestar del consumidor a través de la eficiencia¹⁵⁶.

2.1. NOTAS INTRODUCTORIAS

Así, es necesario atender la cuestión de cuál es el daño que se produce y a quién debe afectar el mismo. En otras palabras, es vital

¹⁵⁵ COMPETITION LAW FORUM'S ARTICLE 82 REVIEW GROUP, "The reform of article 82: comments on the DG-Competition discussion paper on the application of article 82 to exclusionary abuses", op.cit., pág. 182.

¹⁵⁶ KUNEVA, M., "Thoughts on European consumer policy challenges for the future", *Speech at Competition Day*, Paris, 18 November 2008, pág. 9.

La protección al consumidor se ha vuelto cada vez más relevante a la hora de elaborar políticas económicas. Han pasado de un estado de ignorancia absoluta a otro de interlocutores privilegiados con los decisores de políticas. PARENT, B., BAZOT, A., FREEMAN, P., REY, P., "Intérêts et bien-être du consommateur dans l'élaboration de la réglementation économique", *Speech at Competition Day*, Paris, 18 November 2008, pág. 13. LASSERRE, B., ESTEVA MOSSO, C., HEITZER, B., WINCKLER, A., "Le consommateur et son bien-être au coeur de la mise en oeuvre des règles de concurrence", *Speech at Competition Day*, Paris, 18 November 2008, pág. 20.

conocer cuál es el objeto sobre el que se producen tanto las eficiencias como los perjuicios que habrán de ponerse en una balanza¹⁵⁷.

El art. 3 del TFUE establece que se instaura en la UE un sistema que asegura la no distorsión del sistema de competencia en el mercado interno. Para velar contra tal distorsión o mal funcionamiento se ha articulado el Derecho de la competencia. Ahora bien, si el objetivo es evitar tal distorsión, ésta debe poder medirse de alguna forma, a través de algún parámetro. En este caso, el mal funcionamiento se medirá a través de la producción de un daño.

Sin embargo, en el Tratado no se especifica cuál es el bien jurídico al que se protege de tal impacto negativo. El artículo 102 TFUE tampoco se pronuncia al respecto, por lo que las posibilidades son, *a priori*, múltiples (daño a los competidores, al proceso competitivo, a los consumidores, etc.).

No obstante, ya adelantamos que la Comisión sostiene que la distorsión del sistema de competencia sucede cuando se produce un daño

¹⁵⁷ Pese a que ciertos autores hayan defendido que el objetivo del artículo 102 TFUE no es el aumento del bienestar del consumidor y que, por lo tanto, no se puede utilizar el test del daño al consumidor para poder aplicar este artículo, ya se ha explicado en la primera parte que originariamente el artículo no tuvo un origen ordoliberal, aunque actualmente la interpretación se haya alterado, posibilitando precisamente que el fin del mismo sea la búsqueda de la eficiencia y el bienestar del consumidor, en coherencia interpretativa con el artículo 101 TFUE. Estos autores que sostienen que éste no puede ser el parámetro son EILMANSBERGER, T., “How to distinguish good from bad competition under article 82 EC: in search of clearer and more coherent standards for anti competitive abuses”, *Common Market Law review*, n.º 42, 2005, págs. 129 y 133. GERBER, D.J., “The future of article 82: Dissecting the conflict” en AAVV., *European Competition Law Annual 2007 A reformed Approach to article 82EC.*, ed. Ehlermand C.D., Marquis, M., Hart Publishing, Oxford, 2008, pág. 50-51. SCHWEITZER, H., “The history, interpretation and underlying principles of section 2 Sherman Act and article 82 EC” en AAVV., *European Competition Law Annual 2007 A reformed Approach to article 82EC.*, ed. Ehlermand C.D., Marquis, M., Hart Publishing, Oxford, 2008, págs. 119 y 161. Estos autores mantienen que, siendo el precepto 82 TCE fruto del pensamiento ordoliberal y, por lo tanto, buscando la libertad económica como fin, el test a llevar a cabo es los efectos posibles que una conducta produce en la estructura del mercado.

al bienestar del consumidor¹⁵⁸. Y así ha quedado plasmado en sus documentos técnicos desde 2005, tanto directamente como en las interpretaciones de los mismos propuestas por la doctrina¹⁵⁹: un *discussion paper* sobre la aplicación de las normas de competencia del TCE (art. 82)¹⁶⁰ y 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, en 2009¹⁶¹.

El “*more economic approach*”, en este sentido, parece ser el punto de convergencia entre las tendencias americanas y las europeas de aplicación del Derecho de la competencia¹⁶². Así, en opinión de ciertos autores, puede observarse que se ha pasado paulatinamente, por parte de la

¹⁵⁸ KUNEVA, M., “Thoughts on European consumer policy challenges for the future”, op.cit, pág. 9.

La protección al consumidor se ha vuelto cada vez más relevante a la hora de elaborar políticas económicas. Han pasado de un estado de ignorancia absoluta a otro de interlocutores privilegiados con los decisores de políticas. PARENT, B., BAZOT, A., FREEMAN, P., REY, P., “Intérêts et bien-être du consommateur dans l’élaboration de la réglementation économique”, *Speech at Competition Day, Paris*, 18 November 2008, pág. 13.

LASSERRE, B., ESTEVA MOSSO, C., HEITZER, B., WINCKLER, A., “Le consommateur et son bien-être au coeur de la mise en oeuvre des règles de concurrence”, op.cit, pág. 20.

¹⁵⁹ MONTI, G., “Article 82 EC: What Future for the Effects-Based Approach?”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 1, n°. 1, 2010, págs. 2-11, pág. 3. El compromiso de identificar el daño al consumidor de forma directa parece ausente del *Guidance paper*, por lo que se debe presumir.

¹⁶⁰ 2004 las DG COMP’s Discussion Paper on exclusionary abuses y Commission’s Guidance on article 102 enforcement priorities y *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses* a encontrar en <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.

¹⁶¹ Comunicación de la Comisión — 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 (2009/C 45/02).

¹⁶² LASSERRE, B., ESTEVA MOSSO, C., HEITZER, B., WINCKLER, A., “Le consommateur et son bien-être au coeur de la mise en oeuvre des règles de concurrence”, op.cit, pág. 26. RODGER, B., MACCULLOCH, A., *Competition Law and policy in the EC and UK*, op.cit, pág. 22. No obstante, parece que en los últimos años, en Estados Unidos, al menos, se ha hecho una revisión crítica de lo que supone la Escuela de Chicago y sus premisas. Sin embargo, no parece ser la tendencia de la UE.

Comisión, de un modelo político (defensa intereses de sujetos como las pequeñas empresas y la integración del mercado común, la pluralidad de los actores en el mercado) y legalista o formalista¹⁶³ de aplicación del Derecho de la competencia a uno mucho más económico y eficiente, que para ciertos sectores, parece ser más coherente¹⁶⁴.

2.2. FINES DEL ARTÍCULO 101 TFUE

En opinión del TJUE, tanto el art. 101 como el 102 TFUE persiguen el mismo fin¹⁶⁵. Por lo tanto, interesa conocer si el 101 TFUE busca salvaguardar el bienestar del consumidor y si éste es trasladable al 102 TFUE.

Respecto de los fines del 101 TFUE, la STJUE *GlaxoSmithKline* considera que, en general se puede afirmar que el bienestar del consumidor es un objetivo principal para el Derecho de la competencia (aunque no se acepta que sea el único fin de las normas de competencia,

¹⁶³ ROUSSEVA, E., “Abuse of dominant position defences”, op.cit., pág. 379. Históricamente, o al inicio de la aplicación del Derecho de la competencia, la interpretación que proponían los Tribunales y de la Comisión del mismo era un derecho garantiza la libertad económica de los participantes en el mercado al igual que a evitar que las empresas usaran su poder económico para acabar con las estructuras competitivas. BUNDESKARTELLAMT/COMPETITION LAW FORUM, “A Bundeskartellamt/competition law forum debate on reform of article 82: a "dialectic" on competing approaches”, *European Competition Journal*, vol. 2, n.1, 2006, pág. 218. De hecho, las autoridades de competencia alemanas siguen abogando por este principio. CHIRITA, A.D., “The EC commission's guidance paper on the application of article 82 EC: an efficient means of compliance for Germany?”, *European Competition Journal*, vol. 5, n° 3, 2009, págs. 677-700, pág. 677. La autora sostiene que el guidance paper se publicó por la Comisión precisamente para superar este enfoque formalista con el que se había tratado al art. 82 TCE:

¹⁶⁴ LASSERRE, B., ESTEVA MOSSO, C., HEITZER, B., WINCKLER, A., “Le consommateur et son bien-être au coeoeur de la mise en oeuvre des règles de concurrence”, op.cit, pág. 27.

¹⁶⁵ Judgment of the Court of 21 February 1973. *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities*. Case 6-72.

sino que también debe considerarse la protección de la estructura de mercado como tal). En definitiva, el TJUE acepta que el bienestar del consumidor es uno de los objetivos perseguidos por el art. 101 TFUE.

Y, si tal tesis se admite, entendiendo que ambos artículos tienen equivalentes fines, surge la cuestión de si éste es trasladable al 102 TFUE. Inicialmente se sostuvo que podría discutirse que el bienestar del consumidor fuera uno de los objetivos buscados por el 102 TFUE, y que, en cambio, el fin se dirigiera a salvaguardar la equidad (*fairness*) en el mercado. Sin embargo, tras la modernización del precepto, la Comisión ha puesto de relieve en innumerables ocasiones que el fin perseguido con el Derecho de la competencia será velar por el bienestar del consumidor¹⁶⁶ de forma exclusiva.

2.3 FINES DEL ARTÍCULO 102 TFUE

2.3.1. Notas introductorias

En nuestra opinión, es posible entender que han existido diferentes bienes jurídicos protegidos de forma cumulativa en el artículo 102 TFUE, que cobraron mayor o menor relevancia dependiendo de la infracción concreta producida, del momento histórico y las necesidades con las que se interpretara¹⁶⁷, como ha sucedido en el caso del art 101 TFUE.

¹⁶⁶ Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 101 del TFUE (antiguo apartado 3 del artículo 81 del TCE).

¹⁶⁷ De hecho, esta afirmación parece respaldarse por algunos sectores, donde se pone de manifiesto que los objetivos y fines del Derecho de la competencia *en este aspecto* –de los precios excesivos–, puede ser distinto entre países. TERHECHTE, J. P., “Excessive pricing and the goals of competition Law: an enforcement perspective-comment on Ackermann” op.cit, pág. 372. Efectivamente, el autor se refiere a la diferencia entre países, pero existe implícita una diferencia entre sectores del Derecho de la competencia.

Esta respuesta, siendo la más ajustada a la realidad del artículo, ofrece poca seguridad jurídica para las empresas que deben realizar una evaluación de la conducta sin conocer cuál es el bien jurídico que interesa proteger. Una práctica podrá ser lícita o ilícita dependiendo de la priorización de objetivos que se considere que se persigue con cada una de las infracciones, lo que podría conducir a resultados contradictorios dependiendo de quién lleve a cabo el análisis *ex ante*.

En la mayor parte de las infracciones recogidas en el artículo relativo a la prohibición de abuso de posición de dominio, se puede considerar que se vela por la salvaguarda de varios intereses de forma conjunta, aunque el objetivo último siempre sea el bienestar del consumidor. Por ejemplo, en el caso de las prácticas excluyentes, se protege el interés del correcto funcionamiento del mercado, que repercute, evidentemente, el bienestar del consumidor y de los competidores.

No obstante, tras la publicación de las directrices relativas a la interpretación del artículo 82 TCE, el Derecho de la competencia ha tomado un rumbo eminentemente protector de los intereses y bienestar del consumidor en relación con las prácticas excluyentes.

En este sentido, los anteriores máximos representantes de la Comisión han manifestado la orientación de la política de competencia en concreto, en lo que atañe al abuso de posición de dominio. Así, la anterior Comisaria KROES pronunció un el discurso en la Conferencia Fordham, en el que estableció que el objetivo del art. 82 era la protección del mercado como medio para mejorar o aumentar el bienestar del consumidor y asegurar una distribución eficiente de los recursos¹⁶⁸. Por su parte, el

¹⁶⁸ GORMSEN, L.L., “Article 82 EC: Where are we coming from and where are we going to?”, op.cit, pág. 25.

Commission Director General LOWE apoyó también esta perspectiva, y manifestó, además, la necesidad de establecer una teoría del daño a los consumidores¹⁶⁹.

Estas afirmaciones no deben interpretarse en el sentido de que sólo se aplicará el Derecho de la competencia cuando haya un aumento de los precios que dañe directamente a los consumidores. El Derecho Europeo ha reconocido desde sus inicios que al consumidor también se le puede dañar indirectamente¹⁷⁰.

2.3.2. En el ilícito de precios excesivos

En cualquier caso, en el supuesto del ilícito de los precios excesivos con finalidad de explotar, la situación parece cambiar ligeramente en un sentido positivo, generador de cierta seguridad.

2.3.2.1. *El bienestar del consumidor*

En nuestra opinión, de la forma en la que está configurado el ilícito, el único interés que parece protegerse con la prohibición de la práctica es el bienestar del consumidor¹⁷¹, descartando el bienestar

¹⁶⁹ CHIRITA, A. C., “The EC commission’s guidance paper on the application of article 82 ec: an efficient means of compliance for Germany?”, *European Competition Journal*, vol. 5. Nº.3, 2009, pág. 682. LOWE, P., “The Design of Competition Policy Institutions for the 21st Century—The Experience of the European Commission and DG Competition”, *Competition Policy Newsletter*, vol. 3, 2008, págs. 1-11.

¹⁷⁰ WHISH, R., BAILEY, D., *Competition Law*, Oxford University Press, 2012, pág. 19.

¹⁷¹ Este estándar ha sido propuesto por SALOP, S. C., “The controversy over the proper antitrust standard for anticompetitive exclusionary conduct” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 2006, pág. 477-505, para el caso de abusos en los que se busca excluir a un competidor del Mercado. No obstante, en nuestra opinión, es perfectamente trasladable al supuesto de los abusos con finalidad de explotación. Existen, según el autor, otros estándares que funcionan para los casos de exclusion: el estándar del competidor igualmente eficiente, el estándar del sacrificio o el de legalidad *per se*. Sin embargo, no todos están de acuerdo con tal estándar, que

total¹⁷², muy socorrido por los detractores del castigo en precios excesivos¹⁷³.

Esta afirmación es concordante tanto con la coherencia exigida en los fines del artículo 101 TFUE como con las últimas tendencias de interpretación y aplicación del Derecho de la competencia (*more economic*

sugieren equivocado porque el fin del Derecho de la competencia es mejorar el proceso competitivo y no a los consumidores. WERDEN, G. J., “Identifying single-firm exclusionary conduct: from vague concepts to administrable rules”, en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 2006, pág. 509-540

¹⁷² Las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 101 del TFUE (antiguo apartado 3 del artículo 81 del TCE) (apartado 85) establecen que la parte de beneficio que se destina los consumidores debe, por lo menos, compensar el coste que han sufrido. También se contiene en estas directrices la obligación de que los beneficios se produzcan en el mismo mercado en el que se han producido los perjuicios (apartado 43). El problema con los precios excesivos, en nuestra opinión, es que los beneficios que suelen alegarse, como la investigación en desarrollo de mejores y más innovadores productos, no se producirá en el mercado donde se causa el daño, sino el el hipotético mercado nuevo que surja a raíz de tal inversión. Por lo tanto, el mercado no será el mismo ni en la delimitación temporal ni en la delimitación de producto. Sin embargo, aparentemente se ha entendido que la disponibilidad (actual, no hipotética) de más productos constituye una importante fuente de bienestar para el consumidor mientras el beneficio compense el daño del mantenimiento o aumento de precios (apartado 104).

Las directrices también ponen de relieve que la eficiencia derivada de la conducta debe ser directa y normalmente, las alegaciones sobre beneficios a largo plazo e inciertas no deben tenerse en cuenta. Esto se ejemplifica en las propias directrices que cuando una práctica restrictiva de la competencia permita que las empresas que participan en ella aumenten sus beneficios (posibilitándoles, de esta forma, invertir más en I+D, lo que beneficiará a los consumidores), aunque efectivamente pueda existir un relación entre los beneficios y la eficiencia alegada, normalmente no será suficientemente directo para tenerlo en cuenta en el artículo 101.3. Trasladado al art. 102 TFUE, en concreto, a los precios excesivos, implica que una conducta de una empresa dominante dirigida a aumentar sus beneficios y ganancias –que podría conllevar más investigación y desarrollo– no será tratada favorablemente. Sin embargo, no toda la doctrina está de acuerdo con esta presentación (AKMAN, P., *The concept of abuse in EU Competition Law. Law and economic approaches*, op.cit., pág. 122) sostiene que esta aproximación carece de sentido dada la importancia de las eficiencias dinámicas en muchos mercados. Según la autora, esta concepción de las eficiencias apreciables centradas en el corto plazo no es razonable. Sin embargo, si se introduce el incierto largo plazo, el problema que surgirá será el de que a largo plazo todo puede justificarse.

¹⁷³ VAN DEN BERG, R., “The more economic approach in European Competition Law: is more too much or not enough?” en AAVV., *Economic Evidence in EU Competition Law*, eds. M. Kovac, A. S. Vandenberghe, Intersentia, Cambridge, 2016, págs. 13-43, págs. 14-19. Es el bienestar total el interés que se asocia a la Escuela de Chicago.

approach), que sostienen que uno de los objetivos principales del Derecho de la competencia es precisamente velar por tal bienestar¹⁷⁴.

Pero, independientemente de si es coherente con los fines del 101 TFUE o con la aproximación más económica, la respuesta sugerida sobre el objetivo perseguido por el ilícito relativo a los precios excesivos viene obligada por su propia naturaleza. Esta prohibición no puede perseguir otro fin distinto del bienestar de los consumidores (en sentido amplio), como se razonará a continuación.

La prohibición de los precios excesivos no beneficia a los competidores, en primer lugar, porque en una posición de dominio inherentemente escasean los mismos, pero, además, los escasos operadores presentes en el mercado podrían utilizar este aspecto como factor de competencia, atrayendo la demanda hacia sus productos, dada la ventaja competitiva en los precios. Tampoco la estructura competitiva de mercado es un bien que se salvaguarde con esta prohibición porque la imposición de un precio excesivo en nada afecta a la configuración del mismo. Lo único que podría suceder es que, en el más favorable de los escenarios (con barreras de entrada relativamente bajas), de la mano de los precios excesivos se fomentase la entrada de potenciales competidores, convirtiendo un mercado dominado en uno competitivo. Finalmente, ni

¹⁷⁴ Está sostenido en los objetivos de la Comisión con el art. 102 TFUE. No obstante, debemos poner de relieve que si bien el fin último es el bienestar del consumidor, éste se debe alcanzar, y así lo dice en las mismas directrices, a través de la protección de la competencia. En cualquier caso, esta afirmación se ha entendido siempre para cualquier tipo de abuso, ya sea con ánimo de excluir o de explotar, que lo que se busca es la competencia en el mercado, indistintamente de todas las fases de interpretación que haya experimentado el derecho de la competencia. Lo que sucede es que el bienestar de los consumidores es inherente a la competencia o una consecuencia natural de la misma. ARPÓN DE MENDÍVIL Y DE ALDAMA, A., “Exclusionary conducts and consumer welfare: effects in competition, justifications and efficiencies. What is the right balance?” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 2008, pág. 1-26, pág. 3.

siquiera el mantenimiento o fomento de la unidad del mercado parece ser un fin perseguido por el ilícito de precios excesivos.

Así, por un simple ejercicio eliminatorio de opciones, se debe concluir que el único fin perseguido por el ilícito de precios excesivos con efecto de explotar a clientes y consumidores es la protección del bienestar del consumidor.

2.3.2.2. Disección del concepto de bienestar del consumidor

Sin embargo, una vez establecido que el objetivo es la protección del bienestar del consumidor, es necesario responder a la pregunta de qué se incluye en el concepto de bienestar del consumidor y si existe alguna prelación en los distintos factores que componen el mismo. Ésta es una pregunta clave, porque, evidentemente es distinto, y diferenciados los resultados que se obtendrán, si se busca la mayor innovación, los menores precios o la variedad de la oferta¹⁷⁵.

Estos factores se manifestarán con una mayor o menor intensidad dependiendo de dos variables. En primer lugar, del momento en el que se midan, por lo que para realizar el análisis interesa tener en cuenta la variable temporal (el corto y el largo plazo) y cómo la misma cambia o

¹⁷⁵ KOKKORIS, I., *A gap in the enforcement of article 82*, British institute of international and comparative Law, London, 2009, pág. 5. El autor establece que “bienestar del consumidor” puede incluir varios conceptos. En primer lugar, el valor del dinero: el bienestar del consumidor aumenta si el precio del bien se reduce o la calidad de tal bien se incrementa permaneciendo el precio estable. El segundo componente del bienestar del consumidor es la variedad. La variedad no tiene un valor en sí misma, sin embargo, si los consumidores tienen diferentes gustos, el bienestar del consumidor aumentará si pueden escoger en una gama más amplia. El último componente es la innovación. Los consumidores se benefician si los bienes son cada vez más desarrollados. VAN DEN BERG, R., “The more economic approach in European Competition Law: is more too mucho or not enough?” en AAVV., *Economic Evidence in EU Competition Law*, eds. M. Kovac, A. S. Vandenberghe, Intersentia, Cambridge, 2016, págs. 13-43, pág. 19 ss. El concepto conocido como “freedom of choice” es uno de los conceptos no económicos incluidos dentro del “bienestar del consumidor”.

puede cambiar el orden de las prioridades. En segundo lugar, del sector en el que se imponga el precio excesivo (un mercado tecnológico puede ordenar los diferentes aspectos que componen el bienestar del consumidor de una forma radicalmente distinta a un mercado donde la innovación juega un papel residual).

En cualquier caso, como poníamos de relieve, existen varios criterios que se incluyen dentro de lo que se considera “bienestar del consumidor” e interesaría conocer si existe una preferencia en la ordenación de los componentes del bienestar del consumidor porque si prima el precio, difícilmente podrá alegarse una causa de eficiencia que compense la fijación de un precio excesivo (pese a que a largo plazo cualquier posibilidad es imaginable).

Ahora bien, si, en cambio, consideramos que la innovación es, por ejemplo, prioritaria, es ciertamente más probable que una defensa de eficiencia –a largo plazo, evidentemente, porque la innovación como justificación se remite intrínsecamente al futuro- pueda ser efectiva, en el sentido de alegarse que los beneficios excesivos obtenidos por la empresa se invertirán en innovación para el propio consumidor, lo que redundaría en un bienestar superior que compensa los perjuicios derivados del precio supra-competitivo.

Es posible también entender que, en el caso de primar el aumento o aparición de alternativas en el mercado, los precios excesivos podrían actuar como efecto llamada para potenciales entrantes en el mercado, lo que haría que (además de la reducción de los precios, en teoría) se aumentara el rango de opciones a disposición del consumidor.

En nuestra opinión, el largo plazo es inermemente vago y la mejora en innovación es incierta, aunque efectivamente se invirtiesen los

beneficios monopolísticos obtenidos a tal fin. De la misma forma, es hipotético el aumento de alternativas competidoras causadas por un supuesto efecto llamada. Lo único cierto en el supuesto de las consecuencias derivadas de la aplicación del ilícito de los precios excesivos es la mejora inmediata en el bienestar del consumidor causada por un descenso de los precios. El resto de componentes del beneficio del consumidor sólo serán, en el mejor de los supuestos, probables y futuros, características que deben tenerse en cuenta a la hora de hacer un balance de los mismos.

Dicho lo anterior, se debe incidir en la conveniencia de que se realice un balance proporcional y razonable en los supuestos beneficios alegados por la empresa investigada caso por caso, e incluso, es conveniente el recurso a instrumentos que analizaremos en otro capítulo, como son los acuerdos con la Comisión (compromisos) sobre aplicación de los beneficios derivados de un precio excesivo.

Con la necesidad de “proporcionalidad” nos referimos a que cuanto mayores y más actuales los perjuicios, mayores y más garantizados deben ser los beneficios para poder compensarlos. Con “razonable”, en cambio, la exigencia se refiere a la necesidad de alegar eficiencias acordes con el mercado en el que la práctica se produce: quizás no tenga el mismo peso la eficiencia de la innovación en la compensación de unos precios excesivos en un mercado tecnológico o en otro tipo de mercado donde la innovación no tenga un peso tan importante. Asimismo, en nuestra opinión, las eficiencias que se aleguen tendrán mayor peso cuanto más a corto plazo se dejen sentir¹⁷⁶.

¹⁷⁶ A diferencia de en Estados Unidos, donde el tratamiento de las eficiencias es ligeramente distinto cuando analizan el bienestar del consumidor. En Europa, las eficiencias tienen relevancia cuando benefician directamente y a corto plazo al

3. LOS EFECTOS COMO ELEMENTO CENTRAL DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

En este apartado se busca aportar una visión general de los dos aspectos más relevantes en relación con esta nueva tendencia interpretativa: la *prueba* de los *efectos* en el bien jurídico protegido último, en este caso, el bienestar del consumidor, de cualquier práctica que haya llevado a cabo una empresa dominante.

En el pasado, numerosas voces se alzaron desde la doctrina que clamaban una nueva y modernizada forma de interpretar y aplicar el art. 82 TCE, que fuera menos formal¹⁷⁷. La Comisión y los tribunales fueron acusados, en muchas ocasiones de forma infundada o fruto de la incomprensión, de seguir una metodología *per se* en los abusos de precios que sólo beneficiaba a los competidores¹⁷⁸.

consumidor, mientras que en USA se tienen en cuenta las eficiencias que benefician de forma indirecta al consumidor y a largo plazo. AKMAN, P., *The concept of abuse in EU Competition Law. Law and economic approaches*, op.cit, pág. 54 y CSERES, K.J., *Competition Law and Consumer Protection*, Kluwer Law International, The Hague, 2005, pág. 82.

¹⁷⁷ KORAH, V., *An introductory guide to EC competition law and practice*, op.cit, pág. 104. BUNDESKARTELLAMT/COMPETITION LAW FORUM, “A Bundeskartellamt/competition law forum debate on reform of article 82: a “dialectic” on competing approaches”, *European Competition Journal*, vol. 2, n.1, 2006, pág. 213. Cf Report of the Economic Advisory Group for Competition Policy, available at http://europa.eu.int/comm/competition/publications/studies/eagcp-july21_05.pdf. PEEPERKORN, L., “Commission publishes discussion paper on abuse of dominance”, op.cit, pág. 4. El autor atribuye a la Comisión y a los tribunales que pusieran especial atención en la forma legal de la conducta y no en las consecuencias económicas en el mercado. KALLAUGHER, J., WEITBRECHT, A., “Developments under the Treaty on the Functioning of the European Union, articles 101 and 102, in 2008/2009”, *European Competition Law Review*, vol. 31, n° 8, 2010, págs. 307-317, pág. 310.

¹⁷⁸ DIBADJ, R., “Article 82: gestalt, myths, cuestiones”, *Santa Clara Computer and Hight Tech Law Review*, vol 23, 2007, págs. 615-641, pág. 617 y 629 ss.

Sin embargo, mayoritariamente estas críticas no eran más que un *eslogan* de autoría no intervencionista¹⁷⁹. El problema, en cambio, radicaba en que, en algunos casos, la decisión está basada en presunciones y no en cálculos económicos serios¹⁸⁰.

3.1. NOTAS GENERALES

Como se ha puesto de relieve previamente, el Derecho de la competencia y, dentro del mismo, el precepto dirigido a prohibir los abusos de la posición de dominio, ha tenido siempre en cuenta, en cierta medida, la eficiencia y no parece haber sido determinante la influencia *ordoliberal* en el mismo. Así, como hemos subrayado ya, el art. 86 el TCE era neutral respecto del poder económico de la empresa en cuestión. No se trataba de impedir el crecimiento de tal poder si éste se alcanzaba de forma competitiva, sino que sólo preocupa su abuso. En este sentido, al redactar el artículo, los legisladores parecían esencialmente buscar el bienestar social a través de un sistema eficiente.

Pese a lo anterior, los avances durante la última década han sido ciertamente llamativos en cuanto al énfasis puesto en los efectos. En este apartado se estudiará esta última fase *efectista* y *economicista* y su influencia en interpretación de la disposición relativa a los abusos de

¹⁷⁹ WHISH, R.; BAILEY, D., *Competition Law*, op.cit, pág. 196. HERRERA ANGUSTEGUI, I., *Buyer power in EU Competition law*, op.cit, pág. 97.

¹⁸⁰ KORAH, V., *An introductory guide to EC competition law and practice*, op.cit, pág. 142. VELASCO SAN PEDRO, L.A., “Las barreras de entrada y su relevancia para el derecho de la competencia”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, nº 6., 2010, pág. 14. Algunos de los ejemplos que se ponen de relieve para el caso de concentraciones son las sentencias del TPI de 6. 6.2002 asunto T-342/1999 Airtours, de 22.10.2002 asunto T-310/01 Schneider Electric y de 25.10.2002 asunto T.5/02 Tetra Laval.

posición de dominio y, concretamente, las consecuencias de la adopción de la misma sobre la disposición relativa a los precios excesivos.

La aproximación más económica gira en torno al concepto de “efecto”. Así, se sugiere que una conducta sólo si y porque causa un efecto anticompetitivo en el mercado, dañando de esta forma el bienestar del consumidor, será sancionada. Consecuentemente, y aunque el listado de conductas incluidas en la conducta de abuso de posición de dominio ya se consideraba un listado abierto, se permite que *cualquier* práctica llevada a cabo por una empresa en posición de dominio que cause un daño competitivo sea sancionada en virtud del art. 102 TFUE.

No obstante, esta definición sigue sin comprender todas las consecuencias que introduce esta nueva aproximación. En virtud de la importancia clave otorgada tanto al impacto de la práctica como a la eficiencia, se ha sostenido que los efectos anticompetitivos causados son susceptibles de ser compensados con otros efectos positivos, que también cause la práctica analizada. En el supuesto de causar unas ventajas de eficiencia cuyo impacto sea superior al perjuicio producido, la conducta excluyente quedará a salvo de la nulidad¹⁸¹.

3.2. LA APROXIMACIÓN MÁS ECONÓMICA EN EL ART. 102 TFUE Y EN EL ILÍCITO RELATIVO A LOS PRECIOS EXCESIVOS

Aunque estas cuestiones, especialmente la relativa a la cuestión del daño, se tratará en la parte II del trabajo, en el capítulo relativo a los

¹⁸¹ BELLAMY, CHILD, *European Union Law of Competition*, Oxford, 2013, pág. 788.

abusos, es necesario hacer una breve referencia a lo que implica la aproximación más económica para el ilícito relativo al abuso de posición de dominio, en especial, para aquél dirigido a prohibir los precios excesivos.

Posteriormente se retomarán más en detalle estos aspectos, no obstante, hemos entendido procedente situar estos apartados al inicio del trabajo porque conforman la última etapa evolutiva en lo que al abuso de posición de dominio respecta. Ciertamente, recordamos, esta novedad no ha afectado a la letra de la ley, que se ha mantenido estable en los distintos tratados estudiados en el capítulo precedente, pero sí ha afectado al contenido.

3.2.1. Los efectos negativos en el ilícito

Originalmente, como se ha sostenido, la aplicación del artículo 102 TFUE había sido eminentemente formalista y poco sensible a la realidad económica, por lo que se requería la prueba de dos requisitos: la posesión de una posición de dominio y la existencia de un precio excesivo, es decir, del abuso¹⁸². El cumplimiento de estas exigencias se consideraba suficiente, independientemente de las circunstancias que lo envolviesen, especialmente, los efectos que produjeran.

Posteriormente se ha ido incorporando una preocupación primordial en torno al impacto que la conducta produce en el mercado,

¹⁸² Estas dos circunstancias como mínimo, aunque ya se ha puesto de relieve en otro capítulo del presente trabajo que ciertos autores demandan la fijación de nuevos requisitos adicionales o, al menos, una elevación del estándar de los mismos (posición de super-monopolio, barreras de entrada duraderas, etc). NAZZINI, R., “Abuse beyond exclusion: exploitation and discrimination under article 102 TFEU” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 2012, págs. 459-492, págs. 464 y 465.

consecuencias que, en general, ya no se presumen, como en la etapa anterior, sino que se debe aportar prueba de las mismas. No obstante, esta aproximación sólo se ha introducido formalmente, como se pone de relieve en las directrices de interpretación del art. 82 TCE, para los abusos de exclusión.

Esta segunda fase o aproximación centrada en la prueba del daño, que se predica en términos generales del artículo 102 TFUE, no ha afectado, sin embargo, a los precios excesivos con el efecto de explotación. O, al menos, no se han incluido este tipo de abusos en las directrices de interpretación donde se publica la nueva aproximación que va a seguir la Comisión en torno a los mismos.

Sin embargo, la aproximación más económica parece que está extendiéndose hacia todas las conductas incluidas en el abuso de posición de dominio, de forma que el curso interpretativo se dirige hacia la desaparición paulatina de los ilícitos por objeto –aunque sigan existiendo todavía notables excepciones¹⁸³–, exigiendo la concurrencia de efectos negativos de las prácticas anticompetitivas, que se medirán en función de lo que se conoce como teorías del daño (parte II).

3.2.2. La defensa de la eficiencia

Finalmente, la presentación no estaría completa sin una breve alusión a la exención de la defensa de la eficiencia¹⁸⁴. Efectivamente, esta

¹⁸³ Como los casos de negativa de suministro cuando se cumple el test de tres fases recogido en el Guidance paper. MONTI, G., “Article 82 EC: What Future for the Effects-Based Approach?”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 1, nº. 1, 2010, págs. 2-11, pág. 7

¹⁸⁴ Para un tratamiento en extenso de la cuestión por la doctrina española, véase, HERRERO SUÁREZ, C., “La excepción de eficiencia económica (efficiency defense) en el control de la concentración empresarial (análisis comparado entre el Derecho Antitrust

institución está prevista de forma exclusiva en el TFUE para los supuestos de acuerdos restrictivos, en el apartado 3 del artículo. No obstante, se ha acudido a una elaborada teoría doctrinal para poder proyectarlo, asimismo, sobre el artículo 102 TFUE¹⁸⁵.

En síntesis, la posibilidad que ofrece esta defensa de la eficiencia es la absolución de la empresa que ha cometido una conducta abusiva causante de perjuicios, a través de la alegación de eficiencias compensatorias en el beneficio de los consumidores.

Esta interpretación *eficientista* del Derecho de la competencia es en teoría posible en el artículo 101 TFUE, dado que éste cuenta con una suerte de cláusula de escape, el apartado 3, que permite salvar la nulidad de la conducta siempre que se den unas condiciones determinadas, en especial “que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante”. Esta serie de exigencias se corresponden, de forma más sencilla, con la posibilidad de salvar la calificación de anticompetitivo si los efectos suponen una medida eficiente, que produce más ventajas que desventajas y éstas se trasladan a los consumidores. Es decir, casi textualmente aparece en el propio precepto expresada la idea de que el

estadounidense y el Derecho de la Competencia comunitario europeo)”, *Revista de derecho mercantil*, nº 242, 2001, págs. 1943-1968.

¹⁸⁵ CHIRITA, A.D., “The EC commission's guidance paper on the application of article 82 EC: an efficient means of compliance for Germany?”, *European Competition Journal*, vol. 5, nº 3, 2009, págs. 677-700, pág. 691. No obstante, el guidance paper permite, como sugiera la autora, un número limitado de opciones en esta defensa. Inicialmente se sostenía por la doctrina que el abuso de posición de dominio contaba con la característica de la “inautorizabilidad” a diferencia del artículo 81 TCE (101 TFUE). PASCUAL Y VICENTE, J., “Prohibiciones del abuso de posición dominante” en AAVV., *Tratado de Derecho de la competencia*, dir., J.M Beneyto Pérez, coord.. J. Mailló González Orús, Bosch, Barcelona, 2005, págs. 455-511, pág. 461.

beneficio respecto del consumidor puede liberar a la empresa de la sanción.

Sin embargo, el tema es ciertamente más complejo en el artículo 102 TFUE, en el que no existe esta cláusula de exención. Así, esta salvaguarda no está expresamente reconocida en el Tratado, por lo que, en principio, en virtud de una interpretación simple de la ley, el una la conducta abusiva, pese a que repercuta en los consumidores de forma netamente positiva, pueda ser sancionada por las autoridades de competencia.

Ahora bien, las directrices de aplicación del artículo 82 TCE han recogido la interpretación o aproximación más económica extendiendo la misma, también, a los abusos de posición de dominio con efectos excluyentes.

Esta aplicación analógica de la defensa de la eficiencia al art. 102 TFUE ha sido, ciertamente compleja. Se ha debido interpretar, para poder trasladarla al artículo relativo a los abusos de posición dominante, que la defensa de la eficiencia estaría incluida dentro de un concepto de elaboración jurisprudencial para el art. 102 TFUE: la justificación objetiva¹⁸⁶.

Aunque parezca sencilla, se trata de un técnica ciertamente oscura. Así, la clave de la aplicación de esta cláusula de exención reside en la

¹⁸⁶El autor lleva a cabo una elaboración de lo que se considera justificación objetiva. PASCUAL Y VICENTE, J., “Prohibiciones del abuso de posición dominante” en AAVV., *Tratado de Derecho de la competencia*, dir., J.M Beneyto Pérez, coord.. J. Maillo González Orús, Bosch, Barcelona, 2005, págs. 455-511, pág. 494. En la Sentenciaaa United Brands se utiliza por primera vez el término razonable como parámetro para medir la licitud de los actos de la dominante. Sostiene que la empresa efectivamente se encuentra facultada por el ordenamiento para llevar a cabo una protección de sus intereses particulares siempre que sea razonable hacerlo, que, entre otros, será, cuando no conlleve reforzar su posición de dominio en el mercado o no abuse de otro modo de la misma.

toma en consideración de todos los efectos (positivos y negativos) que puedan producirse a raíz de la conducta, ya sean éstos probables o efectivos. Esta comparación exige realizar un juicio final sobre el resultado neto de la conducta, es decir, tras el balance de todos los resultados obtenidos, que debe llevar a cabo la autoridad de la competencia¹⁸⁷, la misma debe valorar hacia dónde se inclina la balanza, cuál tiene más peso¹⁸⁸.

No obstante la simplicidad teórica de un examen que compara los beneficios producidos en forma de aumento de bienestar del consumidor con los perjuicios causados y susceptibles de ser causados, arrojando esta operación una valoración relativa a la licitud de la conducta, la realidad no acompaña a tal impresión. En la práctica, es ciertamente complicado realizar este tipo de comparaciones porque requieren una comprensión muy certera y completa de los efectos sobre el bienestar del consumidor tanto a corto como a largo plazo.

Otra cuestión problemática que complica tal operación se produce de la mano de la naturaleza ambivalente de la mayor parte de efectos (aunque algunas conductas que se lleven a cabo efectivamente produzcan efectos anti-competitivos, se podrán observar, asimismo, efectos positivos

¹⁸⁷ BOURGEOIS, H., “The chilling effects of article 82 enforcement” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 2008, págs. 349-384, pág. 373.

¹⁸⁸ ROUSSEVA, E., “Abuse of dominant position defences” en AAVV., *EC Competition Law. A critical assessment*, ed. Amato, I., Ehlermann, C.D., Hart Publishing, Oxford, 2007, págs. 377-431, pág. 405. La autora, haciendo un repaso de la aplicación de la defensa de la eficiencia en USA, donde se rigen por lo que se conoce como la “rule of reason”, pone de relieve que, aunque allí está admitida, es tan complejo de llevar a cabo este análisis que los tribunales en la mayor parte de ocasiones prefieren fallar en el sentido de mantener que no existe una conducta excluyente o que no existen eficiencias derivadas de la misma.

y a la inversa)¹⁸⁹. Lo que se pretende poner de manifiesto es que el test del balance de los efectos radica en la premisa de que los mismos pueden clasificarse entre negativos y positivos de forma independiente. Y esta asunción parece que peca de cierto maniqueísmo.

Para añadir mayor complejidad a la cuestión, la defensa de la eficiencia no sólo se hará sobre una base de beneficios reales y comprobables que se producen como consecuencia de la práctica anticompetitiva, sino que, además, el análisis debe realizarse tomando en consideración los posibles beneficios hipotéticos a largo plazo¹⁹⁰. En vista de estos argumentos, es necesario plantearse en qué medida una consecuencia positiva hipotética a largo plazo es suficiente para compensar unos perjuicios actuales y comprobables.

Así, la complicación en la valoración de consecuencias producidas por la práctica abusiva radica en que la misma debe incluir tanto los beneficios como los perjuicios, ya sean éstos actuales o potenciales¹⁹¹, y a largo o a corto plazo. Se deriva de lo anterior que es teóricamente posible que una conducta que cause perjuicios efectivos a corto plazo sean

¹⁸⁹ FRIEDERISZICK, H. W., GRATZ, L., “Hidden efficiencies: the relevance of business justification in abuse of dominance cases”, *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 11, n.3, págs. 671-700, pág. 691 ss.

¹⁹⁰ De hecho, hay quien directamente asume que el objetivo del art. 102 TFUE es el bienestar del consumidor a largo plazo. NAZZINI, R., “Abuse beyond exclusion: exploitation and discrimination under article 102 TFEU” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 2012, págs. 459-492, pág. 463.

¹⁹¹ MEIJ, A. W. H., BAUMÉ, T., “Object and effects-based approaches in identifying abuses of a dominant position under article 82 EC” en AAVV., *EU Competition Law in context. Essays in honour of Virpi Tiili*, Ed. Heikki Kanninen, N., Rosas, K., y Rosas, A., Hart Publishing, USA, 2009, págs. 97-116, pág. 103. No es necesario que la Comisión espere a que se produzcan los efectos anticompetitivos para poder actuar. No obstante, esta posibilidad hace que entre en juego la probabilidad con la que tal efecto aparecerá. Por ejemplo, en la Sentencia Michelin II, se recogió que para establecer una infracción del artículo 82 TCE, basta con mostrar que la conducta abusiva tiende a restringir la competencia o, en otras palabras, que la conducta es apta para causar tal efecto.

compensados con unos potenciales beneficios a largo, escapando, por lo tanto, a la sanción. En cualquier caso, en nuestra opinión, cuanto más a largo plazo y más hipotéticos sean las esperadas eficiencias en los consumidores, menor peso se les deberá otorgar en el balance¹⁹².

En este contexto, parece claro que la incertidumbre e inseguridad jurídica se acentúan. Un contexto de largo plazo y potencialidad, exige que, en la mayor parte de ocasiones se deba recurrir a las presunciones, indicios y teorías económicas, reduciendo el impacto o la importancia que puedan tener los hechos.

3.2.3. Los ilícitos por objeto y los ilícitos por efecto

3.2.3.1. *Apuntes generales*

Esta preocupación prioritario por los efectos viene acompañada de una consecuencia ulterior. Como se ha sostenido, la relevancia del impacto de la conducta no es exclusivo de esta última fase del Derecho de la competencia. Lo más relevante y distintivo de esta aproximación es, sin duda, la cuestión de la prueba.

La fractura no se produce en torno a la importancia de los efectos (aunque efectivamente se pueda afirmar que el peso de los mismos en la valoración final de la conducta ha aumentado considerablemente), sino que se produce en la exigencia de la prueba de los mismos, y este requisito afecta tanto a las consecuencias negativas en el bienestar del consumidor como a las posibles eficiencias que puedan derivarse de la conducta.

¹⁹² O'DONOGHUE, R., PADILLA, A. J., *The Law and Economics of article 82 EC*, Hart Publishing, Oxford, 2006, pág. 231.

No obstante, la aproximación más económica es un proceso¹⁹³. Pese a que efectivamente se pueda afirmar que la tendencia avanza hacia la exigencia de la prueba en todos los ilícitos de Derecho de la competencia, la realidad es que existen supuestos donde éste requisito aún no se ha implementado.

Por lo tanto, podemos distinguir, en atención a la exigencia o presunción de la prueba de los efectos, dos categorías de ilícitos: aquéllas conductas cuyos efectos negativos deben ser probados para ser sancionadas y otras cuyo impacto pernicioso en el mercado se presume. A los dos tipos de conductas se los conoce como ilícitos por objeto (no requieren de prueba del daño) o por efecto (se exige evidencia de su impacto negativo).

Se conocen como restricciones por objeto aquéllas que están prohibidas por su naturaleza. No obstante, este tipo de restricciones deben interpretarse, valga la redundancia, de forma restrictiva¹⁹⁴ y han desaparecido prácticamente del Derecho de la Competencia de la mano del *more economic approach*, gracias a los instrumentos que la teoría económica pone a disposición de las autoridades de la competencia y tribunales. Actualmente, serán perseguidas y castigadas de forma casi exclusiva aquellas conductas que produzcan un efecto perjudicial probable.

En los casos de restricciones por objeto¹⁹⁵ no es necesario probar efecto negativo alguno para sancionarlas porque se sabe, por razones

¹⁹³ MONTI, G., “Article 82 EC: What Future for the Effects-Based Approach?”, *op.cit.*, pág. 2. Se trata de un cambio progresivo la aproximación de la Comisión respect de la aplicación del artículo relative a los abusos de posición de dominio.

¹⁹⁴ STJUE Cartes Bancaires contra BNP Paribas de 11 de septiembre de 2014.

¹⁹⁵ Las directrices de aplicación del apartado 3 del artículo 81 definen las restricciones por objeto como “21. Se entiende por restricciones de la competencia por objeto aquéllas

empíricas¹⁹⁶, que no existe explicación alternativa para la conducta¹⁹⁷ o porque la teoría económica, en abstracto, lo sustenta, que tienen efectos

que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia. Se trata de restricciones que, dados los objetivos de las normas comunitarias de competencia, presentan un potencial tan elevado de efectos negativos para la competencia que no es necesario aplicar el apartado 1 del artículo 81 para demostrar cualquier efecto real en el mercado. Dicha presunción se basa en la gravedad intrínseca de la restricción y en la experiencia, que demuestra que las restricciones de la competencia que lo sean por su objeto pueden surtir efectos negativos para el mercado y poner en peligro los objetivos de las normas comunitarias de competencia. Las restricciones por objeto, tales como la fijación de precios y el reparto de mercados, reducen la producción y aumentan los precios, lo que redundaría en una mala asignación de recursos, pues no se producen los bienes y servicios que demandan los clientes. Suponen asimismo una reducción del bienestar de los consumidores, quienes se ven obligados a pagar precios más elevados por dichos bienes y servicios.

22. La evaluación de si un acuerdo tiene o no por objeto restringir la competencia se basa en una serie de factores. Entre éstos cabe citar, en particular, el contenido del acuerdo y la finalidad que objetivamente persigue. También puede ser necesario examinar el contexto en el cual se aplica (o se aplicará) y la conducta y comportamiento efectivos de las partes en el mercado. Es decir, puede ser preciso estudiar los hechos que subyacen al acuerdo y las circunstancias específicas en que se aplica antes de poder concluirse que una restricción particular constituye o no una restricción de la competencia por objeto. El modo en que un acuerdo se aplica en la práctica puede poner de manifiesto una restricción por objeto aun cuando el acuerdo no contemple expresamente disposiciones a tal fin. Las pruebas de que las partes albergan la intención subjetiva de limitar la competencia constituyen un factor importante, pero no son condición necesaria.”

¹⁹⁶ En contra, ODUDU, O., “Interpreting article 81 (1): object as subjective intention”, *European Law Review*, vol. 26, n. 1, 2001, págs. 60-75, pág. 74. El autor mantiene que las infracciones por objeto tienen un contenido subjetivo. Es decir, se entenderá que estamos ante un ilícito por objeto cuando la intención de las partes fuera la de restringir la competencia. Al respecto, véase también, KING, S., “How appreciable is object? The de minimis doctrine and Case C-226/11 Expedia Inc v Autorité de la concurrence”, *European Competition Journal*, vol. 11, num. 1, págs. 1-25. En el artículo la autora pone de manifiesto que el concepto de restricción por objeto ha sido sujeto de ciertas modificaciones y matizaciones respecto de la consideración tradicional. Existen, en la clasificación de la autora, tres formas en las que los tribunales han interpretado este concepto. En primer lugar, tenemos la consideración ortodoxa, según la cual una clase o una categoría de acuerdos por su propia naturaleza restringen la competencia. En estos casos se trata de una presunción iuris et de iure automática de daño a la competencia dada la gravedad de su naturaleza. En segundo lugar se encuentra el conocido como el “la aproximación más analítica”, según la cual se debe poner el foco de atención en si la intención o el objetivo del acuerdo era el de restringir la competencia en el marco del contexto económico en el que se encuadra tal práctica. Por último, existe un tratamiento híbrido de la cuestión. El concepto de abusos por objeto sigue limitándose a aquellos acuerdos que, por su naturaleza, restringen competencia, pero el acuerdo se analiza en su

anticompetitivos¹⁹⁸ –una suerte de manifestación del principio *eum, qui certus est, certiorari ulterius non oportet* (lo que es obvio no hace falta probarlo)-. No obstante, esto aumenta el riesgo de castigar “falsos positivos”¹⁹⁹ y la presencia del elemento de la arbitrariedad, aunque también un aumento de la seguridad jurídica. Estamos, pues, ante una presunción *iuris tantum* (las empresas pueden probar que los efectos beneficiosos de la conducta superan a los perniciosos) de que va a tener efectos negativos tal conducta.

En cambio, en las infracciones por efecto, debe probarse que la conducta produce un efecto negativo o, al menos, es potencialmente apta para producirlo. Por lo tanto, la diferencia con las restricciones por efecto no radica en la producción de efectos anticompetitivos de la conducta en cuestión, sino en la necesidad de su prueba por la Comisión. Se trata de

contexto legal y económico. En estos casos, la presunción de daño es *iuris tantum*, y, por lo tanto, se puede probar en contra.

¹⁹⁷ En la STJUE TOMRA Asunto C-549/10 de 19 de abril de 2012 P y en las conclusiones del AG JÁN MAZÁK que la preceden, ambos señalan que aunque la intención no sea un elemento determinante de la apreciación del ilícito porque el mismo tiene carácter objetivo, esto no quiere decir que sean totalmente ignoradas. Precisamente el estudio y análisis de las intenciones es importante porque pueden ofrecer una explicación alternativa a la conducta de la empresa distinta del fin concurrencial. Esto no libra a la empresa de responsabilidad, tan solo de la responsabilidad *per se*: Obliga a la Comisión a seguir investigando si efectivamente tiene efectos anticompetitivos.

Para más información sobre las restricciones por objeto, véase BAYLEY, D., “Restrictions of competition by object under article 101 TFEU”, *Common Market Law Review*, n. 49, 2012, pág. 559-600.

¹⁹⁸ BAENA ZAPATERO, R., “Derechos fundamentales, derecho administrativo sancionador e infracciones por objeto”, AA.VV., *Estudios sobre la potestad sancionadora en derecho de la competencia*, dir. Guillén Caramés, J., Cuerdo Mir, D., Civitas-Thomson Reuters, 2015, págs. 335-363, pág. 341.

STJUE, asunto C- 67/13 P, de 11 de septiembre de 2014 (Caso cartes bancaires) se refiere a que la conducta tienen un grado suficiente de nocividad que hace innecesaria la prueba de sus efectivas consecuencias perjudiciales para la competencia.

¹⁹⁹ Es un decir, porque obviamente no se ha realizado ninguna prueba que demuestre, siquiera equivocadamente, que tiene efectos negativos.

una presunción de los efectos negativos de la conducta y un traslado de la carga de la prueba a la empresa supuestamente infractora.

Hay que anotar, no obstante que esta separación en los supuestos de abuso de posición de dominio ha sido realmente problemática, puesto que ha consistido, otra vez, en una directa traslación de ciertos conceptos (cuyo significado aún no es pacífico) del artículo 101 TFUE al 102 TFUE²⁰⁰.

El problema de esta interpretación radica en que, para sancionar una conducta de abuso de posición de dominio –cualquier conducta, pues el listado del 102 TFUE es meramente enunciativo y a título de ejemplo-, se tiene especialmente en cuenta la prueba de los efectos perniciosos de las prácticas investigadas y, por lo tanto, la complejidad de la prueba aumenta, convirtiendo esta nueva aproximación más económica en un arma de doble filo para la Comisión, dotándola de libertad en cuanto a conductas que puedan ser sancionadas por el Derecho de la competencia, a cambio de exigirle la prueba de la producción de los efectos negativos.

La dificultad para la Comisión pues, ya no se refiere de forma exclusiva la prueba de la existencia de una posición de dominio y la conducta en que consiste el abuso en sí misma, sino que el foco de atención se ha desplazado hacia la prueba de los efectos negativos²⁰¹.

²⁰⁰ LOEWENTHAHL, P.J., “The Defence of ”Objective Justification" in the Application of Article 82 EC”, *World Competition*, vol. 28, nº 4., 2005, págs. 455-477, pág. 457. SINCLAIR, D., “Abuse of dominance at a crossroads - potential effect, object and appreciability under Article 82 EC”, *European Competition Law Review*, vol. 25, nº 8, 2004, págs. 491-501, pág. 492. Ambos sugieren que, de hacerse esta traslación, no se podrían encuadrar los abusos por explotación, dado que éstos no tienen por objeto ni por efecto la afectación de la competencia. En nuestra opinión, esto no tiene ningún sentido, porque la distorsión de la competencia no es en lo único en lo que puede consistir un abuso.

²⁰¹ BRANDENBURGER, R., MCFADDEN, A. N., WEINSTEIN, S. N., “Fact finding in administrative and judicial proceedings: perspectives of the US Department of Justice” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York,

3.2.3.2. *En particular, en precios excesivos*

Esta corriente doctrinal consistente en considerar el abuso de posición de dominio como infracción por efecto, finalmente ha tocado a las puertas del ilícito de abuso por explotación, cuyo máximo exponente es el precio excesivo. Así, en opinión de estos autores, es necesario exigir una prueba de los efectos negativos de la conducta²⁰² y permitir la defensa de la eficiencia.

En Europa, la práctica consistente en la imposición de los precios excesivos ha sido tradicionalmente considerada como una restricción por objeto, precisamente porque se entendía que no cabe la posibilidad de que una práctica de este estilo pueda producir efectos positivos. Sin embargo, eminentemente por la creciente influencia que la doctrina norteamericana tiene en el Derecho de la Competencia europeo, la cuestión ha vuelto a la palestra en lo que se refiere a la legalidad de los mismos. Se mantiene, sobre todo desde círculos de economistas, que la imposición de precios elevados en una concepción dinámica del mercado es beneficiosa porque promueve la competencia y la innovación. Desde esta nueva concepción, se está discutiendo no sólo ya la clasificación de los precios excesivos dentro de las restricciones por efecto, sino que incluso hay quien lo defiende como una conducta legítima de las empresas que se encuentran en una posición de dominio adquirido de forma competitiva.

4. CONCLUSIONES

2011, págs. 149-174, pág. 166. El autor pone de relieve que en EEUU la prueba no solo concierne a la existencia de tal conducta, sino también a los efectos competitivos de tal conducta.

²⁰² Esta postura y sus argumentos se analizarán en la parte III.

Se sostiene que el contenido del artículo relativo a la prohibición de abuso de posición de dominio ha experimentado un cambio notorio en los últimos quince años. La aplicación de la aproximación más económica ha supuesto un replanteamiento de alguna de las instituciones básicas del ilícito, en concreto, aquella relativa al abuso, en dos vertientes: la relativa al daño y aquella referida al bien jurídico.

En etapas anteriores, para declarar la comisión del ilícito de abuso de posición de dominio, no se requería más que la constatación de haber llevado a cabo una de las conductas recogidas en el mismo. Actualmente, la lista se entiende a título ejemplificativo y se permite que la Comisión condene, en virtud del artículo 102 TFUE, un abuso por cualquier conducta llevada a término por una empresa en posición de dominio que produzca un daño en el bienestar del consumidor. Esta flexibilidad presenta un aspecto positivo y uno negativo. El primero es el de adaptar la interpretación del artículo de forma coherente con el resto de la legislación de competencia. Asimismo, esta aproximación parece razonable en el sentido de dotar de base económica al ilícito. Sin embargo, la *complejización* de la prueba de la producción del daño ha actuado de forma evidente en los procedimientos de competencia.

En nuestra opinión, los precios excesivos han quedado formalmente aparte de esta ola de modernización. Las directrices se aplican exclusivamente a los abusos de exclusión. No obstante, materialmente, se puede extender la aproximación más económica, como se está argumentando, también a este ilícito. Si finalmente se interpreta como afectado por la aproximación más económica, se deberá llevar a cabo toda una serie de adaptaciones a la consideración de los precios excesivos.

La primera cuestión radica en que, en nuestra opinión, el pago de un precio monopolístico es un efecto nocivo en sí mismo y no es necesario probar ninguna otra circunstancia que impacte negativamente en la conducta del consumidor, de no haberse alegado una defensa de la eficiencia efectiva. Por supuesto, las justificaciones objetivas relativas a la superioridad del bien jurídico relativo a la maximización abusiva de los beneficios por parte de la empresa quedan descartadas, no así aquellas dirigidas a subsanar una deficiente apreciación en torno a la detección de una posición de dominio o de un precio excesivo.

Por último, la defensa de la eficiencia será prácticamente inviable en un supuesto de precio excesivo debido a la atribución de un peso específico menor a las consecuencias a largo plazo e inciertas (entre las que suele encontrarse la mejora de la innovación y tecnología).

|

PARTE II. EL ILÍCITO: ESTRUCTURA Y REQUISITOS

CAP. I. INTRODUCCIÓN

1. IMPORTANCIA DE LA ESTRUCTURA DEL MERCADO EN LOS PRECIOS EXCESIVOS

Los requisitos necesarios para cumplir las condiciones previstas en los artículos 102 TFUE y 2 LDC son comunes para todo tipo de conductas y, entre ellas, para los casos de precios excesivos. El primero de ellos es el de exigir que quien realiza la conducta posea una posición de dominio en el mercado de relevancia. El segundo, que tal conducta pueda ser calificada como abusiva desde una perspectiva de mercado.

La necesidad de que concurra una posición de dominio es tal que se puede afirmar que las conductas no serán consideradas ilícitas (al menos en sede de Defensa de la competencia) cuando la empresa no goce de una situación de preeminencia en el mercado relevante, que conlleva la inexistencia, o el carácter debilitado, de la competencia real o potencial.

Esta configuración dominante del mercado se exige por dos motivos. En primer lugar, determina la imposibilidad de que el mercado se auto-discipline. Ante una práctica anticompetitiva, la demanda no tendrá la fuerza suficiente como para compensar tal desviación competitiva. Derivado de esta razón, puede afirmarse, en segundo lugar, que el dominio se encuentra en la base de las consecuencias dañinas de la práctica que, en un escenario competitivo, causaría un daño relativamente menor. En presencia de competencia –real o potencial- las consecuencias de la adopción de una conducta como la imposición de un precio excesivo

carecerán de toda relevancia, dada la capacidad que tiene el mercado de corregir tal desviación, permitiendo que los consumidores o clientes acudan a una fuente de suministro alternativa.

La causa que explica el distinto tratamiento ante la misma práctica en situaciones de dominio y donde no existe el mismo es simple y responde a una lógica clara: ante una conducta como la de la fijación de un precio excesivo, la fuerza de la demanda en un mercado competitivo tendrá un poder que contrarreste al de la empresa oferente, precisamente por la posibilidad de acudir a una fuente de suministro distinta, o, sencillamente, abstenerse de abastecerse de tal bien, por lo que difícilmente se podrá sostener que existe un abuso no consentido del consumidor o cliente (de no mediar las circunstancias que originan una situación de dependencia o de falta de información).

En cambio, una situación radicalmente distinta y que preocupa al Derecho de la competencia es aquélla en la que el abuso se produce cuando la demanda no goza de un margen de actuación ante la fijación de un precio excesivo. Así, ésta última no tiene el peso suficiente como para nivelar y anular el poder de la oferta (empresa dominante), que pudiera convertir a todas las partes de la negociación en precio-aceptantes, y deberá allanarse respecto del precio abusivo impuesto.

Por estos motivos, la estructura del mercado resulta ser de extrema importancia para el Derecho de la competencia: indica la existencia o inexistencia de alternativas y, por tanto, de la posibilidad o aptitud de evitar el abuso, y señala el daño que puede producir que una empresa lleve a cabo tal conducta.

Por lo tanto, por ejemplo, no cabrá la posibilidad de entender que existe un precio no equitativo y sancionarlo a través del Derecho de la

competencia²⁰³ cuando se imponga un precio elevado, desconectado del valor del bien, por una empresa inserta en un mercado competitivo. La razón radica en que, en estos casos, no estaremos ante la imposición unilateral de un precio en el mercado, sino que nos encontraremos ante un precio libremente consentido por la otra parte²⁰⁴ o ante un precio fijado a una empresa dependiente por una que se encuentra en posición de dominio relativo o en desconocimiento de las condiciones que se aceptaban. Asimismo, el daño que pueda producir tal práctica, de efectivamente llevarse a cabo en un mercado competitivo, es irrelevante.

No obstante, y como se ha ido apuntando en este apartado, la relevancia de la posición dominante cede en algunos supuestos, como sucede en los escenarios de dominancia relativa o, como se ha denominado en la legislación española, los supuestos de dependencia recogidos en la Ley de Competencia desleal. En ellos, la empresa que padece los precios excesivos está atrapada en la oferta abusiva, por circunstancias distintas a la inexistencia de alternativas. Estas circunstancias, que también pueden determinar la presencia de un abuso, se estudiarán en subsiguientes apartados.

²⁰³ Será posible, sin embargo, apreciar un abuso si se produce entre empresarios o entre consumidores apoyándonos en el derecho de protección de estos últimos o en la ley de competencia desleal.

²⁰⁴ De no ser que se produzcan circunstancias específicas como, por ejemplo, la situación de dominio relativa que puede producirse en un abuso de dependencia contemplado en la Ley de Competencia Desleal o la falta de información necesario que debe servir a los consumidores para que tomen una decisión fundada. Pero países donde la conducta de una empresa que no es dominante y, pese a ello, puede, por ejemplo adoptar una práctica anticompetitiva (por ejemplo, precios excesivos) que dañe a los consumidores. Tal conducta no puede, evidentemente, perseguirse por el derecho e la competencia porque no existe una posición de dominio, pero hay países que no pueden perseguirla tampoco en otras instancias, o sólo de forma muy restringida (en Irlanda solo puede perseguirse cuando es en el comercio minorista, o sólo se aplica tal protección a los compradores como en Letonia, Republica Checa, Republica Eslovaca), etc.

2. LA EXIGENCIA DE LA CONCURRENCIA CUMULATIVA DE DOS REQUISITOS: POSICIÓN DE DOMINIO Y CONDUCTA ABUSIVA

Los artículos 102 TFUE y 2 LDC que regulan los precios excesivos, modalidad dentro de la categoría general “no equitativos”, tienen una estructura y contenido sustancialmente idénticos²⁰⁵ y exigen, para poder aplicarse, que concurren determinados requisitos específicos de forma cumulativa: en primer lugar, que la empresa posea una posición de dominio y, en segundo, que la misma lleve a cabo una conducta de las consideradas abusivas²⁰⁶.

La concurrencia de cualquiera de estos dos requisitos de forma aislada determina la inaplicación del artículo relativo al abuso de posición de dominio (102 TFUE o 2 LDC). Así, como es bien sabido, el hecho de que una empresa se encuentre en posición de dominio no es, *per se*, una situación sancionable por el precepto relativo al abuso de posición de dominio, ya se produzca en una dimensión europea o de los Estados Miembros²⁰⁷. Como tampoco lo es que una empresa que no se halle en posición de dominio realice alguna de las conductas recogidas en el art. 102 TFUE o 2 LDC.

²⁰⁵ DE LA MANO, M., NAZZINI, R., ZENGER, H., “Article 102”, AAVV., *The EU Law of Competition*, ed. Faull, J., Nikpay, A., Oxford University Press, 2014, págs. 329-539, pág. 334, que sostiene que se puede fundar en los dos apartados, muy posiblemente influenciado por las afirmaciones de Nazzini.

²⁰⁶ ALLENDE SALAZAR CORCHO, R., “El abuso y sus efectos. Modernización del art. 82 TCE” en AAVV., *El abuso de la posición de dominio*, dir. Martínez Lage, S. y Petitbò Juan, A., Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 157.

²⁰⁷ A diferencia, sostienen, con lo que sucede en EEUU. No obstante, el Derecho antitrust ha ido cambiando a lo largo de los años y la interpretación de la Sherman Act no es la misma que en sus orígenes.

No obstante, la conducta abusiva de una empresa que no posea posición dominante tiene un tratamiento potencialmente distinto en el Derecho español de defensa de la competencia porque existe la posibilidad de, presentes determinadas exigencias, recurrir a una cláusula de conexión entre el Derecho de competencia desleal y el Derecho de defensa de la competencia nacional, el artículo 3 LDC. Con este artículo se permite, de la mano de la prueba de afectación a un interés público, que una conducta desleal –es decir, un ilícito civil privado- pueda ser sancionada, cumulativamente, a través de la aplicación pública.

Asimismo, aun no reuniendo la exigencia de afectación a un interés público, es jurídicamente viable, en ciertas ocasiones, sancionar la práctica abusiva a través de otras ramas del ordenamiento, como el caso de la legislación protectora de los consumidores²⁰⁸ -a la que se puede acudir ante una falta de la información necesaria para que el consumidor tome la decisión informada o la inclusión de cláusulas abusivas en el contrato-, la propia Ley de competencia desleal o a las consecuencias previstas por el incumplimiento del Derecho regulatorio.

3. ESTRUCTURA

Recapitulando, para aplicar tanto el art. 2 LDC como el 102 TFUE, es necesario que se reúnan, de forma cumulativa, los dos requisitos aludidos, que se analizarán a continuación de forma independiente y que disponen la estructura de la presente parte II del análisis de los precios excesivos como ilícito del Derecho de la competencia.

²⁰⁸ Cuando la parte dañada se corresponda con el concepto de consumidor recogido en la legislación.

En el primer capítulo, se hará una breve introducción a las vías alternativas al abuso de posición de dominio a las que se puede recurrir ante la imposición de un precio desconectado del valor del bien.

En segundo lugar, y ya insertos en el análisis del Derecho de defensa de la competencia, se procederá a un estudio de los métodos de determinación de la posición de dominio (aunque sin adentrarnos en la complejidad de la delimitación de los mercados relevantes, que ha sido ya estudiada en múltiples ocasiones²⁰⁹), haciéndose posteriormente una breve referencia a la relevancia del concepto de “especial responsabilidad” que surge en situaciones de posición de dominio.

Asimismo, se llevará a cabo un estudio del abuso en concreto, atendiendo específicamente a la problemática derivada de la figura de los precios excesivos. En el mismo, se incidirá en las diferencias existentes con figuras colindantes, como pueden ser los precios excesivos con una finalidad distinta a la explotación directa de los consumidores (precios excesivos con finalidad de excluir del mercado, los precios discriminatorios con finalidad de explotar al co-contratante) y la compresión o pinzamiento de márgenes (*price squeeze*). En ocasiones, la división entre unas y otras no están claras y esta situación de confusión viene reforzada por el hecho de que, habitualmente, el TJUE haya

²⁰⁹ FRIGNANI, A., “Abuso de posición dominante”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 261, 2006, págs. 859-944. FERNÁNDEZ NÓVOA RODRIGUEZ, C., “Caso 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG contra la Comisión de las Comunidades Europeas. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979: Significación y delimitación del mercado relevante”, *Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor*, Tomo 6, 1979-1980, págs. 261-276. Herguera, I., Petibó, A., “La determinación del mercado relevante y de las barreras de entrada, piezas clave del Derecho de la competencia”, *Anuario de la competencia*, nº 1, 2000, págs. 53-78. RUIZ PERIS, J.I., “Mercado relevante” en AAVV., *Derecho Europeo de la competencia. Proyecto Europeo “Training of national judges in EU competition law”*, dirs. C. Estevan de Quesada, J. I. Ruiz Peris, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 37-56.

apreciado la existencia de un precio excesivo en concurso con otros ilícitos.

Durante el análisis, tanto de la posición de dominio como del concepto de abuso, haremos hincapié en los criterios conocidos como “de apreciabilidad”²¹⁰. La relevancia de esta cuestión nos obliga a apuntar brevemente su función. De forma previa al enjuiciamiento de las posibles conductas que dan origen a un abuso, tanto la Comisión como los tribunales deben tomar en consideración si estamos ante conductas cuyo efecto es apreciable sobre el bien jurídico que se protege prioritariamente en esta rama del Derecho –el bienestar del consumidor-, y que pueden predicarse tanto de la posición de dominio cualificada como de un abuso especialmente grave.

Uno de los criterios indiciarios que se incluyen en el análisis de la apreciabilidad son las conocidas como conductas de menor importancia o “*de minimis*”. Este criterio se centra específicamente en el cálculo de las cuotas de mercado que poseen las empresas analizadas²¹¹, con el objetivo

²¹⁰ Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado, apartado 2.4. Las conductas sólo interesarán al derecho de la competencia en tanto que produzcan un efecto significativo. La misma puede valorarse considerando la posición y la importancia que las empresas tengan en el mercado de los productos de que se trate, aunque el grado de apreciabilidad se medirá en atención de las circunstancias particulares de cada asunto, de la naturaleza de la práctica, de los productos y de la posición de las empresas afectadas. La cuota de mercado, por sí sola, no es determinante. Habrá que tener en cuenta el volumen de negocios en términos absolutos y relativos.

²¹¹ Véase COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN, Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Comunicación de minimis), 2014/C 291/01 y su versión revisada del 3.6.2015, donde la Comisión indica umbrales de cuota de mercado por debajo de los cuales la afectación al mercado no será sensible, especificando que no necesariamente cuando se superen estaremos ante casos de afectación sensible.

RICÓN GARCÍA LOYGORRI, A., “Las conductas prohibidas” en AAVV., *La nueva Ley de Defensa de la Competencia. Análisis y comentarios*, dir. J.M. Beneyto, J. Mailló, Bosch, Barcelona, 2009, págs. 151-189, pág. 160.

de evitar incurrir en la inversión de recursos económicos en situaciones que producirán un impacto reducido. Aunque este factor, evidentemente, no será uno de los que vayan a jugar un papel relevante en el análisis de la apreciabilidad de una conducta de una empresa que se encuentre en posición de dominio²¹², sí es necesario prevenir sobre las consecuencias de exigir, para poder imponer una sanción por precios excesivos, la existencia de una posición de dominio reforzada.

Asimismo, los tribunales han señalado la duración de la práctica o el margen de beneficios obtenido por la empresa como aspectos necesarios para poder concluir la comisión de un ilícito, elementos todos que integrarían el análisis de los criterios de apreciabilidad que tienen su incidencia en el ilícito de los precios excesivos. Por último, aunque también quedará fuera del análisis del presente trabajo, la doctrina ha señalado la afectación al comercio entre los Estados Miembros como uno de los criterios de apreciabilidad del art. 102 TFUE²¹³.

4. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA AUSENCIA LA POSICIÓN DE DOMINIO O EL ABUSO

Es posible que, en el estudio de si una práctica de precios excesivos supone una conducta abusiva, el tribunal, la Comisión o la autoridad de la competencia nacional pertinente se percaten de la no concurrencia de uno de los dos elementos aludidos necesarios. En estas

²¹² SINCLAIR, D., “Abuse of dominance at a crossroads - potential effect, object and appreciability under Article 82 EC”, *European Competition Law Review*, vol. 25, nº 8, 2004, págs. 491-501, pág. 496.

²¹³ *Íbidem*.

circunstancias, es conveniente plantearse cuáles son las consecuencias jurídicas de tal ausencia.

4.1. INEXISTENCIA DE POSICIÓN DE DOMINIO

En el presente apartado se hará una división en atención al impacto que la ausencia de posición de dominio produce sobre distintas ramas del Derecho: tanto el Derecho de la competencia (comunitario y nacional), como del Derecho de consumo, Competencia desleal o Derecho regulatorio.

4.1.1. Derecho de la competencia

Ante la ausencia de una posición de dominio, la consecuencia automática es la imposibilidad de aplicar el Derecho de la competencia europeo, en tanto que los requisitos para ello son cumulativos.

La consecuencia en el Derecho nacional español es potencialmente distinta. Como en el caso europeo, no se podrá aplicar el artículo relativo al abuso de posición de dominio (art. 2 LDC). Sin embargo, la Ley de defensa de la competencia española contiene un precepto que permite que sea analizado como ilícito de defensa de la competencia un supuesto de competencia desleal que afecte al interés público (art. 3 LDC).

El Derecho español de defensa de la competencia, como ya hemos advertido, incluye un artículo (actual artículo 3 y, en la Ley de 1989, el artículo 7)—desligado tanto de la colusión como del abuso de posición de dominio²¹⁴ - que permite perseguir, desde la aplicación pública del

²¹⁴ LOBILLO MÁRQUEZ, P., “Falseamiento de la libre competencia por actos desleales” en AAVV., *Estudios de Derecho de la Competencia*, coord. Font Galán, J.I., Pino Abad, M., Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 217-229, pág. 219. En contra,

Derecho de la competencia, un ilícito de competencia desleal cualificado²¹⁵.

Con el concepto “cualificado”, la doctrina se refiere a la característica de poseer la suficiente entidad como para afectar a un interés público, impacto que justifica la intervención de la aplicación pública del Derecho de la Competencia. Por lo tanto, esta afectación de forma especialmente intensa a un bien público es precisamente la razón de hallar tal precepto en la Ley de defensa de la competencia²¹⁶.

ROBLES MARTÍN LABORDA, A., *Libre competencia y competencia desleal*, LaLey, Madrid, 2001, pág. 209 y 228.

²¹⁵ FONT GALÁN, J. I., MIRANDA SERRANO, L. M., *Competencia desleal y antitrust*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 34 y 81 y FONT GALÁN, J. I., MIRANDA SERRANO, L. M., “Defensa de la competencia y competencia desleal: conexiones funcionales y disfuncionales” en AAVV., *Estudios de Derecho de la Competencia*, coord. Font Galán, J.I., Pino Abad, M., Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 9-49, pág. 18 y 22 y ss. Los autores oportunamente señalan los problemas y desafíos que presenta una norma de conexión del Derecho público de defensa de la competencia con un Derecho eminentemente privado como es el de competencia desleal. A este fenómeno lo denominan privatización o desadministrativización del enjuiciamiento *antitrust*, con el que se refieren al enjuiciamiento de la deslealtad a órganos de aplicación de derecho público, que tiene que juzgar conforme a principios privatistas la comisión de un ilícito *antitrust*. Asimismo, los autores proponen una interpretación alternativa a la opinión mayoritaria respecto de si la comisión del ilícito de competencia desleal es presupuesto de aplicación del precepto. En opinión de los autores, el mismo no es requisito necesario y la autoridad de competencia no tiene la necesidad de remitirse a la legislación de competencia desleal cuando funda su decisión. Los autores entienden que está implícito el calificativo de desleal en una conducta celebrada en el Mercado con fines concurrenciales que distorsione gravemente la competencia y lesione el interés público precisamente dado el estándar de exigencia de Buena fe exigido en la cláusula general de la LCD. La diferencia reside en que, en esta ocasión, la deslealtad se deriva de una consecuencia, de un resultado producido: la grave distorsión de la competencia y afectación al interés público. En este sentido, para los autores, la mención a “desleal” responde sólo y exclusivamente al hecho de que para el legislador de 1989, cualquier práctica distinta de las recogidas en el artículo relativo a las prácticas colusorias o a las prácticas abusivas, al quedar fuera del ámbito de aplicación de la LDC, sólo eran perseguibles a través de la competencia desleal.

²¹⁶ MASSAGUER, J., “Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales” en AAVV., *Comentario a la ley de defensa de la competencia*, ed. Massager, J. et al., Thomson Civitas, Madrid, 2008, págs. 197-222, pág. 206.

En estos casos, el legislador entiende que la Ley de competencia desleal es insuficiente para abordar todos los aspectos del ilícito, puesto que ésta protege principalmente y de forma directa el interés privado²¹⁷. No obstante, es posible que, con independencia de los intereses privados que se hayan podido lesionar, pueda probarse que la conducta trasciende tal dimensión y afecta a un interés público, ámbito de aplicación del artículo 3 LDC.

Así, para poder proceder a la aplicación del artículo 3 LDC es necesario que concurren de forma cumulativa tres elementos²¹⁸. En primer lugar, ha de producirse un acto de competencia desleal. En segundo lugar, tal conducta desleal debe ser apta para falsear la competencia, de forma sensible o causar una distorsión grave²¹⁹. Cuanto mayor sea el poder de

²¹⁷ BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, A., *Apuntes de Derecho Mercantil: Derecho Mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 364, 368, 369, 373. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, A., “Nociones introductorias” en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Competencia desleal*, dir. A. Bercovitz Rodriguez Cano, Cizur Menor, 2011, págs. 39-74, pág. 42. ROBLES MARTÍN LABORDA, A., *Libre competencia y competencia desleal*, op.cit, pág. 67.

²¹⁸ Aunque parte de la doctrina entiende que los dos últimos pueden perfectamente refundirse en uno solo en tanto que el falseamiento de la competencia conlleva la afectación de un interés público. ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *Libre competencia y Competencia desleal*, op.cit, pág. 186. EMPARANZA SOBEJANO, L., *El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 217. IGARTUA ARREGUI, I., “Interés público como requisito de aplicación del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia” en AAVV., *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia*, Civitas, Cizur Menor, 2014, págs. 177-195, pág. 178.

²¹⁹ MASSAGUER, J., “Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales”, op.cit., pág. 213.

Como en el artículo 5 de la LDC se recoge una regla de minimis de necesidad de efectos significativos sobre la competencia el campo de aplicación del artículo 3 se estrecha notablemente, ya que será complicado encontrar efectos significativos derivados de una conducta unilateral de una empresa que no tenga posición de dominio en el Mercado. COSTAS COMESAÑA, J., “Prohibición de falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal” en AAVV., AAVV., *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, dir. M.P. Bello Martín Crespo, F. Hernández Rodríguez, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, págs. 213-231, pág. 219.

mercado o la capacidad para falsear el mercado²²⁰ por la empresa o por la práctica en cuestión, mayor será la probabilidad de cumplir este requisito. Por último, se debe afectar al interés público²²¹-entendiendo por tal un interés de orden público económico^{222 223}. Se perjudicará este interés público cuando la conducta enjuiciada tenga suficiente entidad para causar una grave perturbación en los mecanismos que regulan el funcionamiento del mercado, entidad que puede reflejarse en la amenaza que supone para el mantenimiento del mercado competitivo, la naturaleza de los sujetos responsables de la práctica o del mercado en el que se produce tal restricción, el contexto, la transcendencia económica y social, etc.²²⁴.

En teoría, es posible entender que la práctica de dependencia económica, en la versión de fijación de unos precios excesivos, tiene aptitud de afectar un interés público si, por ejemplo, la cuota de mercado

²²⁰ Aunque no sólo importa la cuota de mercado, sino también la difusión de la práctica, el riesgo de repetición, la posibilidad de que sea reproducida tal conducta por otros operadores, etc. Son diversos los factores que pueden derivar en un falseamiento suficientemente apreciable como para derivar en la aplicación del artículo.

²²¹ MASSAGUER, J., “Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales” op.cit., pág. 209.

²²² MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA, *Libro blanco para la reforma del sistema de defensa de la competencia*, 2005., COSTAS COMESAÑA, J., “Prohibición de falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal”, op.cit, pág. 225.

²²³ Resoluciones del TDC de 16.2.99 Tabacos de Canarias (Exp. 375/96), de 14.5.97 Exp. Hidroeléctrica ampurdanesa r 180/96, de 26.1.00 Distribuidora industrial. Exp. 451/99, de 14.2.00 gas Sabadell, exp. 458/99, que tratan respectivamente cuestiones de violación de normas, venta con prima predatorio, abuso de situación de dependencia económica. ROBLES MARTÍN LABORDA, A., “libre competencia y competencia desleal: de Nuevo sobre el artículo 7 LDC”, op.cit, pág. 241 establece que no hay tipos de actos desleales excluidos ni incluidos per se en tal precepto, sino que cualquiera puede ser dependiendo de su aptitud para afectar masivamente, señalando, sin embargo, que la doctrina del Tribunal de DC ha sido errática. No obstante, apuntando que parece haberse impuesto la interpretación cuantitativa, sin excluir actos per se de la aplicación del precepto y guiándose por la afectación cualificada de los mismos al Mercado.

²²⁴ MASSAGUER, J., “Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales”, op.cit, pág. 218. COSTAS COMESAÑA, J., “Prohibición de falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal”, op.cit, pág. 227.

se encuentra próxima a la posición de dominio, la conducta es reproducida por otras empresas en el mercado o cuando las consecuencias derivadas de la imposición de un precio excesivo son graves, situación que se produciría en supuestos de bienes de naturaleza esencial, como el gas o la electricidad, pero también respecto del acceso a la tecnología. Un ejemplo derivado de los problemas surgidos a raíz de precios excesivos de empresas que no ostentan posición de dominio y que, sin embargo, trasciende la dimensión privada, puede producirse en los supuestos de estandarización de tecnología. En ellos, la empresa titular de la tecnología ampliamente adoptada en el mercado puede no poseer una posición de dominio absoluta en el mercado y, pese a ello, tener capturada a la empresa dependiente²²⁵. La imposición de unos precios excesivos en la situación descrita conlleva que, bien una tercera empresa dependiente no pueda acceder a la tecnología imposibilitando el surgimiento de un producto futuro, bien se repercutan tales sobrecostes en los consumidores, situación que expulsará a parte de los mismos del mercado.

4.1.2. Recurso a otras ramas del ordenamiento

Es posible hallar artículos que sancionan la fijación de precios abusivos con una finalidad de explotación a los consumidores en otras ramas de la legislación –al menos, de la española–, que no anclan el ilícito en la existencia de una posición de dominio en el mercado. Entre otras, se puede señalar la legislación de competencia desleal, el Derecho de consumo o incluso la legislación cuyo objetivo es la regulación de un mercado.

²²⁵ RODILLA MARTÍ, C., *Consortios de estandarización, patentes esenciales y cláusulas FRAND*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Así, y pese a la posibilidad de recurrir a tales normas, sancionando el mismo resultado –la fijación de un precio excesivo- los preceptos no responden a la misma lógica que el Derecho de la competencia, ya que, si bien todos protegen a una parte que se encuentra en una situación de desventaja y desequilibrio en la negociación, el origen de tal desequilibrio no es el mismo. En el caso de la legislación protectora de los consumidores, fundamentalmente estaremos en un caso de falta de información a la hora de contratar; en el caso de competencia desleal, la práctica se origina en un escenario de dominancia relativa; en el supuesto de la regulación de mercados, de lo que se trata es de corregir la estructura deficiente de un mercado, que imposibilite su funcionamiento ordenado, dada su especial situación (normalmente, bienes o servicios esenciales o calificados como de interés general).

Así, los artículos que se presentarán a continuación se encuentran en otras ramas del ordenamiento, no necesariamente de Derecho público o administrativo. De las tres alternativas que sintetizaremos seguidamente, dos tienen corte eminentemente público, como son el Derecho de consumo y la regulación económica. La tercera, no obstante, encuentra su encuadre en la legislación privada, cuyo objetivo principal se dirige a la compensación de los perjuicios causados por actos de competencia desleal y a la cesación de sus efectos, a la que pueden recurrir tanto consumidores finales como empresarios.

4.1.2.1. Ley de Competencia desleal

En concreto, de entre las conductas reprobables recogidas en la Ley de competencia desleal, la parte afectada por un precio abusivo podría recurrir al ilícito de abuso de dependencia.

La figura de abuso de dependencia a la que nos referimos tiene una naturaleza ciertamente ambivalente. Tal es así que no se ha regulado de forma armonizada en Europa, pudiendo hallar cabida en dos ramas diferentes: el sistema de ilícitos de defensa de la competencia y la competencia desleal²²⁶.

²²⁶ BAKHOUM, M., “Abuse without Dominance in Competition Law: Abuse of Economic Dependence and its Interface with Abuse of Dominance”, *Draft paper prepared for the 2015 ASCOLA Conference*, 2015, págs. 1-25, pág. 2.

La International Competition Network's (ICN) Annual Conference que se celebró en Tokyo, en el año 2008, puso de relieve las diferentes regulaciones que se proponen globalmente al problema de posición de ventaja en la negociación: algunos de los países utilizan las normas de defensa de la competencia, otras se remiten al Derecho de contratos civil en los casos de asimetría en el poder de negociación.

En otros Estados, esta práctica se ha regulado de formas distintas. En Alemania, se ha recogido en el art. 20 del *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*. En el mismo, se refieren a los comportamientos prohibidos de empresas con poder relativo de mercado, es decir, empresas de las que dependen otras empresas pequeñas y medianas, ya sean éstas clientes o proveedores y que no tienen la posibilidad de encontrar una alternativa suficiente y razonable. Estas empresas no pueden utilizar esta situación para dañar de forma mediata o inmediata injustificadamente las empresas de ellas dependientes. En Francia, encontramos la regulación de este tipo de comportamientos en el art. 8.2 *Ordonnance* n. 86-1243 du premier décembre 1986 *relative à la liberté des prix et de la concurrence*. Actualmente se encuentran recogidos en el *Code du Commerce* en el *Livre IV de la liberté des prix et de la concurrence* en el art. L420-2, en el mismo artículo precisamente que el abuso de posición dominante. En el mismo se sostiene que está prohibido, si es susceptible de afectar el funcionamiento o la estructura de la competencia, la explotación abusiva por parte de una empresa o un grupo de ellas de la dependencia económica en la que se encuentra una empresa cliente o proveedora. Este abuso puede consistir en una negativa a vender, en ventas ligadas, en prácticas discriminatorias previstas en el I del artículo L442-6. Por último, en el caso italiano, nos encontramos con que la regulación es contractual y, por lo tanto, se halla en el art. 9 de la *Legge de 18 de giugno* 1998, n. 192. *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, donde se prohíbe el abuso de una empresa o más que se encuentre en dependencia económica, ya sea cliente o proveedora. La dependencia económica será la situación en la que una empresa está en un desequilibrio de derecho y obligaciones con respecto de otra. La dependencia se evaluará teniendo en cuenta la posibilidad que tiene la parte que ha recibido el abuso de encontrar en el mercado una alternativa satisfactoria. Se entenderá también un abuso de vender o comprar, en la imposición de condiciones

En el ordenamiento español, esta práctica está actualmente recogida en la Ley de competencia desleal²²⁷ en el art. 16.2²²⁸. Sin embargo, y pese a tal configuración, se ha sostenido que el ilícito de dependencia económica se encuentra tan estrechamente ligado a la posición de dominio absoluta, que parte de la doctrina ha llegado a sostener que no se trataría de un ilícito autónomo, sino de una modalidad del abuso de posición de dominio, un “supuesto ejemplificativo o modalidad singular”²²⁹.

En cualquier caso, y si se cumplen los requisitos presentados previamente, es posible que llegue a tener implicaciones a efectos del art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia española²³⁰.

El legislador español no ha propuesto una definición de abuso de dependencia económica²³¹. No obstante, ha proporcionado elementos

contractuales gravosas o discriminatorias y en la interrupción arbitraria de las relaciones comerciales. La consecuencia será la nulidad de estos actos.

²²⁷ Para un recorrido histórico legislativo del abuso de posición relativa o dependencia económica, véase ESTEVAN DE QUESADA, C. “La doble regulación del abuso de una situación de dependencia económica”, *Revista de derecho Mercantil*, n.º. 257, 2005, págs. 1079-1130.

Críticas sistemáticas y prácticas respecto de la configuración como ilícito de la competencia desleal y no como ilícito de defensa de la competencia en MASSAGUER, J. “La explotación de una situación de dependencia ...”, *op. cit.*, pág. 2208 y ss.

²²⁸ “Se reputa desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares”.

²²⁹ FONT GALÁN, J.M Y MIRANDA SERRANO, L.M. *Competencia desleal y antitrust. Sistemas de ilícitos*, Marcial Pons, 2005, Barcelona, pág. 133 El autor presenta las tendencias que existen en la doctrina acerca de la clasificación del ilícito.

²³⁰ RUIZ PERIS, J.I., “Business networks as a legal explanatory framework”, en *Festschrift Fur Klaus J. Hopt Zum 70. Geburtstag Am 24. August 2010: Unternehmen, Markt Und Verantwortung*. Vol II. De Gruyter, págs. 2901-2917, pág. 2914 y FONT GALÁN, J. I., MIRANDA SERRANO, L. M., *Competencia desleal y antitrust*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 128.

suficientes de los que se puede desprender su contenido: en situación de dependencia se encontrarán las empresas que carecen de alternativa equivalente²³² para el ejercicio de su actividad²³³.

El concepto “alternativa”²³⁴ se debe entender como la posibilidad de establecer relaciones con otras empresas para la clase de productos, en el marco geográfico y tiempo considerados. Existirá una alternativa en el mercado de referencia²³⁵ cuando otras empresas estén en condiciones de efectuar los suministros que necesitan los clientes en condiciones equivalentes.

La existencia de una alternativa, sin embargo, no es motivo suficiente para descartar la situación de dependencia, pues ésta no sólo ha de existir (es decir, ser real y efectiva en contraposición a potencial), sino

²³¹ RODRIGUEZ MATAS, M.J. Y VEGA PENICHET, L., “Las situaciones de dependencia económica en las leyes reguladoras de la competencia. Requisitos de aplicación y acciones posibles”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, Nº 243, 2006, págs. 77-91, pág. 80.

²³² ESTEVAN DE QUESADA, C., “Franquicia y abuso de dependencia económica”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 26, 2005-2006, págs. 145-170, pág. 160. “Equivalente” debe interpretarse de acuerdo con los conceptos de suficiencia y razonabilidad. Respecto del primero hay que tomar como referencia la situación típica de la empresa supuestamente dependiente y analizar si, teniendo en cuenta las condiciones de la competencia del mercado, la alternativa existencia le permite subsistir en condiciones competitivas. El operador alternativo debe poder suministrar la cantidad de producto considerada la mínima necesaria para que pueda subsistir competitivamente. Para el segundo criterio se suelen usar datos como: el coste de la alternativa, la fiabilidad de los suministros o pedidos, etc. Si el coste alternativo es mas elevado que el anterior, la alternativa no es razonable aunque exista y sea suficiente.

²³³ MASSAGUER, J. “La explotación de una situación de dependencia...”, *op. cit.*, pág. 2229.

²³⁴ ESTEVAN DE QUESADA, C. “Franquicia y abuso de dependencia económica...”, *op. cit.*, pág 156. “La alternativa debe entenderse como la posibilidad de sustituir la relación contractual que liga a ambas empresas, a la empresa fuerte por otra empresa que esté en condiciones de suministrar o adquirir los bienes o servicios que suministraba o adquiriría la empresa fuerte”.

²³⁵ Mercado que previamente habrá de definirse siguiendo los parámetros explicados anteriormente en apartados precedentes. A diferencia, sin embargo, de lo que ocurre con la determinación de una posición dominante, en el caso de poder de mercado relativo habrá que analizarse también la situación de los clientes y proveedores.

que también debería ser equivalente. La equivalencia se refiere a la posibilidad de sustituir de forma adecuada y solvente la relación con la empresa con poder relativo de mercado. Esta característica se puede definir en función de dos condiciones: la suficiencia y la razonabilidad²³⁶.

Existe una serie de motivos que hacen probable el surgimiento de una situación de dependencia económica²³⁷. No obstante, no todos ellos pueden dar origen a un precio excesivo. Sólo cuando la dependencia hace de determinadas circunstancias es posible que se cometa el abuso por un precio no razonablemente relacionado con el valor del bien: la dependencia por el muestrario de la empresa dependiente (debida a la

²³⁶ ESTEVAN DE QUESADA, C., “El abuso de dependencia económica en las redes de distribución” en AAVV, *Hacia un derecho para las redes empresariales*, Dir: Ruiz Peris, J.I., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 187-223, pág. 189 y MASSAGUER, J. “La explotación de una situación de dependencia...”, *op. cit.*, pág. 2231. “Suficiente” es un criterio fundamentalmente cuantitativo. Será suficiente cuando las otras fuentes de aprovisionamiento en el mercado tengan la capacidad para cubrir la demanda, de modo que pueda sustituir los pedidos de una a otra empresa. En la valoración de esta circunstancia se hace un análisis de las “condiciones estructurales del mercado”, es decir, no sólo la cantidad de agentes, sino también su volumen y vínculos jurídicos.

La razonabilidad es un concepto ligado fundamentalmente a los costes. Se refiere a la situación en la que la utilización no reporta a la empresa cliente una pérdida de inversiones o desventaja competitiva que no pueda asumir, análisis que se llevará a cabo caso por caso. Esta consideración será posterior al de suficiencia, es decir, que sólo se considerará la razonabilidad de alternativas que se hayan considerado, previamente, suficientes.

²³⁷ La dependencia por el muestrario de la empresa dependiente (debida a la selección de productos o servicios), la dependencia en razón de la organización de la empresa, la que se origina como consecuencia a la escasez y, por último, la dependencia causada por el poder relativo de la demanda. MARKERT, K., “S. 20 GWB” en *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, coord. Immenga, U Mestmäker, E.J.,mCH. Beck, München, 2001, págs. 749-918, págs. 779-788.

En Francia, la autoridad de la competencia propuso cuatro criterios para poder apreciar la dependencia económica: la reputación de la marca del proveedor, la cuota de mercado, la importancia de la cuota del proveedor en el turnover del minorista y la posibilidad del distribuidor de cambiar a otro proveedor en condiciones equivalentes. En este último requisito ha puesto también especial énfasis la legislación alemana (art. 20.2. GWB). ZABALETA DÍAZ, M., “La dependencia económica del proveedor en la gran distribución” en AAVV. *Derecho de la Competencia y la Gran Distribución*, coord. F. Cachafeiro, R. García, M. López, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, págs. 57-92, pág 62.

selección de productos o servicios), la dependencia en razón de la organización de la empresa y la que se origina como consecuencia de la escasez.

Por último, como en el caso de posición de dominio absoluto, para que la conducta califique como ilícito, debe producirse un abuso²³⁸, pues la mera existencia de un vínculo de dependencia no da origen a la infracción de la Ley de competencia desleal.

El concepto de abuso tampoco aparece definido en la Ley, requiriendo una remisión jurisprudencial²³⁹ a dos sentencias clave - *Hoffman LaRoche* y *Continental Can*²⁴⁰- y doctrinal. La doctrina entiende que, en general, la noción de abuso es una forma de uso que se caracteriza por su naturaleza indebida, excesiva o injusta²⁴¹.

²³⁸ El término “abuso” no puede interpretarse automáticamente el contenido material del término “explotación” trasladando a esta sede el catálogo legal de prácticas abusivas de una posición dominante. MASSAGUER, J. “La explotación de una situación de dependencia...”, *op. cit.*, pág. 2241.

El abuso se definirá como ya se hizo en las sentencias Hoffman La Roche apartado 91 y Continental Can, apartado 43.

²³⁹ Pese a que la jurisprudencia tampoco “se ha detenido a analizar detenidamente el concepto”. ESTEVANDE QUESADA, C., “El abuso de dependencia económica en las redes...”, *op. cit.*, pág. 205.

²⁴⁰ Estas sentencias se refieren, no obstante, al abuso de posición dominante. En ellas se estableció que éste es un concepto objetivo referido al comportamiento de una empresa en posición dominante que puede influir en la estructura de un mercado en el cual, por la misma presencia de la empresa en cuestión, el grado de competencia se ha visto debilitado, y que mediante el recurso a métodos diferentes de los que condicionan la competencia normal en productos o servicios en base a las prestaciones de los operadores, tiene el efecto de disminuir el grado de competencia todavía existente en el mercado o el aumento de esa competencia. Aunque, como señala ESTEVAN DE QUESADA, C.; “El abuso de dependencia económica...”, *op.cit.*, págs. 209-210, repetidas veces se ha condenado a empresas que utilizaban métodos competitivos normales.

²⁴¹ RUIZ PERIS, J. I., “El abuso de dependencia económica en el Derecho de defensa de la competencia en el marco de la lucha contra las conductas abusivas” en AAVV., *Derecho de la Competencia y la Gran Distribución*, coord. F. Cachafeiro, R. García, M. López, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, págs. 31-55, pág. 31.

Si bien es cierto que en el listado de prácticas que se presumen abusivas de dependencia económica no aparecen los precios excesivos, esto no debe suponer un impedimento para incorporarlo al mismo, dado que la enumeración es meramente ejemplificativa. Por lo tanto, es perfectamente sancionable a través de un ilícito de dependencia relativa, aquella empresa que impone un precio excesivo a su contraparte aprovechando la configuración de la oferta –la necesidad, para ser competitivo en el mercado, de ofrecer al público un producto determinado, la configuración de la empresa o una situación de escasez-.

Ejemplos concretos de esta práctica de fijación de precios abusivos a empresas dependientes pueden producirse en el supuesto en el que la notoriedad de la marca del suministrador exige la inclusión del producto en el abanico de ofertas de la dependiente. También podrá apreciarse un supuesto de dependencia en los casos en los que se fije un precio excesivo aprovechando la organización empresarial, consistente en la utilización de un concreto sistema operativo no dominante en el mercado. Si los costes que se originan en el cambio de sistema operativo son demasiado elevados, la empresa quedará a merced de los precios que se desee fijar por la contraparte. Asimismo, el abuso puede perpetrarse en contratos de distribución exclusiva, en los que el empresario ha orientado su mercado hacia la empresa suministradora, que es la única de la cual se puede abastecer.

4.1.2.2. TRLGDCU

El Texto Refundido de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios no contiene una referencia concreta a los precios excesivos. No obstante, es posible vincular tal práctica con la ilicitud proveniente de la

falta de información requerida o por la imposición de cláusulas abusivas en la contratación.

Para poder aplicar el Texto Refundido es necesario, en primer lugar, hallarse dentro del ámbito de aplicación de la Ley. En este caso específico, debe tratarse de “relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios” (art. 2).

El artículo 8 de la Ley lleva a cabo una enumeración sintética de los derechos de los consumidores que se desarrollan en los subsiguientes artículos. Particularmente a los efectos del análisis actual interesan tanto el apartado b como d, refiriéndose éstos respectivamente a la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos y la información correcta sobre los diferentes bienes²⁴² o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.

En el primero de los dos preceptos, la Ley lleva a cabo una referencia a la LCD (art. 19.2), mientras que el segundo (art. 20), recoge el deber del empresario de proporcionar la información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios, de forma que se posibilite una decisión racional e informada por parte del consumidor en atención a las características del bien que adquiere, como puede ser el precio (art. 20.1.c).

Aunque es una vía poco frecuente a la que acogerse para el supuesto de imposición de precios excesivos, recientemente, y a raíz del aumento del precio de la electricidad en España, la Fiscalía de lo Civil del

²⁴² Que podría suceder cuando el precio concreto no se detalla concretamente en el contrato, sino que se diga en referencia a un índice externo, fluctuante que puede, en algunos supuestos, llegar a determinar un precio excesivo.

Tribunal Supremo, anunciaba en una nota de prensa²⁴³, que había iniciado diligencias preliminares de investigación en defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios, con el fin de averiguar las razones que originan los aumentos del precio de tal servicio.

Las diligencias abiertas se anclan en el art. 11.5. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que legitima al Ministerio Fiscal para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios.

4.1.2.3. Regulación de mercados: precios regulados

El primer inciso de este apartado se dirige, inevitablemente, a una clarificación terminológica del concepto “regulación”, que aparece dos veces mencionado en el título. El sentido propio del término “regular” se refiere a la proclamación de normas jurídico-vinculantes. Sin embargo, parece que cuando utilizamos el concepto en el ámbito colindante con el Derecho de la competencia adquiere un cariz sutilmente distinto²⁴⁴.

²⁴³ https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/gabinete_prensa/noticias/detalle_noticia/!ut/p/a1/04_Sj9CPykyssy0xPLMnMz0vMAfGjzOI9HT0cDT2DDbzcfcSzcDBzdPYOdTD08jIM9DYEKI0EKDHAARwO8-12NoPrxKCDKfhwKLIJMCokP14_CpwRsAlgBPi-imuDv4WsENMHQN9TE0sXYwMJAvyA3NDTCINMTAK8MP14!/d15/d5/L2dJQSEvUUt3QS80SmlFL1o2X01BSEExSVMwSjBHNTMwQThVNIM5REYwMDgy/?itemId=1048355&tieneImágenes=0&tieneDocs=0.

²⁴⁴ Es necesario notar, a su vez, la diferencia de finalidades que existen entre la regulación –en el sentido que explicaremos aquí– y el derecho de la competencia. El segundo no tiene finalidad regulatoria, no quiere configurar o determinar las reglas del juego del mercado, sino asegurar que, fijadas éstas por las autoridades de regulación, no se falsee la competencia mediante conductas anticompetitivas.

Con “regulación” nos referimos pues a la actividad normativa que configura jurídicamente las pautas o reglas obligatorias que disciplinan el funcionamiento de un sector o, si se quiere, de un mercado²⁴⁵.

Precisamente de la mano de los procesos de liberalización de monopolios estatales que se iniciaron en España en la década de los 90²⁴⁶, se ha impulsado un Derecho ciertamente interventor en los sectores que han sido sustraídos del total control de la Administración para introducirse en una economía de mercado. Así, en este nuevo escenario privatizado, las empresas que prestan servicios de interés general²⁴⁷ están sujetas a ciertos límites encuadrados dentro de un marco de regulación.

En general, se puede afirmar que las empresas (que prestan) SIEG (servicios de interés económico general) están sometidas a una fuerte regulación que ordena el funcionamiento del mercado y, adicionalmente, a la normativa de competencia (106.2 TFUE).

Los precios han sido tradicionalmente considerados una materia muy sensible en alguno de estos mercados. En ciertos supuestos se ha entendido que las condiciones del mercado recién liberalizado no podían garantizar la obtención de un resultado que permitiera a los consumidores acceder al servicio de interés que prestaban las empresas. Para paliar tal

²⁴⁵ CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M., “La regulación como finalidad distinta al derecho de la competencia” en AAVV., *Derecho de la Competencia y Regulación en la actividad de las administraciones públicas*, dir. J. Guillén Caramés, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 87-105, pág. 89.

²⁴⁶ Este cambio se produce de la mano del Acta Única en 1986. El Libro Blanco de 2004 sostiene que la competencia europea es compatible con la prestación de los servicios de los SIEG en adecuadas condiciones de calidad, accesibilidad y asequibilidad.

²⁴⁷ El servicio de interés general (SIEG) se rige por los principios de eficiencia y rentabilidad, aunque corregidos por criterios de interés general. LAGUNA DE PAZ, J.C., “La aplicación del derecho de la competencia a los servicios de interés económico general” en AAVV., *Derecho de la Competencia y Regulación en la actividad de las administraciones públicas*, dir. J. Guillén Caramés, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 153-179, pág. 154.

consecuencia, a corto plazo, de la prestación del servicio por operadores privados, además de la regulación que pretende obtener resultados a largo plazo (estructurando el mercado hacia una configuración más competitiva), se ha incluido y mantenido, en algunos supuestos, una medida particularmente controvertida: la regulación de los precios.

En algunos sectores industriales en España, aunque también inicialmente en otros países de la Unión Europea (donde la regulación de precios ha ido desapareciendo conforme se consideraba que las condiciones del mercado garantizaban la producción de un resultado competitivo), se ha fijado un límite máximo o techo a los precios que pueden fijarse para el bien producido, tal era el caso del gas o la electricidad. Actualmente, este último mercado goza de un régimen mixto o híbrido que permite la coexistencia de tarifas acogidas al libre mercado, cuyo precio se determina por el cruce de la oferta y la demanda, y las tarifas reguladas, que gozan de una parcela cada vez más pequeña de supervivencia (inicialmente se configuró como una Tarifa de Último Recurso, que daba acceso a más consumidores, actualmente, el Precio Voluntario al Pequeño Consumidor (PVPC), que solamente permite el acceso a consumidores cuyo consumo de electricidad es escaso).

A la regulación de precios que persiste aún hoy en día, aunque con una virtualidad más bien escasa, en este último sector, se dedicará un apartado en la parte IV del trabajo. Sin embargo, sí es necesario subrayar que la contención de precios ordenada en el mismo, como ha sucedido en el resto de sectores regulados, está llamada a la desaparición, dada la tendencia a lograr que el mercado sea capaz de autogestionarse.

4.2. INEXISTENCIA DE CONDUCTA ABUSIVA

Ante la inexistencia de una conducta abusiva de una empresa dominante, el Derecho europeo, tanto el TFUE, como los distintos derechos nacionales derivados del mismo, es neutro, a diferencia de la aproximación estadounidense, que pone especial énfasis en la práctica de la monopolización. Esta diferencia, como se ha puesto de relieve en la parte I del trabajo, se justifica por los diferentes contextos socio-económicos presentes durante la génesis del Derecho de la competencia en cada uno de los continentes.

Al Derecho europeo interesa cómo se utiliza o explota tal posición. En primer lugar se persiguen aquellas conductas dirigidas al refuerzo y mantenimiento de tal posición a través de medios y comportamientos no competitivos -abusos excluyentes- y, en segundo, las conductas que se dirigen a la explotación de la posición de dominio, independientemente de cómo se haya adquirido la misma.

Así, siguiendo tanto la legislación como la jurisprudencia, el hecho de que una empresa posea una posición de dominio no es, *per se*, ilícito²⁴⁸ y ésta tendrá derecho a participar en el mercado por sus méritos²⁴⁹ sin

²⁴⁸ GUTIERREZ, A., “Abuso de posición dominante” en AAVV., *Comentarios a la ley de defensa de la competencia*, Dir. Massaguer, J., Folguera, J., Sala Arquer, J.M., Gutierrez, A., Thomson Civitas, Pamplona, 2008, pág. 115. HINDS, A.L., *Essential Law Texts. Competition Law*, Thomson Round Hall, 2006, pág. 67. RODGER, B., MACCULLOCH, A., *Competition Law and policy in the EC and UK*, op.cit, pág. 3.

²⁴⁹ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión – Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en la aplicación del art. 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes”, (2009/C 45/02), 24.2.2009, apartado 1. Estas directrices de la Comisión se centran única e inexplicablemente en los abusos por exclusión y no en los abusos por explotación. No obstante, a estos efectos generales vale la pena hacer una referencia a las mismas.

ningún obstáculo o exigencia específico, salvo la responsabilidad especial derivada de tal situación.

Si bien es cierto que las empresas con posiciones de dominio causan sentimientos encontrados en la doctrina, de neutralidad o condena²⁵⁰, la sola y mera posesión de tal poder no está perseguida en la legislación europea. Por lo tanto, es imprescindible asentar que no existe necesariamente una conexión entre posición de dominio y abuso. De hecho, durante alguna época se resaltó la importancia de la existencia de empresas con grandes cuotas de mercado entendiéndose que eran el perfecto semillero del desarrollo y la innovación²⁵¹.

²⁵⁰ CANOY, M., REY, P., VAN DAMME, E., “Dominance and monopolization”, en AAVV, *The international handbook of competition*, ed. Neuman, M., Weigand, J., Edward Elgar. Cheltenham, 2004, págs. 210-290, pág. 210. En el artículo los autores reconocen que una posición de dominio tiene aspectos positivos, como, por ejemplo, ser un motor de innovación. Sin embargo, es posible que la posición de dominio se haya adquirido a través de una fusión anticompetitiva. En ciertos casos, y a pesar de que la posición de dominio se haya adquirido de forma totalmente competitiva, las consecuencias derivadas de su actuación en el mercado tienen efectos negativos. Es en este tipo de situaciones donde el derecho de la competencia actúa. No se perseguirán las empresas dominantes cuando sean procompetitivas, es decir, produzcan welfare, entendiendo éste, como ya se ha establecido de la mano de la aproximación más económica, como el beneficio del consumidor. FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., “Algunas consideraciones sobre la determinación del abuso de posición de dominio, con especial referencia a la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia”, Anuario de la competencia, nº 1, 1999, págs. 121-154, pág. 122 entiende que, estudiando la cuestión de las concentraciones de empresas, se debe evitar la obtención de una posición de dominio, independientemente de los medios por los que se haya llegado a esa posición.

²⁵¹ AUDRETSCH, D. B., “Small firms, innovation and competition”, en AAVV, *The international handbook of competition*, ed. Neuman, M., Weigand, J., Edward Elgar. Cheltenham, 2004, págs. 88-115. En este capítulo se hace especial referencia a las tesis sustentadas por Schumpeter y Galbraith que triunfaron tras la WWII en la doctrina económica. No obstante, el artículo se hace eco de recientes estudios que subrayan el relevante papel que tienen las pequeñas y medianas empresas en el desarrollo e innovación de la economía en todos los sectores –porque la economía moderna se caracteriza precisamente por haber introducido una importante participación de la innovación en cualquier sector-. Las razones que explican este fenómeno son variadas. Concluyen los autores que la afirmación tradicional de que las grandes empresas son las únicas que innovan, basada en argumentos tales, como puede ser, que la actividad inventiva requiere una importante cantidad de costes fijos, el hecho de que la inversión en

A pesar de que el primer problema que se achaca por los economistas clásicos a la existencia de una posición de dominio radica en que una empresa que se encuentre en posesión de tal poder no está sometida a presiones competitivas, situación que le permitiría operar de forma ineficiente durante periodos de tiempo prolongados²⁵², en realidad, la afirmación puede ser matizada.

Probablemente, el hecho de que una empresa se encuentre en posición de dominio le posibilitaría obtener resultados mucho más eficientes en el mercado de los que cabría esperar en el caso de una empresa con menor cuota de mercado. Esta consecuencia puede venir derivada de que una posición dominante en un mercado probablemente la sitúe en una posición de monopsonio (como consecuencia de su poder de compra respecto de sus proveedores²⁵³) o, al menos, la sitúe en las relaciones de negociación en una postura fuerte, de forma que pueda obtener las materias primas a un precio más reducido, minorando, de esta forma, los costes. Estos beneficios, no obstante, deben repercutirse en los consumidores o clientes. El incentivo para ello es la competencia potencial que pueda arrebatarle la posición de dominio y, con ella, los recursos derivados de la cuota de demanda que controla.

innovación y desarrollo sea arriesgada y solo empresas con el suficiente tamaño como para poder distribuir el riesgo en varias inversiones tienen la suficiente seguridad como para poder llevarlo a cabo, etc.

²⁵² KORAH, V., *An introductory guide to EC competition law and practice*, Hart Publishing, 2007, pág. 79.

²⁵³ Véase, la tesis doctoral de HERRERA ANGUSTEGUI, I., *Buyer power in EU Competition law*, Thesis for the degree of philosophiae doctor, University of Bergen, 2017.

5. CONCLUSIONES

Como se ha tratado de exponer en las pasadas líneas, los precios que no posean una relación razonable con el bien pueden constituir un abuso perseguible desde distintas ramas del Derecho, tanto público como privado, dependiendo de las circunstancias en las que la fijación de tal precio se produzca. Para poder acudir a la vía más apropiada, es necesario conocer el origen del precio y la posición de la empresa respecto del mercado en el que participa y del consumidor o cliente perjudicado con el que se relaciona.

Si el pago es voluntario y libremente consentido, el precio no encontrará condena por parte del ordenamiento jurídico. El Derecho no debe sancionar y prohibir donde exista una verdadera concurrencia de voluntades si el objeto es lícito. En cambio, aunque el resultado del pago del precio excesivo sea el mismo -un desembolso no relacionado con el valor del bien- si no media libre voluntad de alguno de los contratantes, se puede acudir a alguna de las soluciones expuestas, dependiendo de cuál sea la situación que ocasiona el pago del sobreprecio.

Si la causa del sobreprecio radica en un mercado estructuralmente deficiente por carecer de competencia real o potencial y no está regulado, se aplicará el Derecho de defensa de la competencia, en particular el artículo que sanciona los precios excesivos. Si, en cambio, el precio trae causa de un desequilibrio informativo y los perjudicados son consumidores, se aplicará el Derecho dirigido a la protección particular de sus intereses. En tercer lugar, el abuso puede ser debido a una posición de dominio relativa, que se encuentra en estrecha relación con las relaciones contractuales entre los operadores, más que con la configuración general

del mercado. Si éste es el caso, se aplicará la Ley de competencia desleal y, en el supuesto de afectar a un interés económico general, la Ley de defensa de la competencia española. Por último, y cuando el precio esté causado por un mal funcionamiento del mercado de magnitud tal que imposibilite su auto-gestión, se recurrirá al Derecho regulatorio, donde, entre otras soluciones, pueden fijarse los precios, la forma de calcularlos o los conceptos que deben reflejarse en los mismos.

Por la necesidad de limitar el objeto del trabajo, el presente estudio se centrará exclusivamente en aquellos precios originados por el abuso de una posición de dominio, es decir, los precios que se fijen en un mercado donde no existe competencia, potencial o actual.

|

CAP. II. POSICIÓN DE DOMINIO

La exigencia de la existencia de una posición de dominio es el primero de los requisitos exigidos por la legislación para proceder a una sanción por los artículos 102 TFUE o 2 LDC.

El presente apartado se dirige a identificar qué se entiende por posición de dominio y a analizar las diversas formas de determinar si una empresa posee tal posición estratégica en el mercado relevante. En segundo lugar, se analizará la consecuencia jurídica directa que se atribuye a la empresa que cuenta con tal posición: la atribución de una especial responsabilidad. Por último, se hará una especial mención a una serie de circunstancias en relación con la posición de dominio que, según se ha sugerido por ciertos sectores, deben exigirse cumulativamente, para poder sancionar la conducta de explotación.

1. CONCEPTO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Uno de los problemas dogmáticos respecto de la posición dominante ha sido la ausencia de definición legal del concepto²⁵⁴. Ante esta situación,

²⁵⁴ WAELBROCK, M., FRIGNANI, A., *European Competition Law*, Transnational Publishers, New York, 1999, pág. 224. En esta misma obra, se hace una referencia comparativa al concepto de posición de dominio en diversas legislaciones. En el art. 66.7 del Tratado ECSC define la posición dominante como la que protege (“shields”) a la empresa de la competencia efectiva. Una definición semejante se encuentra en el párrafo 22 del GWB. La Ley Belga de 27 de mayo de 1960 la definía como el poder, de una o más empresas, de ejercer una influencia preponderante en el mercado. EILSMANSBERGER, T., “Dominance-the lost child? how effects-based rules could and should change dominance analysis”, *European Competition Journal*, 2006, pág. 15. GUTIÉRREZ, A., “Comentario al art. 2 de la LDC. Posición dominante” en AAVV., *Defensa de la Competencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, págs. 117-213, pág. 125.

ha sido necesario acudir a la jurisprudencia²⁵⁵ y la doctrina –haciendo especial hincapié en el *Discussion Paper on the application of article 82* del Tratado respecto de los abusos por exclusión, donde se lleva a cabo un análisis de la posesión de una posición de dominio (apartados 20-42) publicado por la Comisión Europea y al *Guidance on article 102 enforcement priorities-*, en el que se ha trazado una conexión entre posición de dominio y poder de mercado²⁵⁶.

La posición de dominio se refiere a una situación de poder económico que se disfruta por una empresa y que le permite evitar la competencia efectiva en el mercado relevante, pudiendo actuar de forma independiente respecto de competidores, clientes y consumidores²⁵⁷. Ahora bien, para contrarrestar esta fuerza, este poder viene inextricablemente ligado a una consecuencia jurídica: la atribución jurisprudencial de una responsabilidad especial a las empresas dominantes en el mercado.

El dominio es un concepto anclado en la existencia de un poder sustancial en relación con un mercado relevante, mercado que se define en función de parámetros geográficos, de producto y temporales, conceptos éstos que, integrando la definición de dominio, deben ser, a su vez, delimitados en su contenido²⁵⁸.

²⁵⁵ RODRIGUEZ NATAL, M., ARANDA CARLES, B., PASTOR RUIZ, F., “Abuso de posición de dominio” en AAVV., Tratado de Derecho de la Competencia, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 171-228, pág. 173.

²⁵⁶ WISH, R., BAYLEY, D., *Competition Law*, Oxford University Press, New York, 2012, pág. 180.

²⁵⁷ Judgment of the Court of 21 February 1973. - Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities. - Case 6-72.

²⁵⁸ GOYDER, J., ALBORS LLORENS, A., *Goyder's EC Competition Law*, op.cit, pág. 296. MONTI, G., “The concept of dominance in article 82”, op.cit, págs. 31-52. El autor sugiere que existen varias definiciones de lo que se considera posición de dominio. En primer lugar, aquélla que hace equivaler posición de dominio con poder de mercado (el poder de incrementar precios y reducir output), pero, en segundo lugar, también está

En la sentencia seminal *United Brands*, el TJUE se refiere a la posición de dominio de una forma muy similar a la que utilizarían los economistas²⁵⁹ reuniendo las dos notas esenciales del concepto en cuestión. No obstante, parte de la doctrina advierte que es relevante distinguir la aproximación jurídica de la económica. La segunda gira en torno a la idea de “*power over price*”²⁶⁰, mientras que el contenido jurídico está basado, además, en otros criterios, que le atribuye el TJUE.

En la sentencia *United Brands*²⁶¹, la posición de dominio se define, inspirada probablemente en el Memorándum de la Comisión sobre el

aquella definición que pone en relación la posición de dominio con el poder comercial. El autor manifiesta que la aproximación en Derecho de la competencia viene determinado por una mezcla de las dos, con especial énfasis en el poder comercial en la mayor parte de los supuestos. Existen dos formas adicionales de definir la posición de dominio, en opinión del autor. La primera es la que pone en relación el concepto con el poder de excluir competidores y tener la posibilidad de aumentar precio y reducir output y la última es una cuestión jurisdiccional para determinar cuándo se aplica el art. 82.

²⁵⁹ KORAH, V., *An introductory guide to EC competition law and practice*, op.cit, pág. 81 y 82 se refiere a la posición de dominio haciendo especial hincapié en el poder discrecional que ostenta el monopolista de fijar precios y otras condiciones sin estar constreñido o limitado por presiones competitivas, protegidos, entre otras, por barreras de entrada. BLAIR, R.D., CARRUTHERS, C.K., “The economics of monopoly power in antitrust” en AAVV., *Antitrust Law and Economics*, ed. K. N. Hylton, Edward Elgar, Northampton, págs. 64-82, pág. 69. Los autores entienden que la característica central que diferencia a una empresa monopolista de una empresa competitiva es la posibilidad de elevar los precios por encima del coste marginal de producción, a través de una restricción de output. De hecho, como es la definición ésta del poder monopolístico, los economistas recurren a una fórmula matemática, denominada el Índice Lerner, con el cual miden el poder del monopolista. El grado o nivel de poder monopolístico se calcula como el margen que el precio del producto del monopolista excede el coste marginal, que es el precio competitivo. Este índice está muy estrechamente relacionado con la elasticidad de la demanda.

²⁶⁰ El concepto de comportamiento independiente de los competidores y consumidores es similar al “*power over price*”, pero no necesariamente la posición de dominio no necesariamente implica el “*power over price*”, sino que puede consistir en la posibilidad de cerrar un mercado y mantener a otras empresas fuera del mismo. Por ejemplo, en *United Brands* se consideró que la empresa era dominante en un mercado donde se estaba llevando a cabo una guerra de precios y estaba incurriendo en pérdidas.

²⁶¹ Previamente, la Comisión había considerado en *Continental Can* que “*undertakings are in a dominant position when they have the power to behave independently, which puts them in a position to act without taking into account their competitors, purchasers*

problema de las concentraciones en el mercado común de 1 de diciembre de 1965²⁶², como

“la posición de fortaleza económica que disfruta un operador y que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante al proporcionarle el poder de comportarse con suficiente independencia²⁶³ de sus competidores, clientes y, en última instancia, de los competidores”²⁶⁴.

El TJUE vuelve a referirse a la posición de dominio en el caso *Michelin*, donde pone de relieve que el art. 82 TCE prohíbe cualquier

or suppliers”. En la Decisión *ABG/Oil companies* de 19 de abril de 1977 “it is no longer restorted from Independence from suppliers”.

En *Hoffman LaRoche* mantuvo que “una posición de fuerza económica mantenida por una empresa que le proporcionan el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, proporcionándole la posibilidad de comportamientos independientes, en una medida apreciable frente a sus competidores y clientes y, finalmente, frente a los consumidores.

El TJUE, adoptó una definición distinta. En *Sirena* de 18 de febrero de 1971, consideró que una empresa ostenta una posición de dominio cuando tiene “*the power to impede the maintenance of effective competition over a considerable part of the relevant market*”. Este test se utilizó en *Deutsche Grammophon* de 8 de junio de 1971. En *Metro – SABA I* (25 de octubre de 1977) el tribunal utilizó una definición de posición dominante que se encontraba más próxima a la de la Comisión. En la misma se decía que es aquella que permite que la empresa operen “without having to take account of the attitude of its competitors”.

²⁶² Donde se define la posición de dominio como “en primer lugar, un poder económico; es decir, la facultad que tiene cada empresa dominante de ejercer sobre el funcionamiento del mercado una influencia notable y en principio, previsible”.

²⁶³ Existe quien defiende que para darle un contenido económico al concepto de posición de dominio debería sustituirse la expresión “act independently to an appreciable extent of” por “restrained by the independent actions of” porque tiene económicamente más sentido. AZEVEDO, J.P., WALKER, M., “Dominance: meaning and measurement”, op.cit, pág. 366. Se inspiran en las declaraciones de John Vickers en una conferencia suya en 2001, “Competition policy and globalisation”, speech to the European Policy Forum, January 16, 2001.

²⁶⁴ Caso 27/76 *United Brands Co and United Brands Continental BV v Commission* (1978). Definición acogida por las Comisión Europea, Comunicación de la Comisión – Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en la aplicación del art. 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes”, (2009/C 45/02), 24.2.2009, apartado 10.

abuso de una posición de poder económico de la que disfrute una empresa, que le posibilite dificultar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante al permitirse, de manera apreciable, comportarse con independencia de sus competidores, clientes y, en último extremo, de los consumidores²⁶⁵. Así, con la expresión “de manera apreciable”, el TJUE ya subraya la compatibilidad de una competencia residual en el mercado con la posición de dominio²⁶⁶.

De forma análoga, el Tribunal de Defensa de la Competencia Español consideró que una empresa goza de una posición de dominio en el mercado

“cuando tuviera en éste poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para poder actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los consumidores y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto”²⁶⁷.

En esencia, se puede afirmar que el concepto de posición de dominio se cimienta sobre dos ideas clave: el poder económico y la

²⁶⁵ También de fuentes de aprovisionamiento, como pone de manifiesto la sentencia Huguin.

²⁶⁶ HERNANDEZ RODRIGUEZ, F., “Prohibición de abuso de posición dominante en el mercado” en AAVV., *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, dir. M.P. Bello Martín Crespo, F. Hernández Rodríguez, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, págs. 113-141, pág. 122.

²⁶⁷ TDC Expediente R 362/99, Bacardí de 30 de septiembre de 1999, párrafo 6 FD. En la Resolución de 27 de julio de 2000 (AC 2000, 1528) Propiedad Intelectual Audiovisual, exp. 465/99 se establece que “la posición de dominio de un operador económico en un mercado determinado expresa su aptitud para modificar provechosamente, respecto de la situación de competencia, el precio o cualquier otra característica del producto. El que un operador tenga esa aptitud dependerá de que se beneficie de una serie de circunstancias que cabe resumir en poder e independencia en el mercado, en grado suficiente como para poder adoptar sus comportamientos sin tomar en consideración a los competidores o los usuarios y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otras características del bien o servicio”

independencia de comportamiento respecto del resto de operadores del mercado²⁶⁸.

1.1. PODER ECONÓMICO E INDEPENDENCIA DE COMPORTAMIENTO

1.1.1. Poder económico

El concepto de “poder económico”²⁶⁹, pese a tener un contenido fundamentalmente económico, no se encuentra en el campo de la economía con el mismo nombre. En esa disciplina se opta, en cambio, por referirse al mismo como “poder de mercado”.

En general, la mayor parte de autores trazan una analogía entre ambos conceptos, aunque se encuadren en distintas áreas de estudio –Economía y Derecho-. No obstante, existe, al menos, una diferencia entre ambos: mientras que en el segundo, poder de mercado, es posible encontrar una gradación de poder, la posición de dominio se posee o no se posee²⁷⁰.

Esta circunstancia presenta claros problemas a la hora de determinar la existencia una posición de dominio, ya que tal clasificación acarrea una consecuencia jurídica importante: la atribución de la especial responsabilidad, que conlleva la obligación de comportarse con una mayor diligencia en el mercado.

A este respecto, es necesario realizar dos incisos. En primer lugar, recordar que el hecho de que existan otros operadores económicos en el

²⁶⁸ RODGER, B., MACCULLOCH, A., *Competition Law and policy in the EC and UK*, op.cit, pág. 110.

²⁶⁹ O poder de venta, para distinguirlo del poder de compra.

²⁷⁰ WISH, R., BAYLEY, D., *Competition Law*, op.cit., pág. 180.

mercado no necesariamente implica que nos encontremos en un mercado competitivo²⁷¹ y viceversa. En segundo lugar, el ilícito de posición de dominio no exige más que una posición de dominio, ignorando la exigencia de una superdominancia precisamente porque, como hemos sostenido, el dominio se posee o no, pero no se gradúa. No quiere esto decir que la existencia de una superdominancia no deba tener consecuencia jurídica alguna. Sin embargo, en nuestra opinión, no a los efectos de hallar uno de los prerequisites del ilícito.

1.1.2. Independencia de comportamiento

La existencia de poder económico viene acompañado de dos circunstancias: el hecho de que la empresa pueda comportarse de forma independiente en grado suficiente de terceros operadores del mercado y que pueda obstaculizar el desarrollo de la competencia efectiva, es decir, que impida la existencia de competidores presentes o potenciales que supongan una amenaza para su negocio²⁷².

En nuestra opinión, estas dos vertientes pueden hacerse coincidir con los dos tipos de abusos principales contenidos en el artículo 102 TFUE: los abusos por exclusión y los abusos por explotación. Aunque en el supuesto de los precios excesivos con finalidad de explotación, el poder económico no viene determinado por la posibilidad de obstaculización de la competencia, sino por la de comportarse de forma independiente de los restantes operadores de mercado, haremos una breve mención a las

²⁷¹ STJUE *United Brands v Commission*, caso 27/76 ECJ (1978) ECR 207, (1978) 1 CMLR, apartados 113-120. *Hoffmann LaRoche & Co v Commission*, caso 85/76 ECJ (1979), ECR 461 (1979) · CMLR 211, apartado 39.

²⁷² GUTIÉRREZ, I, PADILLA, J., “Una racionalización económica del concepto de posición de dominio...”, op.cit., pág. 17.

posibilidades de obstaculizar, con la conducta del dominante, la existencia o desarrollo de la competencia en el mercado.

1.1.2.1. Obstaculización de la competencia

Como se ha puesto de manifiesto, la obstaculización se refiere a aquéllas conductas cuyo efecto es la eliminación de la competencia. Y el concepto “eliminación” debe entenderse aquí en sentido amplio; tanto de prácticas que se dirigen a expulsar a competidores en el mercado, a limitar las posibilidades de expansión de las mismas o a evitar la entrada de potenciales competidores de forma no competitiva.

Actualmente, son el eje central de la política de aplicación del derecho de la competencia europeo y prioridad de la Comisión, dado que se entiende que son las más dañinas para los consumidores²⁷³ en tanto que reducen directamente la gama de bienes entre los que elegir, frenan la innovación de la mano de la exclusión de la competencia y, a largo plazo, se presume que las empresas llevarán a cabo prácticas de explotación. Asimismo, este tipo de prácticas afecta a otro bien jurídico a proteger, el sistema competitivo en sí mismo o, en otras palabras, la propia estructura del mercado.

1.1.2.2. Comportamiento independiente de terceros

La posición de fuerza se caracteriza, además de por la obstaculización de la competencia, por la posibilidad de llevar a cabo estrategias de mercado de forma independiente de terceros, ya sean éstos

²⁷³ Comunicación de la Comisión- 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 (2009/C 45/02), apartado 5.

competidores (actuales o potenciales), clientes o consumidores e incluso de proveedores²⁷⁴. La empresa dominante está en una posición tan ventajosa que es capaz de utilizar estrategias económicas sin sufrir ningún perjuicio económico derivado de tal actitud²⁷⁵. Esto es, el mercado no puede disciplinar su comportamiento a través de, por ejemplo, un desplazamiento de la demanda hacia otras fuentes de suministro, un cambio de empresa a la que proveer, una competencia en precios por parte de los otros operadores en el mismo mercado, etc.

En un caso de dominancia, la empresa no enfrenta un grado de presión competitiva suficiente²⁷⁶, de forma que el Mercado como mejor organizador y gestor de sí mismo no puede ejercer su función²⁷⁷ y es capaz de llevar a cabo las conductas típicas que se le achacan a los monopolistas: restringir el *output* y aumentar el precio.

1.2. ESPECIAL RESPONSABILIDAD O DILIGENCIA

Si bien debe quedar claro que la mera posesión de una posición de dominio no constituye una infracción del Derecho de la competencia²⁷⁸, tal posición –que le permite comportarse de forma independiente de los operadores y obstaculizar la competencia- no es ajurídica. La

²⁷⁴ Es decir, de cualquier operador, tenga relaciones comerciales con la dominante o no. WAELBROCK, M., FRIGNANI, A., *European Competition Law*, op.cit., pág. 224.

²⁷⁵ RODRIGUEZ NATAL, M., ARANDA CARLES, B., PASTOR RUIZ, F., “Abuso de posición de dominio” en AAVV., *Tratado de Derecho de la Competencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 171-228, pág. 176.

²⁷⁶ “Suficiente” porque en ningún caso se exige que nos hallemos en un régimen de monopolio. Puede haber competencia en el mercado que se está analizando, ahora bien, ésta deberá ser reducida.

²⁷⁷ WAELBROCK, M., FRIGNANI, A., *European Competition Law*, op.cit., pág. 224.

²⁷⁸ RODRIGUEZ NATAL, M., ARANDA CARLES, B., PASTOR RUIZ, F., “Abuso de posición de dominio” en AAVV., *Tratado de Derecho de la Competencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 171-228, pág. 173.

consecuencia más relevante es el hecho de que tal posesión lleve aparejada una especial carga, un grado superior de responsabilidad que, algunos autores, entienden que mantiene una relación de proporcionalidad directa con el grado de dominio que existe en el mercado²⁷⁹.

En este sentido, si bien la posición de dominio no sería graduable – poseyéndose o no-, la responsabilidad (*special responsibility*), se sugiere, sí podría ser distinta dependiendo del grado de dominio²⁸⁰. No obstante, en nuestra opinión, es complicado imaginar cómo es posible graduar la responsabilidad en la actuación de la empresa y no la posición de dominio.

La sanción que se impone a una empresa cuando se viola la especial responsabilidad derivada de la posesión de un poder económico sí es modulable en atención al daño efectivamente producido, que, con independencia de otros factores relativos a la conducta abusiva, esencialmente dependerá del grado de dominio que se posea. La sanción, pues, no depende del grado de dominio, sino del daño producido, daño que, efectivamente sí viene parcialmente determinado por el grado de dominio que se posea. Dicho lo anterior, la determinación de la sanción

²⁷⁹ En *Compagnie Maritime Belge*, el Tribunal de Justicia se refirió a la super dominancia, definida como una obligación especial particularmente onerosa que se atribuye a una empresa que tiene un dominio rayano a la dominancia.

Asimismo, en la Sentencia Tetra Pak II, apartado 24, se establece por el Tribunal que el grado de responsabilidad se determinará a la luz de las circunstancias de cada caso. RODGER, B., MACCULLOCH, A., *Competition Law and policy in the EC and UK*, op.cit, pág. 118. WISH, R., *Competition Law*, Oxford, 2009, pág. 201.

²⁸⁰ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión – Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en la aplicación del art. 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes”, (2009/C 45/02), 24.2.2009, apartado 9, donde se refiere a varias sentencias del TJUE como Asunto 322/81, *Nederlandsche Banden Industrie Michelin (Michelin I)*/Comisión, Rec. 1983, p. 3461, apartado 57; asunto T-83/91, *Tetra Pak/ Comisión (Tetra Pak II)*, Rec. 1994, p. II-755, apartado 114; asunto T-111/96, *ITT Promedia/Comisión*, Rec. 1998, p. II-2937, apartado 139; asunto T-228/97, *Irish Sugar/Comisión*, Rec. 1999, p. II-2969, apartado 112; y asunto T-203/01, *Michelin/Comisión (Michelin II)*, Rec. 2003, p. II-4071, apartado 97.

exige una declaración previa de ilícito que depende de dos factores no modulables: la existencia de una posición de dominio y la adjudicación, en consecuencia, de una responsabilidad especial.

El contenido de esta responsabilidad²⁸¹ se refiere a la exigencia de “no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común”²⁸². Ésta es una obligación, responsabilidad o carga que no pesa sobre empresas que no se encuentran en una posición de dominio²⁸³, precisamente porque la misma conducta realizada por una empresa en posición de dominio no tendrá las mismas repercusiones económicas que si ésta la realiza una empresa que no la posee. Por lo tanto, la atribución de esta especial responsabilidad viene exigida por el potencial o aptitud que tienen estas empresas de producir daño.

Este prisma de especial responsabilidad a través del que se filtra el análisis de la conducta es el escogido en Europa, a diferencia de la aproximación seguida en USA, donde se parte de que la empresa en posición de dominio no tiene ninguna responsabilidad específica derivada de tal posición²⁸⁴.

²⁸¹ Responsabilidad cuyos orígenes han sido situados por ciertos aurores autores en la teoría ordoliberal GERBER, D.J., “Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the “new Europe””, *op.cit.*, págs. 25-84. y LOVDAHL GORMSEN, L., “Article 82 EC: Where are we coming from and where are we going to?”, *op.cit.*, pág. 10. ROUSSEVA, E., “Modernizing by eradicating: how the Commission’s new approach to article 81 EC dispenses with the need to apply article 82 to vertical restraints”, *Common market law review*, vol. 42, nº 3, 2005, págs. 587-638, pág. 592.

²⁸² Comisión Europea, Comunicación de la Comisión – Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en la aplicación del art. 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes”, (2009/C 45/02), 24.2.2009, apartado I.

²⁸³ WISH, R., BAYLEY, D., *Competition Law*, *op.cit.*, pág. 192.

²⁸⁴ MCMAHON, K., “A reformed approach to article 82 and the special responsibility not to distort competition” en AAVV, *Article 82 EC: reflections on its recent evolution*, ed.

La primera vez que jurisprudencialmente se recoge la existencia de la especial responsabilidad es en la STJUE *Michelin I*, exigiendo que la empresa actúe consciente de las repercusiones potenciales de su conducta en el mercado²⁸⁵.

“A finding that an undertaking has a dominant position... simply means that, irrespective of the reasons for which it has such a dominant position, the undertaking concerned has a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition in the common market”²⁸⁶.

En cualquier caso, es necesario recordar que esta obligación de un especial deber de cuidado no deja inerte a la empresa dominante ante las estrategias comerciales de otros operadores de mercado. No impide, por ejemplo, que cuando los intereses legítimos de una empresa sean atacados, ésta pueda defenderlos de forma razonable²⁸⁷. En este sentido, en nuestra opinión puede descartarse que se trate de una creación europea para la

Ezrachi, A., Hart Publishing, Oregon, 2009, págs. 121-146, pág. 123 y 126. No obstante, claro, en USA solo respecto de las conductas excluyentes. El Juez Scalia en la decisión *Eastman Kodak v Image Technical services* puso de relieve que cuando existe una posición de dominio la conducta se observa a través de un cristal especial: un comportamiento que, en otro escenario no sería de interés para el derecho de la competencia, puede adquirir connotaciones excluyentes si se lleva a cabo por un monopolista. En USA queda claro que las empresas que se encuentran en posición de dominio no tienen ninguna especial obligación para con el resto de participantes en el mercado. En *Olympia Equipement*, el juez Posner puso de relieve que los dominantes no tienen ningún estándar de comportamiento diferente a aquél de sus competidores.

²⁸⁵ La sentencia, en el considerando 57 establece que “La constatación de una posición dominante no implica en sí misma ningún reproche para la empresa en cuestión, sino que sólo significa que, independientemente de las causas de esa posición, tiene una responsabilidad particular de no perjudicar con su comportamiento a una competencia efectiva y no falseada en el mercado común”.

²⁸⁶ Caso 322/81, *NV Netherdaldnsche Baden-industrie Michelin v Commission* (1983) ECR 3461, apartado 57.

²⁸⁷ RODRIGUEZ NATAL, M., ARANDA CARLES, B., PASTOR RUIZ, F., “Abuso de posición de dominio”, op.cit, pág. 197.

defensa de competidores débiles²⁸⁸. Se trata, en cambio, de una prohibición de excluir del mercado a competidores más débiles aunque igual de eficientes, pero por medios anticompetitivos aprovechándose del poder de la empresa en lugar de hacerlo a través de una competencia por sus propios méritos.

Merece la pena tratar la cuestión de la responsabilidad especial porque la fijación de precios excesivos con la finalidad de explotar a los consumidores es un ilícito donde claramente se pone de relieve el tratamiento de la empresa en posición dominante y la particular carga que se le atribuye²⁸⁹.

El problema de la especial responsabilidad atribuida a empresas en posición de dominio radica en que se ha entendido por algunos comentaristas como el último bastión de una aproximación arcaica que ha de desaparecer en favor de la modernización del art. 102 TFUE, donde se debe poner un foco especial de atención en el bienestar del consumidor²⁹⁰. En opinión de estos autores, esta exigencia de responsabilidad en el comportamiento hunde sus raíces en la idea de equidad, de protección de la parte débil frente a la fuerte, e implica un *onus* de derecho público más

²⁸⁸ AMATO, G., *Antitrust and the bounds of power*, Hart Publishing, Oxford, 1997, pág. 66.

²⁸⁹ *Ibidem*, pág. 74. No obstante, otros autores sostienen que la definición de especial responsabilidad hace pensar que el artículo dirigido a sancionar los abusos de posición de dominio sólo se debería dirigir a los abusos de exclusion. FORRESTER, I., "Sector specific price regulation or antitrust regulation-A plague on both your houses", en AAVV., *European Competition Law Annual 2007. A reformed approach to article 82 EC*, ed. Ehlerman, K.D., Marquis, M., Hart Publishing, Oxford, 2008, págs. 547-574, pág. 550. KON, S., TURNBULL, S., "Pricing and the dominant firm: implications of the Competition Commission Appeal Tribunal's judgment in the Napp case", *European Competition Review*, vol. 24, nº 2, 2003, págs. 70-86, pág. 84, donde los autores sostienen que el TJUE considera los precios excesivos como un abuso de posición de dominio a través de la adjudicación de una especial responsabilidad a la empresa que posee una posición de dominio.

²⁹⁰ ROUSSEVA, E., "Abuse of dominant position defences" en AAVV., *EC Competition Law. A critical assessment*, op.cit, pág. 391.

que un *onus* de derecho privado²⁹¹. Otros²⁹², en cambio, lo ponen en relación con la objetividad del abuso de posición de dominio establecida jurisprudencialmente²⁹³. Por último, hay quien relaciona la especial responsabilidad con la autoevaluación derivada de la entrada en vigor del Reglamento 1/2003²⁹⁴.

En nuestra opinión, la institución de la especial responsabilidad no es una puerta abierta a la existencia de configuración de ilícitos *per se* (aquellos que permiten que, por la mera posesión de una posición de dominio, se pueda sancionar a la empresa si ésta lleva a cabo una serie de conductas sin necesidad de probar daño o aptitud de causar daño).

En cambio, lo que trata de ponerse de relieve es que, efectivamente, existen más posibilidades de que se produzcan perjuicios en un escenario en el que la empresa se encuentra en posición de dominio porque las alternativas escasearán (en el caso de conductas de explotación) o porque se podrá más fácilmente excluir a la reminiscencia de competencia que quede o pueda surgir en tal mercado. En este sentido, la empresa en

²⁹¹ AMATO, G., *Antitrust and the bounds of power*, Hart Publishing, Oxford, 1997, pág. 66. Según el autor la responsabilidad especial atribuida a quien ostenta posición de dominio constituye un límite, más en consonancia con los principios generales del poder público que del poder privado.

²⁹² SACRISTÁN REPRESA, M., “Abuso de posición dominante” en AAVV., *Derecho Europeo de la Competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, Lex Nova, Valladolid, 2005, págs. 309-362, pág. 351.

²⁹³ Véase RODILLA MARTÍ, C., “La flexibilización de la culpa en precios excesivos”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, n.º. 18, 2016.

²⁹⁴ LAROCHE, P., SCHINKEL, P. M., “Continental drift in the tratment of dominant firms: article 102 TFEU in contrast to 2 Sherman Act”, *TILEC Discussion paper DP 2013-020*, 2013, págs. 1- 32, pág. 13. PELLISÉ CAPELL, J., *La explotación abusiva de una posición dominante (arts. 82 tce y 6 ledc)*, op.cit., pág. 433, a disposición para descargar en <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/41549/1/TOL101.pdf>. El autor sostiene que una de las consecuencias de la atribución de tal responsabilidad se refiere a l deber de conocer y prever razonablemente las consecuencias de sus conductas en el mercado, para evtarlas. Así, se evita la exención derivada del desconocimiento que podría ser alegado por la empresa.

posición de dominio es la única que tiene la responsabilidad de evitar tal comportamiento dado, que el mercado no va a ser capaz de disciplinar su conducta.

De hecho, la especial responsabilidad es una creación jurisprudencial que actúa como presunción a la inversa: se presume que las empresas que no están en posición de dominio no tienen una especial responsabilidad porque sus conductas no afectarán al bienestar de los consumidores. El resto de empresas no tienen atribuida tal responsabilidad, ésta pasa a recaer sobre el mercado, y, por lo tanto, aunque lleven a cabo la misma conducta, como ésta no tiene aptitud para producir efectos anticoncurrenciales, por el control ejercido por el resto de operadores, no se la sancionará. Si la conducta se persigue en tanto que produce efectos perjudiciales en la competencia y sostenemos que las empresas sin posición de dominio no producirán tal efecto a pesar de realizar la conducta, es perfectamente razonable que las mismas se consideren competitivas o, al menos, neutras desde la perspectiva del Derecho de la competencia.

Sin embargo, en el caso de una empresa que se encuentre en posición de dominio, la atribución de una responsabilidad especial tampoco presume la producción de efectos negativos, como sostiene algún autor²⁹⁵. Pese a encontrarse en tal situación de fuerza y llevar a cabo una de las conductas recogidas en el art. 102 TFUE, se exige la prueba de los efectos negativos

²⁹⁵ ALLENDE SALAZAR, R., “Can we finally say farewell to the “special responsibility” of dominant companies?”, en AAVV., *European Competition Law Annual 2007. A reformed approach to article 82 EC*, ed. Ehlerman, K.D., Marquis, M., Hart Publishing, Oxford, 2008, págs. 319-326, pág. 321. El autor sostiene que la Comisión y los Tribunales se han basado en la doctrina de la especial responsabilidad para sancionar conductas que, de no estar en tal situación, resultarían perfectamente competitivas, sin necesidad de probar los efectos de tales prácticas.

(cuando se trate de una restricción por efecto) por parte de la autoridad de la competencia o de la parte que la alega.

Así, la especial responsabilidad parece ser exclusivamente la justificación ontológica o un nexo entre la conducta abusiva y la empresa en posición de dominio que poco aporta²⁹⁶: precisamente porque se ha atribuido una responsabilidad especial derivada de la posesión de una posición de dominio la empresa no va a poder realizar una conducta abusiva²⁹⁷.

En definitiva, esta carga que surge en los supuestos de posición de dominio no es una reminiscencia o un obstáculo formalista a la *more economic approach*, ni debe ponerse en relación con la objetividad del ilícito de abuso de posición de dominio (culpabilidad de la empresa). En nuestra opinión, la única obligación que pesa sobre la empresa dominante por la existencia de esta responsabilidad es a autodisciplinar un comportamiento que el mercado no es apto para corregir por la especial configuración que lo caracteriza, obligando a la empresa a aprovechar, en su batalla competitiva, exclusivamente sus méritos y no la fuerza derivada de la posición de dominio que tiene.

²⁹⁶LAROUCHE, P., SCHINKEL, P. M., “Continental drift in the treatment of dominant firms: article 102 TFEU in contrast to 2 Sherman Act”, *TILEC Discussion paper DP 2013-020*, 2013, págs. 1- 32, pág. 14. DE LA MANO, M., NAZZINI, R., ZENGER, H., en AA.VV., *The EU Law of Competition*, op.cit., pág. 394. La especial responsabilidad no quiere decir más que una conducta que sería perfectamente legal si se llevara a cabo por una empresa no dominante, es susceptible de estar prohibida si se lleva a cabo por una empresa dominante.

²⁹⁷BERNARD, K., “The AstraZeneca decision in the General Court: Some basic observations and a few interesting questions”, *CPI Antitrust Journal*, 2010, págs. 1-7, pág. 7. El autor sostiene que una conducta que no viole ninguna otra ley, si se ha realizado por una empresa en posición dominante y el efecto es obstaculizar la competencia, viola el artículo 102. Esta situación se identifica como parte de la especial responsabilidad de las empresas dominantes.

2. DETERMINACIÓN DE LA POSICIÓN DE DOMINIO

El objeto del presente apartado es realizar una aproximación a los métodos a disposición de las autoridades de la competencia y tribunales para determinar la existencia de una posición de dominio.

La postura tradicional, seguida mayoritariamente por la jurisprudencia, consiste en utilizar una serie de criterios, referencias o indicadores que apuntarían a la existencia de una posición de dominio. En segundo lugar y derivado del cuestionamiento de si la cuota de mercado es un *proxy* (indicio relevador) útil de la posición de dominio, se presentará el surgimiento de una postura introducida doctrinalmente, y con muy ténue reflejo en la jurisprudencia doctrinal, que determina la posesión de una posición de dominio de forma indirecta. En virtud de la misma, se sostiene que el poder de llevar a cabo una conducta abusiva y mantenerla durante un cierto período de tiempo sin sufrir perjuicios económicos a causa de la misma (el poder de comportarse de forma independiente de los operadores del mercado), necesariamente lleva a la deducción de que nos hallamos ante una empresa en posición de dominio.

2.1. DETERMINACIÓN BASADA EN LOS EFECTOS

Una de las cuestiones que se han apuntado en lo concerniente a la modernización del Derecho de la competencia se refiere precisamente a la conveniencia de la desaparición del trámite intermedio de la determinación de la existencia de una posición de dominio de forma separada o desvinculada del análisis relativo a la existencia un abuso derivado de la misma.

La aproximación tradicional a la posición de dominio requiere una delimitación del mercado relevante y un estudio, recurriendo a varios factores indiciarios, de si la empresa se encuentra efectivamente en una posición de dominio en tal mercado²⁹⁸.

Los cálculos y presunciones en estos ámbitos son falibles y los errores, que pueden arrastrarse en dos niveles distintos, ha producido que en ocasiones se haya considerado que una empresa se encuentra en una posición de dominio cuando no lo está, imputándosele indebidamente una responsabilidad especial y, a la inversa, el error puede determinar que una empresa no posee una posición de dominio en un mercado relevante y, en consecuencia, se le tolere el desarrollo de conductas abusivas que en puridad deberían haber sido prohibidas.

Esta circunstancia ha conllevado la sugerencia de un método alternativo e indirecto de identificar la existencia de una posición de dominio. La misma se reflejó en la postura adoptada en el informe de la *Commission's Economic Advisory Group on Competition Policy*²⁹⁹, donde se recomienda la adopción de una aproximación basada en los efectos de la conducta y no en la forma. En consecuencia, se sugiere que se debe hacer hincapié en las consecuencias perjudiciales que tal comportamiento tiene para los consumidores. Éste podría ser un impulso al precepto que lo

²⁹⁸ Aunque sigue siendo, como en el caso de determinación a través de cuotas de mercado, una forma indirecta de establecer la existencia de una posición de dominio, determinados autores lo denominan "prueba directa". BLAIR, R.D., CARRUTHERS, C.K., "The economics of monopoly power in antitrust" en AAVV., *Antitrust Law and Economics*, ed. K. N. Hylton, Edward Elgar, Northampton, págs. 64-82, pág. 73. En USA, como la posición de dominio se define como la aptitud de elevar precios sustancialmente por encima del nivel competitivo, el hecho de que efectivamente se lleve a cabo se puede considerar prueba de ello, aunque no sea constitutivo de ilícito en sí mismo, dado que los precios monopolísticos, siempre que se hayan obtenido tal posición de una forma competitiva.

²⁹⁹ EAGCP, "An Economic Approach to Article 82", Brussels, 2005, available via http://europa.eu.int/conn/competition/antitrust/others/article-82_review.html, 4.

colocaría en la vanguardia de la aproximación económica del Derecho de la competencia.

Lo que se infiere de tal informe es que no existe una necesidad de establecer un estudio desligado de la posición de dominio y del impacto de la conducta en los consumidores, sino que se debe integrar el análisis de ambos extremos, poniendo especial énfasis en la determinación de un daño significativo.

En principio, existe una base jurisprudencial y doctrinal suficiente³⁰⁰ que permite la opción por este modelo de determinación basada en los efectos: el poder de mercado o el grado de competencia en el mercado se definen como la posibilidad de la empresa de comportarse de forma independiente de los operadores de mercado, que puede concretarse en la obtención de beneficios por encima de los niveles competitivos³⁰¹. Es decir, de imponer precios monopolísticos. En consecuencia, si una empresa puede elevar de forma unilateral sustancialmente sus precios sin sufrir el castigo de la demanda -lo cual sucederá normalmente cuando la empresa no es precio-aceptante- estaremos ante una posición de dominio³⁰². O más bien, sólo cuando una empresa esté en posición de

³⁰⁰ En ECS/AKZO (85/609/EEC), December 14th 1985, OJ L 374, 31/12/1985, apartado 69, la Comisión utilizó los beneficios de la empresa como un indicador de posición de dominio. El hecho de que Akzo fuera capaz de obtener en momentos de recesión el margen de beneficios a través de incrementos de precio regulares o incrementos en los volúmenes de ventas fue considerado como factor de prueba de posición de dominio.

³⁰¹ OXERA, *Assessing profitability in competition policy analysis* Economic Discussion Paper 6, 2006, págs. 1-214, pág. 1 y 20. DE hecho, ésta es la una aproximación de la determinación que está prevista en las market power guidelines de la OFT (1999b, apartado 6.3), donde se sostiene que la conducta de una empresa en el mercado o su rendimiento financiero pueden ser suficiente prueba de que posee poder de Mercado. Se considera razonable inferior una posición de dominio en un Mercado si: ha elevado los precios en exceso o ha obtenido de forma persistente un beneficio excesivo.

³⁰² GUTIÉRREZ, I, PADILLA, J., “Una racionalización económica del concepto de posición de dominio...”, en AAVV., *El abuso de la posición de dominio*, dir. Martínez Lage, S. y Petitbò Juan, A., Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 17.

dominio podrá utilizar la elevación de precios como estrategia rentable a largo plazo en el mercado.

En cambio, si esta posición de aparente dominio, como consecuencia de la puesta en práctica de la conducta por parte de la empresa presuntamente dominante, se erosiona por la entrada de nuevos competidores, puede afirmarse que la empresa nunca estuvo en posición de dominio, independientemente de los indicios, entre los que puede encontrarse la cuota de mercado en posesión de la que estaba al inicio de producirse la conducta.

En esta aproximación, la causa y la consecuencia se confunden. Precisamente por la posibilidad de imponer este tipo de precios se considera que tiene poder de mercado, indicio de posición de dominio³⁰³.

Lo que se sugiere como método es adoptar una presunción de que una empresa goza de un poder económicamente ventajoso en el mercado si la misma cuenta con la posibilidad de comportarse de forma independiente sin sufrir consecuencias. De esta forma se evita el riesgo de introducir errores en las dos fases de la determinación de una posición de dominio: la delimitación del mercado relevante y el cálculo de la posición de dominio.

La aproximación analizada, sin embargo, ha sido entendida como un peligro de forma mayoritaria³⁰⁴. La objeción más evidente a la que puede aludirse con respecto a esta teoría radica en que, como se ha apuntado inicialmente, es posible llevar a cabo este tipo de abuso –la imposición unilateral de un precio excesivo- sin gozar de una posición de dominio

³⁰³ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión – Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en la aplicación del art. 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes”, (2009/C 45/02), 24.2.2009, apartado 11.

³⁰⁴ VICKERS, J., “Market power in competition cases”, *European Competition Journal*, vol. 2, 2006, págs. 3-14, pág. 11.

absoluta. Si éste fuera el caso, se estarían castigando a través de la Defensa de la Competencia conductas que no afectan al mercado y que se considera que sólo merecen un reproche civil (competencia desleal)³⁰⁵ u otro tipo de sanción (protección de los consumidores y usuarios o las derivadas de la infracción del derecho regulatorio).

Otro de los inconvenientes que puede aparecer a raíz de la utilización de este sistema de determinación de la posición de dominio es la presunción de que el precio se impone de forma unilateral. Esto es, el adquirente no tiene suficiente poder como para oponerse al nivel fijado por la empresa. No obstante, es perfectamente posible que el adquirente haya consentido voluntaria y libremente en la cantidad demandada como bien de lujo.

Asimismo, si se adopta esta metodología, es posible que surja otra cuestión problemática: el tratamiento implícito de la causalidad en la producción del daño. Para que se cumpla el tipo es necesario demostrar que el mismo se produce porque existe una posición de dominio y no por otra causa.

El tratamiento de la causalidad en posición de dominio ha sido tradicionalmente olvidado³⁰⁶. En este tipo de ilícitos, el requisito de causalidad sólo estará satisfecho si la conducta se produce por un uso instrumental del poder de mercado³⁰⁷.

En cualquier caso, es un modelo fundamentalmente teórico, un método aun poco usado en comparación con la metodología tradicional, aunque

³⁰⁵ De no afectarse a un interés público, en cuyo caso, y sólo por la vía del artículo 3 de la LDC nacional, podría aplicarse el Derecho de Defensa de la Competencia.

³⁰⁶ EILMANSBERGER, T., "How to distinguish good from bad competition under article 82 EC: in search of clearer and more coherent standards for anti competitive abuses", *Common Market Law Review*, vol. 42, 2005, págs. 129-177, pág. 141 ss.

³⁰⁷ *Ibidem*, pág. 143.

excepcionalmente sí se ha adoptado en alguna decisión en Gran Bretaña. En la mayor parte de casos europeos, sin embargo, la posición de dominio se determina con referencia a indicadores tales como la cuota de mercado y barreras de entrada³⁰⁸.

2.2. POSTURA TRADICIONAL

Se trata de la metodología mayoritariamente utilizada por las autoridades de la competencia y órganos jurisdiccionales en Europa para determinar la posición de dominio. Éste es un procedimiento que exige más pasos intermedios que el anterior y, aunque el nivel de las presunciones se reduce drásticamente, no se elimina completamente.

En la fórmula tradicional, el procedimiento puede dividirse en dos niveles. En primer lugar, el análisis pasa por la delimitación del mercado relevante para, a continuación, establecer si la empresa en concreto se encuentra en una posición de dominio en el mismo.

Dejando de lado, por sobrepasar con mucho la finalidad y ambición del presente trabajo, la cuestión de la delimitación del mercado relevante, vamos a centrarnos en la determinación de la posición de dominio, aunque conscientes de que los problemas generados en el nivel de la delimitación del mercado relevante se reflejan también en el siguiente.

No obstante, sí conviene apuntar un problema central que aparecerá en la delimitación del mercado relevante cuando la práctica en cuestión se

³⁰⁸ OXERA, *Assessing profitability in competition policy analysis Economic*, op.cit, pág. 27.

refiere a los precios excesivos: la falacia del celofán (*cellophane fallacy*)³⁰⁹.

Este concepto da nombre a la situación que se produce en la utilización del *SSNIP test*³¹⁰ para definir un mercado relevante. La distorsión provoca que se delimiten mercados demasiado amplios, cuanto mayor es el precio de referencia, disminuyendo la probabilidad de que se considere que la empresa se encuentra en posición de dominio. Este test no puede discernir cuándo el precio ya es monopolístico o excesivo habiéndose utilizado ya en su fijación el poder de mercado y cuándo no. La Comisión admite esta dificultad y reconoce que el uso del precio común en el mercado es aquél sobre el que debe aplicarse el test para determinar el mercado relevante.

Abandonando ya la cuestión relativa a la determinación del mercado relevante, nos centraremos exclusivamente en el análisis a partir de este nivel. No existe ninguna fórmula exacta que permita establecer cuándo una empresa se halla en posición de dominio. La única opción pasa por acudir a parámetros que normalmente indican, con un mayor o menor grado de certeza y precisión, la existencia de poder de mercado³¹¹.

³⁰⁹ Se ha dado el nombre “falacia del celofán” a distorsión a la que nos referimos en honor a un caso en EEUU *United States v E.I. du Pont de Nemours & Co.* 351 U.S. 377 (1956), en el que el Tribunal Supremo definió incorrectamente el mercado relevante midiendo la elasticidad cruzada de la demanda con el precio monopolístico fijado por du Pnto. Así, el tribunal no se percató de que el hecho de que du Pont hubiera ejercido ya su poder de mercado, el precio que el tribunal tuvo en consideración no era el precio competitivo. AREZZO, E., “Is there a Role for Market Definition and Dominance in an effects-based Approach?”, op.cit., pág. 27. MESSINA, M., “Article 82 and the new economy. Need for modernization”, *The competition Law review*, vol. 2, nº 2, 2006, págs. 73-98, pág. 79.

³¹⁰ Este test consiste en analizar si un pequeño (entre un 5-10%) pero significativo y no transitorio aumento del precio de un producto (A) conlleva que los potenciales compradores desplacen su demanda a otro oferente (producto B).

³¹¹ Ciertos autores se refieren a este método para probar el dominio como prueba circunstancial. BLAIR, R.D., CARRUTHERS, C.K., “The economics of monopoly power in antitrust” en AAVV., *Antitrust Law and Economics*, ed. K. N. Hylton, Edward Elgar, Northampton, págs. 64-82, pág. 74.

En primer lugar, se puede llevar a cabo un análisis estructural del mercado y de la posición de la empresa analizada en el mismo (se estudiará cuál es la cuota de mercado de la empresa, se tendrá en cuenta el factor temporal –si la posición de dominio es sostenida o mantenida durante un periodo largo o no-, las barreras de entrada, la existencia de integración vertical, el poder financiero, si existe un contrapoder –la demanda- suficientemente fuerte, etc.)³¹².

También puede optarse por una segunda aproximación en la que se toma en consideración el comportamiento de la empresa en cuestión y la de sus competidores. Se trata ésta segunda de un *behaviourist approach*³¹³.

Por último, se puede comprobar si la víctima del supuesto abuso de posición de dominio se encuentra en una situación de dependencia con respecto a la empresa analizada o tiene la suficiente fuerza como para oponerse a los comportamientos abusivos de la empresa analizada. Estos métodos pueden combinarse con el fin de llevar a cabo un *second check* o confirmación³¹⁴.

³¹² FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., “Algunas consideraciones sobre la determinación del abuso de posición de dominio, con especial referencia a la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia”, *Anuario de la competencia*, nº 1, 1999, págs. 121-154, pág. 134. Se trata de un análisis de criterios objetivos: condiciones industriales, financieros o tecnológicas del sector

³¹³ Se trata de analizar más allá de los criterios cuantitativos, de ver la potencialidad de una empresa o la posibilidad que ésta tiene de ejercer una influencia sustancial. FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., “Algunas consideraciones sobre la determinación del abuso de posición de dominio, con especial referencia a la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia”, op.cit., pág. 134. El autor indica que en esta aproximación se valora el comportamiento de la empresa y el grado de autonomía de sus decisiones. En este sentido, se analizan la influencia preponderante, la sustracción a la competencia, la libertad de acción de las empresas, la fijación de precios, etc.

³¹⁴ WAELBROCK, M., FRIGNANI, A., *European Competition Law*, op.cit., pág. 226

En España, existen dos resoluciones clave en las que se sistematizan los criterios que permiten establecer la existencia de dominio: Bacardi³¹⁵ y McLane/Tabacalera³¹⁶.

En la decisión Bacardi, la el Tribunal de Defensa de la Competencia apunta la importancia de llevar a cabo un análisis doble, de la empresa y del mercado en el que la misma actúa y el resultado arrojado debe ser el mismo en los dos. Con el análisis de la empresa, se pretende medir su fuerza competitiva y comercial en términos absolutos, sin compararla con la situación de sus competidores o con la estructura general del mercado³¹⁷. En este análisis se incluyen los siguientes factores: recursos y métodos de producción, métodos de presentación, transporte y venta, tecnología, integración vertical. El análisis de mercado, en cambio, incluiría los siguientes: fuerza y número de competidores, las cuotas de mercado y volúmenes de venta, precios y barreras de entrada.

La segunda decisión aludida mejoraba el test propuesto en Barcardi. La Comisión mantiene la existencia de tres métodos válidos para evaluar la dominancia de una empresa: el estructural (doble análisis de Bacardí), el conductista (basado en el comportamiento en el mercado de la empresa investigada y sus competidores) y el de la dependencia económica (basado en las relaciones de clientes y proveedores con la empresa en causa). El test al que más se recurre en España por la CNMC es el estructural. Pero si persisten dudas razonables tras haber llevado a cabo este test, es necesario recurrir a uno de los otros dos.

³¹⁵ TDC resolución de 30 de septiembre de 1999.

³¹⁶ TDC resolución de 24 de abril de 2002.

³¹⁷ GUTIÉRREZ, A., “Comentario al art. 2 de la LDC. Posición dominante”, op. cit, pág. 138.

Esta metodología, la estructural, será la que analicemos a continuación. La misma centra su estudio en tres factores clave: las presiones ejercidas por los competidores en el mercado (análisis de las cuotas de mercado), las presiones ejercidas por la amenaza de la expansión o entrada potencial de competidores (análisis de la contestabilidad del mercado) y las presiones ejercidas por la capacidad de negociación de los clientes (la elasticidad³¹⁸ de la demanda)³¹⁹.

2.2.1. Las cuotas de mercado

El indicador más recurrente por ser el más “sencillo” de determinar o, quizás, por su pretendida objetividad (porque el resultado viene definido por la configuración y delimitación del mercado relevante³²⁰) para determinar si una empresa se halla en posición de dominio es el relativo a las cuotas de mercado³²¹.

Sin embargo, es necesario recordar que éste es sólo uno de los múltiples factores a analizar en la fijación de la existencia de una posición

³¹⁸ “La elasticidad de la demanda mide la variación en la demanda del producto ante cambios en su precio con relación al del resto de bienes, considerando que todo lo demás permanece constante”. GUTIÉRREZ, I, PADILLA, J., “Economía de la competencia” en AAVV. *Tratado de Derecho de la competencia*, dir., J.M Beneyto Pérez, coord.. J. Maillo González Orús, Bosch, Barcelona, 2005, págs. 1-57, pág. 9.

³¹⁹ 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, apartado 12.

³²⁰ Los problemas relativos a esta materia han sido apuntados en reiteradas ocasiones, como, por ejemplo, VICKERS, J., “Market power in competition cases”, *European Competition Journal*, vol. 2, 2006, págs. 3-14, señalando la incapacidad de superar problemas del tipo “falacia del celofán”, estrechamente relacionado con las consecuencias de la necesidad de incluir o excluir productos en determinados mercados. Es necesario recordar que la aptitud de sustituir un product (productos sustitutivos) es gradual y esta característica difícilmente puede apreciarse en un examen así.

³²¹ AREZZO, E., “Is there a Role for Market Definition and Dominance in an effects-based Approach?”. op.cit, pág. 26.

de dominio en el análisis estructural³²². Recordemos, en este sentido, que es posible que una aproximación que bascule exclusivamente en torno a este factor arroje errores. Es plausible que, incluso existiendo un supuesto de monopolio (es decir, encontrándose la empresa con un 100% de cuota de mercado), no se pueda afirmar que la empresa posee una auténtica posición de dominio y sea sólo un espejismo³²³ o, a la inversa, considerarse erróneamente que con la posesión de cuotas relativamente alejadas del monopolio no se aprecie una posición de dominio³²⁴.

No obstante, lo habitual en un supuesto donde una empresa ostenta el 100% de la cuota de mercado será que la misma se encuentre en una

³²² GUTIÉRREZ, A., “Comentario al art. 2 de la LDC. Posición dominante”, op.cit, pág. 128. BOURGEOIS, H., “The chilling effects of article 82 enforcement” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 2008, págs. 349-384, p’sg. 357. Como sostiene el autor, la utilización de exclusivamente este estándar para determinar la posición de dominio puede llevar a errores de tipo I. En opinión del mismo, la cuota de Mercado no debería jugar un papel determinante en el análisis del poder de Mercado de una empresa. Cabe la posibilidad que el hecho de que se tenga en cuenta de una forma tan notoria la cuota de Mercado haga que una empresa tome voluntariamente la decisión de no expandirse precisamente para evitar las consecuencias competitivas que la misma acarrearía.

³²³ Cuotas de mercado muy elevadas tampoco necesariamente serán consideradas posiciones de dominio (de 30.9.99 Bacardi exp. 362/99.)

³²⁴ De hecho, en la Sentencia AKZO Chemie BV v Commission Case c-62/86, ECJ (1991) ECR I-3359, 1993 5 CMLR 215, se establece que altas cuotas de mercado pueden considerarse en sí mismas prueba de la existencia de una posición de dominio, en el caso que analizó el tribunal, se consideró que una cuota del 50% era suficiente como para determinarlo. Al apreciar una posición de dominio con un 50% de cuota de mercado, existen autores que entienden que se ha fijado una presunción iuris tantum de posición de dominio. Esta presunción hace que la carga de la prueba se desplace hacia la empresa que debe demostrar que, a pesar de ostentar tales cuotas, no tiene una posición de dominio con el resto de factores a considerar en tal análisis. EZRACHI, A., *EC Competition Law. An analytical guide to the leading cases*, Hart Publishing, Oregon, 2008, pág. 130. Existen empresas con cuotas inferiores de mercado que han sido consideradas dominantes. Por ejemplo, con un 39,7% de cuota en el caso de Virgin/British airways (COMP/34.780, apartado 88) y United Brands con una cuota de mercado de 40-45%. Bajas cuotas de mercado no implican, en cambio, carecer de posición de dominio. Se indicó en *Gottrup Klim* que no debía descartarse que una empresa con cuotas relativamente escasas (del 36 y 32%) pudiera, a la vista de sus competidores, encontrarse en una posición de dominio

posición de dominio³²⁵, salvo en mercados muy volátiles de rápida evolución donde las empresas no puedan mantener las cuotas durante un período prolongado de tiempo³²⁶.

De hecho, en *Hoffmann LaRoche*³²⁷ se pone de relieve que las cuotas de mercado son, por sí mismas, excepto en algunas excepciones, indicio suficiente de dominancia³²⁸. Una empresa con una cuota elevada de mercado, que es capaz de mantenerla por cierto tiempo, –donde los competidores mucho más pequeños no son capaces de asumir la demanda de tal empresa– está, en virtud de tal cuota, en posición de poder de mercado que la convierte en una co-contratante no evitable y que, este hecho, por sí mismo, le asegura una libertad de acción, consistente en obstaculizar la competencia en el mercado y comportarse independientemente de terceros operadores, que es la característica particular de la posición de dominio. Este análisis pone de relieve que, en

³²⁵ Así, el Tribunal de Defensa de la Competencia español ha venido manteniendo esta tesis –en casos de monopolio la posición dominante se presume– durante muchos años en numerosos expedientes, como *Handling Aeropuertos Exp. r 126/95, FD 4, de 17.7.97*, *Esprit Telecom, Exp 382/96, FD 1 de 2.10.97*, *Asistencia los Angeles, exp r 239/97, FD 9, de 1.2.95* *Teléfonos en Aeropuertos, exp 350/94 FD 10, de 26.5.97* etc.

³²⁶ EBERHARD, A., “European Competition Law: A Critical Analysis of the Process Employed by the Commission to Assess Dominance under Article 82 EC”, *Hanse Law Review*, vol.2 n° 2, 2006, págs. 221-227, pág. 226.

³²⁷ Apartado 41.

³²⁸ La relevancia de la cuota fue determinante en *AKZO*, donde se estableció que una cuota del 50% consitiye, salvo en casos excepcionales, una prueba de la posición de dominio. En *Hilti* se dijo que una cuota entre un 70 y un 80% era, en sí misma, indicio claro de la existencia de tal posición. De esta opinión es también FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., “Algunas consideraciones sobre la determinación del abuso de posición de dominio, con especial referencia a la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia”, *Anuario de la competencia*, n° 1, 1999, págs. 121-154, pág. 135, quien sostiene que generalente la cuota de mercado, especialmente si ésta es importante, se ha considerado un elemento significativo, aunque tenga que complementarse con el análisis de otros elementos.

presencia de altas cuotas de mercado, el estudio de otros factores pierde casi todo su interés³²⁹.

Sin embargo, no sólo es importante la cuota de mercado de la empresa investigada a los efectos de determinar la existencia de una posición de dominio, sino que también adquieren relevancia las cuotas que poseen las empresas de su entorno, en concreto, la de la siguiente empresa con mayor cuota de mercado³³⁰. Así, se mide la dispersión o concentración del mercado.

Ésta es la diferencia entre la cuota de mercado absoluta y la relativa. La primera se refiere al estudio único del líder del sector. La cuota de mercado relativa, en cambio, analiza la cuota de mercado del líder puesta en relación con la de la siguiente empresa en el mercado. De hecho, cuotas relativamente alejadas del monopolio, como puede ser una cuota de 41-42%, se han considerado constitutivas de posición de dominio cuando la brecha con el siguiente competidor era marcada³³¹.

Asimismo, en general, no basta con que la cuota de mercado se estudie de forma estática, sino que es conveniente considerar la evolución de la misma o, en otras palabras, la posición de la empresa desde una perspectiva dinámica. Así, se trata de medir la volatilidad o estabilidad de

³²⁹ FERNÁNDEZ VICIÉN, C., MORENO-TAPIA, I., “El artículo 102 TFUE: un recorrido por la interpretación jurisprudencial de los conceptos de posición dominante y abuso” en AAVV., *El Derecho Europeo de la Competencia y su aplicación en España. Liber amicorum homenaje a Santiago Martínez Lage*, coord, Pedraz Calvo, M. Y Ordóñez Solís, D., Wolters Kluwer, La Ley, Madrid, 2014, págs. 189-210, pág. 199. En STJUE AKZO, apartado 60.

³³⁰ Este factor también se tuvo en cuenta en la STJUE *Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission* caso 322/81 ECJ (1983) ECR 3461 (1985) 1 CMLR 282, apartados 22-52.

³³¹ KORAH, V., *An introductory guide to EC competition law and practice*, op.cit., pág. 94. En mi opinión, sin embargo, deberíamos haber puesto atención a las barreras de expansión también en este caso.

las posiciones de dominio a lo largo del tiempo³³². Existen mercados que perpetúan posiciones de dominio de una única empresa, donde el *insider* tiene más posibilidades de seguir manteniendo la posición de dominio, como por ejemplo en licitaciones donde se valora muy intensamente la experiencia pasada. En cambio, en mercados donde existen subastas que relativizan tal factor, donde el ganador se lo lleva todo (*winner takes it all*) suelen presentar cuotas de mercado volátiles porque no existe “*path dependence*”³³³.

La fluctuación de las cuotas de mercado es una cuestión relevante que sirve de indicio para determinar la existencia de una posición de dominio fuerte o anclada. Si se pueden apreciar variaciones notables y relativamente rápidas de las cuotas, probablemente se deba a que no existe una posición de dominio y el mercado es contestable³³⁴.

2.2.2. La contestabilidad del mercado

Las cuotas de mercado son sólo un elemento que contribuye a determinar la existencia de una posición de dominio y, como tal, debe relativizarse su importancia. En este sentido, no es recomendable utilizar este parámetro como única referencia, ya que el mismo aporta exclusivamente una visión sesgada y estática. En cambio, debe prestarse

³³² GUTIÉRREZ, A., “Comentario al art. 2 de la LDC. Posición dominante”, op.cit, pág. 131.

³³³ Expresión que se refiere a la dependencia del camino o la determinación de un concreto resultado por los acontecimientos anteriores.

³³⁴ Porque a pesar de que eso implique unas barreras de entrada no tan elevadas, la empresa seguirá ostentando posición de dominio (Tabacos de Canarias expediente 375/96, FD 2). Aunque hay pronunciamientos en ambos sentidos (Resolución de 8 de marzo de 2000 funerarias de Madrid)

atención al resto de características y condiciones del mercado³³⁵. Con esta afirmación nos referimos a los elementos que determinan que el mercado sea, sino actualmente competitivo, al menos potencialmente competitivo o, lo que es lo mismo, contestable³³⁶. No obstante, como pone de relieve la doctrina, si bien el hecho de que un mercado sea contestable es bueno³³⁷, no es equiparable a las ventajas derivadas de un mercado efectivamente competitivo³³⁸.

La contestabilidad del mercado viene determinada por multitud de parámetros, que pueden referirse a la brecha tecnológica entre el dominante y sus competidores, la existencia de redes de ventas muy desarrolladas, barreras de entrada y la ausencia de competencia potencial³³⁹. También es necesario estudiar la cuota de mercado que la

³³⁵ EZRACHI, A., *EC Competition Law. An analytical guide to the leading cases*, op.cit, pág. 129.

³³⁶ El concepto contestable acuñado por Baumol se refiere a un mercado donde la entrada y la salida son libres. Mercados perfectamente contestables hay pocos, porque siempre habrá algún coste en la entrada o en la salida, aunque sea de información, pero todo se debe medir en grados.

³³⁷ No obstante, sobre los riesgos derivados de los mercados contestables o los mercados impugnables, véase BAUMOL, W. J., BATEY BLACKMAN. S. A., *Mercados perfectos y virtud natural. La ética en los negocios y la mano invisible*, Colegio de economistas de Madrid, Madrid, 1991, pág. 27. En su opinión, este tipo de mercados corre el riesgo de producir una proliferación de operadores oportunistas o transeúntes cuya voluntad no es permanecer en el mercado y contribuir a un juego limpio en el mismo, sino a engañar a los consumidores y salir del mercado, precisamente porque la ausencia de costes de entrada conlleva que no pierdan nada en este tipo de comportamientos. En resumidas cuentas, el autor es de la opinión que a pesar de todo, en términos de fiabilidad de la calidad del producto y la calidad del producto y de la información pertinente, la competencia perfecta y la impugnabilidad -las dos formas ideales de mercado (...)- pueden reducir su nivel de perfección a un nivel más bajo que el sugerido por sus nombres". No obstante, este problema, en nuestra opinión, ya ha sido, sino total, al menos, parcialmente solucionado a través de los signos distintivos o, incluso, como sugiere el mismo autor, a autoridades que garanticen la calidad de los productos.

³³⁸ MARTIN, S., "Globalization and the natural limits of competition" en AAVV, *The international handbook of competition*, ed. Neuman, M., Weigand, J., Edward Elgar. Cheltenham, 2004, págs. 16-65, pág. 46.

³³⁹ Apartado 48 Hoffmann laRoche y apartado 61 de la sentencia AKZO, donde se puso de relieve que la empresa tenía una organización de mercado altamente organizada

empresa investigada maneja en mercados conexos de proyección automática del dominio³⁴⁰ y el grado de integración vertical que tiene, así como las ventajas competitivas.

Aunque los parámetros parezcan de lo más heterogéneo, el elemento común a todos ellos y la clave para determinar la contestabilidad de un mercado, además de la posibilidad, es la rapidez y facilidad con la que los operadores en el mercado relevante son capaces de entrar y salir del mismo³⁴¹.

A las circunstancias que imposibilitan, ralentizan o dificultan la entrada o salida de empresas del mercado se las conoce como “barreras de entrada o expansión”. Sin embargo, la doctrina sigue enfrentando dificultades para delimitar el concepto mismo de barrera de entrada³⁴². En algunos supuestos, incluso, se utiliza sólo como pantalla para reforzar una

comercial y técnicamente y conocimientos superiores a sus consumidores en lo que se refiere a seguridad y toxicología. Éste también fue un factor que se tuvo en cuenta en STJUE *Nederlandsche Banden Industrie Michelin v COMmission* caso 322/81 ECJ (1983) ECR 3461 (1985) 1 CMLR 282, apartado 55, cuando el tribunal subraya que en materia de inversión e investigación el grupo Michelin tiene sobre sus competidores mucha ventaja. Asimismo, en el apartado 58 de la misma sentencia se ponía de relieve que también supera a sus competidores en el número de representantes comerciales que les daba acceso a los competidores finales.

³⁴⁰ Gas natural castilla y león, exp 482/00 FD 4, de 1.4.02 Iberia exp 514/01 fundamentos de derecho 2 y 3, de 14.11.03 Gas natural 540/02 fundamento de derecho 6 y 18.12.02 FAVI/Naturgas ex 530/01 en el fundamento de derecho primero.

³⁴¹ VELASCO SAN PEDRO, L.A., “Las barreras de entrada y su relevancia para el derecho de la competencia”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, nº 6., 2010, págs, 163-176, pág. 19.

³⁴² *Ibidem*, pág. 13. De hecho, lo que los economistas consideran barreras de entrada no siempre coincide con la aproximación de los juristas. Estos últimos han llegado a considerar como barreras de entrada algunas que solo actúan a corto plazo y que los economistas, más enfocados hacia la eficiencia y los incentivos a la inversión no entenderían como tales. KORAH, V., *An introductory guide to EC competition law and practice*, op.cit, pág. 94.

conclusión poco fundada de los tribunales y donde no se han estudiado rigurosamente los efectos reales de las mismas³⁴³.

2.2.2.1. Clases de barreras de entrada

En general, se mantiene una noción relativamente amplia de lo que se consideran barreras de entrada³⁴⁴. Y la doctrina clasifica las mismas desde varias perspectivas³⁴⁵, sin embargo, una de las más recurrentes es la aquella que diferencia entre barreras estructurales y barreras de comportamiento³⁴⁶, dependiendo del origen de éstas.

2.2.2.1.1. Barreras estructurales

Las barreras estructurales resultan de características exógenas al mercado³⁴⁷ que afectan tanto a las empresas que ya se encuentran operando en el mismo como a aquéllas que se hallan fuera de éste y que impiden o retrasan su entrada o expansión.

Entre ellas, podemos hacer referencia a los costes hundidos (*sunk costs*) o no recuperables tras la salida del mercado –lo cual hace la entrada

³⁴³ Íbidem, pág. 15.

³⁴⁴ Recogidas en la Comunicación de la Comisión sobre abusos de exclusión.

³⁴⁵ PACE, L.F., *Derecho Europeo de la Competencia. Prohibiciones antitrust, control de las concentraciones y procedimientos de aplicación*, Marcial Pons, 2007, pág. 152 y 153 hace una enumeración distinguiéndolas entre: barreras jurídicas, donde incluye los derechos especiales o exclusivis, los derechos de propiedad industrial e intelectual, etc. En según lugar, los costes irrecuperables y las limitaciones de capacidad. En tercer lugar, las economías de escala y alcance y, por último, las barreras estratégicas a la expansión o a la entrada (training advantages o efectos de red, uso de los contratos a largo plazo con los clientes).

³⁴⁶ Aunque otra forma muy extendida es aquella que las distingue entre barreras naturales, administrativas y estratégicas. En PETIBÓ, J., “Barreras de entrada y competencia”, *Anuario de la Competencia*, nº1, 2003, págs. 185-206, pág. 190.

³⁴⁷ ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *Market Power Handbook. Competition Law and Economic Foundations*, ed. P. Nelson, 2005, pág. 125.

mucho más arriesgada³⁴⁸. Este tipo de costes desincentiva la entrada de competidores esporádicos, que utilizan estrategias de rápida entrada y salida en mercados donde la reputación no juega un importante papel.

Otro tipo de barreras estructurales son las condiciones estructurales del mercado, como las ventajas en costes absolutos, las economías de escala³⁴⁹ y gama³⁵⁰. Esta última se refiere a los costes que debe sufragar el operador de mercado, y que son más reducidos por las ganancias de eficiencia, la distribución o venta de varios productos en lugar de uno solo.

La reputación de las empresas establecidas, se ha considerado, en ocasiones, una barrera de entrada. El reconocimiento de una empresa en el mercado es un bien inmaterial que cuesta tiempo y elevadas inversiones económicas en alcanzar y mantener. Asimismo, la inercia de los consumidores en la adquisición repetida a la misma empresa está estrechamente asociada con la anterior. No obstante, a diferencia de la reputación, la inercia se consigue exclusivamente por el paso del tiempo y la costumbre, sin implicar necesariamente una mejor calidad de los productos y servicios.

Sin ánimo de exhaustividad, vamos a referirnos por último a las barreras legales y administrativas, introducidas por la legislación y

³⁴⁸ En esta categoría podría incluirse el capital fijo, las inversiones necesarias para comprar o arrendar instalaciones, bienes de equipo, etc. Asimismo, dentro de este grupo se encuentran los costes de reclutamiento y formación del personal, la publicidad, y el coste de las licencias.

³⁴⁹ Las nuevas empresas tendrán menos beneficios provenientes de este tipo de fenómeno puesto que la implantación en el mercado necesariamente implica un tiempo, mientras tanto, fabricarán y venderán pocas unidades. Ahora bien, aquéllas empresas nuevas que tengan una gran capacidad de almacenamiento no necesariamente se verán privadas de estos beneficios si son capaces, a medio plazo, de sacar todo el stock que obra en su poder.

³⁵⁰ La diversificación de los productos ofrecidos por una empresa produce beneficios en ciertas condiciones. Por ejemplo, se pueden compensar los resultados moderados de algún producto con los de otro, con lo que el riesgo de fracaso se reduce.

regulación de la Economía³⁵¹. Entre ellas, podemos entender incluidas la concesión de derechos de exclusiva (DPI y reserva de actividades a determinadas empresas –monopolios legales-), las licencias administrativas, la regulación que determina las condiciones de la actividad, como puede ser la regulación de precios, o los límites de producción, salarios mínimos, etc.

2.2.2.1.2. *Barreras de comportamiento*

La segunda gran clase se refiere a las barreras de comportamiento o barreras estratégicas. Éstas tienen su origen en la conducta de los operadores ya insertos o implantados en el mercado.

Estas empresas –“las primeras en moverse”- cuentan con ventajas derivadas exclusivamente de la preferencia temporal que les permite desarrollar estrategias comerciales que tiendan a obstaculizar, impedir o disuadir la entrada de competidores.

Se trata, en esencia, de actividades que propician el cierre de mercado y, en ocasiones, las mismas pueden considerarse abusos de posición de dominio (por ejemplo, los abusos de exclusión³⁵²). Entre éstas, podemos nombrar las estrategias basadas en la fijación de precios bajos (*limit pricing*) –aunque no necesariamente predatorios-, el incremento de capacidad productiva por encima de lo necesario, de forma que la empresa sea capaz de cubrir cualquier aumento de demanda y evitar que terceros entrantes puedan satisfacer esta situación de necesidad. Asimismo, con

³⁵¹ En este grupo se incluyen los derechos de IP, los monopolios legales, las concesiones o autorizaciones administrativas necesarias para operar en un mercado, la limitación de las condiciones competitivas, como pueden ser la imposición de precios, limitación de tarifas y límites a la producción, la imposición de nuevas obligaciones a los entrantes distintas de las soportadas por los ya participantes en el mercado, ayudas públicas, etc.

³⁵² VELASCO SAN PEDRO, L.A., “Las barreras de entrada y su relevancia para el derecho de la competencia”, *op.cit.*, pág. 32.

ellos se manda una señal a los entrantes que indica que su incursión en el mercado desencadenaría una bajada de precios por exceso de oferta. Otra estrategia es la proliferación de productos y marcas de forma que llega un punto en el que no queda espacio para nuevas empresas competidoras. Por último, las cláusulas de exclusiva incluidas en algunos contratos.

2.2.2.2. Circunstancias en torno a las barreras

No obstante, el estudio, además de girar en torno a la existencia de tales barreras, debe también referirse a cómo de elevadas son y si son competitivas o anticompetitivas. Ciertamente, en la mayor parte de mercados existen barreras de entrada, pero habrá que poner atención a la entidad, la repercusión o importancia de las mismas en la competencia potencial y también en lo recomendable que puede ser eliminarlas.

Pese a que la presentación puede dar pie a pensar que es necesario eliminar todas las barreras de entrada, independientemente de su naturaleza, causa y fin, para favorecer la competencia, esta conclusión no es necesariamente acertada. No todas las barreras de entrada son anticompetitivas, en el sentido de perjudiciales para la estructura de mercado o consumidores. Existen barreras de entrada competitivas, como el nivel de eficiencia de una empresa o la posibilidad de aprovechamiento de economías de escala, o ciertas barreras impuestas legalmente, como las garantías mínimas exigidas para operar en un mercado.

Aunque actualmente, existe una cierta tendencia a considerar que cualquier medida que entorpezca el libre funcionamiento del mercado -en el sentido de entrada y salida a coste cero del mismo- tiene consecuencias y repercusiones negativas en los consumidores y el mercado, no todas las barreras de entrada están injustificadas. Habrá supuestos en los que la

existencia de las mismas responda a un fin superior y su eliminación será imposible o no recomendable. Así, si se eliminase este tipo de “obstáculos” que impide la libre entrada y salida sin consecuencias, podría beneficiarse exclusivamente al competidor no eficiente y el fin debe ser el de beneficiar a la competencia a través de la posibilidad de que competidores igual de eficientes que el empresario que ya se encuentra en el mercado y que se beneficia de las mismas³⁵³ accedan al mismo.

2.2.3. Elasticidad de la demanda

El poder de la demanda, determinado fundamentalmente por la elasticidad de la misma, es una variable que rara vez se considera dentro del estudio de los análisis de posición de dominio. Y, sin embargo, se trata de un parámetro que puede contrarrestar el poder de la empresa.

En primer lugar, el poder de actuar de contrapeso de la fuerza de la oferta depende de la cuota de mercado que posee la demanda – imaginemos un mercado donde existe un monopsonio-. En segundo término, es conveniente que también se consideren en este estudio las posibilidades con las que cuenta la demanda de promover la entrada de nuevos competidores o de integrarse verticalmente o, al menos, amenazar por hacerlo de forma verosímil³⁵⁴. En tercer lugar, y la variable más relevante, se encuentra la elasticidad de la demanda, esto es, la posibilidad de cambiar, rápidamente y con pocos costes, de suministrador.

Respecto de la última –la elasticidad- jugará un papel poco relevante en un supuesto en el que la oferta esté altamente concentrada y

³⁵³ KORAH, V., *An introductory guide to EC competition law and practice*, op.cit, pág. 80.

³⁵⁴ 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, apartado 18.

la empresa sea dominante en el mercado porque las fuentes de suministro están especialmente restringidas. Sin embargo, es posible considerar la opción de que los competidores puedan expandirse y crecer asumiendo la demanda fluctuante. No obstante, también puede darse la situación en la que no exista un proveedor alternativo ni real ni potencial y la empresa con mayores cuotas sea la única en condiciones de suministrar el bien. Esta característica no necesariamente le confiere una posición de poder absoluto en el mercado ya que, dependiendo del tipo de bien del que estemos hablando (bien necesario, normal y de lujo), la demanda puede optar por no adquirir el bien. Esta amenaza, sin embargo, es más creíble en el supuesto de bienes de lujo que en el caso de bienes necesarios.

En cualquier caso, conviene adelantar que es posible que a los efectos de un análisis de determinación de posición de dominio, el poder de la demanda presente una utilidad diferente en función del tipo de abuso que se cometa, es decir, dependiendo de si la conducta abusiva tiene efectos de explotación o de exclusión.

Esta diferencia en el rendimiento de la variable se explica porque, en una práctica de exclusión, pese a que efectivamente exista poder de demanda, ésta apenas tendrá capacidad de reacción frente una práctica de exclusión, ya que poco puede influir en la misma e, incluso, en muchas ocasiones, resultará beneficiada directa y a corto plazo. En cambio, en el estudio de una posición de dominio en una práctica de explotación, donde la demanda está directa y a corto plazo perjudicada, resulta especialmente interesante conocer si la misma podría haber evitado tal abuso.

Asimismo, interesa apuntar que, en nuestra opinión, al menos en el supuesto de abusos dirigidos a la explotación, el análisis del poder de la demanda y el requisito de fijación o imposición unilateral de los términos

(en este caso, el precio) relativo al estudio del abuso, están inextricablemente unidos.

3. ESPECIALES CONDICIONES DE LOS MERCADOS

Ciertos autores exigen, para la aplicación de los precios excesivos, que concurren determinadas condiciones en los mercados, que se acumularían a las tradicionalmente ya exigidas y expuestas. Sin embargo, hay que resaltar que, en puridad, no estamos ante una adición de requisitos, sino de la necesidad de que éstos concurren de una forma más intensa. Se trata de requerir un estándar superior de dominio en el mercado del normalmente exigido para poder entender que se ha producido cualquier tipo de abuso excluyente de la posición de dominio³⁵⁵.

3.1. PRESENTACIÓN DE LAS POSTURAS DOCTRINALES

MOTTA y STREEL³⁵⁶, y NAZZINI, por su parte³⁵⁷, defienden que para poder sancionar a una empresa por precios excesivos es necesario que

³⁵⁵ Para una mejor visualización de los diferentes tests propuestos por distintos economistas, véase el artículo JENNY, F., “Abuse of dominance by firms charging excessive or unfair prices: an assessment”, op.cit, pág. 38. El autor lleva a cabo un estudio en el que se considera la posición de varios autores en torno a los siguientes factores o variables: las barreras de entrada, la posición monopolística y el origen de la misma (concretamente, que no sea el resultado de inversiones en innovación pasadas o que no se produjera a raíz de abusos de exclusión), la existencia de un regulador específico, la diferencia entre el precio y el coste medio, el hecho de que el precio evite el surgimiento de nuevos productos o servicios en mercados adyacentes, la fijación de precios de los diferentes elementos de un portfolio de productos en industrias dinámicas arriesgadas, el efecto que causa la intervención, la existencia de demandas civiles de daños, remedios a imponer.

³⁵⁶ MOTTA, M., DE STREEL, A., “Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law”, op.cit., pág. 91.

en el mercado aparezcan barreras de entrada elevadas y no transitorias y un monopolio o una situación de superdominancia, un grado superior al de mera posición de dominio. Asimismo, se demanda por los mismos que tal posición derive de derechos de exclusiva o especiales, pasados o presentes. Estos autores requieren, cumulativamente, el cumplimiento de dos requisitos institucionales: que no exista forma alternativa en que las autoridades de la competencia puedan eliminar tales barreras³⁵⁸ y que no concorra un regulador específico en tal mercado.

EVANS y PADILLA³⁵⁹, en cambio, sugieren que, para intervenir por causa de este ilícito, debería hallarse la empresa en una situación donde la misma disfrute una posición cercana al o totalmente monopolística. Además, los precios fijados por la empresa deberán exceder ampliamente los costes medios totales y hacer surgir un riesgo de

³⁵⁷ NAZZINI, R., *The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102*, op.cit, pág. 98. Este autor, además, da una razón razonable con la que, sin embargo, no estamos de acuerdo. El autor sostiene que una mera posición de dominio no monopolístico no es suficiente como justificación para sancionar por precios excesivos. Los clientes tienen alternativas a las que recurrir, por lo que existe un cierto grado de disciplina en el Mercado, aunque no el nivel que existiría en un mercado competitivo. En estos casos, imponer un techo a los precios que puede fijar la empresa podría dar lugar a distorsiones en el funcionamiento de las dinámicas normales del Mercado. Sin embargo, pese a no ostentar una posición de dominio, sigue existiendo una barrera que impide que las fuerzas competitivas moderen el poder de la dominante. Éstas se pueden reflejar en la imposibilidad de cambiar totalmente la empresa de provision del product porque la tercera empresa no dominante tenga problemas de expansion y no pueda satisfacer toda la demanda. En estos casos, el hecho de que exista una tercera empresa en el Mercado no soluciona el grueso del problema.

³⁵⁸ FORRESTER, I., "Sector specific price regulation or antitrust regulation-A plague on both your houses" en AAVV., *European Competition Law Annual 2007. A reformed approach to article 82 EC*, ed. Ehlerman, K.D., Marquis, M., Hart Publishing, Oxford, 2008, págs. 547-574, pág. 552. FLETCHER, A., JARDINE, A., "Towards an appropriate policy for excessive pricing" en AAVV., *European Competition Law Annual 2007. A reformed approach to article 82 EC*, op.cit, pág. 543. Estas autoras sostienen que tales medidas son mucho más efectivas que la regulación de precios y no tienen asociadas las desventajas de esta última.

³⁵⁹ EVANS, D. S., PADILLA, J., "Excessive prices: using economics to define administrable legal rules", *CEMFI Working paper*, nº 0416, 2004, págs. 1-33.

que tales precios eviten la creación de nuevos bienes y servicios en mercados adyacentes.

O'DONOGHUE y PADILLA³⁶⁰ sostienen que existe en la doctrina un creciente consenso sobre la necesidad de identificar principios administrables que limiten el ámbito de aplicación para asegurar que el artículo 82 TCE (102 TFUE) se implementa sólo cuando es necesario, minimizando, de esta forma, la probabilidad de falsos positivos. En su opinión, se ha producido un acuerdo generalizado en torno a la cuestión de que la intervención se debe producir exclusivamente en industrias que: estén protegidas por barreras de entrada, donde la empresa dominante disfruta de un poder de mercado considerable y en el que la inversión y la innovación juegan un papel limitado.

RÖLLER³⁶¹ requiere, como exigencia para sancionar por precios excesivos, que concurren todas las circunstancias mencionadas anteriormente de forma cumulativa. El autor sostiene que el ilícito de precios excesivos con finalidad de explotación sólo debe implementarse en situaciones especialmente restringidas: barreras de entrada muy elevadas, incapacidad del mercado para corregirse a sí mismo, inexistencia de un remedio estructural alternativo, inexistencia de un regulador o producción de un fallo en la regulación o un escenario conocido como “*gap cases*”³⁶². Los *gap cases* son aquellos supuestos donde la empresa ha adquirido la posición de dominio a través de una práctica excluyente que

³⁶⁰ O'DONOGHUE, R., PADILLA, A. J., *The Law and Economics of article 82 EC*, op.cit.

³⁶¹ RÖLLER, L-H., “Exploitative abuses”, en AAVV., *European Competition Law Annual 2007. A reformed approach to article 82 EC*, ed. Ehlerman, K.D., Marquis, M., Hart Publishing, Oxford, 2008, págs. 525-532, pág. 528.

³⁶² WERDEN, G.J., “Monopoly pricing and competition policy: divergent paths to the same destination?” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 2008, págs. 649-664, pág. 661.

nunca se alcanzó a sancionar porque, por ejemplo, mientras la llevaba a cabo no tenía una posición de poder de mercado tal que permitiera sancionarla por vía de derecho de la competencia o cuando se ha obtenido a través de prácticas abusivas de exclusión que, por error, han permanecido indemnes, de forma que el ilícito relativo a los precios excesivos actuase exclusivamente como una segunda instancia revisora y correctora de errores administrativos. Si, por otra parte, la posición de dominio se ha obtenido gracias a una competencia por los propios méritos, la autoridad de la competencia deberá abstenerse de intervenir.

PITTMAN³⁶³ entiende que la única razón que podría justificar el control de precios de forma temporal es el escenario de liberalización de sectores controlados por el Estado. Cuando los Estados hayan privatizado monopolios estatales, no exista aun suficiente presión competitiva en el mercado y sólo hasta que la misma se genere se puede intervenir por abusos con finalidad de explotación.

3.2. CRÍTICA DE TALES EXIGENCIAS

Siendo conscientes de la finalidad de estas exigencias, a saber, el control de daños o reducción de las probabilidades de error de tipo I en la sanción de precios excesivos, es necesario hacer un estudio crítico de las mismos porque las barreras innecesarias a la aplicación del Derecho de la competencia actuarán como freno de la competencia y la innovación en los mercados, impidiendo acceder tanto a empresas como consumidores a recursos esenciales.

³⁶³ LANGENFELD, J, BLITZER, M. W., “Is competition policy the last thing Central and Eastern Europe need?”, *American University International Law and Policy*, vol 6, págs. 347, pág. 356.

De la recopilación de las anteriores propuestas se puede extraer que los autores entienden la existencia de elevadas barreras de entrada como un elemento central para proceder a la aplicación del ilícito. Todos coinciden en que ante una inexistencia de barreras elevadas no debe intervenir³⁶⁴. No podemos criticar esta exigencia, con la que estamos completamente de acuerdo. Como hemos sugerido en apartados anteriores, la mera tenencia de una cuota de mercado elevada no es argumento suficiente para poder establecer la existencia de una posición de dominio. Conjuntamente con la cuota de mercado debe atenderse al resto de factores aludidos, entre los que encuentra un lugar preeminente la presencia de barreras de entrada.

En cambio, no somos partidarios de la exigencia de una posición monopolística o cuasimonopolística, que sólo introduce dificultades y obstáculos innecesarios para proceder a la sanción de la práctica y que, además, es incoherente con la afirmación sostenida inicialmente relativa a que la posición de dominio se tiene o no se tiene.

La cuota de mercado de una empresa puede tener relevancia a la hora de fijar la sanción o de calcular los daños que haya podido provocar la conducta, pero no debe jugar ningún papel en la determinación de la existencia de una posición de dominio. Como se ha sostenido anteriormente, la posición de dominio se posee o no. La gradación no debe tener ninguna relevancia en esta fase. Efectivamente, si la empresa tiene una cuota de mercado cuasimonopolística o monopolística se podrá establecer con una superior certeza que se encuentra en posesión de una posición de dominio. Lo contrario, sin embargo –cuotas más moderadas-

³⁶⁴ PAULIS, E., “Article 82 and exploitative conduct”, en AAVV., *European Competition Law Annual 2007. A reformed approach to article 82 EC*, ed. Ehlerman, K.D., Marquis, M., Hart Publishing, Oxford, 2008, págs. 515-524, pág. 520.

no debe implicar el descarte automático de la dominancia, si concurren los otros factores analizados (elevadas barreras de entrada e inelasticidad de la demanda). Esta exigencia, por lo tanto, sólo dificulta injustificadamente la sanción de una conducta ilícita.

Tampoco podemos mostrarnos a favor de la aludida conveniencia de incluir un requisito respecto del origen de la posición de dominio. Para algunos autores es relevante que la misma haya sido obtenida como consecuencia de la titularidad de derechos de exclusiva presentes o pasados. Parece que están refiriéndose básicamente a derechos de propiedad intelectual (especialmente patentes) o concesiones públicas en exclusiva, como explotación de determinadas infraestructuras. Es cierto que este tipo de derechos son especialmente problemáticos y principales candidatos a producir una situación en la que la empresa se encuentre en posición de explotar tal poder. No obstante, debemos ser conscientes de que no son los únicos escenarios en los que puede producirse este tipo de disfunción. En supuestos de abusos por explotación no se juzga cómo se accedió a la posición de dominio que se explota o cuáles fueron las circunstancias que propiciaron la adquisición de la misma (si la forma de adquirir la posición de dominio es o no ilícita, será algo que se juzgue como ilícito por exclusión, no por explotación), sino cómo se utiliza ésta. Así, este restrictivo requisito adicional, que parece depender de la causa de tal posición, no encuentra ninguna justificación jurídica y, por lo tanto, sólo funciona como obstáculo en la aplicación del Derecho de la competencia.

En lo que respecta al requisito “institucional” –inexistencia de regulador específico en tal mercado- no parece que tampoco sea una exigencia apropiada. La función de los reguladores, a pesar de que está

íntimamente relacionada con la que cumplen las autoridades de la competencia, no se solapa. El regulador tiene como objetivo principal organizar el mercado *ex ante*, dotar al mismo de unas reglas de comportamiento que todas las empresas del sector deben cumplir y que pueden incluir los precios o no. En cambio, la autoridad de la competencia actúa *a posteriori* –independientemente de que se haya respetado o no la legalidad (entendiendo que la Ley no obliga a un comportamiento que, desgraciadamente produzca un resultado anticompetitivo, que podría ser una justificación objetiva)- cuando, en el supuesto que aquí nos ocupa, se ha producido una conducta unilateral con un resultado anticompetitivo.

En principio, si el mercado estuviera bien regulado y se hubiera abierto de forma suficiente a la competencia, las autoridades no tendrían necesidad de actuar *ex post*. Pero, como se podrá observar más adelante, los mercados donde más frecuentemente se producen este tipo de situaciones anticompetitivas son mercados regulados, sin que obste para que en otros también aparezcan prácticas de este tipo. En este sentido, independientemente de que en el mercado exista un órgano regulador, como ante su inexistencia, las autoridades de la competencia están obligadas a intervenir para sancionar las conductas que califiquen como ilícitos anticompetitivos. Adicionalmente, si la materia estuviera regulada, se podría intervenir por la vía del Derecho regulatorio.

El hecho de sugerir la intervención de una autoridad de la competencia sólo de forma subsidiaria a la intervención de un órgano regulador parece explicarse porque se relaciona el precio excesivo con un problema estructural del mercado. En cierto sentido, resulta correcto afirmar que son mercados con deficiencias en su estructura donde se originan estas prácticas. No obstante, los órganos reguladores no siempre

podrán corregir esta disfunción: por ejemplo, facilitando la entrada de competidores. Existen barreras de entrada que no pueden eliminarse por una autoridad regulatoria, como lo es la eficiencia de una empresa en el mercado. Si la potencial empresa entrante es consciente de que no puede competir con la empresa monopolística, por muy abierto que esté el mercado en la teoría, *de facto* no lo estará. En estos supuestos, la única protección que a la que puede acudir es el recurso al Derecho de la competencia una vez la práctica ilícita ya se ha producido.

En atención a la otra de las condiciones requeridas para la intervención –la de inexistencia de una fórmula efectiva para eliminar las barreras de entrada anticompetitivas-, puede entenderse que los autores hacen alusión a las barreras de entrada promovidas por las empresas que desean protegerse indebidamente de la competencia, como las prácticas excluyentes, o puede referirse a otras barreras de entrada, como las legales, que impiden una apertura del mercado³⁶⁵. Para eliminar este tipo de barreras de entrada es necesario que la autoridad de la Competencia, ya sea la Comisión o una autoridad nacional, informe al poder legislativo de las perniciosas consecuencias que determinadas leyes generan, para que pueda impulsarse una reforma, haciendo promoción del papel y relevancia del Derecho de la competencia (*advocacy* del Derecho de la competencia) y subraye la necesidad de que la legislación no sea un obstáculo para la misma. No obstante, si tal cambio legislativo es factible, de obtener resultados, es habitual que transcurra un cierto período de tiempo antes de que se perciban los mismos. Durante este lapso de transición, y mientras no se permita intervenir a las autoridades de la competencia, los

³⁶⁵ PAULIS, E., “Article 82 and exploitative conduct” en AAVV., *European Competition Law Annual 2007. A reformed approach to article 82 EC*, ed. Ehlerman, K.D., Marquis, M., Hart Publishing, Oxford, 2008, págs. 515-524, pág. 521.

consumidores seguirán sufriendo las consecuencias de los abusos por explotación. Asimismo, huelga decir que pueden implementarse dos tipos de medidas de forma simultánea: una medida que funcione como tratamiento de *shock*, contra los precios excesivos, y una de largo plazo, como la eliminación de las barreras de entrada.

En cualquier caso, como señalan ciertos autores³⁶⁶, se ha asumido tanto por doctrina³⁶⁷, como por los tribunales y las autoridades de la competencia³⁶⁸ como hecho incontestable que los precios excesivos se pueden corregir solos y que, por este motivo, en aquellos mercados donde no existan barreras de entrada anticompetitivas las autoridades de la competencia no deberían intervenir.

Respecto de la potencial aptitud del mercado para corregirse, remitiremos a la parte III del trabajo, en la que se refutará tal afirmación.

³⁶⁶ EZRACHI, A., GILO, D., “Excessive pricing, entry, assessment, and investment: lessons from the Mittal litigation”, *Antitrust Law Journal*, vol. 76, 2009-2010, págs. 873-898, pág. 878.

³⁶⁷ WHISH, R., *Competition law*, op.cit., 2008, pág. 709 “If normal market forces have their way, the fact that a monopolist is able to earn large profits should, in the absence of barriers to ... entry, attract new entrants to the market. In this case the extraction of monopoly profits will be self-detering in the long run and can act as an important economic indicator to potential entrants to enter the market. If one accepts this view of the way that markets operate, one should accept with equanimity periods during which a firm earns a monopoly profit: the market will in due course correct itself, and intervention by the competition authorities will have the effect of undesirably distorting this process”. KORAH, V., *An introductory guide to ec competition law and practice*, 2007, pág. 203 “the cost price approach ignores the function of pricing as a signal encouraging new entrants. If prices and profits are high, new firms may be attracted into the market over at least modest entry barriers”.

³⁶⁸ Caso CA98/2/2001-Napp Pharm. Holdings Ltd., Decision of the Director General of Fair Trading (UK), 203 (Mar. 30, 2001) (“The Director considers that a price is excessive and an abuse ... where it is clear that high profits will not stimulate successful new entry within a reasonable period.”), disponible para consultar en http://www.oft.gov.uk/shared-oft/ca98_public-register/decisions/napp.pdf; véase también OFT (UK), LEAFLET No. 414, Assessment of individual agreements and conduct 2.13 (1999) (“The Director General will be mindful of the need not to interfere in natural market mechanisms where high prices will encourage new entry...”); LOWE, P., “How Different Is EU Anti-trust? A Route Map for Advisors”, *Speech at the ABA 2003 Fall Meeting*, 2003, a disposición para consultar en <http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2003-038-en.pdf>.

No obstante, es conveniente apuntar ya que estamos ante un argumento discutible, heredado de planteamientos provenientes de posturas *neo chicagooan*. En segundo lugar, existen barreras de entrada pro competitivas: una de ellas es la aptitud de ser eficiente en el mercado (independientemente de que se transfieran las eficiencias a los consumidores posteriormente). Este tipo de barreras no es conveniente eliminarlas. En estas situaciones, donde la empresa dominante lo es por méritos propios y no gracias a artificiales y perniciosas barreras, no queda otro remedio que controlar tal poder a través del Derecho de la competencia, evitando que pueda abusar del mismo impunemente.

Tampoco podemos admitir como válido el requisito que hace alusión al hecho de que tales precios excesivos tengan como consecuencia la no generación de un nuevo producto o servicio. Es necesario adelantar que en estos casos estaremos ante un precio excesivo con finalidad de excluir, no de explotar al consumidor. Existen, como se tratará más adelante, dos tipos de precios excesivos: aquéllos cuyo objetivo es explotar al consumidor y aquéllos dirigidos a excluir a competidores –sean éstos potenciales o reales-. Si estamos ante el segundo supuesto, las autoridades de la competencia sancionarán por un precio excesivo con finalidad de excluir. No obstante, existe toda una categoría independiente cuyo objetivo y consecuencia última es la obtención de rentas monopolísticas, extrayendo el máximo beneficio posible a cargo del excedente del consumidor³⁶⁹. En estos casos, el producto surgirá y, muy probablemente, se repercutirá el sobreprecio en los consumidores finales.

³⁶⁹ Los consumidores obtiene utilidad de los productos que adquieren. La diferencia entre la cantidad que el consumidor está dispuesto a abonar por tal bien y lo que efectivamente paga se denomina excedente del consumidor. GUTIÉRREZ, I, PADILLA, J., “Economía de la competencia”, op.cit., pág. 11.

Exigir este requisito es perseguir un tipo distinto de abuso, con una problemática diversa, que nada tiene que ver con la cuestión referida.

Por último, y el requisito más conflictivo de todos los sugeridos, se refiere a que los mercados donde la tecnología e innovación tengan un papel preponderante se configuren como un puerto seguro inmune al ilícito de los precios excesivos. El problema de este requisito radica en que los mercados de tecnología suelen ser, aunque no necesariamente, monopolísticos o generar posiciones de dominio fuertes. La afirmación viene derivada de la teoría de las olas de destrucción creativa basada en la teoría de que, en este tipo de mercados se lucha *por* el mercado en lugar de *en* el mercado. Si, como sugiere Schumpeter, éste es el escenario en mercados tecnológicos, nos enfrentaremos a una cadena o sucesión de monopolios en los que se habrá renunciado a intervenir precisamente por la naturaleza del mercado en el que se produce el abuso. Asimismo, como se discutirá posteriormente, todos los costes en innovación se incluyen en el análisis coste-beneficio, por lo que será difícil que pueda existir un precio excesivo si el mismo viene determinado por los costes. Así, el precio excesivo aparecerá sólo en tanto no puede justificarse en término de costes o no pueden probarse sus consecuencias positivas compensatorias.

4. CONCLUSIONES

La posición de dominio es uno de los requisitos legalmente exigidos en el artículo dirigido a prohibir el abuso de la posición de dominio. Sin embargo, por sí solo, el hecho de encontrar a una empresa en tal posición no tiene ninguna relevancia a los efectos del ilícito. Esta postura de neutralidad en torno a la posición de dominio, sin embargo, no

es la única posible. Mientras que el Derecho de la competencia europeo y el nacional español no sancionan las posiciones de dominio en sí mismas porque, *a priori*, no son perjudiciales, otros Derechos sí han optado por perseguir su adquisición, como USA en su persecución de la monopolización.

No obstante, aunque la posición en sí misma carezca de sanción, no quiere decir que la dominancia misma sea inocua para el Derecho, pues dado el potencial peligro que puede generar, se adjudica a la empresa que la posee lo que se conoce como una responsabilidad especial, que la compele a actuar de una determinada forma en el Mercado: a utilizar el poder adquirido por los propios méritos, de forma que no obstaculice la competencia o explote a los terceros. Efectivamente, al no encontrar un poder compensador con suficiente fuerza en el mercado, el legislador ha dispuesto que sea la propia empresa la que se discipline a sí misma y, en el caso de no hacerlo, abusando de su poder, se producirá la aplicación del Derecho de la competencia.

En segundo lugar, es necesario pronunciarse respecto de los criterios de apreciabilidad o condiciones especiales, que parte de la doctrina ha considerado que deben hallarse presentes para poder establecer la existencia de una posición de dominio en casos de precios excesivos.

Así, es conveniente recordar, como hemos venido haciendo a lo largo de este trabajo, que la posición de dominio desde una perspectiva puramente jurídica, a diferencia de lo que ocurre en la disciplina económica, no es modulable. Es un concepto que se expresa en términos binarios: existe o no existe. Por lo tanto, la consideración de los criterios de apreciabilidad en lo que respecta a la posición de dominio, su proveniencia, etc., no tiene sentido en esta fase, donde no se analiza el

efecto de la conducta. Elevar el umbral de poder económico necesario para determinar la existencia de una posición de dominio sólo obstaculiza, de forma injustificada, la aplicación del Derecho de la competencia, en particular, de la prohibición de los precios excesivos. Existen alternativas mucho más adecuadas para alcanzar el fin querido con la fijación de tales salvaguardas, como puede ser la introducción de mecanismos jurídicos que permitan a la empresa o a terceros recurrir una decisión administrativa o introducir mecanismos de revisión judicial plena³⁷⁰.

Asimismo, es importante plantearse la justificación de la introducción de un estándar superior de exigencia para los casos de determinación de una posición de dominio en los supuestos de precios excesivos en comparación con otro tipo de abuso. Interesa saber cuál es la razón que permite establecer una diferencia cuando la ley no la hace en la determinación de una posición de dominio dependiendo del tipo de práctica ilícita analizada. La existencia de una posición de dominio debe ser independiente de la práctica abusiva llevada a cabo. Los criterios de apreciabilidad, si se considera oportuno, se deben tener en cuenta en el

³⁷⁰ Véase, para un desarrollo más pormenorizado de esta cuestión NAVARRO RODRIGUEZ, P., “El régimen de revisión de actos de la CNMC” en AAVV., *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia*, dir. J. Guillén Caramés, M. Cuerdo Mir, Civitas Thomson Reuther, Cizur Menor, 2015, págs. 517-529. Para más información, véase, VÉRGEL MUÑOZ, C., LATORRE ZANÓN, A., “Alcance del control jurisdiccional de las resoluciones administrativas en procedimientos sancionadores de Derecho de la competencia” en AAVV., *Problemas prácticos y de actualidad del Derecho de la competencia*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2016, págs. 339-363. BAÑO LEÓN, J. M., “La discrecionalidad administrativa en las sanciones del Derecho de la competencia” en AAVV., *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia*, dir. J. Guillén Caramés, M. Cuerdo Mir, Civitas Thomson Reuther, Cizur Menor, 2015, págs. 467-487, pág. 473. Como pone de relieve el autr, el TEDH recoge, en el artículo 6, que no existen problemas a la imposición de sanciones por parte de la administración siempre que exista la posibilidad de revisión plena de los jueces, siendo, por lo tanto, objeto de revisión, tanto el hecho como el derecho. No obstante, para corregir ciertas cuestiones de procedimiento, se ha acabado recogiendo en la STEDH que existen controles de legalidad conformados de tal forma que permiten un control profundo, incluso la anulación de la potestad discrecional.

|

siguiente nivel: el estudio de si existe un abuso. Pero es incoherente exigir un nivel distinto de poder a la empresa que está siendo enjuiciada en función del ilícito que se ha presuntamente cometido.

|

CAP. III. EL ABUSO

En el presente apartado se analiza el segundo requisito del ilícito de abuso de posición de dominio: la conducta abusiva. En primer lugar, se trabajará sobre la definición doctrinal y jurisprudencial del concepto, haciendo hincapié en el análisis de la objetividad del abuso de posición dominante sostenido por la jurisprudencia.

Asimismo, se propone un estudio del requisito del daño, aspecto clave de un ilícito de derecho de la competencia y, en especial, de un abuso de posición de dominio, que, tras la adopción del *more economic approach* ha cobrado una importancia renovada, haciendo mención a las consecuencias producidas por el giro economicista que ha permitido una separación de la aproximación formalista al ilícito de abuso de posición de dominio. Para ello, es conveniente desarrollar lo que se conoce como “teorías del daño”. Las teorías del daño proponen una explicación razonable de cómo la conducta puede constituir un abuso de la posición de dominio. Al respecto, se presentarán las dos teorías principales que, entendemos, pueden ser útiles a los efectos de determinación del abuso relativo a la imposición de un precio excesivo: el *consumer harm test* y el *efficient competitor test*.

En segundo lugar, y dada la confusión comprensible con ciertas prácticas de rasgos similares, se procederá a un deslinde de la conducta típica sancionada de los precios excesivos de otras figuras colindantes que, si bien encuentran ciertas características o elementos que se solapan, presentan consecuencias y objetivos claramente distintos.

Asimismo, se analizará el requisito de la unilateralidad en la fijación del precio. Esta exigencia permite deslindar los supuestos en los que

media consentimiento y un acuerdo de voluntades de aquéllos en los que no ha existido alternativa al contrato, que merecen un tratamiento jurídico diferenciado.

Por último, y en relación con el análisis del daño, se llevará a cabo un estudio de lo que se sugiere que son los dos requisitos de apreciabilidad relevantes a los efectos de esta figura: el margen exigido entre el valor del bien y el precio impuesto y la duración o mantenimiento de la conducta a lo largo del tiempo.

1. LA CONDUCTA ABUSIVA

En el presente apartado se hará un estudio de tres cuestiones clave relativas al requisito de abuso. En primer lugar, se tratará de ofrecer un concepto de abuso inspirado en pronunciamientos jurisprudenciales. En segundo, se procederá al análisis de una cuestión muy discutida: la pretendida objetividad del ilícito de abuso de posición dominante recogido por la jurisprudencia y que entra en conflicto con los principios del Derecho penal, especialmente, con el de culpabilidad. Por último se considerará el requisito de la producción de un daño, haciendo especial hincapié en la potencialidad o aptitud de la conducta para provocar un perjuicio y los tests dirigidos a la prueba del daño. Asimismo, en este apartado se hará una rápida referencia a las infracciones por objeto y por efecto, cuyo estudio en profundidad se relega al capítulo IV, relativo a las cuestiones probatorias.

1.1. DEFINICIONES JURISPRUDENCIALES

La conducta abusiva no cuenta, al igual que en el caso de la posición de dominio, con una definición legal³⁷¹ aunque el legislador, tanto el europeo como el nacional, han propuesto un listado abierto de conductas que pueden considerarse abusivas³⁷². Por este motivo (la ausencia de

³⁷¹ ALFARO ÁGUILA REAL, J., “Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio”, op.cit., pág. 194. GUTIERREZ, A., “Abuso de posición dominante” en AAVV., *Comentarios a la ley de defensa de la competencia*, Dir. Massaguer, J., Folguera, J., Sala Arquer, J.M., Gutierrez, A., Thomson Civitas, Pamplona, 2008, pág. 122. BELLAMY, CHILD, *European Union Law of Competition*, Oxford, 2013, pág. 783. VAN BAEL, BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, 2005, pág. 905. PANNEL DISCUSSION, “Policy objectives, enforcement tools and actors, types of abuses, the case of excessive pricing” en AAVV., *European Competition Law Anual 2003: What is an abuse of a dominant position?*, Hart Publishing, Oxford, 2006, págs. 3- 50, pág. 4. Se trata de un concepto vago, utilizado en numerosas ramas del ordenamiento jurídico. Se sostiene por el autor que el concepto se inspira en la recientemente aprobada legislación alemana de competencia. HERNANDEZ RODRIGUEZ, F., “Prohibición de abuso de posición dominante en el mercado” en AAVV., *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, dir. M.P. Bello Martín Crespo, F. Hernández Rodríguez, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, págs. 113-141, pág. 127. FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, C., *Derecho de la Competencia. Comunidad Europea y España*, Aranzadi, Pamplona, 1994, pág. 205. El autor sostiene que es una buena opción dado que establecer una definición normativa de cuándo existe un abuso, aunque contribuya a la seguridad jurídica, podría dejar fuera muchos comportamientos con efectos perniciosos.

³⁷² En el artículo 102 TFUE, éstas son las de: imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

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. En el art. 2. LDC se enumeran las siguientes prácticas, casi equivalentes a las enunciadas en el art. 102 TFUE: a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos. b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores. c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la

definición legal), y como en la posición de dominio, es necesario acudir a doctrina y jurisprudencia con el fin de dotar al concepto de contenido.

El primero de los aspectos que llama la atención es que el concepto “abuso” ya se encuentra recogido en otras ramas del Derecho español, en concreto, en el Código Civil. Y su contenido efectivamente guarda ciertas similitudes con el concepto de abuso utilizado en Derecho de la competencia.

Tan estrecha es la relación entre ambos tipos de abuso que el TS español ha definido la figura del abuso en el Derecho de la competencia como

“una modalidad singular del abuso de derecho; un tipo cualificado de éste, que con sustento en la privilegiada libertad económica de que goza la empresa dominante, sobrepasa los límites normales del ejercicio del derecho para obtener ventajas de las transacciones, carentes de justificación, que no habría podido obtener en caso de una competencia practicable y suficientemente eficaz, lesionando directamente los intereses de terceros o el interés general al que atiende el sistema de defensa de la competencia. Es, en suma, un ejercicio antisocial de la excepcional libertad económica que otorga una posición de dominio en el mercado”³⁷³.

A nivel europeo, el TJUE ha recogido en *Hoffman LaRoche* una definición ligeramente distinta del abuso en Derecho de la competencia desde la perspectiva de los efectos de la conducta, donde se refiere al mismo como un comportamiento que tiene como efecto reducir aun más la

aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos.

³⁷³ STS de 8.5.03 Tandem transportes y ruta sur, Recurso de casación núm. 4495/1998.

escasa competencia existente en el mercado que domina una empresa, o una situación impide que se genere competencia efectiva o perjudica desproporcionadamente a las empresas o a los consumidores que dependen de la dominante y tal conducta no está basada en la competencia por eficiencia³⁷⁴.

Otras definiciones provenientes de la jurisprudencia y doctrina europeas son aquéllas que se refieren a la existencia de un abuso cuando una empresa disfruta de una posición dominante y el comportamiento obstaculiza por medios diferentes de los que gobiernan una competencia normal basada en las prestaciones de los operadores económicos el mantenimiento o el desarrollo de la competencia (STJUE *L'Oréal*³⁷⁵). O, la que más en consonancia se encuentra con la práctica de los precios excesivos³⁷⁶, un comportamiento que no sería posible o pensable en

³⁷⁴ Se ha utilizado esta definición como estándar para el concepto de abuso pese a que cuadra más en la idea de abusos de exclusión y no tanto en la de abusos de explotación y, por lo tanto, no es obvia su traslación a, por ejemplo, los precios excesivos en los que la estructura de mercado o el grado de competencia no se alterarán por la práctica. HILDEBRANDT, D., *The role of economic analysis in the EC Competition Rules*, Kluwer, The Netherlands, 2002, pág. 50.

³⁷⁵ Sentencia de 11 de noviembre de 1980, asunto 31/80.

³⁷⁶ Esta afirmación de que los abusos por explotación son los únicos que podían ser perseguidos en virtud de los abusos de posición de dominio la compartía también René Joliet, que se convertiría en juez del ECJ. En este sentido, Joliet se refería a la aproximación europea a la posición de dominio como “a kind of public utility regulation”. JOLIET, R., *Monopolization and abuse of dominant position. A comparative study of the American and European approaches to the control of economic power*, Liege Faculte de droit, La Haye, 1970. SCHWEITZER, H., “Principles of Section 2 Sherman Act and article 82 EC” en AAVV., *European Competition Law Annual 2007*, pág. 138-140. En contra de la afirmación de que fuera exclusivamente perseguible bajo el precepto el abuso por explotación y no el abuso por exclusión se encuentra MESTMÄCKER, E. J., “Die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Artikel 86 des EWG-Vertrags” en AAVV., *Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union*, 2006, pág. 597 quien sugiere que, a la luz del objetivo general consistente en establecer un sistema de competencia no distorsionada en el mercado interno, el artículo relativo al abuso de posición de dominio debería interpretarse como que se refiere también a las situaciones de mantenimiento y refuerzo de las posiciones de dominio, incluyendo, por lo tanto, las conductas por exclusión. Esto quiere decir que, como mínimo, los abusos por explotación

condiciones de competencia y que se realiza por la ventaja derivada de la posición dominante (Decisión de la Comisión *TetraPak II*)³⁷⁷. Así, la definición de abuso por explotación podría ser la situación en la que la empresa recibe ventajas que no podría haber obtenido de no ser por la posesión de tal posición de dominio³⁷⁸.

Mientras algunos autores entienden que la definición tiene su relevancia porque enfatiza la necesidad de un análisis de los efectos de la conducta antes de poder establecer que se ha producido una infracción³⁷⁹, otros subrayan la diferencia entre la definición trazada en *Hoffman-La Roche* y el 101 TFUE, que radica precisamente en que, mientras éste último hace alusión a acuerdos que tengan por “objeto o efecto” la restricción de la competencia, el art. 102 TFUE no contiene un lenguaje que indique la relevancia ni del objeto ni del efecto en la conducta³⁸⁰.

no están prohibidos, sino que, la duda estriba en si, además de ellos, se pueden incluir los abusos por exclusión o no.

³⁷⁷ Decision 92/163/CEE de 24 de julio de 1991, donde se establece que “ es difícil imaginar que empresas con un comportamiento dictado por las leyes de mercado puedan imponer a sus clientes cláusulas contractuales tan restrictivas como las que se han visto”.

³⁷⁸ AKMAN, P., *The concept of abuse in EU Competition Law. Law and economic approaches*, op.cit, pág. 94. Esta definición es similar a la contenida por el propio ECJ en *United Brands* para la interpretación del ilícito 82.a: haciendo uso de las oportunidades que surgen de la posición de dominio de forma que se obtengan beneficios que no se habrían cosechado de existir una competencia normal y suficiente.

³⁷⁹ BELLAMY, CHILD, *European Union Law of Competition*, op.cit, pág. 784.

³⁸⁰ OLIVER, P., “The concept of “abuse” of a dominant position under article 82 EC: recent developments in relation to pricing”, *European Competition Journal*, vol. 1, nº.2, 2005, pág. 315. Con referencia a los artículos 81 y 82 TCE vigentes en aquel momento.

1.2. LA OBJETIVIDAD DEL ABUSO

En segundo lugar, es necesario referirse a la alegada objetividad o naturaleza objetiva del abuso defendida por el TJUE³⁸¹, aunque negada por los tribunales españoles en alguna ocasión³⁸². Con este concepto se trata de eliminar o dejar fuera del análisis de la conducta la intencionalidad del infractor³⁸³, el nexo de causa aunque la misma sí tenga relevancia a los efectos de poder sancionar a la empresa³⁸⁴.

En cualquier caso, merece la pena clarificar la diferencia entre la intencionalidad o ausencia de intencionalidad en la práctica llevada a cabo (objetividad) y la clase de infracciones por objeto, conceptos entre los que existe una persistente confusión³⁸⁵.

³⁸¹ Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso Vitamins (85/76) (1979) ECR 461, apartado. 91. Y Sentencia del Tribunal de Justicia en el caso United Brands (27/76) (1978 ECR 207,), y STJUE Hoffmann-La Roche/Centrafarm, Asunto 102/77 de , RODGER, B., MACCULLOCH, A., *Competition Law and policy in the EC and UK*, op.cit, pág. 118, AMATO, G., *Antitrust and the bounds of power. The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*, Hart Publishing, Oxford, 1997, pág. 71.

³⁸² Sentencia del TS de 4 de noviembre 2008 en la que se anula la multa que había impuesto en Tribunal de Defensa de la Competencia al Consejo General de la Abogacía por ausencia de culpabilidad.

³⁸³ Excepto en el ilícito de precios predatorios cuando el precio del bien se encuentra entre el AVC (average variable cost) y el ATC (average total cost). Esta afirmación se encuentra recogida en la STJUE Hofmman LaRoche. AKMAN, P., “The role of intent in the EU case law on abuse of dominance”, *European Law Review*, vol. 39, n° 3, 2014, págs. 316-337, pág. 316.

³⁸⁴ En cualquier caso, no todos los ilícitos son objetivos: en precios predatorios, y contratos vinculados, por ejemplo, la intención de la empresa dominante en la realización de la conducta sigue jugando un papel relevante. NAZZINI, R., *The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102*, Oxford Scholarship Online, 2012, pág. 190. De todas formas, el autor pone de relieve que el hecho de considerar los abusos de posición de dominio como ilícitos objetivos se debe a que la prueba de la intención subjetiva del autor de las conductas nunca ha sido suficiente como para establecer prima facie un caso de abuso.

³⁸⁵ Asimismo, se sugiere por algún autor, el hecho de tomar en consideración la intención de quien realiza la conducta reduce el campo de aplicación del art. 102 TFUE y reduce los riesgos de falsos positivos. OSTERUND, E., *Identifying exclusionary abuses by dominant undertakings under EU competition law : the spectrum of tests*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2010, pág. 129. Esta última consecuencia relativa a la

La categoría de infracción por objeto en ningún caso se refiere a la intención subjetiva del autor de la conducta de restringir la competencia³⁸⁶, sino que define un tipo de ilícito en el que no se requiere prueba del daño, porque el mismo se presume³⁸⁷, por su propia naturaleza, por razones empíricas y porque no existe explicación alternativa para la conducta o porque la teoría económica, en general, sostiene que producen efectos anticompetitivos o son aptas para producir perjuicios³⁸⁸.

La objetividad, en cambio, es un concepto que permite sancionar una conducta de forma independiente a la intención (dolo o negligencia) que

reducción de falsos positivos a través del empleo de la intención del autor ha sido aludida también por otros autores, NAZZINI, R., *The foundations of European Competition Law*, 2011. Otros autores, en cambio, sugieren que introduce un grado superior de incertidumbre. AKMAN, P., “The role of intent in the EU case law on abuse of dominance”, *European Law Review*, vol. 39, n° 3, 2014, págs.. 316-337, pág. 320.

³⁸⁶ ALVIN SNG, Y. H., “The distinction between "object" and "effect" in EU competition law and concerns after Groupement des cartes bancaires (C-67/13P)”, *European competition law review*, vol. 37, n° 5, págs. 179-185, pág. 182.

³⁸⁷ Se trata, en la clasificación de BAILEY, D., “Presumptions in EU Competition Law”, *European Competition Law Review*, Vol. 31, n. 9, 2010, págs. 362-369, pág 368, de una presunción sustantiva que refleja la teoría económica y la experiencia práctica.

³⁸⁸ En contra, ODUDU, O., “Interpreting article 81 (1): object as subjective intention”, *European Law Review*, vol. 26, n. 1, 2001, págs. 60-75, pág. 74. En el artículo citado, el autor defiende que las infracciones por objeto poseen un contenido subjetivo. En su opinión, existe un ilícito por objeto cuando la intención de las partes es la de restringir la competencia. KING, S., “How appreciable is object? The de minimis doctrine and Case C-226/11 Expedia Inc v Autorité de la concurrence”, *European Competition Journal*, vol. 11, num. 1, págs. 1-25, mantiene que el concepto de restricción por objeto se ha matizado respecto de la consideración tradicional. Existen tres formas en las que los tribunales han interpretado este concepto. En primer lugar, tenemos la consideración ortodoxa, según la cual una clase o una categoría de acuerdos por su propia naturaleza restringen la competencia. En estos casos se trata de una presunción iuris et de iure automática de daño a la competencia dada la gravedad de su naturaleza. En segundo lugar se encuentra el conocido como el “la aproximación más analítica”, según la cual se debe poner el foco de atención en si la intención o el objetivo del acuerdo era el de restringir la competencia en el marco del contexto económico en el que se encuadra tal práctica. Por último, existe un tratamiento híbrido de la cuestión. El concepto de abusos por objeto sigue limitándose a aquellos acuerdos que, por su naturaleza, restringen competencia, pero el acuerdo se analiza en su contexto legal y económico. En estos casos, la presunción de daño es *iuris tantum*, y, por lo tanto, se puede probar en contra.

existiera en el autor de la misma y teniendo exclusivamente en cuenta el daño producido³⁸⁹.

1.2.1. Principios del Derecho penal

Sin embargo, pese a la extendida asunción acrítica de la objetividad del ilícito del abuso de posición de dominio, en nuestra opinión es necesario hacer una serie de apuntes al respecto. Estas breves notas tratarán de, en primer lugar, analizar los principios de Derecho penal, en atención a una traslación de los mismos al ámbito administrativo sancionador y, en segundo lugar, estudiar las consecuencias de exigir el requisito de culpabilidad en cuanto a la imposición de la pena.

El Derecho administrativo sancionador, y, especialmente, el Derecho de la competencia, han sido excluidos de la clasificación de Derecho punitivo (penal o criminal) en sentido estricto (concepto *restringido*) por el CEDH³⁹⁰. Sin embargo, el mismo Tribunal ha declarado que el Derecho

³⁸⁹ Hay autores que se refieren a la objetividad de la conducta como la ausencia de nexo de causalidad entre el la posición dominante y el abuso. PASCUAL Y VICENTE, J., “Prohibiciones del abuso de posición dominante” en AAVV., *Tratado de Derecho de la competencia*, dir., J.M Beneyto Pérez, coord.. J. Maillo González Orús, Bosch, Barcelona, 2005, págs. 455-511, pág. 489.

³⁹⁰ Que el Derecho de la Competencia caiga fuera del núcleo del concepto de Derecho Penal tiene una serie de consecuencias, entre ellas, que las sanciones puedan ser impuestas por órganos administrativos que combinan potestades de investigación y sanción a diferencia de lo que sucede con las sanciones de Derecho penal estricto. ¿Qué significa que las sanciones tengan carácter penal? Ésta es una pregunta planteada por WILS, W.P.J., “The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review, and the European Convention on Human Rights”, *World Competition*, Volume 33, No. 1, March 2010, pag. 12. El autor entiende que el concepto “penal” tiene dos posibles significados. El primero de los dos es aquél que se encuentra en el Derecho Comunitario o Europeo y el segundo es el que se pone en relación con la CEDH. Evidentemente, los significados son distintos, por lo que una sanción puede ser penal a los efectos del derecho comunitario y no a los efectos de la Convención y viceversa. En este sentido, aunque el propio reglamento 1/2003 en su art. 23 establezca que las sanciones por derecho de la competencia no tendrán naturaleza penal, hemos de entender la afirmación hecha solo en

de la competencia sí puede clasificarse, presentes determinados requisitos, como Derecho punitivo en sentido amplio (Derecho punitivo *periférico*)³⁹¹.

Este examen de si puede incluirse o no en la categoría de Derecho punitivo, sin embargo, no puede hacerse de forma general, sino que debe llevarse a cabo caso por caso, dadas las diferencias que pueden existir en la regulación de cada uno de los Estados. Así, para el caso concreto del Derecho de la competencia se estudió su pertenencia al Derecho punitivo en sentencias *Société Stenuit*³⁹², *Fortum*³⁹³, *Neste*³⁹⁴, *Menarini*³⁹⁵. En ésta

el sentido del derecho comunitario. Aunque no parezca entenderlo así las conclusiones del Conclusiones del Abogado General Sr. Paolo Mengozzi presentadas el 17 de febrero de 2011 (1) Asunto C- 521/09 P Elf Aquitaine SA apartado 9.

³⁹¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Engel v. The Netherlands* de 8 de junio de 1976 donde el Tribunal tuvo que hacer frente a la pregunta de si en un juicio por ofensas militares las mismas debían considerarse penales en el sentido del art. 6 del ECHR. En la misma se definieron los criterios *Engel*, un test que debe aplicarse para calificar una rama del Derecho como penal o criminal en sentido. Para ello, se hace uso de tres criterios no cumulativos, sino alternativos: en primer lugar, si el propio Derecho considera las sanciones como Derecho Penal, estaremos ante Derecho Penal a los efectos de la aplicación de la Carta y el Convenio. En segundo lugar, se debe valorar la naturaleza de la violación o del incumplimiento y, por último, analizar si la sanción impuesta actúa como disuasión o más bien es una compensación pecuniaria del daño producido. En cualquier caso, bastaría con que concurriera uno de los criterios para poder hablar de sanción penal. Se considera que, tanto por la entidad de las sanciones como por la naturaleza de la infracción –el ataque a un bien jurídico muy específico, el buen funcionamiento del Mercado–, el Derecho de la Competencia entra en la categoría de Derecho Penal.

³⁹² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Société Stenuit v. France* de 27 de febrero de 1992.

³⁹³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Fortum v. Finland* de 15 de julio de 2003.

³⁹⁴ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Neste v. Russia* de 3 de junio de 2004. Siendo éste un caso particular puesto que, dada la laxitud de las sanciones, no era de aplicación el art. 6 de la ECHR.

³⁹⁵ Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos *Menarini v. Italy* de 27 de septiembre de 2011.

última, además, el TEDH ignoró la distinción trazada en el caso *Jussila*³⁹⁶ entre centro y periferia y clasificó el Derecho de la competencia (italiano, en ese caso) dentro del núcleo (Derecho punitivo en sentido estricto) precisamente por la dureza de las sanciones, pese a que las cantidades elevadas no son una cuestión que deba determinar la clasificación del Derecho de la competencia dentro del núcleo duro³⁹⁷.

En este sentido, dada la pertenencia del Derecho de la competencia al Derecho punitivo en sentido amplio, es necesario entender que los principios que rigen en el Derecho penal deben serle trasladados³⁹⁸, entre los cuales se encuentra el de culpabilidad, pese a que el TJUE ha sido reticente a aplicar tal jurisprudencia, en especial, *Menarini*³⁹⁹. Así, si la exigencia de la concurrencia de culpabilidad (ya sea ésta en la versión del dolo o de la negligencia), compone una de las piedras angulares del Derecho penal, que se predicen tanto del concepto de delito y falta (art. 10 Código penal⁴⁰⁰), como de la imposición de la sanción (art. 5 CP⁴⁰¹), no puede descartarse la necesidad del requisito en Derecho de la competencia para imponer una sanción⁴⁰².

³⁹⁶ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sentencia *Jussila c. Finlandia* de 23 de noviembre de 2006.

³⁹⁷ WILS, W.P.J., “The Increased Level of EU Antitrust Fines...”, op. cit., pág. 17.

³⁹⁸ Como efectivamente confirman las sentencias del Tribunal Constitucional español STC 2/1981 y 18/1981. entiende que los principios del orden penal son de aplicación, aunque de forma matizada, al Derecho Administrativo Sancionador precisamente por ser ambos manifestaciones del poder punitivo del estado. De hecho, en la STC 77/1983 de 3 de octubre, el Tribunal ya se planteó la extensión y límites de la potestad sancionadora de la Administración. Se mantiene que, dado que la potestad sancionadora de la Administración es una extensión del poder punitivo del Estado, debe quedar afectada por los mismos principios, entre ellos, el de culpabilidad (STC 246/1991).

³⁹⁹ BOTTA, M., HARSDORF, N., FREWEIN, K., “Poena sine culpa? Comment on Schenker”, *European Law Review*, vol. 39, nº 14, págs. 553-566, pág. 565.

⁴⁰⁰ Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley.

⁴⁰¹ No hay pena sin dolo o imprudencia.

⁴⁰² PERELLÓ DOMÉNECH, I., “Derecho administrativo sancionador y jurisprudencia constitucional”, *Jueces para la democracia*, Nº 22, 1994, págs. 76-81, pág. 78, PEDRAZ

Asimismo, la presunción de inocencia garantiza que sólo se sancionará cuando el órgano administrativo competente sea capaz de fundamentar un juicio razonable de culpabilidad (STC 195/1997⁴⁰³) y en la STC 169/1998⁴⁰⁴ se estableció que la presunción de inocencia que juega en el Derecho Administrativo Sancionador exige que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada.

Este requisito de culpabilidad concurrirá cuando bien la acción, bien la omisión, sean voluntarias, rechazando nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad objetiva (STC 219/1988⁴⁰⁵). A esta voluntariedad en la acción u omisión se suma la negligencia grave y simple, admitida por STC 76/1990⁴⁰⁶ respecto de las infracciones y sanciones tributarias que, no obstante, es perfectamente trasladable a sede de Derecho de la competencia.

En resumen de la idea, si los principios del Derecho penal son aplicables al Derecho administrativo sancionador, para poder realizar tal

CALVO, M., “El régimen sancionador europeo de protección de Defensa de la Competencia” en AAVV., *El Derecho Europeo de la Competencia y su aplicación en España. Liber amicorum homenaje a Santiago Martínez Lage*, coord, Pedraz Calvo, M. Y Ordóñez Solís, D., Wolters Kluwer, La Ley, Madrid, 2014, págs. 235-260, pág. 239. El autor sugiere que para poder realizar tal reproche sancionador a una conducta en este ámbito es necesario que concurren los elementos objetivo y subjetivo, ya sea en forma de dolo, culpa o negligencia, lo que impide castigar por la mera producción de un resultado anticompetitivo. DE ÁLVARO MONTERO, A., “El régimen sancionador en la Ley de defensa de la competencia” en AAVV., *Derecho de la competencia. Estudios sobre la ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la competencia*, dirs. L. Parejo Alfons, A. Palomar Olmeda, La Ley, Madrid, 2008, págs. 381-440, pág. 389-390. El autor sostiene que no se puede entender que la responsabilidad es objetiva, apoyándose en pronunciamientos tanto del Tribunal Supremo (en la anulación de resoluciones administrativas que castigaban a las personas sucesoras de establecimientos donde se produjo una infracción, como sucedía con las farmacias y las autoescuelas).

⁴⁰³ Sentencia del Tribunal Constitucional 153/1997, de 29 de septiembre.

⁴⁰⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 169/1998, de 21 de julio.

⁴⁰⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 219/1988, de 22 de noviembre.

⁴⁰⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril.

reproche sancionador a una conducta de abuso de posición de dominio será necesario que concurren los elementos objetivo y subjetivo, ya sea en forma de dolo, culpa o negligencia⁴⁰⁷, lo que impide castigar por la mera producción de un resultado anticompetitivo⁴⁰⁸. En este sentido, tanto la Comisión como los propios tribunales, en vista de las alegaciones de las empresas en relación con la ausencia de dolo o negligencia, han sostenido que se cumplirá el requisito de la culpabilidad cuando la empresa fuera consciente que el objeto de la conducta infractora era la restricción de la competencia⁴⁰⁹. Así, cuando la conducta sea ilícita por su propia naturaleza o, en otras palabras, por objeto, se asume que la empresa conoce la ilicitud de la práctica, mezclando dos elementos: la intencionalidad, que se presumirá por la naturaleza de infracción por objeto de una conducta.

Por otra parte, y en lo que se refiere a la imposición de la sanción, la Ley de Defensa de la competencia española señala en el art. 63 que las sanciones se imponen a quienes incumplan la ley deliberadamente o por negligencia, al igual que el art. 23 del Reglamento 1/2003 establece que la imposición de sanciones exige que las infracciones se hayan llevado a cabo de forma deliberada o por negligencia.

1.2.2. El problema de la objetividad en los precios excesivos

⁴⁰⁷ PEDRAZ CALVO, M., “El régimen sancionador europeo de protección de Defensa de la Competencia” en AAVV., *El Derecho Europeo de la Competencia y su aplicación en España. Liber amicorum homenaje a Santiago Martínez Lage*, coord. Pedraz Calvo, M. Y Ordóñez Solís, D., Wolters Kluwer, La Ley, Madrid, 2014, págs. 235-260, pág. 239.

⁴⁰⁸ PERELLÓ DOMÉNECH, I., “Derecho administrativo sancionador y jurisprudencia constitucional”, *Jueces para la democracia*, Nº 22, 1994, págs. 76-81, pág. 78.

⁴⁰⁹ Commission AstraZeneca Decision [2006] OJ L332/24 para.905; and see for instance Judgment of the Court of First Instance of April 10, 2008 in Deutsche Telekom AG v Commission of the European Communities (T-271/03) [2008] E.C.R. II-477; [2008] 5 C.M.L.R. 9 at [295]: “[I]t has been held that that condition is satisfied where the undertaking concerned cannot be unaware of the anti-competitive nature of its conduct, whether or not it was aware that it was infringing the competition rules of the Treaty”.

No parece ser especialmente problemática la determinación de la procedencia de condena y sanción en un supuesto de infracción dolosa. Sin embargo, la negligencia exige un análisis más detenido.

Una infracción se castigará por negligente no por el mero incumplimiento⁴¹⁰, sino que exige que la empresa no pueda ignorar que su comportamiento era contrario a la competencia, independientemente de que subjetivamente supiera que estaba infringiendo la ley⁴¹¹.

La cuestión de no poder ignorar el conflicto entre el comportamiento y la ley de competencia plantea problemas en el ilícito de precios excesivos. Ciertamente, el Derecho de la competencia cuenta con un importante grado de incertidumbre. No obstante, dentro del mismo existen grados o niveles que ofrecen más seguridad que otros. En nuestra opinión, los precios excesivos lamentablemente se sitúan en una de las zonas más oscuras del mismo, sobre todo a raíz de la incorporación de la aproximación más económica.

Desde la Comisión Europea, los Tribunales y la doctrina se apunta, como se concretará en la parte III, a la dificultad de su aplicación desde dos perspectivas, tanto de contenido y de encuadramiento dentro del Derecho de la competencia, como la poca practicabilidad del precepto por su dificultosa determinación.

⁴¹⁰ La negligencia no equivale al incumplimiento de la norma, ya que en ese caso no existiría ninguna diferencia entre la responsabilidad objetiva y subjetiva. BAÑO FOS, J.M., “El principio de culpabilidad y las eximentes por amparo legal, confianza legítima o interpretación razonable de la norma: un análisis de la sentencia de la Audiencia Nacional en el cártel del Mosto de Jerez a la luz de la jurisprudencia comunitaria”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, N° 32, 2013, págs. 46-60, pág. 53.

⁴¹¹ Sentencias del TJUE de 8 de noviembre de 1983 IAZ International Belgium y otros/Comisión, 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 y 110/82, sentencia de 9 de noviembre de 1983, *Nederlandsche Banden Industrie Michelin/Comisión* 322/81 y 14 de octubre de 2010 *Deutsche Telekom/Comisión*, C-280/08.

Esta situación de desconocimiento general conlleva que el principio de culpabilidad tenga una especial incidencia en el precepto, concretamente en lo que respecta al segundo problema apuntado, a saber, cómo se determina cuándo estamos ante un precio excesivo.

Si la negligencia concurre cuando quien comete la infracción no podía ignorar que el comportamiento era contrario a la competencia, tuviera o no conciencia de infringir las normas o, dicho de otra forma, incumple el deber de cuidado debido para evitar la producción del resultado⁴¹², y, en esta prohibición ni siquiera las autoridades competentes tienen claro cuándo un precio es ilícito, es procedente preguntarse si las empresas podrían conocerlo⁴¹³.

Otra cuestión que se debería estudiar se refiere a si la especial responsabilidad de una empresa dominante tiene algún impacto en el principio de culpabilidad y, más concretamente, si eleva el estándar de diligencia exigido para las conductas que la misma lleve a cabo en el mercado, de forma que la responsabilidad se cuasi-objetivice.

⁴¹² Existen, en opinión de la jurisprudencia, supuestos claros que el participante en el mercado debería reconocer como ilícitos. A éstos se los conoce como *clear cut abuses* (abusos evidentes). En ellos, no es que el principio de culpabilidad haya dejado de exigirse y sean casos de responsabilidad objetiva, sino que la culpabilidad se presume. BAÑO FOS, J.M., “El principio de culpabilidad y las eximentes por amparo legal...”, op.cit., pag. 53. Dependiendo de la amplitud de esta lista de abusos evidentes, será más complicado para las empresas exculpar su conducta vía error. El problema será determinar cuáles son las conductas que se deberían conocer, para lo cual la antigua lista negra de conductas no exentas podría ser orientativa.

⁴¹³ Es posible alegar errores de hecho o de derecho en determinadas circunstancias. Sin embargo, éstos deben ser apreciados de forma muy estricta y sólo serán excusables cuando el infractor, a pesar de haber aplicado un estándar adecuado de cuidado, no hubiese podido conocer que su conducta restringía la competencia. European Commission, “Relationship between public and private antitrust enforcement”, 2015.

Cuando una empresa posee una posición de dominio en el mercado se le exige una responsabilidad especial hacia el resto de participantes⁴¹⁴. Esta especial responsabilidad mantiene una relación de proporcionalidad directa con el grado de dominio que existe en el mercado⁴¹⁵ y consiste en no “impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común”⁴¹⁶.

Como pone de relieve la Abogado General Mrs. Kokott en el caso Schenker⁴¹⁷, el tamaño de una empresa tiene unas consecuencias en relación con el nivel de exigencia a la hora de determinar la negligencia en

⁴¹⁴ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión – Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en la aplicación del art. 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes”, (2009/C 45/02), 24.2.2009, apartados 1 y 9. Además de sentencias del TJUE como Asunto 322/81, *Nederlandsche Banden Industrie Michelin (Michelin I)*/ Comisión, Rec. 1983, p. 3461, apartado 57; asunto T-83/91, *Tetra Pak*/ Comisión (*Tetra Pak II*), Rec. 1994, p. II-755, apartado 114; asunto T-111/96, *ITT Promedia*/Comisión, Rec. 1998, p. II-2937, apartado 139; asunto T-228/97, *Irish Sugar*/Comisión, Rec. 1999, p. II-2969, apartado 112; y asunto T-203/01, *Michelin*/Comisión (*Michelin II*), Rec. 2003, p. II-4071, apartado 97.

Algunos autores sostienen que esta “responsabilidad especial” es un reflejo del pensamiento ordoliberal que exige a las empresas en posición de dominio que actúen como si estuvieran operando en un mercado competitivo. ROSE, I., NGWE, C., “The ordoliberal tradition in the European Union, its influence on Article 82 EC and the IBA’s comments on the Article 82 EC Discussion Paper”, *Competition law Internacional*, 2007, pag. 8. De hecho, ciertos autores mantienen que la autoridad de la competencia alemana debe permitir a las empresas dominantes la misma cota de influencia que si estuvieran sometidas a una competencia significativa. BARNIKEL, H. H., “Abuse of power by dominant firms: application of the german law”, *Antitrust Bulletin*, n.14, 1969, pag. 231.

⁴¹⁵ RODGER, B., MACCULLOCH, A., *Competition Law and policy in the EC and UK*, Routledge Cavendish, 2009, pag. 118. No obstante, en mi opinión, no existe una graduación de la responsabilidad: se es o no se es responsable. Es decir, estás o no cometiendo un ilícito. Otra cuestión será la graduación de la sanción. Sin embargo, una vez se ha impuesto una sanción ya se es responsable. La responsabilidad de una empresa dominante no admite graduaciones, lo que admite graduaciones es la sanción impuesta.

⁴¹⁶ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión – Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en la aplicación del art. 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes”, (2009/C 45/02), 24.2.2009, apartado 1.

⁴¹⁷ Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott presentadas el 28 de febrero de 2013 en el Asunto C-681/11 *Schenker & Co AG* y otros. Aunque el TJUE en la sentencia final no coincidiera con ella.

un ilícito de competencia. Es cierto que la posición de dominio y la cuota de mercado no están necesariamente relacionadas. Sin embargo, si se interpreta en un sentido finalista –no necesariamente la más grande, sino aquella que más recursos tiene- es posible trazar una suerte de paralelismo entre la responsabilidad especial que se le exige en relación con su comportamiento en el mercado y la diligencia superior que se le requiere en los medios a emplear para evitar cometer un ilícito. Si éste es el caso, la elevación de la exigencia de diligencia complica que la empresa pueda escudarse en el error para evitar la responsabilidad por precios excesivos porque la negligencia actuará subsidiariamente.

En cualquier caso, no obstante, la dificultad apuntada en la determinación del ilícito no lleva asociada la consecuencia de que la actividad sea lícita. La antijuridicidad y la exculpación no son conceptos sinónimos. Que no se imponga la multa administrativa porque no exista culpabilidad no quiere decir que la conducta no sea ilícita o contraria a Derecho y como tal deba ser declarada⁴¹⁸. Por lo tanto, seguimos estando

⁴¹⁸ PEDRAZ CALVO, M., “El régimen sancionador europeo de protección de Defensa de la Competencia”, op.cit., 250. DETHMERS, H., ENGELN, F., “Fines under article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union”, *European Common Law Review*, vol. 32, nº 2, 2011, págs. 86-98, pág. 91. Los autores sostienen que en los abusos *novels* la Comisión no suele imponer multas o éstas son relativamente bajas, como por ejemplo sucedió en la Decisión Motorola Mobility donde, en una nota de prensa, se anunció que se había decidido no imponer sanciones por tratarse de un caso novedoso (IP/14/489 de 29-04-14). Se trata de supuestos en los que, a la vista de la jurisprudencia en la material, era complicado sostener que fueran casos de abuso. No obstante este hecho, la Comisión y los tribunales han puesto de relieve que el argumento de que se deben reducir las cuantías de las multas porque una infracción sea *novel* o no exista jurisprudencia en la material. Entre otras, en el caso *Deutsche Bahn*, el Tribunal Primera Instancia sostuvo que “The unprecedented nature of a decision cannot be pleaded as a ground for a reduction of the fine, provided that the gravity of the abuse of a dominant position and of the resulting restrictions of competition are undisputed”. STPI del 21 de octubre de 1997 en *Deutsche Bahn AG v Commission of the European Communities* (T-229/94) [1997] E.C.R. II-1689; [1998] 4 C.M.L.R. 220 at [130]. Igualmente, en *Irish Sugar*, el TPI mantuvo que “[A]lthough it is well-established case law that, in fixing the amount of the fine, account may be taken of the fact that the infringements fall within an

ante un ilícito de Derecho de la competencia, aunque no se podrá sancionar económicamente a la empresa que lo haya llevado a cabo, pero sí imponer medidas de cesación, restitución o compensación.

1.3. LA PRODUCCIÓN DEL DAÑO

Compartimos la opinión de que el ilícito de abuso de posición de dominio requiere la existencia de un daño para poder entender cometida la infracción. Así, cualquier conducta, no sólo las recogidas en el art. 102 TFUE y 2 LDC, realizada por una empresa en posición de dominio que cause un daño aprovechando o gracias a la posesión de la misma, se podrá configurar como un ilícito de abuso de posición de dominio.

Ahora bien, ciertos aspectos deben ser esclarecidos. En primer lugar, interesa saber cuán flexible es la interpretación del requisito de producción de un daño en el mercado para poder aplicar el ilícito de abuso de posición de dominio y, en segundo, respecto del daño, si el mismo necesita ser probado o no.

1.3.1. La aptitud para producir un daño

La existencia de un daño actual o potencial es la clave de bóveda de los ilícitos de Derecho de la competencia. Sin embargo, es conveniente plantearse si el daño potencial que puede provocar una conducta o, lo que es lo mismo, la aptitud de una conducta para producir un daño que aún no

area of the law in which the competition rules have never been clearly stated there are many factors to show that, in this case, the applicant is not entitled to rely on the alleged novelty of the concept of a joint dominant position". Sentencia del TPI del 7 de octubre de 1999 en *Irish Sugar Plc v Commission of the European Communities* (T-228/97) [1999] E.C.R II-2969; [1999] 5 C.M.L.R. 1300 at [291].

se ha materializado, es suficiente para considerar la existencia de una infracción, anticipándose e impidiendo la producción del mismo.

En algunas ramas del Derecho, como en el caso de la competencia desleal, se ha optado por sancionar conductas que produzcan o tengan la aptitud para producir un daño (art. 4 LCD española). En este sentido, puede ser interesante analizar si es trasladable este concepto de aptitud o potencialidad en la producción de un daño al Derecho de la competencia.

La pregunta a la que se trata de dar respuesta en este apartado es si el hecho de haber llevado a cabo una conducta de explotación o de exclusión por una empresa en posición de dominio que no ha producido un daño, pero es apta para producirlo, puede ser sancionada por el Derecho de la competencia. Un ejemplo concreto sería aquél en el que una empresa ha fijado un precio excesivo, pero el producto no ha sido adquirido todavía en el mercado por ningún tercero. Así, debemos preguntarnos si es posible sancionar la conducta en este estadio o es necesario esperar a que se produzca un daño en el comprador derivado de la adquisición del bien cuyo precio no guarda relación alguna con el valor del mismo.

En nuestra opinión, el daño puede exigirse tanto a nivel potencial como a nivel real. No es requisito indispensable para entender cometido un ilícito de fijación de un precio excesivo el hecho de que el bien cuyo precio es irrazonable haya sido adquirido en el mercado, sino sólo que sea susceptible de producir un daño⁴¹⁹. Para ello, la conducta debe reunir una

⁴¹⁹ Además de la STJUE Post Danmark (Case C-209/10 Post Danmark v Konkurrenceraadet [2012] ECR), apartado 44, donde se sostiene que debe probarse el efecto excluyente o la probabilidad del mismo a través de la política de precios de una empresa, esta potencialidad ha sido sostenida por otras STJUE, como British Airways, apartado 145 and TeliaSonera, para. 64. Asimismo, ésta ha sido afirmada por la comisaria KROES, N., “Tackling exclusionary practices to avoid exploitation of market power: some preliminary thoughts on the policy review of article 82”, en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 2005, págs. 381-392.

serie de características o de actividades preparatorias, que hagan posible el daño, entre otras, que el bien se haya puesto en circulación en el mercado y que los consumidores o clientes puedan adquirirlo. Así, sólo para la reclamación de daños derivados de la aplicación privada del Derecho de la competencia se necesitará una prueba de los perjuicios reales producidos por la práctica.

Asumida esta postura, es necesario referirse a cuán probables deben ser tales efectos para poder ser sancionados por el Derecho de la competencia. Esta cuestión fue resuelta por la STJUE *Post Danmark II*⁴²⁰, en la que el TJUE establece que la mera hipótesis de un daño no es suficiente para poder considerar cometido el ilícito. Ésta, sin embargo, será una cuestión que se trate más en detalle en el capítulo relativo a las cuestiones probatorias, donde se analizarán dos posibles posturas, aquella que exige una certeza más allá de lo razonable y la que únicamente requeriría un estándar civil “más probable que improbable”.

Asimismo, otros autores han afirmado la misma. Entre otros, se pueden citar: LOVDAHL GORMSEN, L., “Are Anti-competitive Effects Necessary for an Analysis under Article 102 TFEU?”, *World Competition*, vol. 36, nº 2, 2013, págs. 223-246, pág. 225 y 242. La autora se refiere a la producción de “actual or likely effects” o “actual or likely exclusionary effect”. También se refieren a esta potencialidad FRIEDERISZICK, H. W., GRATZ, L., “Hidden efficiencies: the relevance of business justification in abuse of dominance cases”, *Journal of Competition Law & economics*, vol. 11, Nº.3, págs. 671-700, pág. 672. MCDERMOTT, W., *The ordoliberal tradition in the European Union, its influence on Article 82 EC and the IBA 's comments on the Article 82 EC Discussion Paper*. VAN DER VIJVER, T., “Article 102 TFEU: How to Claim the Application of Objective Justifications in the Case of prima facie Dominance Abuses?”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 4, n. 2., 2013, págs. 121-133, pág. 124. En el caso de los abusos por exclusión, entre los que puede encontrarse un precio excesivo, la doctrina entiende que no es necesario que se haya llegado a expulsar a nadie del mercado, sino que se lleve a cabo la conducta que llevará “most likely” a tal resultado. MATEUS, A. M., “Predatory pricing: a proposed structured rule of reason”, *European Competition Journal*, vol. 7, 2011, pág. 245-268, pág. 247.

⁴²⁰ En el apartado 65.

1.3.2. Infracción por objeto o infracción por efecto

Ya estemos ante una infracción por objeto o por efecto, el resultado dañoso, sea potencial o actual, debe estar presente. De no estarlo, no existirá abuso. Cuestión distinta es la presunción o la exigencia de prueba del mismo o, en otras palabras, la clasificación entre ilícitos por objeto y por efecto.

Es necesario poner de relieve que, pese a toda la confusión generada en torno a la división, la única diferencia entre ambos es la prueba de la efectiva producción del daño o de la aptitud para producirlo, como se verá en el capítulo siguiente relativo a las cuestiones probatorias.

No queremos restar importancia a la cuestión de la prueba. Sin embargo, sí merece la pena clarificar que la división entre ilícitos por objeto e ilícitos por efecto no afecta en absoluto a la exigencia de un daño potencial o actual. En cualquier caso, al ser ésta un aspecto meramente probatorio, se tratará en el capítulo IV dedicado exclusivamente a tratar las cuestiones probatorias que surgen en un proceso dirigido a sancionar un precio excesivo.

1.3.3. Los tests del daño

Como hemos sostenido en este trabajo, el artículo 102 TFUE protege numerosos bienes jurídicos. Sin embargo, en particular, el ilícito consistente en la fijación de unos precios excesivos vela, prioritariamente, por el bienestar directo del consumidor y no por la estructura de mercado, como se ha defendido en la primera parte del trabajo.

Para poder determinar cuándo se ha producido o es susceptible de producirse un daño será necesario, pues, establecer un test que permita explicar por qué una conducta puede dañar la competencia y dañar a los

competidores, para lo que se recurre a las teorías del daño⁴²¹. Sin teorías del daño, nos encontraríamos en un escenario de prohibiciones por objeto, donde la mera conducta enunciada en el artículo automáticamente podría ser considerada un ilícito.

En estas teorías, se pone especial énfasis en la comparación del escenario analizado con uno hipotético donde la conducta no ha tenido lugar (*counterfactual*). Asimismo, debe reunir otros elementos, como explicar de forma consistente cuáles son los incentivos y las posibilidades de llevar a cabo la práctica por parte de la empresa, debe ser coherente con la teoría económica y estar basada en evidencias empíricas.

En el análisis de si un participante en el mercado ha cometido uno de los ilícitos recogidos en el art. 102 TFUE, se puede recurrir a diversos tests, dado que se ha considerado imposible la configuración de un único examen que pueda englobar todos los tipos de conducta anticompetitiva⁴²². Uno de los tests más recurridos es el daño al consumidor, aunque también,

⁴²¹ El sector de Derecho de la competencia donde más desarrollada está esta sistemática es el control de concentraciones. En cambio, el área donde la Comisión ha sido más reticente a formular e investigar teorías del daño razonables es el abuso de posición de dominio. ZENGER, H., WALKER, M., “Theories of harm in european competition law: a progress report”, págs. 1-29, pág. 20, a disposición para consultar en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2009296.

⁴²² NAZZINI, R., *The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102*, op.cit., 2012, pág. 52. Esta apreciación es, sin embargo, contraintuitiva porque el daño que se busca es el mismo para todas las conductas: daño al bienestar del consumidor. Sin embargo, en nuestra opinión, debido a la amplitud del concepto daño y todos los subaspectos del mismo que pueden incluirse: reducción de output, rebaja de la tecnología, elevación de precio, etc. es complicado poder recogerlos a todos en un único instrumento. Obviamente, el hecho de que exista más de un test produce desajustes como que las empresas no sepan a cuál de todos acogerse para autoevaluarse. ESTEVAN DE QUESADA, C., “Abuso de posición dominante” en AAVV., *Derecho Europeo de la competencia. Proyecto Europeo “Training of national judges in EU competition law”*, dirs. C. Estevan de Quesada, J. I. Ruiz Peris, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 101-134, pág. 109, 114. Esta situación de existencia de diferentes estándares de valoración de las distintas prácticas abusivas ha sido criticado, dada la ausencia de justificación clara al respecto.

por ejemplo, se puede utilizar el “*as efficient competitor test*” o el “*sacrifice test*”⁴²³.

En el caso del ilícito consistente en la imposición de unos precios excesivos, está claro que los tribunales deben optar por el “*consumer harm test*” o el test del daño al consumidor⁴²⁴, aunque nosotros sostendremos que es posible, asimismo, utilizar el “*as efficient competitor test*” con alguna matización, que vamos a denominar “*efficient competitor test*”⁴²⁵.

1.3.3.1. *Consumer harm test*

1.3.3.1.1. *Notas generales*

Este test, que ha sido el más utilizado⁴²⁶, resulta ser el más apropiado para medir la existencia de un abuso dirigido a la explotación o la discriminación⁴²⁷. Con el mismo se pretende probar que la conducta analizada produce un daño al bienestar del consumidor, que puede traducirse en tres circunstancias distintas: precio más elevado, menor *output* o reducción de la innovación.

Naturalmente, éste es el test que debería implementarse si se parte de la aproximación más económica al Derecho de la competencia donde el

⁴²³ Existen otros como el test de la intención, el test de sinsentido económico, que puede considerarse una variante del test de la intencionalidad.

⁴²⁴ NAZZINI, R., *The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102*, op.cit, pág. 259 y 278.

⁴²⁵ Asimismo, ciertos autores han sugerido la posibilidad de recurrir al test de la intencionalidad en los casos de explotación, en la uqe se condenaría la conducta de imposición de un precio excesivo que tuviera como único o predominante fin la limitación de productos, mercados o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores. En estos supuestos, no existe una justificación posible. NAZZINI, R., *The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102*, op.cit, pág. 202.

⁴²⁶ FJELL, K., SORGARD, L., “How to test for abuse of dominance?”, *European Competition Journal*, vol. 2, 2006, págs. 69-84, pág. 70

⁴²⁷ DE LA MANO, M., NAZZINI, R., ZENGER, H., “Article 102”, op.cit, pág. 388.

único requisito que se exige para entender que la conducta está prohibida pasa por que la producción de una restricción de la competencia se refleje en un daño al consumidor.

El resto de tests, sostiene la doctrina, sólo son *proxies* (indicadores), o formas indirectas de medir o detectar el daño al consumidor, es decir, pueden utilizarse exclusivamente como indicio de la existencia de un daño al consumidor⁴²⁸. Esta afirmación supone que aunque la aplicación de los tests *proxies* del daño al consumidor arroje resultados negativos, éstos no necesariamente serán definitivos. Será aún posible entender que cabe que se haya producido un daño al consumidor que no haya sido reflejado en los mismos.

Evidentemente, este examen tiene una clara ventaja: busca o incide exactamente en el efecto de la conducta. La práctica será anticompetitiva sólo si daña a los consumidores, lo cual es coherente con el giro más económico del Derecho de la competencia. Otra de las ventajas que se ha demostrado que presenta el test es que obliga a las empresas a escoger opciones socialmente más deseables que las que se obtendrían con la implementación de otro tipo de tests. No obstante, lo cierto es que este examen no obliga a producir eficiencias a los consumidores, sólo a no causarles daños o que los daños producidos queden compensados por las eficiencias.

Asimismo, otro aspecto positivo del test es que permite tener en cuenta un rango más amplio de efectos producidos por la conducta: tanto positivos como negativos que se repercuten en los consumidores. El resto de los tests son más rígidos y restringen las cuestiones que deben

⁴²⁸ FJELL, K., SORGARD, L., “How to test for abuse of dominance?”, *European Competition Journal*, vol. 2, 2006, págs. 69-84, págs. 70, 71, 80.

considerarse. Obviamente, el problema que apuntaremos posteriormente es que este balance de efectos no es nada sencillo en la práctica. El proceso se ha descrito en los siguientes términos “cuanto mayor sea la prueba de daño al consumidor, más fuerte tiene que ser la eficiencia de beneficio requerida”.

Aunque en el balance de todas las características del test del daño al consumidor, el mismo obtiene un balance positivo, puede presentar un problema de sobreaplicación del Derecho de la competencia y, por lo tanto, de desincentivación de conductas que puedan ser competitivas a largo plazo. No obstante, en nuestra opinión, esta situación no puede ser resuelta de forma sencilla introduciendo exclusivamente un estándar superior de prueba de daño. Precisamente porque la elevación del estándar conduciría al extremo contrario: una aplicación escasa del ilícito⁴²⁹.

1.3.3.1.2. Especiales perjuicios que se deben producir para sancionar los precios excesivos

El caso concreto de los precios excesivos es muy controvertido no obstante ser evidente que el daño consiste en el sobreprecio que paga el consumidor. Sin embargo existen autores que opinan que tal perjuicio no es suficiente como para justificar una intervención en estos términos y que se exige una prueba de un daño, además del sobreprecio aludido, dado que, aparentemente, si sólo se exigiera la prueba de este daño, podríamos estar incurriendo en una sobreaplicación del precepto⁴³⁰.

La justificación que alegan quienes exigen una prueba adicional de daño es que limitarse a entender que el daño derivado del sobreprecio es

⁴²⁹ NAZZINI, R., *The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102*, op.cit, pág. 95.

⁴³⁰ *Ibidem*, pág. 100.

suficiente sería redundante, ya que la consecuencia que acarrea esta asunción sería que los precios significativamente y persistentemente por encima del nivel competitivo son siempre perjudiciales para el consumidor.

En nuestra opinión, esta circunstancia no es una redundancia ni un argumento circular. En cambio, estamos ante una conducta que, *a priori*, siempre va a ser perjudicial, al menos en esta instancia, de no poder demostrarse que es apta para compensarse con eficiencias. La doctrina se refiere a este tipo de conductas como conductas que distorsionan la competencia en sí mismas⁴³¹.

En cualquier caso, y pese a que existan conductas perjudiciales en sí mismas, ciertos autores⁴³² han presentado algunos de los daños adicionales que pueden alegarse en un supuesto de precio excesivo. En primer lugar, han sugerido que el sobreprecio debe venir acompañado de la obstaculización del desarrollo de un producto diferenciado o de un nuevo producto o la reducción de la innovación. Así, lo que se busca es la prueba de que un precio excesivo obstaculiza *de forma significativa* (otra vez se incluye un criterio de apreciabilidad) la innovación en mercados aguas abajo, de forma que se pudiera producir un daño a los consumidores. En segundo lugar, se ha propuesto que, además del daño directo e inminente derivado del precio excesivo, el mismo produzca un incremento de los precios a largo plazo de forma significativa, por ejemplo, a través de productos futuros (mercado de opciones y futuros⁴³³).

⁴³¹ EILMANSBERGER, T., “How to distinguish good from bad competition under article 82 EC: in search of clearer and more coherent standards for anti competitive abuses”, *Common Market Law Review*, vol. 42, 2005, págs. 129-177, pág. 143.

⁴³² NAZZINI, R., *The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102*, op.cit, pág. 100.

⁴³³ German Electricity Wholesale Market [2009] C36/8 (E.ON) recitals 35–38

En nuestra opinión, todas las consecuencias negativas apuntadas para alegarse de forma adicional o concurrente son innecesarias en el análisis del daño y sólo actuarán a mayor abundamiento del perjuicio producido consistente en el precio supracompetitivo. La alegación o presentación de las mismas exclusivamente sería conveniente en un supuesto de defensa de eficiencia, en el que la empresa fuera capaz de probar que el principal perjuicio –el pago de un precio desconectado del valor del bien- puede quedar compensado en virtud de otras circunstancias positivas para los consumidores.

Y esta ausencia de necesidad de presentar pruebas de daño adicionales que sostenemos en este trabajo no es baladí. La misma aumenta las posibilidades de condena por un precio excesivo. La exigencia de una acumulación de pruebas innecesarias dirigidas a demostrar un daño evidente (el representado por el pago de un precio supracompetitivo) no constituyen más que un impedimento que busca obstaculizar de forma injustificada e innecesaria la aplicación del precepto relativo a los precios excesivos. Siendo legítimo el objetivo de evitar la sobreaplicación, somos de la opinión de que tal resultado es más conveniente alcanzarlo de la mano de otras herramientas, como los requisitos de apreciabilidad, que actúan precisamente con el objetivo de reducir el margen o la zona gris en la que el daño es ambiguo o poco claro, o una configuración de instancias revisoras efectivas.

1.3.3.2. Efficient competitor test

Sin embargo, como hemos apuntado inicialmente, el test del daño al consumidor no es el único al que se puede recurrir. Existe, entre otros, para supuestos de abusos de precios –sólo en prácticas dirigidas a la

exclusión, como los precios predatorios⁴³⁴-, otro test sugerido por la Comisión en el *discussion paper*, el “as efficient competitor test”.

En virtud de este test se debería poder diferenciar la exclusión de un competidor cuya naturaleza es pro competitiva de aquella exclusión anti competitiva. La práctica cuyo resultado sea la expulsión de un competidor del mercado se considerará pro competitiva cuando la misma se deba a la ineficiencia del competidor expulsado. La anti competitiva se predica de una expulsión debido a factores externos al mérito de las empresas.

“The more detailed principles described in this paper for assessing alleged price based exclusionary conduct are based on the premise that in general only conduct which would exclude a hypothetical 'as efficient' competitor is abusive. The 'as efficient' competitor is a hypothetical competitor having the same costs as the dominant company. Foreclosure of an as efficient competitor can in general only result if the dominant company prices below its own costs”⁴³⁵.

Se trata de un test que sostiene que, si una empresa hipotética, que soportara los mismos costes que la empresa analizada (igual de eficiente) fuese excluida del mercado por no poder competir con los precios

⁴³⁴ Aunque jurisprudencialmente ha sido también utilizado para los casos de margin squeeze y en casos de descuentos. NAZZINI, R., *The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102*, op.cit., pág. 224.

⁴³⁵ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses .

impuestos por la dominante, nos encontraremos ante un supuesto de práctica prohibida.

Para detectar un precio excesivo, podemos sugerir una modificación del test que requiera, exclusivamente, la comparación del precio investigado con aquél que impondría una empresa eficiente. Si los precios son más reducidos que aquéllos que se fijan por la empresa investigada, éstos deberán ser considerado abusivos y, por lo tanto ilícitos (a salvo queda la posibilidad de la empresa de justificar o alegar causas compensatorias de los perjuicios).

2. TIPOS DE ABUSOS RELATIVOS A LOS PRECIOS: PRECIOS NO EQUITATIVOS Y DISCRIMINATORIOS

En el presente apartado, como se ha puesto de relieve al inicio del capítulo, se hará un esfuerzo por delimitar el contenido de los distintos tipos de abuso que pueden producirse sobre los precios de un producto o servicio. Si bien es cierto que comparten algunas características que pueden llegar a confundirlos, un análisis cuidadoso de la cuestión revela importantes diferencias en términos de consecuencias y objetivos de cada uno de ellos y, obviamente, las justificaciones, de haberlas, serán distintas para cada supuesto.

En nuestra opinión, este deslinde o diferenciación es relevante porque, tras el estudio de la jurisprudencia existente en precios excesivos, hemos observado que los tribunales, en un importante número de ocasiones, no sancionan por un ilícito puro de precios excesivos, sino que lo suelen apreciar en concurso con otros, como pueden ser los precios discriminatorios. En nuestra opinión, esta circunstancia puede explicarse

parcialmente por las confusas líneas divisorias que existen entre las distintas figuras, que hacen que sea más cómodo apreciarlas de forma conjunta, aunque, en ocasiones, esta calificación se realice de forma inexacta.

Existen tres categorías distintas en las que se puede encuadrar el ilícito de fijación de precios no equitativos⁴³⁶, una figura intermedia, y la práctica de discriminación, que serán las que se presenten someramente a continuación. En primer lugar, podemos hacer dos distinciones generales, que coinciden con los apartados del artículo 102 TFUE en los que se encuadran las prácticas: los precios no equitativos (102 a) y los precios discriminatorios (102 c)⁴³⁷.

Doctrina y jurisprudencia han incluido en la clase de precios no equitativos tanto los precios excesivos, como los precios predatorios. Asimismo, una subsiguiente división puede clasificar los precios excesivos en dos tipos, aquéllos cuyo objeto es excluyente y aquéllos cuyo objeto es la explotación.

Igualmente, se debe incluir en el análisis la figura mixta consistente en la compresión de márgenes, pinzamiento de márgenes o *margin squeeze*,

⁴³⁶ GUTIERREZ, A., “Artículo 2: Abuso de posición dominante”, op.cit., pág. 167. SVETLICINII, A., BOTTA, M., “Article 102 TFEU as a tool for market regulation: “excessive enforcement” against “excessive prices” in the new eu member states and candidate countries”, *European Competition Journal*, 2012, págs. 473-496, pág. 477. LYONS, B., “The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse” en AAVV., *The Pros and Cons of High Prices*, Konkurrensverket Swedish Competition Authority (ed), 2007), págs. 65- 87, pág. 66. AKMAN, P., GARROD, L., “When Are Excessive Prices Unfair?”, op.cit, pág. 404. ADAMS, G. B., “European and american antitrust regulation of pricing by monopolists”, *Reprint Antitrust Law and Economics*, n°.22, 1993, pág. 233. OLIVER, P., “The concept of “abuse” of a dominant position under article 82 EC: recent developments in relation to pricing”, op.cit., pág. 318.

⁴³⁷ No obstante esta división, existen autores que encuadran los precios discriminatorios dentro de la categoría de abusos de explotación. ESTEVAN DE QUESADA, C., “Abuso de posición dominante”, op.cit, pág. 112.

que tiene normalmente un efecto excluyente y que se encuentra a caballo entre los precios no equitativos y los discriminatorios.

Por último, se analizarán los precios discriminatorios, práctica dirigida a imponer precios distintos a diferentes adquirentes sin que medie una razón objetiva que justifique tal diferencia en el trato, situándolos en una posición de desventaja competitiva.

2.1. PRECIOS NO EQUITATIVOS

Existen dos categorías distintas en las que se puede encuadrar el ilícito de fijación de precios no equitativos⁴³⁸: en primer lugar, en la venta o provisión de bienes o servicios a precios demasiado elevados (precios excesivos). En segundo lugar, en la venta o provisión de bienes a precios demasiado bajos (precios predatorios).

A su vez, los primeros pueden clasificarse en dos subtipos en función del efecto que producen⁴³⁹: aquéllos cuyo efecto es expulsar o excluir del

⁴³⁸ GUTIERREZ, A., “Artículo 2: Abuso de posición dominante”, op. cit, pág. 167. SVETLICINII, A., BOTTA, M., “Article 102 TFEU as a tool for market regulation: “excessive enforcement” against “excessive prices” in the new eu member states and candidate countries”, op.cit, pág. 477. LYONS, B., “The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse”, op.cit, pág. 66. AKMAN, P., GARROD, L., “When Are Excessive Prices Unfair?”, op.cit., pág. 404. ADAMS, G. B., “European and American antitrust regulation of pricing by monopolists”, op.cit, pág. 233. OLIVER, P., “The concept of “abuse” of a dominant position under article 82 ec: recent developments in relation to pricing”, op.cit, pág. 318.

⁴³⁹ Esta distinción entre las dos modalidades de abuso es conocida desde el derecho alemán, donde ya se hacía una diferenciación entre los Behinderungsmissbrauch y los Ausbeutungsmissbrauch. CHONÉ, A. S., *Les abus de domination.*, op.cit., pág. 59. SVETLICINII, A., BOTTA, M., “Article 102 TFEU as a tool for market regulation: “excessive enforcement” against “excessive prices” in the new eu member states and candidate countries”, op.cit, pág. 473. RODGER, B., MACCULLOCH, A., *Competition Law and policy in the EC and UK*, op.cit, pág. 118. WAHL, N., “Exploitative high prices and European competition law – a personal reflection”, op.cit, pág. 47. MOTTA, M., DE STREEL, A., “Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law”, op.cit, pág. 1. No obstante, existen autores que entienden que no necesariamente la concurrencia de

mercado a un competidor y aquéllos cuyo efecto es explotar a los consumidores.

Esta categoría, aunque incluye clases heterogéneas, tienen una característica en común: los precios se fijan sin atender al valor del bien, de forma no equitativa o no razonable respecto de quienes dependen de la dominante para el suministro de bienes y servicios en el mercado relevante.

2.1.1. Precios excesivos

Lo característico de este ilícito radica en que la naturaleza irrazonable o inequitativa de la condición contractual se refleja en un precio exorbitadamente elevado. Sin embargo, dentro de esta clasificación, es posible diferenciar dos tipos de ilícito, que se manifiestan a través de la misma conducta, dependiendo del resultado que causan o son aptos para

uno tiene que implicar que no puede también producirse un supuesto de los otros. Por lo tanto, no serían mutuamente excluyentes. RODGER, B., MACCULLOCH, A., *Competition Law and policy in the EC and UK*, op.cit, pág. 119. Y RÖLLER, L.H., “Exploitative Abuses”, *ESMT BUSINESS BRIEF*, No. BB-107-002, 2007, pág. 4. RÖLLER, L.H., “Exploitative abuses” en AAVV., *European Competition Law Annual 2007. A reformed approach to article 82 EC*, ed. Ehlerman, K.D., Marquis, M., Hart Publishing, Oxford, 2008, págs. 525-532, pág. 525 y BELLAMY, CHILD, *European Union Law of Competition*, op.cit, pág. 791, donde se establece que existen casos, como la negativa a suministrar, que pueden ser tanto de un tipo como de otro.

Aunque en este punto yo creo que el autor está confundiendo porque una conducta excluyente efectivamente es anticompetitiva, pero no necesariamente lleva aparejada la conducta de explotar posteriormente porque solo con la expansión de la cuota de mercado ya obtiene más recursos. Del solo hecho de ser monopolista ya obtiene más ingresos. Por otra parte, si bien es cierto que una conducta puede ser exclusionaria o explotativa, la fijación de precios excesivos no puede calificar dentro de las dos a la vez porque la intención es bien distinta en un caso y en otro.

Otros, por ejemplo, entienden que los casos de *tying* aúnan los dos tipos de conductas. OLIVER, P., “The concept of “abuse” of a dominant position under article 82 ec: recent developments in relation to pricing”, op.cit., pág. 318.

El artículo 102 TFUE incluye conductas abusivas que pueden calificarse tanto como abusos por exclusión como abusos por explotación. ELHAUGE, E., GERADIN, D., *Global Competition Law and Economics*, op.cit., pág. 270.

causar: la exclusión o expulsión del mercado de los competidores y la explotación de los clientes o consumidores.

2.1.1.1. Precios excesivos con el objeto de explotar o precios monopolísticos

Estamos ante el paradigma de los abusos por explotación y consiste en la extracción de lo que se conoce como “rentas monopolísticas”⁴⁴⁰. Se trata de la forma de abusos que más próxima se encuentra a la teoría neoclásica que se preocupa por los monopolios⁴⁴¹. Precisamente, éste es uno de los comportamientos que se temen tras la configuración monopolística de un mercado: el aumento de los precios.

SMITH sostiene que el precio monopolístico es, en cada ocasión, el mayor que se pueda obtener⁴⁴². En esta frase, el autor hace indudable alusión a los precios excesivos con finalidad de explotar, diferenciándolos, de forma tácita, de los precios con finalidad excluyente.

⁴⁴⁰ RODGER, B., MACCULLOCH, A., *Competition Law and policy in the EC and UK*, op.cit, pág. 119. En mi opinión, sin embargo, esta denominación es capciosa porque de alguna manera se está calificando al monopolio como una institución no deseable y el derecho comunitario en ningún caso castiga la mera ostentación de un poder monopolístico, sino, más bien, el abuso que se hace de él. Ostentar una posición de dominio si la empresa se comporta de forma eficiente y competitiva en el mercado no debería suponer ninguna sanción. Por lo tanto, asumir o presumir que todas las empresas monopolísticas obtienen rentas excesivas es tanto como penalizar la posición de dominio. PRIETO KESSLER, E., “Principales problemas de la regulación del abuso de posición de dominio”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, vol. 205, 2000, págs. 22-32, pág. 25. El autor define este tipo de abusos como “las conductas en las que la empresa e posición de dominio aprovecha su poder de mercado para apropiarse de parte de la renta de sus clientes mediante la fijación de precios excesivamente altos”.

⁴⁴¹ RODGER, B., MACCULLOCH, A., *Competition Law and policy in the EC and UK*, op.cit, pág. 118 y FOX, E. M., “Abuse of a dominant position under the Treaty of Rome—a comparison with US Law”, op.cit., pág. 374

⁴⁴² SMITH, A., *The Wealth of Nations*, 1776, “The monopolists, by keeping the market constantly under-stocked, by never fully supplying the effectual demand, sell their commodities much above the natural price, and raise their emoluments, whether they consist in wages or profit, greatly above their natural rate.”

Éstos primeros son los auténticos precios monopolísticos y cuentan con un límite en su configuración, un techo, “el mayor que se pueda obtener en cada momento”. Con la mención a este techo se refiere el autor a la idea de que para que tengan éxito, quien los impone debe encontrar un balance entre dos intereses: que sean lo suficientemente elevados como para poder extraer beneficios monopolísticos de ellos y, sin embargo, que se mantengan dentro de las posibilidades de adquisición de los clientes o consumidores.

Este equilibrio, en cambio, no tiene por qué respetarse en el caso de los precios excesivos con finalidad excluyente, con los que las empresas simplemente se limitan a fijar un precio lo suficientemente elevado como para que los consumidores no cuenten con suficientes recursos para acceder a al bien, normalmente indispensable para incorporarse al mercado donde la empresa titular del bien posee la posición de dominio o en uno dependiente de éste. De esta forma, la empresa dominante busca eliminar o evitar el surgimiento de la máxima competencia posible, obstaculizando el abastecimiento de la misma de bienes necesarios para participar en el mercado. Esta práctica llevada al extremo se denomina negativa constructiva de suministro⁴⁴³.

El ilícito consiste esencialmente en la imposición de una contraprestación excesiva, demasiado onerosa o leonina respecto del nivel

⁴⁴³ Tal y como la denomina la COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión.. op.cit. Apartado 79. Consistente en demorar los plazos de entrega, etc. o imponer otras condiciones, como por ejemplo, un precio excesivo que hagan que efectivamente, no se pueda licenciar la tecnología. Éste sería un supuesto de compresión de márgenes extremo.

del precio por quien tiene el poder económico en la relación contractual⁴⁴⁴ para explotar, de forma directa, a sus clientes o consumidores⁴⁴⁵ y que no produce alteración alguna de la estructura de mercado⁴⁴⁶, a diferencia de lo que sucede con su homólogo excluyente.

Algunos autores han entendido, en nuestra opinión erróneamente, que esta prohibición equivale a una sanción de la posición monopolística en sí misma porque se asume que no se está dispuesto a tolerar las inevitables consecuencias del poder monopolístico que sí soportan las autoridades norteamericanas. En este sentido, ciertos autores son de la opinión que el actual artículo 102 TFUE tiene un corte estructuralista más marcado que el Derecho americano –donde, si un monopolista ha adquirido su posición de forma competitiva, se puede permitir imponer los precios que desee a los compradores-⁴⁴⁷.

Sin embargo, esta situación dista de ser cierta. Recordemos, como se ha confirmado y repetido en numerosas ocasiones por parte de la doctrina y tribunales, que lo que se persigue en el Derecho europeo no es en absoluto la estructura de mercado que permite la existencia de una la empresa dominante. Es perfectamente admisible que incluso exista una posición monopolística tolerada por el Derecho, siempre que la misma se explote dentro de los límites competitivos exigidos y lejos del ámbito del abuso.

Una empresa monopolística o con una posición dominante en el mercado no necesariamente causa perjuicios en el bienestar del

⁴⁴⁴ CHONÉ, A. S., *Les abus de domination.*, op.cit., pág. 59. BECHTOLD, R., BOSCH, W., BRINKER, I., “AEUV art. 102 (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung)”, *EU Kartellrecht*, 2014, Rn. (marg). 34-36.

⁴⁴⁵ HOU, I., “Excessive prices within eu competition law”, op.cit, pág. 47.

⁴⁴⁶ PRIETO KESSLER, E., “Principales problemas de la regulación del abuso de posición de dominio”, op.cit, pág. 30.

⁴⁴⁷ KAUPER, T.E., “Article 86, excessive prices, and refusals to deal”, op.cit., pág. 164.

consumidor. De hecho, podría incluso producir ventajas, dada su presumible fuerza para obtener suministros más económicos y repercutir la ventaja en los consumidores. En el caso en el que la empresa dominante procediera repercutiendo los beneficios derivados de su eficiencia en los consumidores, el Derecho no puede realizar ningún reproche legal a la misma.

En cambio, la prohibición persigue la situación en la que una empresa dominante eleva los precios hasta el nivel de calificarlos como excesivos, extrayendo beneficios monopolísticos directamente de los consumidores, adjudicándose parte de los beneficios que corresponderían a estos últimos como excedente del monopolista⁴⁴⁸.

La razón de la prohibición de los precios excesivos es la causación de un doble perjuicio: en primer lugar, los precios son más elevados para aquéllos que pueden acceder al bien y, en segundo lugar, y a raíz de tal elevación, pueden acceder a los productos o servicios un número más reducido de consumidores. Así, se puede afirmar que el bienestar del consumidor disminuye y, en ocasiones, también lo hará el bienestar global⁴⁴⁹, aunque éste último no necesariamente lo acompañará, dado que en el bienestar global se incluye el bienestar adquirido por la empresa dominante. Sólo en el caso de existir un *deadweight loss*, se producirá una reducción de bienestar global.

Esta práctica se puede afrontar desde dos perspectivas distintas en lo que atiene al Derecho de la competencia: desde la indiferencia, porque no se considere que sea una conducta dañina, o desde la sanción, cuando se

⁴⁴⁸ WILLIAMS, M., “Excessive pricing” en AAVV., *The Pros and Cons of High Prices*, op.cit., pág. 130.

⁴⁴⁹ LÓPEZ VALLES, J., “Los precios excesivos como abuso de posición de dominio: el caso Canarias de explosivos”, op.cit, pág. 361.

parte de la producción de un perjuicio. Ambas aproximaciones a las que nos hemos referido coinciden básicamente con los dos sistemas generales de Defensa de la Competencia/*Antitrust*: el estadounidense y el europeo.

Algunos comentaristas y jurisprudencia⁴⁵⁰, especialmente en Estados Unidos⁴⁵¹ -aunque no sólo⁴⁵² -, entienden que el Derecho de la competencia no debería entender estas actividades como causantes de un perjuicio, ya que el análisis se debe producir desde una perspectiva dinámica de mercado y analizando todas las repercusiones de la conducta. Así, en opinión de estos autores, la posibilidad de fijar un precio excesivo constituye la motivación más clara con la que cuentan las empresas para convertirse en dominantes. Para ello, deberían invertir en I+D, de forma que, indirecta e involuntariamente, el bienestar del consumidor mejore a través de una mejora de los productos ofertados.

Se trata de un comportamiento racional por parte de una empresa dominante el de intentar maximizar sus beneficios respecto del nivel que obtendría en un escenario competitivo. Sin embargo, este precio, desde la perspectiva europea, rebasa los límites razonables de la libertad de empresa entrando en el campo del abuso. Así, se considera que estos precios son el resultado del ejercicio de un poder económico dominante abusivo en el mercado.

⁴⁵⁰ Sentencia paradigmática *Trinko* donde se pone de relieve que lo peligroso es que una empresa adquiera un poder de mercado suficiente como para poder imponer estos precios no equitativos. Ahora bien, mientras esa posición se haya adquirido de la mano de procesos procompetitivos y basados en la eficiencia, no se debería sancionar la misma.

⁴⁵¹ El derecho Estadounidense trata de impedir la formación de empresas con posición de dominio y, por lo tanto, la adquisición de una posición de dominio odría ser incriminada bajo el Derecho norteamericano, mientras que el Derecho europeo trataría de constreñir el comportamiento de las empresas dominantes pero no perseguiría los intentos de adquirir tal posición.

⁴⁵² ALFARO ÁGUILA REAL, J., “Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio”, op.cit., pág. 204.

Sin embargo, las fronteras entre unos beneficios legítimos derivados de unas inversiones exitosas, de la innovación o de la eficiencia y aquéllos derivados del uso ilegítimo de tal poder no son siempre claras⁴⁵³. Son de sobra conocidas las dificultades a las que se enfrentan las autoridades administrativas y tribunales a la hora de determinar qué se entiende por precios abusivos y el riesgo de arbitrariedad en el que estas decisiones incurren ⁴⁵⁴, precisamente por la utilización de una metodología esencialmente económica en un ilícito cuyo eje es el abuso o la inequidad, a través de la imposición de unos precios monopolísticos, conceptos ajenos a la disciplina económica y abiertos e interpretables para la disciplina jurídica.

Aunque siga siendo un ilícito oscuro y poco aplicado, la jurisprudencia ha aportado algunas pistas en las pocas sentencias que tratan la cuestión respecto de las características que debe reunir el ilícito siguiendo una metodología, ya de por sí, confusa⁴⁵⁵, que se estudiará en detalle en la parte III del trabajo.

En primer lugar, se sostiene que los precios excesivos son aquéllos que no se podrían haber fijado en un mercado competitivo, es decir, los precios no competitivos. En segundo lugar, se ha sostenido que existirá un precio

⁴⁵³ BELLAMY, CHILD, *European Union Law of Competition*, op.cit, pág. 816.

⁴⁵⁴ ALFARO ÁGUILA REAL, J., “Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio” en AAVV., *El abuso de la posición de dominio*, Martínez Lage, S. y Petibò Juan, A. (Dir.), El abuso de la posición de dominio, Marcial Pons, Barcelona, 2006. Marcial Pons, Barcelona, 2006. pág. 193-226, pág. 205. VAN BAEL, BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, 2005, pág. 909.

⁴⁵⁵ FURSE, M., “Excessive prices, unfair prices and economic value: the law of excessive pricing under article 82 EC and the chapter II prohibition”, op.cit, pág. 60 y 61.

excesivo cuando el mismo no guarde ninguna relación con el valor económico del producto vendido o prestado por la empresa dominante⁴⁵⁶.

Con estas dos notas definitorias los tribunales han sido capaces de desarrollar una metodología más o menos apurada que ha permitido sancionar a empresas cuyos precios sobrepasaban, con mucho, los niveles previstos en estas directrices.

2.1.1.2. Precios excesivos con el efecto de excluir

Los abusos excluyentes conforman, lo que algunos autores y la propia Comisión⁴⁵⁷ consideran, el núcleo de los casos de dominancia, tanto en la UE como en EEUU⁴⁵⁸. De hecho, aun reconociendo que la intención de los redactores del artículo se centraba originariamente en la aplicación a los abusos de explotación, se sugiere que la práctica y complejización de las prácticas del mercado y el conocimiento de la economía deben llevar naturalmente a la evolución de que el precepto se aplique exclusivamente a los abusos por exclusión⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ Sentencias General Motors y United Brands. GUTIERREZ, A., “Artículo 2: Abuso de posición dominante”, en AAVV, *Comentarios a la Ley de Competencia*, Dir. Masaguer, J., Folgera, J., Sala Arquer, J.M., Gutierrez, A., Thomson Civitas, Madrid, 2008, págs. 111-197, pág. 167. GENERAL MOTORS, BRITISH LEYLAND. BANDERA, M., *Abuso di posizione dominante e rifiuto di concedere in licenza diritti di proprietà intellettuale*, op.cit, pág. 56.

⁴⁵⁷ Las directrices del art. 102 Enforcement Priorities Guidance solo se ocupa de este tipo de abusos.

⁴⁵⁸ MATEUS, A. M., “Predatory pricing: a proposed structured rule of reason”, op.cit. pág. 243. BELLAMY, CHILD, *European Union Law of Competition*, op.cit, pág. 791.

⁴⁵⁹ FURSE, M., “Excessive prices, unfair prices and economic value: the law of excessive pricing under article 82 EC and the chapter II prohibition”, op.cit, pág. 60.

Este tipo de abusos excluyentes tiene efectos principalmente en la estructura de mercado⁴⁶⁰. La sentencia *Hoffman La Roche* se refiere a los mismos como:

“an objective concept relation to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as the result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition”⁴⁶¹.

Con esta conducta lo que busca⁴⁶² la empresa dominante es excluir o minar la competencia del mercado⁴⁶³ a través de métodos no competitivos⁴⁶⁴, es decir, aquéllos que le permiten mantener u obtener poder no en virtud de los méritos de la misma sino aprovechando el poder derivado de la posición de dominio. Y en estos casos es particularmente importante la intención de la empresa que lleva a cabo la práctica.

⁴⁶⁰ GOYDER, J., ALBORS LLORENS, A., *Goyder's EC Competition Law*, Oxford, 2009, pág. 315.

⁴⁶¹ Case 85/76 *Hoffman La Roche* (1979) ECR 461,541: (1979) 3 CMLR 211, 290.

⁴⁶² En estos casos, la intención de la empresa que impone los precios es relevante porque los precios sólo constituirán un abuso cuando la intención predominante o única de la misma sea la de restringir el libre comercio. NAZZINI, R., *The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102*, Oxford Scholarship Online, 2012, pág. 198. Así, en estos casos será necesario recurrir al test de la intención.

⁴⁶³ CHONÉ, A. S., *Les abus de domination*. op.cit., pág. 62.

⁴⁶⁴ KORAH, V., *An introductory guide to EC competition law and practice*, op.cit, pág. 137.

Normalmente se producirán allá donde existan mercados aguas abajo (mercados descendentes) o conexos en los que la empresa dominante en el mercado aguas arriba también participa y al que trata de extender su influencia utilizando como anclaje la dominancia en el mercado aguas arriba o conexo. En el caso más extremo de precios excesivos con esta intención nos hallaremos ante una negativa a suministrar⁴⁶⁵.

Este tipo de abusos, a diferencia de otros de corte excluyente, sí perjudican al consumidor a corto plazo, de una forma directa. Ciertamente, la práctica está orientada hacia el perjuicio de los competidores en el mercado. No obstante, las consecuencias de la misma se dejarán sentir también probablemente en los consumidores en quienes se repercutirá parte del aumento en precios soportados por aquéllos que pudieron hacer frente al precio excesivo excluyente. Evidentemente, el aumento en los precios finales buscará ser lo más controlado posible para mantener la competencia con la dominante, sin embargo, el margen con el que cuenta la empresa que padece el precio excesivo es ciertamente estrecho y debe evitar incurrir en pérdidas.

La legislación sobre Competencia, recordamos, tiene una finalidad básica, la de proveer “*equal provision of economic opportunities to all*

⁴⁶⁵ HOU, I., “Excessive prices within eu competition law”, op.cit, pág. 47. Esta práctica de denegación de suministro, plantea ciertos problemas dado que entra en conflicto con la libertad de empresa. Esta libertad, recogida en nuestra Constitución Española en el art. 38, otorga a su titular la autonomía para, entre otros, decidir con quién contrada o no. Este derecho tiene aún más sentido cuando se trata de acuerdos con competidores. En STJUE Magil, IMS Health y Bronner, el TJEU entiende que esta negativa de la empresa a conceder, en los supuestos analizados, licencias de IPRs no constituye, en sí misma, pese a que la empresa goce de una posición de dominio en el Mercado, de un ilícito de competencia. Sin embargo, presentes determinadas circunstancias, sí puede llegar a constituir una infracción. Éstas son: que la denegación se refiera a un producto o servicio objetivamente necesario para poder competir con eficacia en un Mercado descendente, que sea probable que la denegación dé lugar a la eliminación de competencia efectiva en el Mercado descendente y que ésta redunde en perjuicio de los consumidores.

market participants”⁴⁶⁶. En este sentido y en coherencia con la misma, es lógico que el artículo 102 del TFUE prohíba y persiga el abuso por exclusión, que impide que todos los competidores participen en igualdad de oportunidades, evitando la competencia en mercados descendentes por méritos, utilizando, en cambio, métodos no competitivos, como la utilización de la ventaja que supone la titularidad de un recurso esencial de forma abusiva.

Existen ciertos supuestos, que presentan una relevancia reseñable en el análisis de esta práctica. Éstos se refieren, principalmente a los negocios jurídicos cuyo objeto es un derecho de exclusiva. Los titulares de estos derechos tienen atribuido un “*ius prohibendi*” que puede ejercerse contra las injerencias de terceros en su derecho de exclusiva (el mal llamado “monopolio” de explotación⁴⁶⁷) y, en ocasiones, un *ius utendi*.

Este derecho de exclusiva les faculta a explotar económicamente su derecho a través de múltiples formas, tanto directa, como indirectamente o a través de una licencia con terceros. A cambio de la facultad de explotación, se reciben unas regalías, que son libremente negociables. Ahora bien, cuando el derecho de exclusiva objeto de la licencia constituya un verdadero monopolio de mercado, o, al menos, pueda

⁴⁶⁶ DREXL, J., KERBER, W., y PODSZUN, R. *Competition Policy and the Economic Approach: Foundations and Limitations*. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2011, pág 36.

⁴⁶⁷ La utilización del término “monopolio” para este tipo de situaciones viene derivada de una mala comprensión del término y de la división en mercados. Para saber si una empresa tiene una posición fuerte –o tan fuerte que puede decirse que es un monopolio– lo primero que hay que hacer es delimitar el ámbito donde la posee. Si se sostiene que una patente es un monopolio, per se, lo que se está diciendo es que el mercado donde tiene esa posición de dominio es el de esa patente. No se considera que pueda haber otras patentes o tecnologías no patentadas y protegidas –o no– de otras formas, que lleven al mismo resultado y sean sustituibles. Si las hubiera, la patente simplemente sería un derecho de exclusiva que permite excluir a otros de la utilización del mismo sin el permiso del titular.

considerarse que confiere a la empresa una posición de dominio, la cuantía de las regalías pasa a estar sometida a las normas de competencia. Máxime cuando se trata de un activo esencial para la participación en algún mercado. En estos supuestos, existe una doctrina, la doctrina de las *essential facilities*, dirigida, precisamente, al control tanto del nivel de *royalties* exigido como, en última instancia, de la negativa a licenciar un derecho de exclusiva de tal relevancia para el mercado.

Estas limitaciones, es cierto, están bastante restringidas precisamente porque la innovación es una materia sensible en Derecho de la competencia. Es necesario encontrar un equilibrio entre prohibición de abuso excluyente y tolerar que una empresa que ha realizado fuertes inversiones en I+D pueda rentabilizar su inversión, a través de una garantía de una posición dominante y exigiendo un nivel de compensación notable por la utilización⁴⁶⁸.

2.1.2. Otras prácticas

Las siguientes prácticas abusivas que se pueden producir en el campo de los precios se pueden agrupar en tres clases: los precios predatorios, el *margin squeeze* y el precio discriminatorio.

Las tres clases de abusos comparten ciertas características con los precios excesivos, que hace que en ocasiones algunos tipos se confundan. El objetivo, pues, es apuntar, siquiera someramente cuáles son las

⁴⁶⁸ Es importante hacer notar que la doctrina sostiene que, en mercados altamente innovadores, las inversiones que se llevan a cabo por las empresas miembros de las mismas son muy arriesgadas. Muy pocas de entre ellas tienen éxito. No obstante, los beneficios obtenidos por aquéllas que triunfan suelen ser también bastante elevados. “bastante elevados”, sin embargo, se sostiene por la doctrina si no se toma en cuenta las importantes inversiones y el riesgo asumido por la empresa. Por eso mismo, se entiende, permitirles obtener –siempre con unos límites– unos beneficios importantes a través de la concesión de un derecho de exclusiva está justificado.

diferencias sin elaborar un análisis de cada una de ellas, que excedería el objetivo del presente trabajo.

2.1.2.1. Precios predatorios

Se trata ésta de una de las prácticas más controvertidas e incomprensibles del Derecho de la competencia. Este tipo de abuso ejemplifica “la circunstancial aporía entre los fines del Derecho antitrust a corto y a largo plazo”⁴⁶⁹.

Puede constituir un supuesto de precio predatorio la práctica consistente en la aplicación de una política de precios que, por su propia naturaleza, no esté dirigida a obtener beneficios inmediatos sino a expulsar a la competencia.

Concretamente, la conducta constitutiva de abuso de posición de dominio consiste en una práctica que se divide en dos fases, una que se produce efectivamente y la otra que se presume que va a llevarse a cabo⁴⁷⁰. En la primera de ellas, la empresa fija el precio a un nivel que le genera pérdidas con el objetivo implícito de expulsar o impedir la entrada a competidores del mercado⁴⁷¹. Una vez la empresa competidora ha sido excluida, o limitada en su expansión o la potencial entrada ha sido evitada, se da comienzo a la segunda fase de la práctica.

Sin embargo, normalmente, las autoridades de la competencia no esperan a que esta segunda fase se lleve a cabo y sancionan a la empresa durante la primera parte. Durante la segunda, los precios volverán

⁴⁶⁹ LÓPEZ MIÑO, A., “Abuso de posición de dominio”, *Noticias de la Unión Europea*, n° 330, 2012, págs. 27- 46, pág. 34.

⁴⁷⁰ El test del sinsentido económico. Con el mismo se trata de poner de manifiesto que no existe ninguna otra explicación racional para el comportamiento de la empresa que el de expulsar a competidores del mercado.

⁴⁷¹ BELLAMY, CHILD, *European Union Law of Competition*, Oxford, 2013, pág. 955.

presumiblemente a elevarse (porque la producción constante de pérdidas haría inviable la empresa), produciéndose así un perjuicio para el consumidor o, mejor, un doble perjuicio para el consumidor. En primer lugar, el perjuicio actualizado consiste en la eliminación de alternativas, en segundo, el perjuicio hipotético, pasa por la elevación del precio tras la desaparición de la competencia de forma que se fije un precio monopolístico⁴⁷².

Al contrario de lo que pueda parecer, no siempre resulta sencillo distinguir una práctica de precio predatorio de una práctica competitiva porque, en ocasiones, la fijación de un precio por debajo del coste puede ser lícita. Para distinguir una de otra es conveniente e identificar el objetivo con el que la empresa realiza la conducta⁴⁷³. La prueba de la intención se medirá, como se ha sostenido, con el test de la intencionalidad, una de cuyas variaciones es el test del sinsentido económico. Con este test se prueba que no existe ningún otro motivo distinto de la exclusión de los competidores que pueda explicar el comportamiento de la dominante.

Las razones de que una empresa lleve a cabo esta práctica, y que pueden ser relevantes a los efectos de entender cumplido el tipo⁴⁷⁴, son

⁴⁷² En STPI de 30 de enero de 2007, france Télécom/Comisión, T-340/03, casada por STJUE de 2 de abril de 2009, FranceTélécom/Comisión, C-202/07 P.

⁴⁷³ De hecho, el TJUE ha permitido que se imponga un precio que genere pérdidas en algunos casos, aunque, definitivamente, no con la intención de abusar de la posición de dominio, sino porque se trata de un mercado emergente. En el caso Tetra Pak II. Estas justificaciones pueden ser de varios tipos: cuando se trata de un producto nuevo cuyo precio se fije en función de la existencia de futuras y posibles economías de escala cuando se alcance un nivel determinado de producción, .

⁴⁷⁴ DE LA MANO, M., NAZZINI, R., ZENGER, H., *The EU Law of Competition*, op.cit, pág. 399. Los autores entiende que no se necesita una prueba de intención o voluntad cuando los costes se encuentran por debajo de los costos medios variables. Éstos se consideran prima facie ilícitos. Pero en los supuestos de los precios por encima de tal nivel aunque por debajo de los costes medios totales, para entender que estamos ante un

varias: en primer lugar, expulsar a un competidor económicamente constreñido o limitado, del mercado, agotando sus posibles reservas. En segundo lugar, conseguir una reputación de competidor agresivo y de esta forma obtener beneficios monopolísticos sin necesidad de entrar en guerras de precios. Por último, la razón puede ser la de enviar un mensaje a potenciales entrantes en el mercado, de que la demanda es escasa o de que los costes son bajos. En cualquiera de los dos casos, el mensaje final debe ser el de que no es provechosa o rentable la entrada⁴⁷⁵.

Para determinar la existencia de un precio predatorio se han utilizado varios tests con el objetivo de identificar cuál es el coste parámetro⁴⁷⁶. La metodología generalmente adoptada al efecto fue desarrollada en la STJUE AKZO, en la que el TJUE entendió que existirá un ilícito de precio predatorio cuando (a) el mismo se sitúe por debajo del coste medio variable con el fin de eliminar a un competidor o cuando (b) el precio se encuentre por encima del precio medio variable pero por

ilícito de Derecho de la competencia se necesita la prueba de que responde a una estrategia.

⁴⁷⁵ DE LA MANO, M., NAZZINI, R., ZENGER, H., en AA.VV., *The EU Law of Competition*, op.cit., pág. 397 y ss.

⁴⁷⁶ LÓPEZ MIÑO, A., “Abuso de posición de dominio”, *op.cit.*, pág. 34 hace un repaso de los tests que han tenido influencia en este cometido. En primer lugar, se han utilizado modelos coste parámetro provenientes de la doctrina norteamericana. El primer de ellos fue el test de Areeda Turner, donde se sostuvo que cuando el precio de venta sea inferior al coste marginal, la conducta debe presumirse predatoria. No obstante existen problemas con este test derivados de la dificultad de calcular el coste marginal y la baja precisión del mismo. Así, se ha sugerido sustituir el coste marginal por el coste variable medio. Baumol, sugirió sustituir el coste variable medio por el coste evitable medio porque, a diferencia del coste variable medio, el coste evitable medio contempla los costes hundidos. Finalmente, Bolton propuso el test en dos niveles, similar al recogido en AKZO, donde los precios inferiores al coste variable medio se consideran abusivos *iuris et de iure* y los precios superiores al coste variable medio pero inferiores a los costes totales medios se considerarán predatorios dependiendo de las circunstancias de cada caso. Finalmente, los costes superiores a los costes totales medios son lícitos.

debajo de los costes medios totales si forma parte de una estrategia para eliminar la competencia.

Sin embargo, este test ha ido experimentando ligeras variaciones⁴⁷⁷. En 2001, la Comisión, en la Decisión *Deutsche Post*, cambió el umbral de los precios predatorios a aquéllos inferiores a los costes incrementales a largo plazo, que contemplan la depreciación y la amortización⁴⁷⁸. Sin embargo, en *France Télécom*, la Comisión retomó el test *AKZO*, configurado por el STJUE en la misma sentencia⁴⁷⁹. No obstante, en las orientaciones de 2009, la Comisión ha vuelto a cambiar el test (coste variable medio), incluyendo, además, el test del ingreso neto inferior al razonable⁴⁸⁰.

Este tipo de precios sólo perjudican al consumidor de una forma indirecta, ya que éste no es capaz de percibir el freno a la innovación y la reducción de la gama de alternativas que suponen a corto plazo. De hecho, el daño a la innovación, que repercute en el consumidor final, es empíricamente imposible de detectar y sólo podría medirse con un análisis contrafactual, que es, por su propia naturaleza, hipotético e incierto.

⁴⁷⁷ LÓPEZ MIÑO, A., “Abuso de posición de dominio”, *op.cit.*, pág. 35, sostiene que no puede hablarse de consolidación de un único test de costes en la jurisprudencia comunitaria.

⁴⁷⁸ Decisión 2001/354/CE, de 20 de marzo, *Deutsche PostAG* (COMP/3S.141), DO L 12S/27, de 5 de mayo.

⁴⁷⁹ STJUE de 2 de abril de 2009, *FranceTélécom/Comisión*, C-202/07 P, apartado 109.

⁴⁸⁰ Orientaciones, apartados 64 y 65.

2.1.2.2. *Margin squeeze o pinzamiento de márgenes*

Se trata de una práctica cuya doctrina se ha consolidado de forma relativamente reciente⁴⁸¹, en la que una empresa verticalmente integrada que es dominante en un mercado aguas arriba puede favorecer sus operaciones en mercados aguas abajo a través de la imposición del precio de un bien esencial a los competidores, a quienes deja un margen demasiado estrecho como para poder ejercer competencia en el mercado aguas abajo⁴⁸².

Se trata de una práctica relevante en un contexto de bienes esenciales, como puede ser el acceso a las infraestructuras de red. Así, los competidores requieren inevitablemente del acceso a la misma para competir en el mercado. Aprovechando esta necesidad, la empresa dominante en el mercado aguas arriba puede imponer tarifas de acceso dirigidas a eliminar tal competencia.

Este tipo de práctica puede, aunque no necesariamente, solaparse tanto con la práctica de precios excesivos como con la de precios discriminatorios o la de precios predatorios, dependiendo de las circunstancias que concurran.

⁴⁸¹ LÓPEZ MIÑO, A., “Abuso de posición de dominio”, *op.cit.*, pág. 37. El autor considera que la misma se ha producido en los primeros años del siglo XXI.

⁴⁸² En las conclusiones del Abogado General al caso *Télica Sonera*, C-52/09 de 2 de septiembre de 2010, se define como la situación en la que las diferencias entre las tarifas minoristas de una empresa dominante y las tarifas mayoristas para productos comparables que aplica a sus competidores es negativa o insuficiente para cubrir los costes específicos que tiene.

2.1.2.3. Precio discriminatorio o targeting

Se trata de una conducta en la que se aplican condiciones distintas a transacciones equivalentes, que generen desventajas competitivas⁴⁸³. Aunque la definición parezca clara, en el mercado existen numerosas causas que pueden explicar la existencia de consumidores o clientes que asuman contractualmente distintas condiciones a cambio del mismo bien, entre las que pueden encontrarse los precios. Así, no cualquier discriminación de precios por parte de la empresa será considerada una práctica abusiva.

En este sentido, cuando el comportamiento discriminatorio tenga la única o principal intención o resultado de restringir el comercio, a través de una práctica discriminatoria, se considera que incurre en un abuso de posición de dominio. Asimismo, la interpretación del concepto “desventaja competitiva” debe entenderse en sentido amplio⁴⁸⁴, especialmente cuando las razones de la discriminación están basadas en criterios de nacionalidad⁴⁸⁵, donde no existen causas de justificación objetiva.

Se puede producir un caso de precio discriminatorio en mercados descendentes (aguas abajo), en los que los competidores y las empresas verticalmente integradas necesitan el acceso a un bien titularidad del dominante en el mercado aguas arriba. En estos casos, es claro que la

⁴⁸³ Algunos autores consideran que este tipo de prácticas pertenecen a la categoría de abusos explotativos. PRIETO KESSLER, E., “Principales problemas de la regulación del abuso de posición de dominio”, *op.cit.*, pág. 25.

⁴⁸⁴ Como sucede en los casos en los que las empresas que hacen frente a los distintos precios no participan en el mismo mercado estrictamente considerado, pero en una interpretación amplia de mercado, como sucedió en la STJUE en el caso Corsica Ferries.

⁴⁸⁵ No obstante, lo que no puede considerarse en ningún caso lícito es la introducción de diferencias en función de la nacionalidad de las empresas, como se puso de manifiesto el TJUE en United Brands (sentencia en la que se aprecia un concurso de ilícitos, entre los que también se encuentra el precio excesivo).

fijación de un precio distinto para cada uno de los clientes tiene como única explicación la voluntad de expulsar a un competidor del mercado.

Ahora bien, es posible justificar este agravio al que se somete a una tercera empresa a través de la imposición de condiciones más onerosas. Las justificaciones objetivas pueden venir de la mano de las diferentes características de los clientes o consumidores y no existe un listado cerrado de estas causas. Por ejemplo, en los supuestos en los que existan clientes que hayan entrado en el mercado hace poco, los tribunales han permitido que se les fijen precios más bajos⁴⁸⁶. En cambio, las rebajas de fidelidad o fidelización o los descuentos basados en la cantidad pueden constituir, dependiendo de las circunstancias, supuestos de precios discriminatorios ilícitos.

3. FIJACIÓN UNILATERAL

En nuestra opinión, el estudio de los abusos no está completo sin una referencia a la ausencia de consentimiento, que debe existir en el caso de las conductas de explotación del 102 TFUE y el 2 LDC, específicamente en el caso de los precios excesivos. El análisis tiene una importancia aún más acusada, fundamentalmente por el término escogido por el legislador -“fijar”⁴⁸⁷-referido a los precios de venta.

Sin embargo, parece conveniente realizar una división, igual que hicimos durante el estudio del poder de la demanda en sede de posición de dominio, entre abusos cuyo efecto es excluir y abusos cuyo efecto es

⁴⁸⁶ Un caso en Alemania del BGH de 10 de febrero de 2004, WuW/E DE-R 1251.

⁴⁸⁷ Aunque en inglés el término usado es “imposing”, que tienen una connotación más de desequilibrio entre las partes donde una se encuentra en una posición de superioridad desde la que fija unilateralmente un precio.

explotar, porque el consentimiento o la imposición tendrán una relevancia distinta.

3.1. NOTAS INTRODUCTORIAS

Con la expresión “fijar” utilizada en la norma, parece ponerse de relieve que la imposición del término contractual debe ser unilateral, no negociado. Así, en ocasiones, se ha utilizado como causa de justificación de la conducta que fue el cliente quien solicitó que se llevara a cabo la práctica o, aunque no existiera proactividad por su parte, al menos consintiera en ello.

En general se ha considerado que el hecho de que exista consentimiento por parte del cliente no debe calificarse como causa eximente del abuso⁴⁸⁸. No obstante, es evidente que en esta afirmación se parte del prejuicio de que todas las prácticas abusivas son iguales, cuando existen dos tipos de conductas abusivas: las de explotación y las excluyentes. Ciertamente, en las prácticas excluyentes el consentimiento del consumidor no jugará ningún papel porque, en muchas ocasiones, el propio consumidor o cliente en quien se practica la conducta abusiva (descuentos, por ejemplo) resulta beneficiado directamente, aunque sólo a corto plazo, y es incapaz de apreciar o distinguir si la misma tendrá un efecto negativo difuso y a largo plazo sobre el colectivo de los consumidores⁴⁸⁹. Sin embargo, en nuestra opinión, no se puede descartar la relevancia del consentimiento en las prácticas con finalidad de explotar, como son los precios excesivos, tal y como veremos más adelante.

⁴⁸⁸ TDC caso Telecomunicaciones Castilla y León 2, RTDC de 18.1.2005, exp r 606/204.

⁴⁸⁹ Es importante, en nuestra opinión, resaltar que se trata de una conducta que perjudicará al grupo, no al consumidor concreto que puede tener un interés distinto del grupal o el de la clase de los consumidores.

3.2. ABUSOS EXCLUYENTES

Efectivamente, en la generalidad de estos casos el consentimiento de quien adquiere el bien o servicio poco importará. Evidentemente, esta circunstancia se produce porque no recae sobre el consumidor la consecuencia negativa a corto plazo. De forma directa y automática el consumidor puede ver cómo, en un caso de precios predatorios, práctica paradigmática de las prácticas excluyentes, los precios se reducen drásticamente, presentando claras ventajas para los consumidores en el corto término.

Ahora bien, la fijación de un precio predatorio se lleva a cabo (test de la intencionalidad) precisamente con la voluntad u objetivo de eliminar la competencia y aprovechar la situación de dominio adquirida de forma anticompetitiva. En esta segunda fase del ilícito, los consumidores sí sufrirán los perjuicios, aunque ya no tendrán ninguna posibilidad de evitar el abuso. Asimismo, las empresas competidoras no pueden evitar la imposición del precio predatorio porque no participan en la transacción donde se impone tal condición. Así, en estos casos, el consentimiento de aquél con el que se contrata es irrelevante.

No obstante, no todos los supuestos de abusos excluyentes son iguales. Existen ejemplos, como la vinculación de contratos en los que el consumidor ve claramente restringidas sus opciones. En estos supuestos, muy probablemente la práctica se haya llevado a cabo en contra de su voluntad. De existir consentimiento por parte del consumidor será cuestionable entender que nos encontramos, al igual que sucederá en el caso de los abusos de explotación, ante un supuesto de abuso porque no se

elimina a los competidores por medios ajenos a la competencia, que sí sucedería en ausencia de consentimiento del consumidor o cliente.

3.3. ABUSOS POR EXPLOTACIÓN

Es complicado establecer cuándo ha existido un verdadero acuerdo de voluntades en un contrato cuyo precio está desconectado del valor del bien. Por ello, puede resultar interesante acudir a la ayuda de los indicios y presunciones.

En los supuestos de abusos por explotación, cuyo ejemplo más reseñable son los precios excesivos, existen dos razones que podrían interpretarse y alegarse como causas de justificación. En primer lugar, la existencia de una negociación previa más o menos seria que haya finalizado en la adopción de un acuerdo. En segundo lugar, la potencial existencia de alternativas, entre las que figura la no adquisición del bien.

Respecto de la primera de las dos situaciones, ha sido acogida por doctrina jurisprudencial en alguna ocasión, donde se ha subrayado que la existencia de una tarifa adoptada de mútuo acuerdo por ambas partes permite otorgar a la empresa en posición dominante la presunción de inocencia (presunción de inexistencia de una conducta abusiva)⁴⁹⁰. No obstante, debe ponerse especial atención en qué se entiende por “negociación”. Evidentemente, un mero intercambio de ofertas poco serias en la fase precontractual no sirve a los efectos de cumplir el requisito.

La segunda causa es la referida a la existencia de alternativas, es decir, la presencia de otras fuentes de suministro o la posibilidad de no adquirir el bien o servicio cuyo precio es conflictivo. En estos casos lo que

⁴⁹⁰ RTDC de 26.10.06, El Caserón/SGAE, , exp. R 678/5.

se analiza es el papel que juega la elasticidad de la demanda (elemento que ya se ha utilizado para medir la posición de dominio) en la posición de dominio.

Respecto de la existencia de alternativas en el mercado, precisamente porque nos encontramos en sede de posición de dominio, las mismas serán limitadas. Las fuentes alternativas de suministro reducidas determinan que sea una vía que difícilmente podrá utilizarse como causa de justificación objetiva. No obstante, es posible encontrar situaciones en las que el consumidor podría haber acudido a una fuente distinta de suministro, aunque fuera residual, y, sin embargo, por dejadez, por la facilidad y la sencillez de no buscar alternativas –que obviamente son menores y más reducidas-, ha preferido pagar un precio desconectado del bien. En estos casos parece que será complicado sostener la ausencia de consentimiento y, en consecuencia, la existencia de un abuso por parte de la empresa.

Asimismo, este segundo caso puede producirse en los supuestos de bienes de lujo, donde las partes no tienen exactamente unos intereses contrapuestos o enfrentados. El suministrador querrá vender a un precio más elevado y el comprador no necesariamente deseará que se venda a un precio inferior. En los escenarios donde el objeto es un bien de lujo normalmente el comprador desea que el precio sea elevado porque es indicador de estatus⁴⁹¹. En estos supuestos, en virtud de la teoría económica, pese a que quizás exista una posición de dominio, no vemos una razón por la que se deba sancionar al vendedor que no ha “impuesto”

⁴⁹¹ No obstante, otra de las explicaciones para que los productos de lujo no tenga un precio excesivo pasa por sostener que el precio está justificado por los costes y gastos derivados de la inversión en publicidad, que es la que produce el reconocimiento. No obstante, en nuestra opinión, hay que apuntar también que es posible que la contraparte quiera que el precio sea lo más bajo posible en su caso en particular pese a que el precio general o público sea elevado.

un precio, sino que ha sido libremente aceptado por la contraparte sin verse constreñida por la necesidad de su adquisición.

En estos casos deberíamos hacer una separación entre un precio desvinculado del valor del bien y un precio impuesto. Sólo si el precio se encuentra desvinculado del valor del bien y está, asimismo, impuesto en contra de la voluntad o sin el consentimiento del comprador, nos encontraremos ante un precio excesivo y, por tanto, ante un ilícito concurrencial. Si, en cambio, tal precio, aunque exorbitado, no se ha fijado unilateralmente, éste será perfectamente lícito. El principio o la máxima que se debe seguir es la de protección en la medida de la necesidad de cada uno.

4. CRITERIOS DE APRECIABILIDAD

Para evitar la sobre aplicación del ilícito relativo a los precios excesivos, se ha exigido que se cumplan una serie de requisitos adicionales o, como se sostuvo en el análisis de la posición de dominio, que el requisito se produzca de una forma más intensa. Así, mientras en aquél caso se exigía una super-dominancia o un monopolio, barreras de entrada elevadas y no transitorias, etc. en el presente estudio, relativo al abuso, los requisitos se refieren al margen que se exige por encima de los precios competitivos y al mantenimiento de la práctica en el tiempo.

4.1. PRECIOS SIGNIFICATIVAMENTE ELEVADOS

Precisamente para evitar los problemas derivados de la sobre aplicación (errores de tipo I) y por la inseguridad existente en torno a la consideración de los precios excesivos como una práctica que dañe a los

consumidores, se mantiene una posición muy cautelosa en su aplicación. Ésta se traduce en la exigencia de un nivel de precios que supere, con mucho, aquéllos que se impondrían en un mercado competitivo.

Como se pondrá de manifiesto en la parte III del trabajo, concretamente en el capítulo relativo al análisis del test, el margen exigido por los tribunales para sancionar en virtud de un ilícito de precio excesivo es aún una cuestión incierta. Entre otros márgenes, se ha referido el TJUE a los precios que sean extremadamente desorbitados ⁴⁹² (*grossly exorbitant*⁴⁹³), cuando exista un nivel exageradamente alto respecto del valor económico del bien o del servicio prestado ⁴⁹⁴, cuando éste se encuentre significativamente por encima del coste medio mínimo ⁴⁹⁵ o cuando la diferencia sea “importante”⁴⁹⁶.

⁴⁹² Traducción de la autora.

⁴⁹³ VESTERDORF, J., “Article 82 EC – When is a price so high that it becomes abusive? – An appreciation of a particularly subjective character”, op.cit., pág. 94 y 95. PIJNHACKER, “Excessive pricing under EC Competition Law; an update in the light of “Dutch Developments””, op.cit., pág. 463 y 474. En la primera sentencia puesta sobre precios excesivos, el TJUE caso Sirena v. Eda, 18.2.1971(1971) ECR 69, apartado 17, el tribunal entiende que aunque el nivel del precio del producto puede no ser suficiente para establecer un abuso, puede ser un factor determinante si no responde a criterios objetivos y es especialmente elevado. De hecho, en la Competition Law Guideline (www.oft.gov.uv/sharedoft/businessleaflets/competitionlaw/oft424a.pdf) se sostiene que se debe permitir obtener beneficios que de forma significativa y persistentemente excedan los costes de capital.

Este término, el de *grossly exorbitant*, ha sido utilizado también en la legislación norteamericana antiguágin, donde también se han utilizado conceptos para referirse a este comportamiento ilícito como “excessive”, “exorbitant”, “unreasonable” o “unconscionable”.

⁴⁹⁴ BANDERA, M., *Abuso di posizione dominante e rifiuto di concedere in licenza diritti di proprietà intellettuale*, op.cit., pág. 56.

⁴⁹⁵ MOTTA, M., DE STREEL, A., “Excessive pricing in competition law: Never say never”, op.cit, págs. 14-46. O’DONOGHUE, R., PADILLA, A. J., *The Law and Economics of article 82 EC*, op.cit, pág. 619. Los autores mantienen que el hecho de exigir que el precio esté significativamente por encima de lo que lo estaría en un Mercado competitivo hace que se evite los errores y las consecuencias perjudiciales de los falsos positivos.

⁴⁹⁶ LAURENT P., “El abuso de posición dominante”, op.cit, pág. 68.

4.2. MANTENIMIENTO DE LA CONDUCTA ABUSIVA DURANTE UN TIEMPO

El carácter esporádico o aislado de una práctica puede resultar relevante a los efectos de considerar cometido un abuso. Ciertos autores sostienen que la sistematicidad o reiteración en la conducta es determinante para la apreciación del ilícito⁴⁹⁷. En concreto, en lo que respecta a los precios excesivos, determinados autores han sostenido que la posibilidad del mantenimiento de los precios elevados de forma meramente temporal es parte de un escenario competitivo y no deben considerarse excesivos en el sentido del Derecho de la competencia⁴⁹⁸. Por lo tanto, se puede afirmar que la falta de repetición sistemática, generalizada y duradera de la práctica puede anular su condición de antijurídica y abusiva⁴⁹⁹.

Así, la persistencia de la práctica se configura como uno de los criterios de apreciabilidad que juegan un papel principal en el ilícito de abuso de posición de dominio relativo a los precios excesivos.

Además de la doctrina, la jurisprudencia y doctrina de los tribunales⁵⁰⁰ han considerado un requisito apropiado y se ha exigido que la práctica sea

⁴⁹⁷ GUTIÉRREZ, A., “Comentario al art. 2 de la LDC. Posición dominante” en AAVV., *Defensa de la Competencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pág. 173.

⁴⁹⁸ DE LA MANO, M., NAZZINI, R., ZENGER, H., en AA.VV., *The EU Law of Competition*, ed. Faull, J., Nikpay, A., Oxford University Press, 2014, págs. 329-539, pág. 517.

⁴⁹⁹ GUTIERREZ, A., “Abuso de posición dominante”, op.cit., pág. 163.

⁵⁰⁰ Expediente r 378/99 del TDC, resolución Seragua de 11 de mayo del 2000, señala que la asistematicidad es susceptible de excluir per se el abuso “puede haber actuaciones de empresas con posición dominante perjudiciales para alguno de sus clientes que, por su carácter esporádico y no sistemático, pueden no ser atribuidas a una política abusiva de la empresa, sino a la torpeza, negligencia o error de sus empleados en un momento

continuada⁵⁰¹ para poder sancionarse. Y este requisito viene justificado por dos cuestiones esenciales. En primer lugar, como criterio de apreciabilidad. Es decir, se entiende que la práctica sólo producirá un daño relevante a los efectos de Derecho de la competencia si no es esporádica. Sólo si se reitera y se generaliza produce un efecto dañino sensible, que merece ser analizado en términos concurrenciales. En segundo lugar, porque exclusivamente si la empresa es capaz de repetir o mantener la conducta se podrá considerar que existe una posición de dominio auténtica. Si una empresa no goza de la suficiente fuerza, no podrá mantener más que brevemente la práctica anticompetitiva y, en el caso de no encontrarse en una posición de dominio, evidentemente no se la podrá condenar por abuso de la misma.

Así, la duración del abuso se utiliza tanto como indicio de existencia de una posición de dominio, como a los efectos del estudio de la apreciabilidad de la práctica ilícita, como, en última instancia, para imponer una sanción a la empresa que lleva a cabo la conducta.

En *General Motors*, una de las escasas sentencias del TJUE donde se trata la cuestión de los precios excesivos, éste decidió no sancionar a la empresa por la imposición de un precio excesivo por la rápida rectificación de la conducta. Asimismo, aunque con un efecto distinto, el hecho de que la empresa redujera sus precios tras el descubrimiento por parte de la Comisión del ilícito, si bien no eximió a la empresa de responsabilidad, sí puede considerarse como atenuante a la hora de fijar la sanción.

determinado. Si esta circunstancia puede acreditarse, es obvio que tal conducta no se encontraría entre las prohibidas por la LDC”.

⁵⁰¹ LAURENT, P., “El abuso de posición dominante mediante los precios”, op.cit, pág. 68.

De esta exigencia se deduce que conductas o situaciones que se caractericen por ser no reiterativas o duraderas, exclusivamente por el hecho de haberse producido una sola vez, se considerarán excluidas del ámbito de aplicación del ilícito, independientemente de cuál sea la naturaleza de la conducta.

Esta afirmación, en nuestra opinión, es problemática, porque si bien es cierto que en el caso de que la conducta no pueda sostenerse en el tiempo, a pesar de que la empresa así lo quisiera, apunta a la inexistencia de una verdadera posición de dominio, no todas las conductas abusivas cesan por esta causa. Es posible que la misma finalice tras las quejas de los clientes ante las autoridades de la competencia. En *General Motors* la rápida rectificación conjuntamente con la devolución y reembolso de las cantidades excesivas a los consumidores perjudicados antes de que se iniciara la investigación por la comisión conllevó que no se considerara abusiva.

No obstante, nos preguntamos si ésta es una razón de peso para no sancionar. Estamos de acuerdo en que podría funcionar como atenuante la rápida reacción y el reembolso, lo cual podría indicar incluso una ausencia de daños y quizás también la ausencia de intención por la empresa. Sin embargo, las sanciones públicas del Derecho de la competencia no están dirigidas a compensar los daños producidos por la misma. Éstos se obtienen de forma independiente a través de la aplicación privada de la competencia.

En nuestra opinión, aunque finalmente se decidiese no imponer una medida por la comisión del ilícito, los tribunales deberían analizar, como mínimo, si se ha fijado un precio excesivo. De esta forma, se contribuiría a

generar jurisprudencia en un campo aun poco explorado que dotaría de cierta seguridad jurídica al mercado.

5. CONCLUSIONES

El abuso es el segundo elemento central en el ilícito del art. 102 TFUE y 2 LDC. Durante el estudio del mismo se ha tratado de resolver las cuestiones problemáticas que la apreciación de la conducta abusiva presenta. En primer lugar, una vez presentado el concepto, ha sido necesario referirse a la objetividad del abuso. En nuestra opinión, es conveniente repensar el conflicto que genera esta afirmación con los principios de Derecho penal, en concreto, con el de culpabilidad. El respeto de estos principios es esencial en el Derecho punitivo, al cual pertenece el administrativo sancionador.

Asimismo, en sede de Derecho de la competencia, parece encontrarse una problemática específica en torno a la exigencia de dolo o negligencia en la comisión del abuso, vista la inseguridad jurídica imperante en esta rama del ordenamiento. En nuestra opinión, es necesario que las empresas conozcan o deban haber conocido tanto el ilícito como las consecuencias derivadas de su comisión. Estas exigencias, que parecen básicas para quien estudie el Derecho punitivo, parecen pasarse por alto en Derecho de la competencia. La afirmación de que cualquier conducta ineficiente que genere perjuicios a los consumidores será considerada ilícito si se lleva a cabo por una empresa dominante es, sin duda, demasiado amplia como para poder entender que cumple el principio de legalidad y, de forma extensiva, el principio de culpabilidad. Por esta razón, sugerimos la necesidad de interpretar y concretar las prohibiciones,

especialmente por la vía jurisprudencial. Sólo de esta forma podrá sostenerse que las empresas podían y deberían haber conocido que estaban realizando una conducta ilícita.

Asimismo, hemos constatado que el daño no necesita actualizarse para poder entender cumplido el tipo. Es posible sancionar a la empresa en un estadio previo al de la producción efectiva del daño. No obstante, la aptitud para producir un perjuicio no puede ser interpretada de forma amplia. Es necesario ser capaz de probar, con unos estándares mínimos de seguridad y certidumbre, que la conducta irá razonablemente ligada a la producción de algún daño.

En tercer lugar, es necesario diferenciar entre la existencia del daño y la prueba del daño. El daño es un elemento que se exige en todos los ilícitos de abuso de posición de dominio. Sin daño, no existe abuso. Ahora bien, en determinadas ocasiones, los tribunales han juzgado innecesaria la prueba relativa a la producción del mismo. En estos supuestos se entiende que el vínculo causal entre la conducta y el daño ha quedado de sobra establecido empíricamente por lo que, en abstracto, puede considerarse que el daño se ha producido o es apto para producirse. Así, se elimina el requisito de la prueba y se sustituye por una presunción, por supuesto, rebatible.

En nuestra opinión, el ilícito de los precios excesivos es una infracción por objeto. No obstante, en vista de las nuevas corrientes doctrinales que hacen prever su afectación, más pronto que tarde, por la aproximación más económica y la exigencia de prueba del daño, hemos presentado dos posibles tests del daño a los que se puede recurrir: el *consumer harm test* y el *efficient competitor test*.

Asimismo, hemos tratado de deslindar ilícitos colindantes con el precio excesivo con fin o efecto de explotar a los consumidores o clientes. Efectivamente, todas las conductas referidas son prácticas ilícitas que las empresas llevan a cabo a través de su política de precios. Dada la incertidumbre generada por la apreciación normalmente en concurso de los ilícitos en las sentencias, hemos considerado conveniente presentar las figuras por separado, entendiendo que responden a fines y causan consecuencias muy diversas.

En cuarto lugar, se ha subrayado la relevancia del requisito de fijación unilateral, que tiene un impacto especialmente notable en el ilícito de precios excesivos dado que, ante la presencia de consentimiento por la parte adquirente, será complicado sostener que estamos ante un supuesto de abuso. Así, el verdadero acuerdo de voluntades y no exclusivamente el acuerdo formal elimina el ilícito.

Por último, se han presentado dos criterios de apreciabilidad generalmente tenidos en cuenta en el ámbito de los precios excesivos: la duración de la conducta y el margen de beneficios que deben obtenerse por la empresa. En general, es posible entender las razones que justifican la elevación del estándar de exigencia para poder afirmar la existencia de una infracción. En supuestos poco claros, como los precios excesivos, los tribunales prefieren mantener una aproximación conservadora de forma que se controlen los posibles errores tipo I. Así, la solución alcanzada es un refuerzo de los requisitos que permite eliminar los supuestos grises, en los que el ilícito ha tenido una vida corta o en los que los precios no tienen una relación razonable con el valor del bien pero éste no es exorbitante.

|

PARTE III. OBSTÁCULOS A LA APLICACIÓN DE LOS PRECIOS EXCESIVOS

CAP I. FAR BEYOND MEANINGLESS: THE NON- ENFORCEMENT OF EXPLOITATIVE EXCESSIVE PRICES.

1. INTRODUCTION

Article 102 TFEU concerning excessive prices as a breach of competition law has traditionally been ignored by the literature and, at best, under-enforced by case law, both at a national and European level.⁵⁰²

⁵⁰² Although this has to be said with some nuances since it is true that the ECJ and the Commission have only filed few cases, however, some proceedings have started which led to significant price decreases without the need of a formal decision of infringement. Sterling Airways, Electricity transmission tariffs in the Netherlands, etc. Motta and Streef, “Excessive pricing and price squeeze under EU Law”(2006) European Competition Law Annual 2003: What is an abuse of a dominant position? (Hart Publishing) 105, O’Donoghue and Padilla, *The Law and Economics of article 82 EC* (Hart Publishing, 2006) 628. The Commission itself has maintained that, although not giving the possibility of prosecution up, it won’t go after mere exploitative prices, but only exclusionary practices. XXIV Report on Competition Policy, 1994, para. 77. O’Donoghue and Padilla (n 2) 629. These authors, however, maintain that national competition authorities have been always very active in the prosecution of these types of conducts and do not share the European Commission’s views on the matter. The panel Discussion, “Policy objectives, enforcement tools and actors, types of abuses, the case of excessive pricing” in Claus-Dieter Ehlermann and Mel Marquis (eds.), *European Competition Law Annual 2003: What is an abuse of a dominant position?* (Hart Publishing, 2006) 28 and 37 underlines that national competition authorities seems more prone than the Commission to go after excessive prices. Additionally, it stresses that two reasons may be behind the existence of excessive prices: first, past state monopolies have not disappeared, but just turned into private monopolies. Competition policy and regulation appears not to be sufficiently effective eroding that dominance. Second, the Commission has been very lenient to mergers, some of them bringing abuse of dominance problems. However, Ruppelt, “Abuse control: objectives, restrictive practices and institutions” in Claus Dieter Ehlermann and Mel Marquis (eds.), *European Competition Law Annual 2003: What is an abuse of a dominant position?* (Hart Publishing, 2006) 143, maintains that excessive prices policies has only had little impact in Germany. Geradin, “The necessary limits to the control of “excessive” prices by competition authorities – A view from Europe”, (TILEC Discussion Paper 2010).

However, it does provide a solution to a basic need: to prevent abuse where there is a bargaining power imbalance in commercial relations between firms or between firms and consumers.

Acceptance of the under-enforcement trend of excessive prices can be partly explained by the widespread belief that firms are free to set any price they want for the goods they have launched in the market. However, this is not always true: there are specific cases where the law limits the powers of certain firms in the pricing field.

Article 102 TFEU gives the imposition of an unfair price as an example of abuse of dominance. And only two requisites need to be met: dominance and abuse. There are multiple behaviors that may be considered abuse, as reflected in case law. However, here we will only be looking into the imposition of exploitative excessive prices.

The first issue that needs to be assessed is the justification of the premise, that is, the explanation of the under-enforcement hypothesis. One could argue that the Commission does not apply the article because there are no excessive prices cases in the market. If this was the hypothesis, then, obviously, we would not be dealing with under-enforcement but with non application since there would be no need. However, we base our work on a different premise for a number of reasons.

First, it has been repeatedly stated and confirmed that exploitative abuses were no priority for the Commission. This can be noted in the Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings. The reason behind this prioritization is that Commission considers those to be the most harmful for consumers. The Commission,

thus, seems to be more concerned with the process itself than with the fairness of the results. Disregarding that not necessarily a fair process does guarantee fair results. Additionally, the few times that Commission has not ignored exploitative prices they were referred to as a mere consequence of the exclusionary abuses, by former Competition Commissioner Nelie Kroes.

Second, there is a clear assimilation, rather than convergence, trend with American Antitrust Law, where exploitative prices are not only seen as something not harmful and punishable at all, but as a due reward for winners. Thus, the possibility to set monopolistic prices becomes sort of a carrot for every firm to compete in the market.

As a third point to support the premise we are departing from, there are still markets where these prices are likely to take place and surprisingly they are not being monitored nor fined. These are monopolistic or close to monopoly markets where public opinion is constantly giving a warning on the prices of those products. As example, let us take energy and some pharmaceutical products markets. Energy markets are one of the most striking cases since there has been a gradual price increase where technology should be allowing to produce at a lower cost. Besides, competition after liberalization processes should be dragging down the prices. However, prices have been rising without any justification. The same problem applies to some pharmaceutical goods: the product has a high price while the patent has not expired yet. After the patent comes to its end, prices decrease dramatically when competition comes on the scene. What we want to stress is not that they are necessarily excessive prices, but the surprising lack of proceedings.

Finally, as a last reason to support our premise, we have to recall that alternative resolution methods are being resorted to in the solving of problematic cases. Article 9 of the 1/2003 Regulation provides for a tool allowing the Commission to settle. These are called, for abuse cases, commitments. If we look at markets and practices where commitments are being issued, we'll notice something that in a certain manner confirms the suspicion: a relatively high amount of commitments are dealing with price issues. And these appear in a broad type of markets, among them, the financial and IP licensing markets.

2. TWO BASIC PROBLEMS CONCERNING EXCESSIVE PRICES

The remarkable paradox⁵⁰³ here lies in the under-enforcement of exploitative excessive prices and, by contrast, the sanction of exclusionary excessive prices that result in exploitative prices. To explain such a contradiction, two problems have been put forward: the technical difficulties involved in finding legal evidence, and the potential positive effects of the excessive prices.⁵⁰⁴

Excessive and high prices are very different from a legal perspective: in one case, we will be facing an abusive conduct, whilst in the other, the firm will be within the boundaries of compliance.

⁵⁰³ Lyons, "The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse" in Swedish Competition Authority (ed.) *The pros and cons of high prices* (Konkurrensverket 2007), 65-87. Actually, excessive prices stand as an infringement. Otherwise, one can't understand why firms that collude to increase prices are punished through 101.1 TFEU. If it was not an infringement, if the objective aimed through the cartel was no infringement, it couldn't be punished through 101 TFEU.

⁵⁰⁴ OECD, "Excessive prices" in *Policy roundtables* (2011), 9 accessed 27.10.2016 <http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49604207.pdf>.

The distinction between one and the other is actually very problematic, considering that firms are legitimately oriented towards maximizing their profits. However, these must not be obtained by reaping the consumer surplus, at least, from a traditional competition perspective. In a fair commercial exchange, both parts have to obtain a fair benefit. Wealth distribution among all market participants is usually delivered by the market itself when there is competition among firms. Nevertheless, when the market is not able to correct itself, competition authorities and courts are responsible for balancing bargaining powers. This function can be carried out by two means: market regulation, or a crosscutting tool: Competition Law.

The trade-off between one and the other method largely exceeds the aims of this work and will be assessed in further papers. Yet one thing is clear: *de lege lata* excessive prices have to be controlled, at least, by competition law.

That being so, we have to find a method that allows us to accurately classify prices as being either licit or illicit, and impose a penalty whenever needed. First, we shall determine the presence of an excessive price – and if we comply with current case law, this shall be the only level – and, second, we would have to prove the negative effects produced by that conduct (more economic approach), allowing the firm to prove any potential efficiency of beneficial consequence that may compensate for the exploitative excessive price.

The ECJ has not reflected this second step in any exploitative excessive price case and therefore we may consider the conduct as, *per se*, illicit. Case law shows that so far this is an infringement by object. However, later literature suggests that the trend might be shifting towards

a violation by effect. Thus, the Commission will need to prove the damaging effects and analyze alleged efficiencies, if there are any, to end up striking a balance between positive and negative consequences.

3. DETERMINATION METHOD

3.1. INTRODUCTION TO THE UNITED BRANDS TEST

Moving our focus towards the formal issue, that is, how to classify prices between abusive and non-abusive, case law has offered a method that is quite useful as guidance on this matter.⁵⁰⁵

It appears clear that excessive prices are those that bear no reasonable relationship with the economic value of the goods.⁵⁰⁶ However, this general statement needed further development, which was provided for the first time in the ECJ United Brands ruling⁵⁰⁷: it is an analysis that, despite its intended objective nature, is still profoundly arbitrary and results in a great deal of legal uncertainty for firms. However, in spite of the quite

⁵⁰⁵ ECJ had already applied the article concerning excessive prices in *General Motors*, but had not indicated which were the requisites to consider a price excessive. Botta, M., “Article 102 TFEU as a tool for market regulation: “excessive enforcement” against “excessive prices” in the new EU member states and candidate countries”, (2012) *European Competition Journal*, 480.

The test aims at enable the distinction between an abusive price and a licit price. However, the aim is not to establish the objective value of the good. Against this statement, Gutiérrez, “Artículo 2: Abuso de posición dominante”, in Massaguer, J., Folgera, Sala Arquer, Gutiérrez (eds), *Comentarios a la Ley de Competencia*, (Thomson Civitas, 2008) 167.

⁵⁰⁶ Case 27/76, *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission* (1978), paragraph 250.

Ackermann “Excessive pricing and the goals of competition law” in Zimmer (ed.), *The Goals of Competition Law*, (Edward Elgar 2012), 360 maintains that European Competition law has some similarities with American price regulation.

⁵⁰⁷ Case 27/76, *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission* (1978).

rudimentary and early stage of development of the methodology it is the most commonly used by Courts and the Commission.

The test suggested is based on the assumption that a price will be excessive when, unilaterally imposed by the dominant firm, it does not bear a reasonable relation with the economic value of the product. We have to bear in mind an idea underlying this statement: in a competitive market, the economic value is determined by market dynamics. However, this is not the case in a market where there is a situation of dominance. More specifically, it is commonly accepted that a price will be considered excessive when it lies way above the price that would be set in a competitive market.

In any case, and considering that “economic value” is a very broad and undetermined concept for application in finding a breach of competition law, the ECJ had to find a methodology with which one can establish the economic value of a specific good.⁵⁰⁸ In *United Brands*, there is no explanation to be found concerning which criteria are useful to measure that value. Yet, there are other cases where the ECJ has been clearer, defining economic value in a broad way, taking into account market conditions, probable effects of price in competition and consumers, among others.⁵⁰⁹

⁵⁰⁸ However, there are some authors that sustain it is mistaken to understand “economic value” as an intrinsic measurable concept. Lewis, “Exploitative abuses—a note on the *harmony gold v. Mittal Steel excessive pricing case*” in Hawk (ed.), *International Antitrust Law and Policy* (Fordham 2008) 594.

⁵⁰⁹ Bellamy and Child, *European Union Law of Competition* (Oxford 2013) 818. This statement may be induced from the words of the Commission in the *Port of Helsingborg case*, where it takes demand force into account: “the demand side is relevant mainly because customers are notably willing to pay more for something specific attached to the product/service that they consider valuable. This specific feature does not necessarily imply higher production costs for the provider. However it is valuable for the customer and also for the provider, and thereby increases the economic value of the product/service”.

This analysis is aimed at establishing the economic value of a good in a dominance scenario and the relation that the price imposed has with it. The methodology will be structured on two levels. In the first one, the Commission has to carry out a cost-benefit analysis and, after establishing its excessiveness, there has to be a second one, dealing with fairness. Fairness of the price will be considered in itself or when comparing it with other prices.

However, it must be pointed out that literature and courts do not always strictly adhere to the two-step analysis, but use just one of the stages independently, something that has been welcomed by some authors as having positive consequences.⁵¹⁰

To sum up, there is a clear difference between the two concepts, excessiveness and fairness, which is important because proving the price-benefit cleavage will not usually be enough to find the imposition of an unfair price. At least theoretically, both requisites – excessiveness and unfairness – have to be found.

Moreover, the Court does not specify what is to be understood by the concepts of excessive or unfair, and this poses large problems related to the vagueness and the need for an interpretation throughout case law or using specific economic tools.⁵¹¹

3.1.2. Analyzing the two-tier system

3.1.2.1. *First level or excessiveness level*

⁵¹⁰ Motta and de Stree, “Excessive pricing in competition law: Never say never” in Swedish Competition Authority (ed.) *The pros and cons of high prices* (Konkurrensverket, 2007) 14-46.

⁵¹¹ Geradin, “Pricing abuses by essential patent holders in a standard-setting context: a view from Europe” (2009) 79 *Antitrust Law Journal* 348.

The first step is designed to determine the excessiveness of the price. This is a cost-based analysis and despite having been used several times, a well-defined assessment is still lacking.

In this case, we have to draw a comparison between production costs and price. The essential problem here lies in the deficient orientation concerning the legally accepted margin between costs and price.⁵¹² None currently exists and if there were any, it would be arbitrary and impossible to be implemented for every case.

The parameters to be analyzed here will be the following: production or distribution costs, price of the good, and profit obtained by the seller or provider.

Concerning costs, there are several problematic issues: first, commercial accountability is not meant for competition purposes.⁵¹³ Second, we still do not know which costs have to be taken into account

⁵¹² López Valles, “Los precios excesivos como abuso de posición de dominio: el caso Canarias de explosivos” (2007) 1 Anuario de la competencia, 370. Literature and case law point out some hints, very unspecific, though, on the illicit profits: they say that they will only punish firms when the profits are “grossly exorbitant”, or when the cleavage is “important” and there are no objective justifications. Vesterdorf, “Article 82 EC – When is a price so high that it becomes abusive? – An appreciation of a particularly subjective character” in Heikki Kanninen, N., Rosas, K., y Rosas, A. (eds.) *EU Competition Law in context. Essays in honour of Virpi Tiili*, (Hart Publishing, 2009), 94, 95. Pijnhacker Hordijk, “Excessive pricing under EC Competition Law; an update in the light of “Dutch Developments”” in Barry Hawk (ed.) Fordham Corporate Law Institute (Juris Publishing 2002) 463 and 474. In the first ruling on excessive prices, *Sirena v. Eda*, 18.2.1971(1971) ECR 69, paragraph 17, the ECJ states that, although the price of a product may not be enough to find an infringement, it might be a determining factor if it is not explained by objective reasons and is specially high. In the Competition Law Guideline (www.oft.gob.uv/sharedoft/businessleaflets/competitionlaw/oft424a.pdf) it is said that significant and persistent profits that exceed the cost of capital should be allowed. O’Donoghue and Padilla (n 2) 619. These authors claim that the requisite of prices wide above the contra factual competitive price avoids errors of false positives.

⁵¹³ Most of the times, the firm itself will not be able to provide the Commission with disaggregated cost data. Geradin, “Abusive pricing in an IP licensing context: an EC Competition Law analysis” in Claus Dieter Ehlermann and Mel Marquis (eds.) *European Competition Law Annual 2007: a reformed approach to article 82 EC* (Hart Publishing 2008) 14. López Valles (n 12) 370.

(fixed, variable, etc.).⁵¹⁴ Third, the problem is compounded by the costs' allocation model of multi product firms.⁵¹⁵ Fourth, there is not even any common agreement on whether losses have to be taken into account.⁵¹⁶ Besides, and this is a particularly worrying problem concerning excessive prices, it is very difficult to attribute a value to an IP asset. This is particularly important, since one of the markets that is most prone to host excessive prices conducts is the IP field. And finally, there is the question of whether we have to take risk into account.

The second main problem arising out of the first-level analysis is whether one has a right to be inefficient. One of the things that comes together with the cost structure analysis is the assumption that when costs are high, there will not be an excessive price, as long as there is a reasonable relation between both parameters. This is because what it is deemed to be excessive is the profit and not the price itself.

However, there was one case where the ECJ changed its mind and considered that excessiveness should be referred to the price and not to the profit.⁵¹⁷ This means that there is no such thing as a right to be inefficient by dominant firms. The dominant firm has to pull down its costs as much as possible or as much as an efficient firm could do. Usually dominant firms are looked down upon because economists have prejudices against

⁵¹⁴ Economic theory sets that the most appropriate reference for costs of dominant firms is marginal costs or AVC. However, this is not useful for all types of markets, as the technology market, where fix costs are relatively high and marginal costs amount to zero.

⁵¹⁵ López Valles (n 12) 370 and Motta and de Streel (n 10) 34.

⁵¹⁶ Likewise, firms would like to see the cost of failed projects included. This way, they could recover the losses they made through a compensation with the products that succeeded in the market. This could work as an incentive to invest in risky innovative products where a failure would condemn the firm.

The problem with this approach is the so-called survivor bias. Lyons (n 3) 70.

⁵¹⁷ Case 110, 241 y 242/88 Lucazeau/SACEM. This approach has been used in Germany as well by the Competition authority to calculate "additional costs" (Mehrkosten)(17th April 2003 (case Standtwerke Mainz B11 – 40 100 – T – 38/01)).

them. They say that the absence of competition turns them into lazy participants and they have no incentive to be efficient when there are no real competitors. Against this approach, we think that competition should not be seen as a right, but as a duty. Even when there are no real competitors and no potential competitor is likely to enter the market (e.g., there is a monopoly granted by the State) the firm should behave as if it was in a competitive scenario and thus be as efficient as possible.⁵¹⁸ If the dominant firm is not efficient, even though its costs are high, for the purpose of this first analysis level, potential efficient costs will be taken into account rather than the actual costs.⁵¹⁹

Nevertheless, this decision was no more than an exception. What is usually assessed is the benefit obtained by the firm.

⁵¹⁸ This embodies the solution to some authors' concerns regarding the negative effects of fining excessive prices taking into account the difference between costs and profits because Competition Authorities will be punishing efficient firms. Muñoz and Zoido, "Precios excesivos y discriminatorios en el expediente televisiones: un enfoque económico" (2006) 1 Anuario de Derecho de la Competencia 409. In any case, we think that firms do have more incentives in being more efficient because the lower the prices, the more it will be able to compete and the more profits it will get not because of the price rise, but because of the increase of consumers. Fletcher and Jardine, "Towards an appropriate policy for excessive pricing" in Claus Dieter Ehlerman and Mel Marquis (eds) *European Competition Law Annual 2007. A reformed approach to article 82 EC* (Hart Publishing 2008) 536.

⁵¹⁹ Gylesen, "Abuse of monopoly power within the meaning of article 86 of the ECC treaty: recent developments" in Barry Hawk (ed) *International Antitrust Law and Policy* (Fordham 1989) 611, 612 and 613. The author makes a distinction between excessive prices *stricto sensu* and *lato sensu*. In this case, prices were not excessive because of costs. The court claimed that costs were high because the firm was an inefficient monopolist. That is to say, the prices were not excessive despite the costs but precisely because of the costs. The author claimed that prohibiting these prices is tantamount to prohibiting the dominance itself. However, we have to disagree. Dominant firms have a special responsibility that forces them to behave as if they were in a competitive market.

3.1.2.2. *Second level or fairness test*

Although part of the doctrine has suggested little use be made of this step,⁵²⁰ we believe that leaving it aside will have some disadvantages concerning legal certainty and orientation.

This second level is a guideline allowing firms to guess the compliance of their price through a comparison with certain benchmarks. However, this second step cannot be used as a single test. Courts cannot only rely on comparison. Markets can be different, as can efficient prices. Fairness for one firm can be different from the fairness of another, and we shall not assume the reaping of consumer surplus based exclusively on this comparison.

In any case, the debate concerning the appropriateness of maintaining the two levels has recently been closed because in the last case concerning excessive prices – Port of Helsingborg – the Commission has used the two-tier test launched in *United Brands*.

In this second phase, the court has to assess fairness without having assigned a clear definition of the concept. In this sense, in order to consider a price as excessive in the sense of being illicit, not only do we need to prove the excessiveness of the price, but also its unfairness.

⁵²⁰ It has been said that the levels were alternative and not cumulative and that the first level has precedence over the second. Pijnacker Hordijk (n 12) 469 and Gutierrez, “Artículo 2: Abuso de posición dominante” in Masaguer, Folgera, Sala Arquer, Gutierrez (dir) *Comentarios a la Ley de Competencia* (Thomson Civitas 2008) 168. The last author says that the first level is enough to dismiss an excessive price case, is, however, not sufficient to find the infringement.

Additionally, it has been argued that it can have economic consequences arising out of the implementation of this analysis level, as the possible behavior of price alignment to avoid the infringement detection. Ackermann “Excessive pricing and the goals of competition law” (2012) *The goals of competition law-fifth ASCOLA workshop* 2012.

This analysis can be performed in several ways: by proving that unfairness is inherent to the price, or in comparison with others. What exactly is meant by “unfair prices in itself” has not been explained by the ECJ or by the Commission. The only meaning that seems to make some sense is to interpret that the price has reached such a striking level and has so little relation with the costs that there is no need to compare it with others.⁵²¹

The other option is the use of benchmark prices. Indeed, the first hurdle is the fact that we will not always have a price that can be used as a reference. However, sometimes there are, and thus we have to analyze the benchmarks that can be used on this level. We can use the prices set by the firm itself or prices set by other firms, and this will be done over time and across geographic markets (the goods, however, have to be of the same type or comparable goods).

But, of course, there are certain things to be borne in mind. First, this comparison has to be carried out with great caution due to the differences between markets. Markets are delimited for a reason: conditions within them are sufficiently homogeneous for them to be considered as a unity. If we change the market, conditions will be different too. In this sense, the benchmark may not be as useful as it should be.

Furthermore, we have to recall that the fact that two prices are different does not automatically mean that one of them needs to be excessive. It just indicates there is something to be examined or, at best, there is a hint of excessiveness, assuming that the benchmark price is fair.

⁵²¹ Howarth, “Pricing Abuses. Unfair and predatory pricing under article 82 EC: From Cost-price comparisons to the search for strategic standards” in Amato and Claus Dieter Ehlerman (eds) *Competition Law: a critical assessment* (Oxford 2007) 271.

Despite all the benefits that this test may offer in terms of legal certainty, there is an obstacle that still remains: there is no indication of the accepted difference between the price that is being investigated by the Commission and the benchmark price⁵²².

3.1.2.3. *Stress test of the test*

Every legal prohibition should have a deterrent effect and include a test to check whether there is a breach of the law.⁵²³ There are four requisites such a test has to meet to fulfill those features: it has to be well defined, offer legal certainty *ex ante*,⁵²⁴ be easy to implement, and enhance wealth.

The United Brands test does not achieve this standard for several reasons. It fails to delimit the concepts of abuse and the parameters determining its existence. The definition of excessiveness is poorly delimited as the situation where the price does not bear a reasonable relation with the value of the good and introduces vague and open concepts such as “unfair” and “excessive”.⁵²⁵

The second requisite, legal certainty *ex ante*, requires prior knowledge of the test by firms that make their moves concerning price setting

⁵²² Some cases of the ECJ and national courts have considered margins from 100% up to 1400%. In *British Leyland*, fees were 600% higher. In *Deutsche Telekom* the price was considered anticompetitive, without objective justification, since it was 100% than the competitive market prices. Same difference was detected in *ITT/Promedia*. In *Napp*, on the other hand, difference amounted up to 1400%.

⁵²³ Akman and Garrod, “When are excessive prices unfair?” (2011) 7(2) *Journal of Competition Law and Economics* 406

⁵²⁴ O’Donoghue and Padilla (n 2) 622 underlines the importance of legal certainty of the test for firms that are in risk of a competition law infringement.

⁵²⁵ Geradin, “Abusive pricing in an IP licensing context: an EC Competition Law analysis” in Claus Dieter Ehlerman and Mel Marquis (eds) *European Competition Law Annual 2007: a reformed approach to article 82 EC* (Hart Publishing 2008) 12.

depending on the outcomes that should be delivered by the test. The requisite of predictability and certainty allows participants to carry out a previous legal analysis of their own conduct to avoid sanctions.

Knowing the parameters to be analyzed allows firms to avoid conducts that may be a breach of law. This test, however, lacks these requisites for two main reasons: it does not offer any clues concerning the breach of the prohibition neither is it made clear when a price will be breaching the law. However, the test does serve as an indication for firms.

In addition, this is not the only accepted test. The ECJ is also open to any other tool that may be suggested and is useful to establish the excessiveness of a certain price. There is then the possibility of turning to an alternative test which firms will not know until the proceedings have already been started.

Thirdly, the test is actually not very easy to implement because it needs a great deal of data that more often than not will be unavailable even to the firm itself. And even if the information is there, it is a complex task to determine the reasonable relation between the price and the value of the good, due to the scarcity of case law and the uncertainty surrounding the accepted margin.

Concerning the last requisite, literature is divided between scholars who consider that excessive prices should not be banned, since they enhance wealth in the long run, and those who disagree. However, this is an issue, which will be dealt with in more depth in the next section. We can easily distinguish between two types of scholars: those who defend intervention, and those in favor of the *laissez faire* and self-regulation of the economy. In short, this requisite of welfare enhancement through the implementation of this test will only be fulfilled if we share the

interventionists' view. On the contrary, if we place ourselves on the non-interventionists' side, then the requisite will not be satisfied, since innovation and investment require strong incentives, which will disappear.

Considering the problems arising out of the United Brands test and historical case law (mostly ending without sanction), we may say that the probability of a case of exploitative excessive prices failing is extremely high. Therefore, we can claim that the deterrence effect is likely to amount to none and, if the positive side of this is that there will not be any type I effects, the downside amounts to an extremely complicated consumer protection and abuse prevention framework.

Moreover, part of the literature refers to this test as an impossibility theorem.⁵²⁶ Scholars say there is no such thing as a test that allows a price to be determined as excessive and which is, at the same time, objective and efficient. The test will be objective when the acceptable price and level of profits are set, and non-ambiguous and effective benchmarks have been chosen. Ideally, the test can be specific, with different acceptable margins and benchmarks for each type of economic sector to be assessed. However, this makes it even less handy for firms who will have to first analyze which market they are taking part in. One objective rule will have predictable outcomes and create legal certainty. This is important because, otherwise, firms will not even be able to know when they are overpricing a

⁵²⁶ Evans and Padilla, "Excessive prices: using economics to define administrable legal rules" (2004) *CEMFI Working paper n° 0416* 18 and ff. This is inspired in Arrow's impossibility theorem, which says that when voters have three or more distinct alternatives (options), no ranked order voting system can convert the ranked preferences of individuals into a community-wide (complete and transitive) ranking while also meeting a pre-specified set of criteria, unrestricted domain, non-dictatorship, Pareto efficiency, and independence of irrelevant alternatives. In a similar way, the authors say that it is impossible to design a test to detect excessiveness that meets two minimum requisites: objectivity and efficiency.

good. An uncertain legal regime will yield unfair *ex post* outcomes because of its inconsistency, and will have effects on *ex ante* decisions.

Second, to be efficient, the rule has to detect and sanction excessive prices only when static and dynamic efficiency in the market is reduced, thereby having detrimental effects for consumers.

It is certainly unfeasible to fulfill both requisites (objectivity and efficiency) at the same time. This is the reason why the Commission and Courts have been traditionally conservative in the implementation of the Article dealing with exploitative prices, although they have not formally given up the possibility.

This being so, we have to assume that we have to develop and use a new test for each occasion without being able to anticipate the results with absolute certainty. Even having all the details of a case, decisions will still be controversial and will imply many value judgments. To sum up, in the endless trade-off between legal certainty and fairness in the results, we will have to go for fairness of the result.

3.1.2.4. Recent developments: port of Helsingborg

3.1.2.4.1. Merits of the case

In the Port of Helsingborg case,⁵²⁷ the Commission announced it was going to use the United Brands test to analyze whether there was an excessive price in the ferry transport fees. However, a slight change was introduced into the original test architecture, which eventually made a big difference and has some potentially important consequences.

The Commission started with a declaration of intentions stating that the United Brands test would be used, that is to say, a cumulative two-tier

⁵²⁷ Case COMP/A.36.568/D3 – Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg.

test. Nevertheless, and even if there was a cost-plus approach, the Commission believed that one of the parameters of the economic value assessment might be the demand force.

Moreover, the case became more complicated because the firm was unable or did not want to submit all the data needed, and the information finally obtained was rather inconsistent. This drove the Commission to follow an alternative path by allocating, to the best of its knowledge, costs among the different services provided by the firm in a pretty arbitrary way. As no relevant data were submitted, the Commission had to take out the information from several annual financial reports. Additionally, the Commission underlined that firms, while setting prices, only rarely take costs of production into account and also accepted the legitimacy of the cost of capital compensation and the distribution of profits among shareholders, to an appropriate amount. This is not a cost to be reflected in accountability reports but may, however, be counted in the cost analysis.

Up until this part, the analysis structure is similar to other cases, with only minor differences. However, surprisingly, the Commission changed its mind by stating that a cost-plus analysis is not an appropriate approach for this case and new criteria – depending on each different case – had to be taken into account and might be sometimes non-cost related, such as demand.

The Commission stated that demand and, especially, high demand is an indicator of consumers' willingness to pay a higher price for a good they consider to be very valuable, since it better covers all their needs. After these considerations, the Commission declared there was no imbalance to be acknowledged between price and the value of the good, and therefore declared it to be pro-competitive.

3.1.2.4.1. Critical analysis and the consequences of Port of Helsingborg

In this section we will assess why demand should not be a benchmark to be taken into account when analyzing excessive prices.

We are aware that the United Brands case leaves room for the determination and development of the economic value of a good through a non-objective approach. It seems that the Commission, echoing these words, has rejected strict cost-plus methods for determining economic value and has started considering non-cost related elements.⁵²⁸

One of the first issues that has to be underlined is that demand has already been taken into account when assessing the dominance of the firm. The finding of a dominant position actually depends on offer and demand parameters. We believe that it is a very misleading and dangerous path to follow to use demand as a benchmark to measure the excessiveness of a price.

The use of demand as an indicator of economic value in a dominant market scenario is contradictory, despite some positive assessments.⁵²⁹ When we have a dominant firm, which is the only scenario where excessive prices can be found, consumers actually have no alternative to turn to: they cannot purchase a competitor's product or decide not to buy it. Demand, in this case, is inelastic. Therefore, taking high demand as a benchmark of value will imply that any dominant firm can set excessive prices for their goods.

We do not argue that, in a competitive scenario, it makes sense to use the demand force as a value indicator. However, as we have pointed out

⁵²⁸ In Ahmed Saeed, the ECJ anticipated –para. 43- this approach when it said that prices must reflect consumers' needs.

⁵²⁹ O'Donoghue and Padilla (n 2) 612.

earlier, this approach lacks logic in a situation of dominance. Demand cannot be used as an indicator of the value of the good, but instead of the lack of alternatives. The fact that it has an important number of buyers only shows that the firm is dominant, especially when the price is excessive.

3.2. ALTERNATIVE TESTS FOR DETECTION OF EXCESSIVE PRICES

One of the rules to determine the fairness of a price is the cost-based approach. However, it is not the only one. There are several alternative methods, which we will present in the following paragraphs.

It is important to consider as a priority in these cases both the need to improve the United Brands test, which is the most widespread, and the search for alternative legal standards. In this vein, literature has suggested the dual entitlement approach (dual benefit). Additionally, there is also the Naloo test, the predominance of evidence approach, the structural approach, and the private damages system.

3.2.1. Dual entitlement theory

The core thesis of this theory is the idea that both transaction parties have to obtain a benefit. The fact that the firm demands a higher price in order to obtain a greater benefit at the expense of the consumer's due benefit is considered by scholars who follow this theory to be unfair.⁵³⁰

⁵³⁰ Akman and Garrod (n 23) 405.

There are two basic dimensions in the decisions taken concerning the imposition of a price: the economic and the psychological. Sometimes, economic theories fail to explain certain behaviors and that is when it makes sense to consider the psychological dimension of an action. This theory aims at studying consumers' psychological reactions to prices and their alterations – both fair and unfair – under different circumstances.

The main rule of the transaction utility theory is that the real price must match the internal reference price. This internal reference price is the standard with which prices are compared to and it is determined by the objective *status quo*. It overlaps consumer expectations and is grounded on previous experiences, external benchmark prices, advertising and sales promotions.⁵³¹ However, the internal price is not only an expectation, but rather the benefit the consumer believes he or she is entitled to.

The theory is based on a commonly accepted economic rule: both parties to a transaction shall obtain a “normal” benefit.⁵³² Thus, the theory analyses three basic criteria: causality, ability of the seller to control the situation, and continuity of the cause producing the price increase.

From several studies, scholars have drawn some findings. First, consumers believe a price rise is fair if it is justified by a rise in costs, precisely because there is the underlying idea that both parties are entitled to a fair reward. However, this acceptance will depend upon the nature of the cause: whether it is internal or external. Consumers deem an increase as unfair if the cause is internal. On the other hand, a price rise that responds to an uncontrollable cause is justified, from the consumers'

⁵³¹ Maxwell, “Rule-based price fairness and its effect on willingness to purchase” (2002) *Journal of economic psychology* 193.

⁵³² Vaidyanathanand Aggarwal, “Who is the fairest of them all? An attributional approach to price fairness perceptions” (2003) 56 *Journal of business review* 454.

perspective. However, not every price rise that does not depend on the will of the seller will always be considered fair. Consumers will take into account the opportunity of the seller to control them. On the contrary, it will not be seen as fair when the rise follows the will of the seller to align his or her product price with the highest price in the market.

This theory seems to match the results that will be obtained with the United Brands test. In fact, a price will not be considered excessive when there is a reasonable relation between price and costs. Therefore, if there is a rise in the costs, it will be fair to increase prices.

However, although it might be considered fair to implement a rise in prices, the rise in the cost should be allocated to the producer or seller and to the buyer. However, we think that the whole amount should not necessarily be passed onto the consumer. Nevertheless, no solution is envisaged for this case in the dual entitlement theory.

Furthermore, as said in the SACEM II ECJ case, not every cost increase will be considered as sufficient justification for a price rise. Indeed, firms whose costs rise due to their inefficiency could also be sanctioned. Again, the theory seems to match case law because the parameter “control by the producer” is taken into account for the fairness analysis. If the firm is able to change conditions and be more efficient, the fact that it keeps them high or even raises them can be seen as unfair, even though its profit does not increase.

Yet consumers do not usually have access to information that will allow them to perform an informed test on the fairness level of a price. Consumers are not expected to know which circumstances have determined the price imposition. Therefore, we may say that objective information is important. Nevertheless, inferences from any information

are more useful in this scenario, such as, for example, the probability of the seller abiding by the market rules.

On the other hand, there are scholars who believe that the dual benefit theory is not always convenient because consumers consider price rises that take advantage of demand and offer differences as also being unfair.⁵³³ This is, however, one of the scenarios where excessive prices can arise. When there is a difference between offer and demand, there will probably be a dominance situation capable of facilitating consumer exploitation.

Another problematic situation coming up with the dual entitlement approach is that in which the cost of producing a good drops but the price does not. In this case, consumer perception still considers this as fair.⁵³⁴ Yet, most likely it won't be fair. However, we believe that it is possible to reconsider the need to pass on all efficiency benefits to consumers and share the margin instead; provided there is still a reasonable relation between costs and benefits, prices will be considered fair.

3.2.2. Predominance of evidence approach

In some cases, the Commission and ECJ have applied the “predominance of evidence approach” or “preponderance of evidence approach” to determine the excessiveness of a certain price.⁵³⁵ Some scholars argue that to consider a price as excessive the Commission has to

⁵³³ Akman and Garrod (n 23) 412. The authors understand that high prices that aim at exploiting the bargaining difference between demand and offer should be left out of the prohibition.

⁵³⁴ Kahneman, Knetsch, Thaler, “Fairness as a constraint in profit seeking: entitlement in the market” (1986) 76 (4) *American Economic Review*.

⁵³⁵ Evans and Padilla (n 26) 12.

go through every possible existing benchmark, and only when evidence is contrasted is the Commission allowed to fine the offender.⁵³⁶

This is the method used in *Napp*, a case decided by the British OFT, where the firm was subjected to a price-cost margin comparison (benefits were compared in two market segments) and prices were also compared with competitors' prices in both segments. This approach is described in greater depth in the Draft Guidelines of the OFT on the assessment of the conduct.⁵³⁷ There, they assess several comparisons of costs, prices, and benefits.

However, literature seems to be as skeptical regarding this multilevel comparison approach as it is with a simple comparison because there is no reason why this multilevel test should be any different from a simple approach. No logical or legal arguments sustain that results obtained with various fallible and uncertain tests are better or more accurate than those obtained by implementing only one test.

3.2.3. Efficient demand benchmark (*Naloo* case)

An alternative approach was used by the Commission in the *Naloo* case.⁵³⁸ It basically consists in the analysis of profits obtained by the firm charging the excessive prices. With this approach, the Commission aimed to prove whether, despite having sold goods at an excessive price, the purchasing firm has still obtained some downstream profits. Here, the Commission assesses the accountability of the firm that paid rather than

⁵³⁶ Motta and de Streel (n 10) 37.

⁵³⁷ http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/competition_law/oft414a.pdf.

⁵³⁸ *Naloo v Commission* (2001) ECR II 515. And Case T89/98, national association of licensed opencast operators (NALOO) v. Commission. Para. 72.

the accountability of the firm that sold, radically inverting the traditional approach.

In the Naloo case, the Commission did not impose a fine because it believed that high royalties do not necessarily prevent an efficient firm from obtaining profits downstream and neither was the purchase at this price automatically a competitive disadvantage.

However, we believe that, in this case the Commission actually assessed excessive prices from an exclusionary and not an exploitative perspective, because it looked for a very specific consequence: exclusion of the firm in a downstream market based on the lack of profits.

The fact that the firm was not expelled from the downstream market or the fact that the firm still made some profits (presumably through passing on the monopolistic prices to its consumers), does not exclude the possibility of the upstream prices being exploitative.

3.2.4. Structural approach (Mittal case)

South African Law is deeply influenced by European Competition Law and, thus, the prohibition of excessive prices has been imported there. The Competition Court of South Africa, however, tried to apply a different approach to excessive price cases. To justify this different methodology, the Court said that fairness is conceived differently in 102 TFEU and the South African Competition Act. This statement sufficed as a legal basis on which to apply a different approach from the one used in United Brands.

However, this decision was rapidly reverted by the Appeal Court for having taken excessive advantage from interpreting the law and having transformed Art. 8a into a tool to serve its own interests by solving

structural problems in the market through a competition law tool, instead of directly assessing the prices issue.

In 2007, the Competition Court found Mittal guilty of fixing excessive prices in the sales of steel. However, in 2009, the Competition Appeal Court reverted the judgment and filed a profits analysis.

The merits of the case were the following: Mittal had been fixing a sales price in South Africa at the same level as importation prices. After internal demand had been satisfied, Mittal exported the rest of its steel. The price the firm imposed in foreign markets was much lower than in the internal market, preventing buyers from re-importing it into South Africa with the aim of keeping the process up in the internal market.

The Competition Court first announced that it was not going to use a regulatory approach, which was the one suggested by the parties, and the one that would have been used by the competition authorities in application of Art. 8a. Large amounts of economic data submitted by the parties were completely ignored, and the Court applied a structural approach, avoiding the price regulator role but not the market regulator role.

The merits were presented at the beginning of the decision: relevant market, super dominance close to a monopoly situation, entry barriers that made competitors' entry into the domestic market unlikely, and the imposition of excessive prices. Next, the Court stated that the decision was not going to deal with prices as such, but with market conditions, specifically, on whether these conditions made it likely that self-regulation led to a price with a reasonable relation to the value of the good. That is, the Court was going to assess whether the market was able to correctly self-regulate.

The Court ruled that the price of the good was not influenced by knowable competitive considerations. For this sole reason, the price was considered excessive.

This approach is certainly innovative. However, it has several problems, as do the other methods. We understand that judges are reluctant to use mathematical and economic tools in their judgments.⁵³⁹ However, Competition Law, despite being above and foremost Law, has an important economic component. Therefore, totally ignoring economic tools leads to incoherent outcomes. To sum up, we discuss here whether the means through which the excessive price was found are in abidance with Competition Law.

The advantage of leaving mathematical issues aside is overtaken by the consequences of a lack of evidence of abusive conduct, that is, evidence of the excessive price. With this approach, excessive prices are presumed whenever there is a specific market configuration. One can criticize this approach considering that, although a detailed analysis of the market has certainly been carried out, there is a complete lack of evidence of excessive prices, that is, of the abuse. Abuse cannot be presumed and, if it is, we will frequently be confronted by type I errors.

Evidence of dominance is certainly crucial to find excessive prices. However, this circular reasoning does not prove unfair prices and becomes a logical fallacy.

3.2.5. Private damages system

⁵³⁹ For two main reasons: first, they are not used to use them; and second, they lie far away from a legal approach.

Something that is only rarely mentioned is that, despite the difficulties in establishing the existence of an excessive price, this kind of operations can already be found in other fields of competition law, such as private enforcement of competition law, and more specifically when the damages arising out of a cartel are being calculated with the contra factual or but for analysis.

Once one illicit conduct has been found – whether it is declared in courts or in an administrative procedure – such as, a collusive agreement aimed at enhancing prices, the wronged parties may start the proceedings for private compensation of damages produced by the breach of Competition Law.

We strongly recommend to pay due regard to this alternative precisely because of the usefulness of the transposition of private enforcement techniques and damages calculation – although with some specificities – to the search for excessive prices. This transposition makes sense since damages caused by a cartel and its consequence, the overpricing of goods, is extremely similar to the excessive prices infringement. Damages produced by a cartel amount to an excess in comparison with the price a consumer would pay in a counterfactual competitive scenario.⁵⁴⁰

⁵⁴⁰ However, it has been suggested that there is a different way to determine the damages arising out of a cartel and damages produced as a consequence of an abuse of dominance. In the first scenario, the contra factual scenario is a competitive market, whilst in the second, the contra-factual scenario is not necessarily competitive. In any case, the contra factual scenario is a situation where there is no infringement. In the abuse of dominance case, the aim is to find out which would be the price without infringement, even though considering that the market is not competitive, since there is a dominance situation. Cartels are different from the latter, since the infringement in collusive agreements is not the excessive price, but the agreement; whilst in the excessive price infringement the illicit is precisely the price. Therefore, in the excessive pricing case, two hypotheses have to be worked with. The first one concerns the contra factual scenario in which there is no abusive price. The second refers to the licit price, so to say, the price that does not

This transposition is also feasible thanks to the compensatory and non-punitive nature of damages in the European system, which makes the fields, evidence needed, and tools almost overlapping in the two cases.

4. IDEOLOGICAL STANDS CONCERNING EXCESSIVE PRICES

Despite being broadly acknowledged by the literature,⁵⁴¹ labeling excessive prices as an infringement sanctioned by Article 102 TFUE has been challenged by some. There are ideological reasons that support this position. Actually, we find that this is the only valid argument against the prosecution of excessive prices. The formal or technical issue, although always alleged to be on a par, is of far less importance and it is only useful as a secondary argument or as a means to dress the ideological refusal to apply a prohibition of excessive prices up as technical one.

The aim of this part is to stress the approach imported from the US and challenge whether it fits within the European Competition Law system.

4.1. CONFRONTED STANDS: INTERVENTIONISTS V. NON-INTERVENTIONISTS

4.1.1. Concerning the non-interventionist stand

Broadly speaking, academics who argue against the intervention of the State in economics say that this is only to be done in very specific scenarios where there is a market failure. Since an excessive price is not a

extremely exceed the value of the good. OXERA, “Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts”, (2009) 16.

⁵⁴¹ Waelbroeck, “Annual review of ECC Competition cases 1988-1989” in Barry Hawk (ed) *International Antitrust Law and Policy* (Fordham 1989) 197.

market failure, but rather a symptom, at best, they leave them at the market's will. These scholars claim two main reasons for this stance: 1) self-regulation of the market is more efficient than intervention; 2) monopolistic prices are a reward for effort.

Concerning the first one, these authors rely on the ability of the market to self-regulate independently with a more efficient outcome than the results that will be obtained by others, such as the State. It is basically the modernized invisible hand theory. In this sense, after a benefit/harm balance, they conclude that it is better not to intervene in an excessive price scenario.

Second, the theory is based on an incentives system. They want firms to aim to become monopolists through competition based on merits. The competitive race to reach a dominant position is the only obstacle they accept for firms. Followers of this trend consider that excessive prices are not damaging, but instead recommendable. They compensate firms that have taken a heavy risk by investing capital in innovation.⁵⁴² This

⁵⁴² The fiercest advocator of this approach was Judge Scalia in the *Trinko* case. Nevertheless, others have supported it too: O'Donoghue and Padilla (n 2) 622. The authors maintain that there are markets where the price has to be above the marginal costs to recoup the huge investments and other fix costs. The authors, reprise the debate of the long term/short term benefits. We do believe that the defense of excessive prices is circumscribed to a very specific market: the technology market and this may be arguable. However, excessive prices do not only arise in technology markets but is instead they spread through all kinds markets and specially, in regulated markets, where most firms are former state monopolies and new private owners have no risk since they have already the quota and know the dynamics. Peeperkorn, "Price discrimination and exploitation" in Barry Hawk (ed) *International Antitrust Law and Policy* (Fordham, 2008) 614. The author poses a good argument concerning cartels, which mainly aim at increasing prices. Preventing them from increasing profits should have the same consequence in the decrease of investment incentives. Röller, "Exploitative abuses" in Claus Dieter Ehlerman and Mel Marquis (eds) *European Competition Law Annual 2007. A reformed approach to article 82 EC*, (Hart Publishing 2008) 527.

competition based on merits has led them to a dominant position and it would not be fair to deprive them of the benefits.

Lowering prices through enforcement of the prohibition of excessive prices, in this analysts' opinion, may enhance wealth in the short term. However, long-term benefits will decrease since firms see fewer advantages in becoming monopolists if they cannot reap monopolistic benefits. There is no other reason, they say, why firms would want to be monopolists if they cannot exploit their economic position.

In fact, the Commission also refers to this justification in the discussion paper⁵⁴³ and concludes, not concerning prices but the refusal to supply, that IP is usually the result of high investments that go together with enormous risks. No unnecessary restriction on the dominant firm should be imposed if the aim is to make investments in innovation appealing. Therefore, the firm must be free to look for enough return on its innovation projects to maintain the incentives and compensate for the risks of failure. Although conducts are different, the underlying idea is the same. This argument has been referred to as the innovation defense.⁵⁴⁴

However, it is questionable whether this is a correct incentive for firms to achieve that aim. We are not denying that it serves the aim perfectly, but instead asking whether it is desirable to allow such an outcome and reward it. The assumption of this premise as valid and its application to other anti-competitive practices would make it difficult to punish other abuses, such as exclusionary practices, because limiting their freedom – in this case, the freedom to exclude third competitors – might also be

⁵⁴³ Paras. 235 and 236.

⁵⁴⁴ Monti, "DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses (December 2005)", <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/065.pdf>, p. 5.

understood as an obstacle to the incentives to acquire this dominant position. We believe that even without this carrot, firms still have enough economic incentives to acquire the dominant position, since by having this market quota they enjoy a large mass of consumers.

Secondly, they consider excessive prices short-lived – they are not meant to last forever. Firms that set such prices will not be able to keep them at that level for long periods of time, and may only be able to reap short-term benefits due to the ability of self-regulation attributed to the market. The reason behind this statement is that these prices serve as a call for potential competitors to enter the market.⁵⁴⁵ Thus, the prohibition of excessive prices only apparently solves the problem in the short term, but cannot work in the long term, since there should be an obligation to monitor by the competition authority (which would become a price regulator *de facto*⁵⁴⁶). Besides, if market conditions do not change, the problem is likely to reappear.⁵⁴⁷ Furthermore, part of the literature suggests that the mere entry of competitors will be enough to fight excessive prices.⁵⁴⁸ The more competitors there are or they expect to be in the market, the lower the price will be.

⁵⁴⁵ Korah, *An introductory guide to EC competition law and practice* (Hart Publishing 2007) 132. Fletcher and Jardine (n 18) 534.

⁵⁴⁶ They maintain that competition law application should be restricted to markets without entry barriers whilst regulation should address markets with entry barriers that are not able to self regulate. However, Competition law is a cross cutting tool and compatible with regulation. Werden, “Monopoly pricing and competition policy: divergent paths to the same destination?” in Barry Hawk (ed.) *International Antitrust Law and Policy* (Fordham 2008) 660 and 661. He claims that excessive prices will be better tackled with from a regulatory perspective since the regulatory bodies are more focused on one market and may be able to use the knowledge got in one case and implement it in others.

⁵⁴⁷ O’Donoghue and Padilla (n 2) 627.

⁵⁴⁸ The author claims this as being one of the reasons argued for not enforcing the prohibition. Ezrachi, Gilo, “The darker side of the moon: assessment of excessive pricing

Part of the literature also holds that price control may be counterproductive since it can lead to price rises or prevent price reductions, because excessive prices are considered to encourage innovation investments and supply, thereby benefiting consumers with lower resources. Furthermore, they say, price control may lead producers and distributors to cover costs that they would not otherwise cover, thus enhancing the cost of distribution.

Hence, state intervention may cause unnecessary errors with serious consequences (assuming that type I errors are more dangerous than type II ones), bearing in mind that, even if excessive prices might theoretically be detected through a comparison with other benchmarks, there are still many difficulties that pose obstacles preventing this method from working properly.

Finally, the non-interventionists suggest that competition authorities are not well equipped to conduct this test or to carry out price control techniques and sanction excessive prices.

4.1.2. Concerning the interventionist stand

On the other end of the spectrum, there are the interventionists. Among this group there is a wide range of opinions with lots of different shades. However, all of them share that, at some point, there is a need to intervene. The lowest common denominator is a limited number of cases where damages are so significant that they agree on the need for correctives.

and proposal for a post-entry price-cut benchmark” in Ezrachi (ed) *Article 82 EC: Reflections on its recent evolution* (Hart Publishing 2009) 173.

Interventionists say that excessive prices were in the mind of the fathers of the Treaty when they wrote the article concerning abuse of dominance and have been one of the most important concerns and control aims of the EEC and the EU. Actually, there are scholars who believe that the main aim of Art. 86 was the prevention of excessive exploitative prices rather than exclusionary excessive prices.⁵⁴⁹

Secondly, interventionists claim that markets are not always able to self regulate. Potential competitors' entry depends basically on the height of the entry barriers. Thus, market won't be able to self regulate in the short term and, depending on the height and transience of the barriers neither in the long run.

The remarkable thing is that, even without those barriers, there is no guaranty that potential competitors will enter the market. Some economic studies point at this specific point and conclude that something that could actually work as a call for rational potential competitors is not pre entry price but post entry prices.⁵⁵⁰ Therefore, if potential competitors have been diligent enough and estimate that it won't be possible to compete with the monopolist at a future post entry competitive market, the firm won't take the chance. If this is true, excessive prices are only rarely to be self-correcting. Only the belief that one can be more efficient than the current monopolist will be decisive for the firm to enter the market.

⁵⁴⁹ Paulis, "Article 82 and exploitative conduct" in Claus Dieter Ehlermann and Mel Marquis (eds) *European Competition Law Annual 2007. A reformed approach to article 82 EC* (Hart Publishing 2008) 515.

⁵⁵⁰ Ezrachi and Gilo, "Are excessive prices really self correcting?" (2009) 5 (2) *Journal of Competition Law and Economics* 249-268 and Ezrachi, Gilo "The darker side of the moon: assessment of excessive pricing and proposal for a post-entry price-cut benchmark" in Ezrachi (ed) *Article 82 EC: Reflections on its recent evolution* (Hart Publishing 2009) 173.

Besides, even if the line between licit and illicit prices is mostly blurred, the mismatch with the value of the good may be so striking on occasion that it would be self-evident and very easy to prove unfairness.

Last, interventionists accept that, although price regulation may be intrusive for firms and burdensome for some competition authorities, this is not the only tool to fight excessive prices. One can turn to other methods that might be appropriate too and could be implemented at the same time. Additional means will depend on the scenario where these prices appear, e.g., a past state monopoly that has been privatized where consumers still have the inertia to buy from the past monopolist. The best solution in these cases will be a combination of encouraging consumers to opt for a more affordable option and research the relation of the monopolistic prices with the value of the good.⁵⁵¹

As we have already mentioned, there are several groups with different interests encompassed within the interventionists' view. On the one side, there are the moderates that demand some additional requisites to take place for intervention. Several minor groups belong to this trend depending on the circumstances they want to be present to intervene. First, there are the ones claiming for an "efficient driven" enforcement and secondly, those who only apply the excessive prices prohibition subsidiarily. The first trend believes that excessive prices are only to be enforced when more benefits are to be obtained out of enforcement than out of non-enforcement. The other group would only enforce the article in gap cases, that is, cases in which non-enforcement of other prohibitions (such as, for example, exclusionary practices) give rise to exploitative

⁵⁵¹ Hou, "Excessive prices within EU competition law" (2011) 7(1) *European Competition Journal* 50.

excessive prices. These are cases where the competition system has failed to sanction anticompetitive practices and excessive prices ban is the *ultima ratio* to avoid consumer damages.⁵⁵²

Finally, there are those scholars who believe that intervention is mandatory whenever such practices are found, without any other condition. However, the difference appears when discussing the implementation means: Competition Law or regulation.

4.2. REASONS FOR THE CONSERVATION OF THE EXCESSIVE PRICES PROHIBITION

4.2.1. Formal reasons

First, in our opinion, excessive exploitative prices are a breach of Competition Law that has been included from the very beginning in the European Treaties. It has said to be even the original aim of the founding fathers precisely because of the socio economic context of that time.⁵⁵³

The aim of the article is however something that still isn't settled for scholars. However, what is clear is that courts have interpreted it in the sense of exploitative prices and only later have they included exclusionary prices. If, as it seems, that was the foremost intention of the founders, one has to ask the question whether the prohibition of excessive prices is currently still needed or we have developed better tools to fight them.

⁵⁵² Ackermann (n 6) 368.

⁵⁵³ It is clear in the first annual reports on competition policy that prices were a main concern for EU (http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/). In the first reports there was a monitoring of the coal and steel and even some markets where control to prevent the price increases. These measures went in hand with the removal of entry barriers to create a unitary market.

Besides, one has to make an interpretation of the article that is coherent with the actual competition law trend of the more economic approach.

4.2.2. Substantive reasons

The aim of this section is to study the clash of interests that lies behind this prohibition. Let us remember that Law exists with the main aim of solving conflicts. In this case, the conflict arises between dominant firms and other market participants and between market participants and a public interest, which is the well functioning of the market. This well functioning needs a re-balance of bargaining powers that is lacking in a dominance scenario. In this case, one of the parties has a power that is prone to lead to an exploitative abuse, which has to be stopped disregarding whether it is exclusionary or exploitative.

Excessive prices prohibition detractors claim as one of the main reasons to allow and even encourage excessive prices the dynamic efficiency benefits. They believe that enforcement hinders innovation. If the article is enforced when there is a monopolistic price –that is a price that is totally detached from the economic value of the product– participants in the market won't have enough incentives without monopolistic benefits. This is the American stand that was presented at *Alcoa, Trinko and Berkey v. Kodak*⁵⁵⁴ where excessive prices are believed to be due spoils of war. According to this approach, those who have a dominant position after having competed on the merits are legally entitled to reap all benefits they can. And obviously, when the prohibition is enforced when there is no excessive price, there will be a high legal uncertainty level.

⁵⁵⁴ *Berkey photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 603 F.2d 263, 297 (2d Cir. 1979).

However, we believe that not only the process, but as well outcomes have to be fair. And fairness of one does not make the other automatically fair as well. So it is when the price has a reasonable relation with the value but exclusionary practices were being used to expel a market competitor. So it is the other way round.

Market power shouldn't be misused in the prejudice of other market participants and even if we apply the more economic approach, in the way it is framed for 101 TFEU, excessive prices should be prohibited and fined where there is no evidence of them having positive consequences in the short term. In these cases, a balance between positive and negative effects has to be found. However, not all of the effects have the same weight because they don't have the same level of certainty nor the same impact on consumers. Potential consequences that are uncertain as for example positive effects in the future, shall be less taken into account than actual effects as, for example, the harm of having paid a monopoly price.

The well-worn argument of the benefits for consumers has to be refuted too. Some scholars argue that exploitative prices will attract competitors, which will fuel innovation and cut down prices at the same time. As we have already explained, markets with entry barriers are not likely to self-regulate, preventing consumers to switch providers. Additionally, even in the absence of entry barriers, post entry potential prices shall be taken into account. No monopolistic price will be acting as pull or call effect. Hence, one can't consider it to be a valid argument. Even if they were, newcomer firms will face serious difficulties in the post-entry competitive market, will be easily expelled and things will go back to start point as quick as they changed.

Moreover, there are some studies launched by OECD stating that the oft-repeated mantra of excessive prices benefiting consumers in the long run because innovation will be enhanced is certainly biased.⁵⁵⁵ IP markets are mostly monopolies as maintained by Schumpeter. It is very difficult to find perfect substitutes in the patent field. Firms compete for the market and not in the market. There will rarely be competitors in the same market. Thus, no intervention in the hope that market will provide for a solution through self-regulation is a naïf approach since there will be little competition. There will only be a concatenation of monopolies and excessive price imposition. We do not deny that this may boost innovation, but innovation will not be followed by competition and cutting prices. Consumers that can't afford these prices will be expelled from the market reducing consumer welfare.

The argument of type I errors has been brought up as well. Those who are against of excessive prices prohibition enforcement say that these types of errors are especially dangerous since they hamper investment in innovation. Behind this argument lies the assumption that competition authorities are not able to distinguish a pro competitive profit-maximizing price from an excessive price. And they maintain that consequences are worse in the case of false positives than in the case of false negatives having in mind the incentives.

Nevertheless, deterrence effect or consequences of non-enforcement are not taken into account when this analysis is carried out. The underlying reason of the argument is the belief that allowing

⁵⁵⁵ OECD, "Excessive prices" (2011) *Policy roundtables* 11. The organization claims that although there are some theoretic arguments, this is an empirical question. It is still not clear whether dominant firms invest the most on innovation and whether competition law enforcement has negative consequences in innovation either.

excessive prices causes no negative effects. However, not enforcing the prohibition sends a wrong message to dominant firms and consumers pay a high cost in exchange of inactivity and permissiveness.

No one is saying that a monopolist has no right to obtain benefits. However, this should not be done at the expenses of other participants in the market. They will have the sum of normal profits earned from the consumer mass, but not from its exploitation.

The other problem that has been highlighted is the role as price regulator that would be assumed by competition authorities and courts if they start to monitor prices. However, we do not think this is actually a regulation scenario because this type of supervision does not have the features of regulation. First, it is applied only when the infringement appears, second, there is no detailed description of how the price should be calculated (but just a vague indication of the need of reasonable relation with costs), third, it is only for dominance scenarios and does not apply globally, since it has mainly an efficiency component.

The idea that markets are able to self-regulate has to be argued against as well for two main reasons. First, because the assertion is doubtful, as we have already explained and, second, because if actually true, time has to be considered as an important variable, too. If markets were indeed able to self-regulate and become competitive, they will be needing a certain amount of time depending on the barriers and the configuration of the market for doing so. During this time, consumers will have to suffer the harmful consequences and, in the worst scenario, they

will be expelled from the market, which will lead to massive consumer welfare reduction.⁵⁵⁶

5. FINDINGS

There are still great difficulties in the analysis of this topic and we are just peering into the abyss. However, we will be trying to draw some preliminary thoughts.

We are aware of the importance of arguments presented against excessive price prohibition and its monitoring through Competition Law. Yet, on the basis of current legislation and case law, there is no doubt of the existence and convenience of its prohibition.

Non-interventionist stand as it is presented and imported from the USA, despite being very attractive at first glance, does not easily fit within the European system. Excessive prices were and still are an infringement by object of Competition Law as understood by courts. However, even if we want to apply the “more economic approach”, we have to stick to the guidelines concerning 101 TFEU, which make it complicated to accept excessive prices in the name of potential and hypothetical welfare increases in the long future.

To sum up, we think it is important to shift the discussion from the need to prohibit excessive prices to the optimal means of controlling them,

⁵⁵⁶ The “deadweight loss” refers to the loss of welfare when the market is not balanced, that is, when only one of the parties is price taker. The price increase has two negative consequences: the first one refers to the consumer surplus transfer to firms and, second, the welfare destruction because a large amount of consumers are expelled from the market. These profits get lost both for consumers and firms. And is likely to happen in monopolistic markets.

since, besides Competition Law, there are alternative ways – complementary or substitutive- to control them such as regulation.

Hence, we agree on the controversy concerning the means through which excessive prices have to be monitored. We can't deny the many flaws that the current United Brands test or its several recasts have and the limitations that have to be addressed. We have already pointed some of them out. However, noticing them is only the first step in the improvement of the tools and not only the prelude of the defeat and the giving up of the abuse of dominance monitoring. The ECJ and the Commission have to deal with the Herculean challenge of developing a method that may be adapted to the needs and specificities of different markets. Besides, and foremost, legislators have to decide whether excessive prices are a problem that has to be tackled through regulation.

The latter is a legitimate question, since experience and research on commitments proceedings has shown that the Commission is more likely to deal with excessive prices through a negotiated solution circumventing the difficulties of applying pure Competition Law and so shifting towards a more regulative approach.

|

CAP. II. INTRODUCCIÓN

Como se ha puesto ya de relieve, la disposición relativa al ilícito de los precios excesivos ha sido tradicionalmente ignorada desde la doctrina e infrautilizada en la jurisprudencia tanto nacional como comunitaria⁵⁵⁷. No

⁵⁵⁷ Aunque esta afirmación debe realizarse evidentemente con matices, porque si bien es cierto que han existido pocas sentencias del TJUE al respecto y pocos pronunciamientos de la Comisión Europea, se ha instado la iniciación de varios expedientes que, pese a no haber finalizado en decisión formal, han contribuido a la bajada de precios significativa de los bienes en cuestión en mercados de reciente liberalización como las aerolíneas, la electricidad y las telecomunicaciones (Sterling Airways, Electricity transmission tariffs in the Netherlands, etc.). MOTTA, M., STREEL, A., “Excessive pricing and price squeeze under EU Law”, *European Competition Law Annual 2003: What is an abuse of a dominant position?*, Hart Publishing, Oxford, 2006, págs. 91-126, pág. 105; O’DONOGHUE, R., PADILLA, A. J., *The Law and Economics of article 82 EC*, Hart Publishing, Oxford, 2006, pág. 628. La propia Comisión Europea ha mantenido que aunque no renuncia a la potestad de perseguir los precios excesivos, sus decisiones habituales no condenan ni persiguen los precios elevados como tales o en sí mismos, sino que examina el comportamiento de la empresa dominante que esté dirigido a preservar su dominio, que se dirige normalmente contra competidores o nuevos entrants que traerían un nivel superior de competencia al Mercado. XXIV Report on Competition Policy, 1994, apartado 77. O’DONOGHUE, R., PADILLA, A. J., *The Law and Economics of article 82 EC, op.cit.* Sin embargo, mantienen que las autoridades nacionales de la competencia siempre han sido muy activas en la sanción de este tipo de conductas y que no suelen compartir la visión de la Comisión Europea. No obstante, PANNEL DISCUSSION, “Policy objectives, enforcement tools and actors, types of abuses, the case of excessive pricing” en AAVV., *European Competition Law Annual 2003: What is an abuse of a dominant position?*, ed. C.D. Ehlermann, Atanasiu, Hart Publishing, Oxford, 2006, págs. 3- 50, pág. 28 y 37 pone de relieve que las autoridades de la competencia nacionales parecen más tendentes que la Comisión respecto de la aplicación de los precios excesivos. Asimismo, se pone de relieve en el mismo panel que dos pueden ser las razones fundamentales por las que los precios excesivos siguen siendo aplicados: en primer lugar, que no se han erradicado los monopolios que antaño eran públicos y han pasado, durante los procesos de liberalización, a convertirse en monopolios privados. La política de competencia y de regulación seguida hasta el momento no parece haber sido efectiva en el proceso de erosión de tales posiciones de dominio. En segundo lugar, se apunta a la indulgencia en las concentraciones, algunas de las cuales han traído consigo posiciones de dominio poco competitivas. En cambio, RUPPELT, H.J., “Abuse control: objectives, restrictive practices and institutions” en AAVV., *European Competition Law Annual 2003: What is an abuse of a dominant position?*, Hart Publishing, Oxford, 2006, págs. 135-145, pág. 143, sostiene que los precios excesivos ha tenido poca repercusión en Alemania. GERADIN, D., “The necessary limits to the control of “excessive ” prices by competition authorities – A view from Europe”, *TILEC Discussion Paper*, 2010.

obstante, el ilícito da respuesta a una necesidad relevante: evitar el abuso en las situaciones de desequilibrio de poder en las relaciones comerciales, tanto entre empresarios como entre empresarios y consumidores⁵⁵⁸.

En parte, esta postura de resignada indiferencia frente a los precios excesivos es fruto de la creencia arquetípica consistente en que las empresas son libres, o, al menos, deberían serlo, de fijar el precio que deseen para los bienes que introducen en el mercado. Sin embargo, la anterior afirmación no siempre es cierta: existen circunstancias específicas donde el Derecho limita las facultades de determinadas empresas, también en materia de precios.

Tanto en virtud del art. 102 del TFUE, como del art. 2 de la Ley de DC, como en los preceptos equivalentes de los ordenamientos de otros EM de la Unión, se considerará ilícito que la empresa que se encuentra en posición de dominio imponga, de forma unilateral, un precio no equitativo a los bienes que introduce en el Mercado.

Por lo tanto, el artículo exige la concurrencia de dos requisitos: la posesión de la posición de dominio, por una parte, y la perpetración de un abuso, por otra. Existen múltiples formas de abusar de tal supremacía en el mercado, como queda reflejado en la jurisprudencia sobre la materia e incluso podemos distinguir diversos tipos de conductas abusivas respecto de los precios, como los precios excesivos con finalidad excluyente, los precios discriminatorios, los precios predatorios y la práctica del *margin squeeze* o compresión de márgenes. Hemos escogido limitarnos en el

⁵⁵⁸ En nuestra opinión, esta exigencia de re-equilibrio en las relaciones entre operadores en el Mercado se debe a una demanda de equidad. Si bien es cierto que la equidad, como pone de relieve la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 19 de junio de 2007, no es un principio presente en los contratos onerosos generales, éste sí debe observarse en los supuestos en los que el transmitente de bienes o prestador de servicios disfruta de una posición de dominio.

presente análisis a la aclaración de las razones que explican la inaplicación de una figura controvertida: la imposición de precios excesivos con finalidad de explotación por entender que se trata de un ilícito que, pese a los importantes perjuicios directos que causa, no ha sido estudiada aún en profundidad en comparación con las anteriores prácticas enumeradas.

Este capítulo se centra en estudiar la problemática en torno a la aplicación de la prohibición de imposición o fijación de precios excesivos, y se llevará a cabo desde dos aproximaciones distintas: la ideológica y la de forma, centrandó nuestra atención en los obstáculos que desde ambas perspectivas ha planteado la doctrina a la aplicación del precepto analizado.

1. LOS DOS PROBLEMAS DEL ILÍCITO DE LOS PRECIOS EXCESIVOS

La premisa de la que se parte en el trabajo, y que justificaremos seguidamente, es la existencia de supuestos donde las empresas imponen precios excesivos que no están siendo sancionados por las autoridades competentes y quedan, por lo tanto, impunes. En este sentido, el objeto del presente apartado reside en poner de relieve cuáles son los dos motivos principales que explican, en nuestra opinión, la inaplicación del precepto 102 TFUE y 2 LDC en lo que se refiere a precios excesivos⁵⁵⁹.

La inactividad de la Comisión respecto de este tipo de prácticas desemboca en la aparición de lo que algún autor ha llamado “la paradoja

⁵⁵⁹ OECD, “Excessive prices”, *Policy roundtables*, 2011, a disposición para descargar en <http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49604207.pdf>, pág. 9.

de la exclusión de los abusos por explotación⁵⁶⁰. Con ella se refiere a situaciones en las que no se sancionan los precios excesivos con la finalidad de explotar, pero sí los excluyentes por el riesgo de que los mismos deriven en precios monopolísticos.

Para justificar esta contradicción, se han alegado dos motivos centrales. En primer lugar, la dificultad técnica de su persecución y, en segundo lugar, se ha apostado por subrayar los efectos positivos compensatorios de los precios excesivos⁵⁶¹.

1.1. JUSTIFICACIÓN DE LA PREMISA

La primera cuestión a la que se debe responder en este apartado es la justificación de la premisa, es decir, por qué entendemos que nos encontramos en un escenario de no aplicación del precepto pese a la existencia de supuestos y no ante un supuesto de inaplicación por la inexistencia de episodios de precios excesivos. A estos efectos, se pueden aportar varios indicios que llevan a adoptar tal premisa y serán los que presentemos a continuación.

⁵⁶⁰ LYONS, B., “The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse” en AAVV., *The pros and cons of high prices*, Konkurrensverket Swedish Competition Authority, 2007, págs. 65-87. De hecho, los precios excesivos deben constituir un ilícito porque, sino, no se entiende que se pueda castigar con el 101.1 TFUE a las empresas que acuerdan entre sí subir los precios. Si no fuera un ilícito y el fin que alcanzaran las empresas a través del acuerdo fuera lícito, no se castigaría que se asociaran.

⁵⁶¹ HUBERT, P., COMBET, M.L., “Exploitative abuse: The end of the Paradox?”, *Concurrences*, nº 1, 2011, págs. 44-51, pág. 45.

1.1.1. Manifestaciones de la comisión y sus representantes

En primer lugar, se entiende que existe una inaplicación injustificada porque se ha repetido de forma continuada que los precios excesivos no son una prioridad para la Comisión. Este tratamiento de relegación se refuerza en las directrices de la Comisión sobre las prioridades de aplicación del art. 82 TCE a las conductas excluyentes. La razón tras esta ordenación de prioridades reside en la convicción de la Comisión de que las prácticas de exclusión son más dañinas para los consumidores que las de explotación. Parece que la Comisión pone especial énfasis en la equidad del proceso en comparación con la equidad del resultado, perdiendo de vista que no siempre un proceso respetuoso con el Derecho de la competencia conduce a resultados competitivos. Asimismo, y desgraciadamente, las pocas ocasiones en las que la Comisión no ha ignorado el ilícito de los precios excesivos ha sido para poner de manifiesto⁵⁶², como se hizo por la anterior Comisaria Nelie Kroes y la Comisión en general⁵⁶³, que los precios excesivos con finalidad

⁵⁶² De hecho, en los informes anuales sobre política de la competencia, la Comisión ha mantenido que “the existence of a dominant position is not in itself against the rules of competition. Consumers can suffer from a dominant company exploiting this position, the most likely way being through prices higher than would be found if the market were subject to effective competition. The Commission in its decision-making practice does not normally control or condemn the high level of prices as such. Rather it examines the behaviour of the dominant company designed to preserve its dominance, usually directly against competitors or new entrants who would normally bring about effective competition and the price level associated with it”. XXIVth Commission Report on Competition, Policy 1994, apartado 207, también en el Vth Commission Report on Competition Policy 1975, apartado 76 y en el XXVIIth Commission Report on Competition Policy 1997, apartado 77.

⁵⁶³ Decisión de la Comisión en el asunto AZKO, donde se señala que “la forma más probable de que los consumidores sufran de un abuso de posición de dominio es a través de precios excesivos, que no serían posibles si existiera una competencia efectiva. Sin embargo, la Comisión no controla o condena normalmente los precios excesivos en sí mismos. Se preocupa de si éste es un instrumento diseñado por la empresa para preservar su posición privilegiada, contra la competencia real o potencial”.

de explotar al consumidor no son más que una consecuencia de un abuso excluyente, opinión que, sin embargo, no compartimos. No obstante, esta visión de los precios excesivos y, en general, de los abusos dirigidos a la explotación, parece estar cambiando de la mano de la nueva Comisaria Vestager⁵⁶⁴, quien parece que está tratando de promover una mayor actividad en este campo de Derecho de la competencia.

1.1.2. Asimilación al derecho *antitrust*

En segundo lugar, existe una clara tendencia de asimilación al Derecho Norteamericano de la competencia⁵⁶⁵. Esta corriente se puede observar en los análisis de la doctrina. Y subrayamos que se trata de una asimilación y no una convergencia porque se ha procedido a la importación de instituciones y razonamientos propiamente norteamericanos directamente y sin analizar si forman parte del ordenamiento y tradición jurídica europea o incluso si tienen acomodo en la misma⁵⁶⁶. En USA se caracterizan por una aproximación muy particular a los precios monopolísiticos que consiste en que éstos no sólo no están

⁵⁶⁴VESTAGER, “protecting consumers from exploitation”, a disposición para consultar en http://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/protecting-consumers-exploitation_en.

⁵⁶⁵FOLGUERA CRESPO, J., MARTÍNEZ CORRAL, B., “Defensa de la competencia y seguridad jurídica en la actuación empresarial” en AAVV., *1989-2007: Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia*, Círculo de Empresarios, Madrid, 2008, págs. 75-102, pág. 79. De hecho, JENNY, F., “Abuse of dominance by firms charging excessive or unfair prices: an assessment”, 2016, a disposición para descargar en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2880382 (version SSRN), pág. 23, subraya que se produce una clara división entre el régimen en EEUU y en Europa respecto de los precios excesivos y que existe una necesidad de armonizar los sistemas. Ahora bien, el argumento de sugerir que el Derecho europeo sea el que deba acomodarse al americano es falaz. Asimismo, no se justifica por qué no podría producirse una aproximación a la inversa.

⁵⁶⁶FOLGUERA CRESPO, J., MARTÍNEZ CORRAL, B., “Defensa de la competencia y seguridad jurídica en la actuación empresarial”, *op. cit.* pág. 81.

prohibidos por el Derecho de la competencia, sino que se entienden como una práctica positiva, como el premio al esfuerzo. La posibilidad de imponer precios monopolísticos se configura como un estímulo para la innovación de las empresas.

1.1.3. Escenarios característicos de precios excesivos

En tercer lugar, para justificar esta premisa de la que estamos partiendo, debe resaltarse que existen numerosos escenarios en los que las prácticas de explotación pueden teóricamente proliferar y en ninguno se está sancionando ni investigando sobre el proceso de formación de los precios.

Existen mercados monopolísticos o próximos al monopolio donde la opinión pública está constantemente apuntando a los niveles de precios de los productos. Los mercados de energía eléctrica o los mercados de algunos productos farmacéuticos son especialmente llamativos.

Salvando la complejidad de la comparación de un servicio prestado por el Estado y un servicio privatizado, podemos afirmar que, desde que se liberalizó el sector eléctrico con la finalidad de racionalizar el mercado e introducir competencia para mejorar el bienestar del consumidor, una de las consecuencias esperadas era el descenso de los precios a causa de la introducción de innovación en tecnología, que permitiera producir a costes más reducidos. No obstante, los resultados han experimentado una tendencia contraria: pese a la innovación introducida en el sector, los precios han aumentado y sólo en raras ocasiones se ha investigado el fenómeno.

En segundo lugar nos referiremos a los productos farmacéuticos. Muchos de ellos están protegidos por derechos de patente. Como

sostendremos en la parte IV de este trabajo, la patente no da derecho a ejercer las facultades conferidas por la misma de forma abusiva. La patente otorga un derecho de exclusiva, evitando que un tercero explote la invención sin consentimiento del titular. Esta circunstancia puede, en ocasiones (como cuando se produce un salto tecnológico de tal nivel que genera un nuevo mercado de producto) transformarse en un monopolio. Sin embargo, y pese a que tal condición facilita que se impongan precios monopolísticos, ésta no es una de las facultades atribuidas al titular. Por lo tanto, el hecho de que, tras la expiración del derecho y caída en dominio público de la invención (es decir, apertura del mercado en un sentido amplio), los precios desciendan dramáticamente, supone un claro indicio de que los mismos habían mantenido escasa relación con el valor del bien durante el periodo de protección⁵⁶⁷.

Lo que se pretende poner de manifiesto no es que los precios en todos estos escenarios sean necesariamente excesivos, sino que existen razones que justifican abrir una investigación.

1.1.4. Compromisos

Por último, y ésta es una de las cuestiones que consideramos que más refuerza la premisa inicial, pese a no existir decisiones de condena por parte de la Comisión, recientemente se han cerrado procesos con

⁵⁶⁷ No estamos negando al titular la posibilidad de repercutir los costes de innovación de la patente en el precio. Evidentemente, una vez amortizados, tales costes deben descender. Nos referimos a la situación en la que la diferencia de precios no está justificada por los costes de producción sino por la condición de “monopolista” que posee el titular. De hecho, tal fue la explicación en el caso Aspen, de la autoridad de la competencia Italiana, donde el medicamento cuyo precio estaba siendo analizado había aumentado dramáticamente los precios, pese a que no era nuevo, sino que había estado suministrándose durante décadas, por lo que los gastos en I+D ya habían sido amortizados sobradamente por el inventor inicial.

soluciones negociadas en lo concerniente a precios excesivos. El art. 9 del Reglamento 1/2003 permite a la Comisión llegar a compromisos con las empresas cuyas prácticas se encuentran bajo sospecha. Si se analizan los supuestos en los que se producen compromisos con la Comisión, se llega a la conclusión de que un importante número de acuerdos, en proporción, versan sobre precios excesivos. Y éstos se producen en los más variados mercados.

1.2. PROBLEMA DE FONDO O CUESTIÓN IDEOLÓGICA

El problema de fondo se refiere a una cuestión ideológica y de comprensión o aproximación al Derecho de la competencia y sus fines, que parte de un posicionamiento económico neo-liberal.

Si la cuestión de los precios excesivos ha sido fundamental en la historia de la creación de la UE y ha quedado de sobra documentada, parece que la reciente ola de neo-liberalismo económico y, por tanto, de una interpretación distinta de “lo que debería ser perseguido y sancionado”, ha provocado un cambio en la interpretación del Derecho de la competencia, que ha dejado malparado a la aplicación del ilícito.

El *more economic approach* y, sobre todo, la influencia del Derecho *Antitrust* norteamericano han obligado a un viraje en la concepción de esta práctica, primero, como práctica ilícita por objeto⁵⁶⁸ y, en segundo lugar -en una interpretación económica ciertamente más radical- incluso a cuestionarse la misma ilicitud de la conducta o, lo que es lo mismo, la defensa de la licitud *per se* de la misma⁵⁶⁹. Esta aproximación

⁵⁶⁸ Presunción *iuris tantum* de la ilicitud.

⁵⁶⁹ Esta presunción, a diferencia de la anterior, es una presunción *iuris et de iure*. JIMÉNEZ LATORRE, F., PRIETO KESSLER, E., DOMÍNGUEZ, D., “El análisis

sustiene que no existe una situación en la que la empresa dominante, que haya alcanzado tal posición de forma competitiva, imponiendo un precio monopolístico pueda ser sancionada por el Derecho de la competencia.

Así pues, encontramos ejemplos en la doctrina española que, tratando de poner de relieve lo pernicioso de una aproximación ilícita *per se* a los precios excesivos y ensalzando la modernización del derecho de la competencia (a saber, la introducción del *more economic approach*), termina haciendo una oda a la utilidad y justificación de los precios excesivos en cualquier caso.

La “aproximación más económica” se dirige a eliminar cualquier restricción por objeto y a interpretar todas las conductas tipificadas como ilícitos por efecto, es decir, a exigir la prueba de los efectos negativos en los consumidores como requisito *sine qua non* para su sanción. En esencia esto significa que no puede presumirse, según los postulados de esta corriente doctrinal, la anticoncurrencialidad de ninguna conducta, sino que se encarga a la Comisión –o a la parte que sostenga la ilicitud- la tarea de probar los efectos anticompetitivos de la misma.

No obstante, como se ha explicado en el capítulo anterior, esta aproximación no debería afectar tan profundamente a la potencial sanción del ilícito de los precios excesivos. El verdadero problema aparece de la mano de la influencia que tiene la doctrina norteamericana en Europa en lo concerniente a los precios monopolísticos⁵⁷⁰. Tanto doctrina mayoritaria

económico en el razonamiento judicial: la valoración de los daños” en AAVV., *Prácticas unilaterales, normas de competencia, y revisión judicial: una primera mirada desde la EU*, ed. Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbo, Marcial Pons, Madrid, 2007, Madrid, págs. 75-94, pág. 85.

⁵⁷⁰ De hecho, la misma ha calado en algunos autores, como Martínez Lage, S., quien defiende que, en lo tocante a precios excesivos, es importante tener en cuenta cuál es el origen de la posición de dominio de la empresa que fija tales precios. Parece que si tal

norteamericana como jurisprudencia *antitrust* defienden que una empresa que ha alcanzado una posición monopolística en el Mercado de forma competitiva, es decir, pugnando en el Mercado con sus méritos, debe estar facultada y legitimada para fijar los precios que considere al bien que ha introducido en el Mercado. Es, como se define, el premio al esfuerzo. Sin este incentivo, las empresas no tendrían razones para innovar, sostienen. Por esta misma razón, se considera que están ante una conducta lícita.

El problema reside en que este posicionamiento ante la conducta de fijación de precios excesivos ha calado en la Comisión y en determinados juristas⁵⁷¹ -pese a su evidente tipificación, tanto actual como histórica, como conducta ilícita en nuestro ordenamiento -, que ha dejado totalmente marginada de las directrices de aplicación del 102 TFUE esta práctica. En las mismas sólo se contemplan los supuestos de prácticas de abuso de

empresa ha obtenido ese poder económico de la mano de una competencia por sus propios méritos debería obtener un tratamiento distinto al que se le proporcionaría si lo hubiese obtenido a través de una fusión o de una práctica restrictiva de la competencia o, al menos, es lo que parece insinuar y que, otra vez, no es más que una traslación de la filosofía USA que proclama que los precios excesivos son buenos en tanto provenientes de una empresa que ha obtenido tal posición legalmente. PANNEL DISCUSSION, “Policy objectives, enforcement tools and actors, types of abuses, the case of excessive pricing”, *op.cit.*, pág. 35. No obstante, no podemos más que disentir con él. Parece olvidar que todas las empresas en posición de dominio, sin importar como la hayan obtenido (este análisis se llevará a cabo en una fase anterior: el estudio de, por ejemplo, prácticas predatorias o fusiones poco competitivas) tienen una especial responsabilidad y que el derecho de la competencia europeo no reconoce un tratamiento distinto de los abusos, provengan de donde provengan.

⁵⁷¹ NAZZINI, R., “Abuse beyond exclusion: exploitation and discrimination under article 102 TFEU” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 2012, págs. 459-492, pág. 462 donde, no obstante, el autor se modera y concluye que los abusos con finalidad de explotación, como los precios excesivos, sólo deben sancionarse cuando haya algo más que una situación de dominio y precios significativos y persistentemente por encima del precio competitivo, como, por ejemplo, una situación de monopolio y cuasimonopolio o titulares de derechos exclusivos en el sentido del art. 106 y barreras de entrada, etc. Es interesante porque este autor actúa, como tantos otros, dificultando la apreciación de un precio excesivo más allá de lo previsto en la Ley y lo que debería comprobarse en el supuesto de una aproximación del test de la eficiencia o basado en los costes, y NAZZINI, R., *The foundations of European Union Competition Law*, Oxford University press, NY, 2011, págs. 97-100.

posición de dominio cuyo objeto o efecto es la exclusión de competidores del mercado. No se hace referencia alguna a aquéllas cuyo resultado es la explotación de clientes o consumidores, clasificación a la que pertenecen los precios excesivos. Esta circunstancia da una pista de que, aunque no haya desaparecido formalmente el ilícito, éste ocupa un lugar muy secundario en lo que a política de competencia se refiere. La única, aunque negativa mención que han recibido en los últimos tiempos, fue de la mano de Nelie Kross, sosteniendo su subordinación respecto de los abusos excluyentes a los efectos de su persecución⁵⁷², tal y como hemos indicado.

Sin embargo, recordemos, por una parte está la priorización de recursos en la persecución de determinados ilícitos de Derecho de la competencia y, por otra y cuestión muy distinta, es que éstos estén permitidos.

Asimismo, se ha recurrido a numerosos argumentos compensatorios para eximir a esta conducta de sanción sosteniendo que, pese a que los consumidores y clientes que soportan este tipo de contraprestación sufren, a corto plazo, un abuso, a largo y medio plazo estos mismos afectados se ven compensados e, incluso, beneficiados. Se aduce una función de incentivo para invertir en I+D y generar mercados, que mejorarán los bienes, lo que redundará en beneficios de mejores y mayor gama de productos. En segundo lugar, se les atribuye una función de atracción de potenciales competidores, con el precio de los productos, lo que supondría un necesario descenso del precio (a mayor oferta, menor precio).

⁵⁷² KROES, N., *Tackling Exclusionary Practices to Avoid Exploitation of Market Power: Some Preliminary Thoughts on the Policy Review of Article 82*, *Fordham International Law Journal*, n° 29, 2005, pág. 593, a disposición para consultar en <http://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol29/iss4/2>.

1.3. PROBLEMA DE FORMA O LOS TESTS DE DETERMINACIÓN

Aun entendiendo resuelta la cuestión anterior, las autoridades de la competencia enfrentan otro obstáculo del mismo nivel de complejidad⁵⁷³: cómo determinar, por una parte, con un mínimo de previsibilidad y seguridad y, por otra, con un mínimo de equidad, cuándo un precio es excesivo.

El problema de forma, por lo tanto, se resume en la complejidad de elaborar una fórmula que, de manera certera, separe el trigo de la paja o, en otras palabras, permita discernir un precio lícito y *maximizador* de beneficios de uno ilícito y explotador de la contraparte. Esta distinción, aunque parezca simple, en la mayor parte de ocasiones requiere un intenso esfuerzo de investigación, a la vez que altas dosis de inseguridad, ya que conlleva una carga valorativa importante.

¿Qué es equitativo y qué es excesivo? ¿Existe alguna fórmula general y abstracta que pueda utilizarse para su determinación? Éstas son las preguntas clave en un ilícito como el analizado y la dificultad de resolverlas da pie a quienes entienden que la imposibilidad de contestarlas

⁵⁷³ Hay autores que se prefieren al argumento de las dificultades prácticas como el más convincente de los dos. PEEPERKORN, L., “Price discrimination and exploitation” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 2008, págs. 611-634, pág. 614. GILO, D., SPIEGEL, Y., “Excessive price regulation”, *Extended abstract submitted to 1st Conference of the Research Network on Innovation and Competition Policy: Modern Approaches in Competition Policy Excessive*, págs.1-5, pág. 2. Los autores también sugieren que esta complejidad habría claramente repercutido en los problemas que la Comisión ha tenido en los recursos ante la jurisdicción por sus decisiones en la materia.

es un argumento para no perseguir los precios excesivos⁵⁷⁴. Las cuestiones planteadas fueron analizadas por el TJUE en su *leading case* en la materia, *United Brands*, que será la que utilizaremos como punto de referencia en el análisis técnico.

Otra de las cuestiones formales que se alegan, pero que no trataremos en este apartado, sino en un capítulo aparte, es la determinación de la consecuencia jurídica más eficiente para lidiar con la práctica una vez ha sido determinada.

2. SÍNTESIS

Un precio elevado y un precio excesivo a nivel jurídico son claramente distintos: en un caso existe un abuso, mientras que en el otro la empresa se encontrará dentro de las fronteras de la legalidad. Esta diferencia entre precios excesivos y precios elevados puede venir originada por dos motivos. En primer lugar, la inexistencia misma de un desajuste entre los precios y los costes: los precios son elevados porque los costes son elevados. En segundo lugar, y aquí es donde entra en juego la cuestión ideológica, es posible que, pese a que efectivamente exista un desajuste entre precios y costes, no estemos ante lo que se considera un abuso, dado que, en opinión de ciertos autores, tal precio no justificado por los costes produce consecuencias positivas para la competencia en tanto que aumenta el bienestar global incentivándose la innovación y la

⁵⁷⁴ PAULIS, E., “Article 82 and exploitative conduct” en AAVV., *European Competition Law Annual 2007. A reformed approach to article 82 EC*, ed. Ehlerman, K.D., Marquis, M., Hart Publishing, Oxford, 2008, págs. 515-524, pág. 516.

inversión y superando, así, los efectos negativos que pudieran atribuírsele⁵⁷⁵.

La distinción entre uno y otro es, no obstante, muy problemática en la realidad, ya que, si bien las empresas están legítimamente orientadas a maximizar beneficios, éstos no deben obtenerse expoliando el excedente del consumidor⁵⁷⁶, al menos, desde la perspectiva europea tradicional. En una transacción comercial equitativa, ambas partes deben obtener un beneficio. Esta función de reparto –la de proveer beneficios para las dos partes- la cumple el Mercado cuando el escenario es competitivo. Pero, cuando el Mercado no es capaz de auto gestionarse correctamente, las Autoridades de Competencia y tribunales son los encargados, no de re equilibrar las fuerzas de las partes, sino de asegurar unos resultados acordes con ese escenario contrafáctico de equilibrio. Y esto se puede llevar a cabo de varias formas: a través de la regulación del mercado en cuestión, por medio de la legislación de protección de los consumidores o recurriendo a una herramienta transversal, el Derecho de la competencia. Esta disyuntiva a la hora de acometer el problema la afrontaremos en otro apartado, que hará una exposición de *lege ferenda*. No obstante, debe quedar claro que de *lege data* los precios excesivos son controlables, como mínimo, por el Derecho de la competencia.

La clasificación de los precios excesivos debe resolverse, por lo tanto, dentro de la licitud o ilicitud, como máximo, en dos niveles: en primer lugar, el nivel dirigido a la determinación de la existencia de un

⁵⁷⁵ O'DONOGHUE, R., PADILLA, A. J., *The Law and Economics of article 82 EC*, *op.cit.*, pág. 605.

⁵⁷⁶ El concepto “excedente del consumidor” se refiere, en la teoría económica, a la diferencia entre el valor total que el consumidor obtiene por un bien y el precio que tiene que pagar a cambio del mismo. El excedente del productor es la diferencia agregada entre el precio de mercado y el precio mínimo al que se puede producir una determinada cantidad de productos.

precio excesivo – si somos coherentes con la jurisprudencia hasta el momento, éste sería el único nivel⁵⁷⁷- y, en segundo lugar, la fase relativa a la prueba los efectos negativos producidos por tal conducta, ofreciendo la posibilidad a la empresa investigada de demostrar la existencia de una eficiencia que justifique su imposición.

En principio, como veremos más avanzado el trabajo, jurisprudencialmente no se ha reflejado este segundo nivel y, por lo tanto, los precios excesivos se pueden presumir ilícitos, aun con la posibilidad de probar en contra de tal presunción. Es decir, jurisprudencialmente estaríamos ante una infracción por objeto⁵⁷⁸. No obstante, las últimas teorías doctrinales⁵⁷⁹ se orientan claramente a convertir los precios excesivos en una infracción por efecto, por lo que tendrán que probarse los efectos perjudiciales y analizarse las eficiencias alegadas, si es que las hubiera, para terminar haciendo el balance entre consecuencias positivas y negativas de los mismos.

⁵⁷⁷ Permitiéndose la defensa de la justificación objetiva. La justificación objetiva es la relativa al precio, el por qué se ha puesto ese precio, no la justificación del abuso. Esta última constituye la defensa de la eficiencia.

⁵⁷⁸ MEIJ, A. W. H., BAUMÉ, T., “Object and effects-based approaches in identifying abuses of a dominant position under article 82 EC” en AAVV., *EU Competition Law in context. Essays in honour of Virpi Tiili*, Ed. Heikki Kanninen, N., Rosas, K., y Rosas, A., Hart Publishing, USA, 2009, págs. 97-116, pág. 106. En opinión del autor, la cuestión de si la infracción debe determinarse por objeto o por efecto no afecta a las prácticas de explotación del art. 102. Por lo tanto, la mera identificación de la práctica es suficiente para poder determinar que ha existido un abuso, ya que esta conducta está directamente relacionada con el mal uso del poder y es directamente perjudicial para el bienestar del consumidor. Una vez la autoridad de la competencia ha podido demostrar que se ha fijado un precio supra competitivo, se ha probado, automáticamente, el daño que se ha producido. En este tipo de conductas, el objeto y el efecto son exactamente la misma cosa. En este sentido, una aproximación por objeto de ilegalidad a los precios excesivos es perfectamente admisible porque la naturaleza de los mismos hace inviable demostrar ningún tipo de eficiencias en para el bienestar de los consumidores.

⁵⁷⁹ Véase Capítulo III de la presente parte tercera.

|

CAP III. EL TEST DE UNITED BRANDS A EXAMEN

En atención al segundo de los problemas existentes respecto a los precios excesivos, es decir, la cuestión relativa a cómo separar la fijación unilateral de precios entre abusivos o no abusivos, la jurisprudencia ha propuesto un método para proceder a la clasificación⁵⁸⁰.

Queda claro que un precio excesivo es aquél que no guarda una relación razonable con el valor económico del producto suministrado⁵⁸¹. No obstante, esta afirmación tan general ha requerido de la elaboración de un test para poder hacerla efectiva. Para ello, el precio se somete a un examen formulado por primera vez en la STJUE relativa al caso *United*

⁵⁸⁰ Previamente ya se había sancionado por el ilícito concurrencial de precios excesivos en *General Motors*, pero no se había enunciado en la sentencia, en líneas generales, cuándo un precio es excesivo. BOTTA, M., “Article 102 TFEU as a tool for market regulation: “excessive enforcement” against “excessive prices” in the new EU member states and candidate countries”, *European Competition Journal*, vol. 24, 2012, págs. 473-496, pág. 480.

La finalidad del test es la distinción entre un precio abusivo y uno que no lo es. Pero no se trata de determinar cuál es el precio objetivo del bien. En contra, GUTIERREZ, A., “Artículo 2: Abuso de posición dominante”, en AAVV, *Comentarios a la Ley de Competencia*, Dir. Masaguer, J., Folgera, J., Sala Arquer, J.M., Gutierrez, A., Thomson Civitas, Madrid, 2008, págs. 111-197, pág. 167.

⁵⁸¹ Caso 27/76, *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission* (1978), apartado 250.

ACKERMANN, T., “Excessive pricing and the goals of competition law” en AAVV., *The Goals of Competition Law*, Ed. Zimmer, D., Edward Elgar, Cheltenham, 2012, págs. 349-370, pág. 360 sostiene que, como se dijo en el primer capítulo, el Derecho de la competencia europeo, en lo que se refiere a los precios excesivos, tiene un cierto parecido con la regulación de USA, donde se ha recurrido a la misma para controlar este aspecto. En USA se ha utilizado lo que se conoce como el “rate of return”. El primer nivel del test de *United Brands* presenta, además, los mismos problemas que el “rate of return”, a saber, la dificultad de determinar qué está incluido dentro de “coste”, su distribución interna y la pregunta de cuál es el margen de beneficios que se entiende apropiado.

Para un repaso histórico de las consideraciones de valor económico, véase KAULLA, R., *The theory of the just price. A historical and critical study of the concept of economic value*, George Allen and Unwin Ltd., London, 1940.

*Brands*⁵⁸²: se trata de un análisis con pretensiones objetivas que, no obstante, sigue siendo profundamente arbitrario y cargado de inseguridad jurídica.

1. PRESENTACIÓN DEL TEST

En este supuesto, el Tribunal discutió el caso de una empresa que exportaba plátanos a varios Estados Miembros. La Comisión descubrió que había una marcada diferencia entre los precios en algunos de los estados donde operaba y comenzó un proceso administrativo que acabó en decisión condenatoria. No obstante, tal decisión fue recurrida ante el TJUE.

En el supuesto referido, el Tribunal sentenció que la existencia de este exceso podría ser *inter alia*⁵⁸³ determinado objetivamente⁵⁸⁴ si fuera posible haciendo una comparación entre el precio de venta del producto en cuestión y los costes de producción, resultado que arrojaría el margen de beneficios. De esta forma, se procedía a determinar si la diferencia entre los costes en los que la empresa había incurrido y el precio fijado era excesiva y, en caso de respuesta afirmativa, si el precio que se había impuesto unilateralmente era no equitativo en sí mismo o en la comparación con otros.

⁵⁸² Caso 27/76, *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission* (1978).

⁵⁸³ HOU, L., “Excessive prices within EU Competition Law”, *European Competition Journal*, vo. 7, nº 1, 2011, págs. 47-70, pág. 58 establece que esta opción debe descartarse. Actualmente no ha sido ideado por la doctrina ninguna otra forma de llevar a cabo esta determinación y esta cláusula abierta se debe exclusivamente a la prudencia del TJUE que deja las opciones abiertas por si acaso se desarrollaran alternativas innovadoras en el futuro.

⁵⁸⁴ Objetivamente se refiere a con criterios objetivos: precio de venta y coste de producción.

El propio Tribunal enuncia inicialmente ciertos problemas que *a priori* puede plantear el test que propone. Entre otros, apunta las dificultades derivadas de trabajar con costes de producción, dado que las empresas no elaboran su contabilidad a los efectos del Derecho de la competencia. En la mayor parte de ocasiones, la información que se requiere para determinar si un precio es excesivo no estará a disposición de los evaluadores. Asimismo, el análisis de la estructura de costes puede ser extremadamente complejo, especialmente en lo que atiene a la estimación y atribución/distribución de costes fijos y comunes en empresas multiproducto.

Por otra parte, y superada la cuestión contable, no siempre existe un precio de producto comparable y, en el supuesto de haberlo, no necesariamente tiene que ser posible la equivalencia en tal comparación, pilar éste del segundo nivel del análisis proyectado.

2. ANÁLISIS DEL TEST

2.1. INTRODUCCIÓN

Con la conocida sentencia *United Brands*, el TJUE propuso un test de dos niveles para la determinación de la fijación de un precio excesivo, sugiriendo una metodología, aunque aun ciertamente rudimentaria y embrionaria⁵⁸⁵, que procederemos a presentar críticamente.

⁵⁸⁵La Sentencia del Juzgado de lo mercantil (número de recurso 401/2005) de 19 de junio de 2007 la califica de “insuficiente”, aunque reconoce que la determinación de un precio excesivo es superior a las restantes del TJUE. No obstante, ciertos autores se refieren al mismo como “detallado análisis”, BANDERA, M., *Abuso di posizione dominante e rifiuto di concedere in licenza diritti di proprietà intellettuale*, 2009, a disposición para descargar en <https://www.openstarts.units.it/dspace/handle/10077/3158> (Repositorio publico de la Universidad de Trieste), pág. 56.

El test está basado en la presunción de que un precio será excesivo cuando, fijado unilateralmente por la empresa en posición de dominio, no se corresponda o no guarde una relación razonable con el valor económico del producto⁵⁸⁶. Tengamos en cuenta que tras esta afirmación existe una idea clave: mientras que en un mercado competitivo el valor económico del producto se determina por las fuerzas del mercado⁵⁸⁷, éste no es el caso en un mercado con una empresa dominante. Precisamente, la identificación de precio excesivo con aquél que está por encima del que existiría en un mercado competitivo es una comparación que se ha utilizado con relativa frecuencia⁵⁸⁸.

⁵⁸⁶ Aunque existan autores que sostengan que el hecho de que se hayan fijado unos precios elevados no equivale, necesariamente, a que se hayan impuesto unos precios abusivos BELLAMY, CHILD, *European Union Law of Competition*, Oxford, 2013, pág. 817. Sentencia *Attheraces v British Horseracing Board* (2007) EWCA Civ 38, apartado 119. En este caso, el Tribunal de apelación puso de relieve que unos precios que sobrepasan los costes y permiten obtener un margen razonable no pueden ser considerados excesivos en sí mismos. De esta forma, en opinión de algún autor, se traza una diferencia entre la posibilidad de la forma de fijar precios por las empresas en régimen de libre mercado de aquéllas regulación que se lleva a cabo por los reguladores específicos en casos de monopolios naturaleza. JENNY, F., “Abuse of dominance by firms charging excessive or unfair prices: an assessment”, 2016, a disposición para descargar en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2880382 (version SSRN), pág. 12.

⁵⁸⁷ WAHL, N., “Exploitative high prices and European competition law – a personal reflection”, en AAVV., *The pros and cons of high prices*, Konkurrensverket Swedish Competition Authority, 2007, pág. 47-64, pág. 53.

⁵⁸⁸ Este concepto, el de precio competitivo, tampoco ha quedado definido y puede interpretarse como un precio resultado de un equilibrio en las condiciones, incluyendo el precio monopolístico. En este caso, “competitivo” se refiere al proceso de maximización de beneficios. Alternativamente, se ha entendido por precio competitivo el precio que se obtienen en condiciones competitivas. OECD, “Excessive prices”, *op.cit.*, pág. 32. Esta última interpretación, de hecho, fue la seguida para el caso británico *Napp*, donde se estableció que el precio competitivo es aquél que existe en un Mercado competitivo. En el caso sudafricano de *Mittal Steel*, el tribunal propuso una definición de precio competitivo: valor económico es el valor de un bien en condiciones de equilibrio competitivo a largo plazo. Esto exige asumir que en el largo plazo, las empresas pueden entrar en el Mercado en el caso de que el precio fuera más elevado de una tasa normal de retorno de capital. RUPPELT, H.J., “Abuse control: objectives, restrictive practices and institutions”, *op.cit.*, págs. 135-145, el autor señala que el Bundeskartellamt sancionó a

En cualquier caso y dado que es en base al concepto vago e indeterminado de “valor económico” conforme al que se decide si el precio es o no excesivo, el TJUE ha tenido que idear un método para poder establecer cómo determinar cuál es el valor económico del bien en concreto⁵⁸⁹. En la Sentencia *United Brands* no se explica en qué consiste o qué criterios específicos son útiles para establecer el valor económico, pero otros casos posteriormente se ha recurrido a una concepción amplia de la naturaleza del producto, las condiciones en torno al mercado y los efectos probables del precio en la competencia y en los consumidores⁵⁹⁰.

Este análisis dedicado a establecer cuál es el valor económico del bien y la relación del precio impuesto con el mismo se estructura en dos fases. En primer lugar, se debe llevar a cabo un análisis de costes y beneficios⁵⁹¹ y, tras decidir sobre el carácter excesivo del precio, basado exclusivamente en una brecha inaceptable entre el coste de producir o suministrar el bien y el precio, éste último tiene que pasar un segundo test. En este segundo

dos empresas regionales de servicios públicos (TEAG y Stadtwerke Mainz) por imponer precios excesivos en el Mercado de la electricidad. En esta decisión de la autoridad de la competencia alemana se utilizó esta aproximación sosteniendo que el precio es excesivo, en virtud del art. 19, sección 4, nº 2 GWB cuando se desvíe del precio que resultaría con toda probabilidad en un Mercado con competencia efectiva.

⁵⁸⁹ Aunque existen autores que sostienen que es un error entender que “valor económico” tiene un contenido intrínseco medible. LEWIS, D., “Exploitative abuses-a note on the harmony gold v. Mittal Steel excessive pricing case” AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 2008, pág. 581-610, pág. 594.

⁵⁹⁰ BELLAMY, CHILD, *European Union Law of Competition*, op.cit., pág. 818. Esta afirmación se aprecia en las circunstancias que tuvo en cuenta la Comisión en el caso de Port of Helsingborg, donde tienen en cuenta la fuerza de la demanda: “the demand side is relevant mainly because customers are notably willing to pay more for something specific attached to the product/service that they consider valuable. This specific feature does not necessarily imply higher production costs for the provider. However it is valuable for the customer and also for the provider, and thereby increases the economic value of the product/service”. Aunque parezca una razón, en el puerto no había alternativa. Los consumidores no podían elegir otro puerto.

⁵⁹¹ VAN BAEL, BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, 2005, pág. 909.

nivel se determinará si el precio es no equitativo en sí mismo –cuestión que, como veremos más adelante, ya es de por sí sola, problemática- o en comparación con otros.

No obstante, es preciso apuntar que este test no siempre se ha aplicado en dos niveles cumulativos, sino que en ocasiones se ha afirmado por el propio TJUE la existencia de un precio excesivo tras la implementación de una única parte del test de forma independiente. Esta metodología también ha sido acogida de forma entusiasta por ciertos autores⁵⁹².

En resumen, se traza una diferencia importante y de cierto calado entre dos conceptos fundamentales: el carácter excesivo y el carácter abusivo. Es importante en la medida en que, para que un precio sea no equitativo, es necesario que, además de ser excesivo, cumpla otros requisitos. El mero hecho de encontrar un desajuste entre su precio de venta y sus costes de producción no es suficiente (al menos, teóricamente porque, como se ha sugerido, no se suelen encontrar casos en los que, cumpliéndose el primer requisito, no se cumpla el segundo⁵⁹³).

En cualquier caso, el hecho de que el TJUE en la sentencia *United Brands* no establezca a qué se refiere con excesivo o con no equitativo plantea complicaciones, especialmente porque son conceptos inherentemente vagos y vacíos de contenido en ausencia de una específica aplicación jurisprudencial o un concreto test económico que determine si el precio cae o no dentro de este ámbito⁵⁹⁴.

⁵⁹² MOTTA, M., DE STREEL, A., “Excessive pricing in competition law: Never say never” en AAVV., *The pros and cons of high prices*, Konkurrensverket Swedish Competition Authority, 2007, págs. 14-46

⁵⁹³ Éste fue un argumento de SCANDLINES contra PORT OF HELSINGBORG.

⁵⁹⁴ GERADIN, D., “Pricing abuses by essential patent holders in a standard-setting context: a view from Europe”, *Antitrust Law Journal*, vol. 76, nº 1, 2009, págs. 329-357, pág. 348.

Si se opta por el recurso a este test, queda claro que, además de realizar el análisis coste-beneficio, será necesario analizar el carácter abusivo en un momento posterior. El carácter excesivo parece plantearse como un concepto objetivo, no dependiente de ningún parámetro externo, en apariencia, al menos. El carácter abusivo, en cambio, requiere una comparación con un elemento externo al propio precio. Aunque esta afirmación es matizable si pensamos en la referencia del TJUE al control del carácter abusivo que puede tener un precio “en sí mismo”. No obstante, si bien el Alto Tribunal consideró oportuno hacer la mención a la posibilidad de establecer la naturaleza excesiva del precio de esta forma, no desarrolla en qué consiste tal método ni vuelve a ser mencionado en sentencias posteriores.

Por otra parte, y aunque el TJUE haya sugerido que éste es sólo uno de los tests que se pueden utilizar para obtener el resultado buscado⁵⁹⁵, la jurisprudencia se ha centrado en la consideración de los costes y en el

⁵⁹⁵ De hecho, la CNMC en sus resoluciones ha optado, en ocasiones, por introducir ciertas variaciones en la apreciación de si un precio es excesivo. Y no nos cabe duda de que es perfectamente posible ya que el propio TJUE en la Sentencia *United Brands* pone de relieve que el test presentado y utilizado en la misma no es más que una de las posibilidades a las que se puede recurrir para establecer la naturaleza excesiva o licitud de un precio. En opinión de ROBLES MARTÍN LABORDA, A., “Exploitative prices in European Competition Law”, *op.cit.*, pág. 6, es posible identificar un test “a la española” donde, ese a seguirse en esencia los dictados del tribunal, se introduce alguna modificación y puede dar lugar a un resultado diametralmente distinto. En su trabajo, el Prof. Robles se refiere a un test de tres niveles donde el primer se identifica con la introducción de un criterio estructural (es decir, la existencia de un mercado monopolístico o cuasi monopolístico y la existencia de barreras de entrada persistentes y una demanda inelástica). En segundo lugar, se recurre a determinados criterios de comparación, pero no necesariamente se lleva a cabo una comparación precio-coste. Los precios fijados en mercados competitivos se han aceptado como referencias comparativas. Por último, cumplidas las dos condiciones anteriores la carga de la prueba se desplaza a la empresa investigada y es ésta la que debe probar que existe una justificación objetiva para la fijación de tal nivel de precios. Evidentemente queda descargada como justificación objetiva el deseo de maximizar sus beneficios cuando estos vayan más allá de lo razonable.

concepto, ciertamente crítico, de valor económico⁵⁹⁶. No obstante, algunos autores sugieren que estas otras formas sólo serán relevantes en el análisis de la equidad y de la naturaleza no excesiva⁵⁹⁷.

En cualquier caso, a pesar de presentar innumerables desventajas y críticas, la doctrina ha entendido que los esfuerzos para perfeccionar el test son, al menos, tan importantes como la proposición de alternativas⁵⁹⁸.

2.2. PRIMER NIVEL DEL TEST O EL TEST DEL CARÁCTER EXCESIVO

La primera fase está orientada a determinar el carácter excesivo del precio. En ella se analizan los costes. No obstante haberse llevado a cabo este análisis en una pluralidad de casos, no existe una definición estándar y aceptada de los elementos que tienen que ser tomados en consideración a la hora de llevar a cabo el análisis y siguen planteándose innumerables problemas en torno a su uso⁵⁹⁹.

⁵⁹⁶ BELLAMY, CHILD, *European Union Law of Competition, op.cit.*, pág. 817. Hay que tener en cuenta también que no se puede escoger un concepto de valor económico demasiado restringido, como sucedió en el caso ATHERACES, que fue finalmente anulado por el SUPREME COURT OF JUDICATURE COURT OF APPEAL (CIVIL DIVISION) ON APPEAL FROM THE HIGH COURT OF JUSTICE, [2007] EWCA Civ 38, Case No: A3/2006/0126, apartado 2018.

⁵⁹⁷ HOWARTH, D., "Pricing Abuses. Unfair and predatory pricing under article 82 EC: From Cost-price comparisons to the search for strategic standards" en AAVV., *EC Competition Law. A critical assessment*, ed. Ehlermann, C.D., Amato, G., Hart Publishing, Oxford, 2007, págs. 249-295, pág. 265.

⁵⁹⁸ AKMAN, P., GARROD, L., "When are excessive prices unfair?", *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 7, nº 2, 2011, págs. 403-426, pág. 406.

⁵⁹⁹ MOTTA, M., STREEL, A., "Excessive pricing and price squeeze under EU Law" en AAVV., *European Competition Law Annual 2003: What is an abuse of a dominant position?*, ed. C.D. Ehlermann, Atanasiu, Hart Publishing, Oxford, 2006, págs. 91-126, pág. 614.

En este paso, se trata de hacer una comparación entre los costes de producción y el precio de venta o provisión. Para ello, la jurisprudencia admite varias alternativas⁶⁰⁰, que, sin embargo, no detalla. Asimismo, el TJUE no hace ningún análisis posterior de cuál es el nivel que debería alcanzarse para poder establecer que un precio es “excesivo”⁶⁰¹, que, por otra parte, sería una determinación arbitraria y, por lo tanto, no ha quedado claro cómo se podría determinar este umbral del carácter excesivo en general⁶⁰².

Con el objeto de llevar a cabo este primer análisis, es necesario realizar un estudio de tres elementos: los costes de producción o de provisión del bien, el precio de venta o de provisión y, por último, el beneficio obtenido por el suministrador o vendedor.

2.2.1. Los costes

Ésta es la parte más conflictiva de la primera fase por dos motivos fundamentales, que se tratarán en sendos apartados: qué costes computan a estos efectos y si se deben computar los costes reales o los costes competitivos de los productos primarios incorporados en la elaboración del bien.

2.2.1.1. *El coste de producir o prestar el bien*

⁶⁰⁰ GUTIERREZ, A., “Artículo 2: Abuso de posición dominante”, *op.cit.*, pág. 167.

⁶⁰¹ GERADIN, D., “Pricing abuses by essential patent holders in a standard-setting context: a view from Europe”, *op.cit.*, pág. 348. MOTTA, M., DE STREEL, A., “Excessive pricing in competition law: Never say never”, *op.cit.*, pág. 33.

⁶⁰² Aunque sí es cierto que en algunos casos el TJUE ha establecido que un determinado margen de beneficios es excesivo mientras que en otros casos, no. Dependerá en cualquier caso de las circunstancias específicas de cada caso y de los tipos de costes que más relevancia adquieran en los productos analizados (costes fijos y costes variables).

Como se ha reconocido por el Tribunal en *United Brands*, el análisis de los costes parece ser una de las partes más complejas de todo el procedimiento, en especial, los costes de producción, específicamente en atención a la estimación de la distribución de los costes fijos en empresas multiproducto⁶⁰³, no sólo por los problemas para computar tales costes, sino por la influencia que la distribución puede tener en la decisión final⁶⁰⁴.

En este punto merece la pena hacer un *excursus* para explicar cuáles son los diferentes costes que pueden tenerse en cuenta por los tribunales. A título ejemplificativo, podemos identificar costes de entrada, los costes fijos, los variables, los costes totales y el coste de capital (incluyendo *cost of equity* y el coste derivado de la deuda, dependiendo de cómo se financie la empresa).

Los costes de entrada serán aquéllos en los que debe incurrir la empresa entrante pero no aquélla que ya está en el mercado. Éstos se consideran una auténtica barrera de entrada ya que, cuanto más elevados sean, menos posibilidades existirán de que el mercado sea contestable. Muchos de estos costes de entrada son, además, hundidos, es decir, que no se recuperarán por las empresas que han hecho la inversión si deciden o se ven obligadas a abandonar el mercado. Los costes fijos no varían en

⁶⁰³ BOTTA, M., “Article 102 tfeu as a tool for market regulation: “excessive enforcement” against “excessive prices” in the new EU member states and candidate countries”, *European Competition Journal*, 2012, pág. 480. Éste es también un problema que se puso de relieve en el informe de OXERA, *Assessing profitability in competition policy analysis Economic Discussion Paper 6*, 2006, págs. 1-214, pág. 12.

⁶⁰⁴ OXERA, “Assessing profitability in competition policy analysis”, *Economic Discussion Paper 6*, 2006, pág. 86-107 a disposición para descargar en <http://www.oxera.com/Oxera/media/Oxera/downloads/reports/OFT-Assessing-profitability.pdf?ext=.pdf> (versión electrónica), contiene una serie de directrices que la Comisión puede tener en cuenta a la hora de hacer la distribución de costes en este tipo de empresas multiproducto.

relación con el *output* de la empresa y no son necesariamente hundidos. Este tipo de costes sólo deben tenerse en cuenta cuando la empresa toma la decisión inicial de entrar en el mercado y se ignoran en las decisiones de aumento de producción. Los costes variables, a diferencia de los anteriores, cambian con la producción y pueden ser constantes –el coste por unidad producida es el mismo independientemente del nivel de producción- o variables –pueden aumentar o reducirse dependiendo de la producción-. Por último, los costes totales comprenden los costes fijos y variables e incluyen los costes de entrada.

La pregunta que interesa a las empresas y autoridades encargadas de analizar la equidad de los precios fijados unilateralmente por una empresa dominante es la relativa a cuáles de estos costes se tomarán en consideración por las autoridades de la competencia y los tribunales en el análisis coste-beneficio. En respuesta, se ha puesto reiteradamente de manifiesto que para el análisis se considerarán los costes globales de producción del bien o servicio y no sólo la suma de los costes variables⁶⁰⁵. Asimismo, en algunos supuestos parece haberse aceptado la contabilización de las pérdidas realmente incurridas por la empresa dominante dentro los costes de producción⁶⁰⁶. En cualquier caso, sean los que sean los costes que computan a los efectos de este análisis, éstos deben estar justificados⁶⁰⁷.

⁶⁰⁵ Esta aproximación se recoge tanto en *United Brands*, como en *Ahmed Saed*. En España, por su parte, se ha previsto en RTDC 7.7.04 Empresas eléctricas, Exp 552/02 (Anulada por la AN por caducidad del expediente) el TDC toma únicamente en consideración los costes variables como criterio relevante para medir el carácter no equitativo del precio.

⁶⁰⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional, sala de lo contencioso, Empresa mixta de servicios funerarios, SA, de 18 de diciembre de 2000, recurso 545/1998, Fundamento de Derecho 6.

⁶⁰⁷ GREEN, N., “Problems in the identification of Excessive prices: the United Kingdom experience in the Light of Napp” en AAVV., *European Competition Law Annual 2003*:

Incluso considerando resuelto lo anterior, existe una dificultad en la determinación de cuáles son los costes exactos, dado que las empresas en muchas ocasiones no están en condiciones de proporcionar tal información desglosada⁶⁰⁸. El problema ya apuntado es que la contabilidad de la empresas no se encuentra diseñada para este tipo de análisis, ya que los costes económicos no necesariamente coinciden con los costes contables⁶⁰⁹ pudiendo existir conceptos fuera de la contabilidad de la empresa que sean susceptibles de aumentar el valor económico del bien y, por lo tanto, siempre existirán divergencias entre unos y otros, puesto que las empresas registran los costes a efectos tributarios y mercantiles, pero no de competencia.

What is an abuse of a dominant position?, ed. C.D. Ehlermann, Atanasiu, Hart Publishing, Oxford, 2006, págs. 79-90, pág. 82. El autor se refiere en este apartado a la sentencia TJUE General Motors en la que la empresa incluyó un concepto no justificado (la empresa se refería al coste de revisión y análisis de los vehículos en USA en lugar de lo que efectivamente costaba en Europa, donde se estaba llevando a cabo el servicio). En la Decisión Hachette, la Comisión excluyó del cálculo la inclusión que había hecho la empresa del importe de los impuestos indirectos en la suministración de periódicos en otro estado miembro a pesar de que tal importe le era devuelto por exportaciones. Esta aproximación se ha utilizado en otras áreas, como por ejemplo, a la hora de fijar un precio en los supuestos de pools de patentes, en los que se trata de contener el precio de la licencia del paquete. A la hora de fijar los precios, no se puede incluir en el paquete y, por lo tanto, en el precio (variable que servirá para analizar si el precio fijado es finalmente excesivo o no) una licencia de una patente no esencial.

Respecto de los impuestos, en nuestra opinión, el precio se debe medir antes de impuestos. Esta cuestión ya la puso de relieve KORAH,V., “A comment on professor Fox’s paper on article 86” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 1983, págs. 423-432, pág. 426, refiriéndose a la ausencia de necesidad de controlar los precios excesivos porque se debía a diferencias en las legislaciones de los EM, como, por ejemplo, la fiscal. No obstante, la política fiscal sí se tiene en cuenta en los costes de los suministros para fabricar un product. Pero esto se computa en costes, lo cual no lo hace excesivo, sino solamente más alto.

⁶⁰⁸ GERADIN, D., “Abusive pricing in an IP licensing context: an EC Competition Law analysis”, *op.cit.*, pág. 14.

⁶⁰⁹ LÓPEZ VALLES, J., “Los precios excesivos como abuso de posición de dominio: el caso Canarias de explosivos”, *Anuario de la competencia*, nº 1, 2007, págs. 361- 373, pág. 370.

Además de los problemas derivados de la propia contabilidad, existe una complicación adicional en lo que atañe a los bienes intangibles en cuanto a la determinación de los costes en los que se ha debido incurrir y su valor⁶¹⁰. En este tipo de bienes, entre los que se encuentran, por ejemplo, las patentes u otros bienes inmateriales –tanto registrados como no registrados-, se requieren importantes esfuerzos de inversión económica, en particular, en innovación. El problema son las altas dosis de incertidumbre del mercado y, por lo tanto, la cuestión que se plantea es la de tener en cuenta el factor riesgo a la hora de valorar la existencia de un precio excesivo, precisamente por los incentivos que se generan para las empresas innovadoras.

Asimismo, las empresas son partidarias de que se incluyan como costes las inversiones en productos que fracasaron en el mercado y cuyas pérdidas desearían recuperar a cargo del precio de los productos de otras líneas que sí hubieran tenido éxito, como una suerte de fomento o incentivo de la inversión en innovación que reduciría el riesgo de que el fracaso de un producto condenase a la empresa en términos económicos.

En nuestra opinión, pueden distinguirse tres escenarios distintos respecto de esta cuestión y que analizaremos a continuación. En primer lugar, el coste de investigación invertido en productos fracasados no relacionados con el producto posterior que ha tenido éxito. En segundo lugar, el coste de la inversión en productos fallidos pero que han sido necesarios para alcanzar el resultado del producto exitoso. Por último, el

⁶¹⁰ GERADIN, D., “European Union Competition Law, Intellectual Property law and Standardization”, a disposición para descargar en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2765549, págs. 1-25, pág. 8. Como sostiene el autor, el test de United Brands no parece especialmente apropiado para este tipo de bienes. GERADIN, D., “Pricing abuses by essential patent holders in a standard-setting context: a view from Europe”, *Antitrust Law Journal*, vol. 76, nº 1, 2009, págs. 329-357.

hipotético coste de supuestos proyectos futuros, tengan o no que ver con el producto a cuyo precio se imputan.

En atención al primero, se sugiere que una inversión *ex ante* no eficiente pueda computarse como coste de una inversión *ex post* que ha tenido un éxito mucho más elevado. Sin embargo, esto sólo será posible en aquellas empresas que conquistan el mercado o son suficientemente eficientes como para sobrevivir –este fenómeno se conoce como el sesgo del superviviente (*survivor bias*)-. Se trata de una cuestión especialmente importante en industrias orientadas hacia el I+D en las que sólo algunas de las líneas de inversión funcionan, pero las que lo hacen se convierten en grandes éxitos⁶¹¹.

En nuestra opinión, es complejo encajar el razonamiento en el sistema actual de cómputo de costes establecido por el TJUE. Es controvertido justificar este razonamiento en tanto que sólo las empresas multiproducto que consigan un éxito van a poder sacar provecho a través de una estrategia de financiación cruzada que mantiene las posiciones de dominio en ciertos mercados de forma poco competitiva.

En atención al segundo de los escenarios –la imputación de los costes derivados de una inversión fallida estrechamente relacionada con el producto exitoso-, entendemos que es encajable dentro de la metodología propuesta por el TJUE. En nuestra opinión, es razonable incluir los costes de la inversión en productos intermedios fallidos que han sido necesarios para alcanzar el producto perfeccionado y refinado exitoso. Si se requieren varios estudios para determinar cuál es la fórmula para un producto, el coste de los mismos se debería poder repercutir en el precio final, pero es

⁶¹¹ LYONS, B., “The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse” en AAVV., *The pros and cons of high prices*, Konkurrensverket Swedish Competition Authority, 2007, págs. 65-87, pág. 70.

cuestionable y genera incentivos perversos (la ineficiencia derivada de la despreocupación de ver cualquier tipo de pérdidas compensadas) que también puedan computarse los costes de los productos fallidos que no están directamente relacionados con el producto final (escenario primero).

Respecto de la tercera cuestión, existen autores que, argumentando razones de incentivos para inversión futura en I+D, defienden la bondad de un precio excesivo. Este precio excesivo no estaría justificado por los costes en los que efectivamente se hubiera incurrido para poder desarrollar el producto cuyo precio está siendo elevado, sino que se mantiene que los beneficios obtenidos con tales precios se aplicarán en la producción de subsiguientes futuros productos. De esta forma se evitaría el riesgo de innovar. De este modo se está incluyendo el “coste del riesgo” de un producto que no se ha producido aun y por lo tanto, estamos ante un riesgo hipotético.

En síntesis, en este tercer escenario, las empresas sugieren imputar el coste de la investigación de futuros proyectos en los precios del producto ya existente tratando de eliminar, así, el riesgo empresarial⁶¹². En esta teoría, se supone que los beneficios obtenidos en ese sobreprecio se destinarán a investigación, lo cual beneficiará a los consumidores a la larga, igualando teóricamente, de esta forma el *consumer surplus* con el *total surplus*⁶¹³.

En nuestra opinión, según el actual sistema de determinación de los precios excesivos, esta tercera aproximación es inconsistente. Conforme a la jurisprudencia actual, sí se puede cargar un precio alto con la

⁶¹² NAZZINI, R., “Abuse beyond exclusion: exploitation and discrimination under article 102 TFEU”, *op.cit.*, pág. 463.

⁶¹³ CANOY, M., REY, P., VAN DAMME, E., “Dominance and monopolization” en AAVV, *The international handbook on competition*, ed. M. Neumann, J. Weigand, Edward Elgar, 2004, págs. 210- 288.

justificación de que sus costes de producción han sido elevados en términos de innovación (incluso se pueden contabilizar los fracasos sufridos hasta alcanzar el producto final o el riesgo pasado de innovar). Sin embargo, no se puede realizar una provisión preventiva para el fracaso potencial de un futuro proyecto hipotético. No se deben permitir los *auto subsidios* (*self-subsidize*). El empresario deberá correr el riesgo de fracasar.

La opción de imputar el coste del riesgo futuro no está justificada dado que estamos ante un producto hipotético con beneficios, también inciertos, ya que no existe ningún compromiso de que se vaya a llevar a cabo tal actividad. Es posible computar como coste la inversión en innovación pasada imputable al producto que se vende, pero en una empresa multi-producto, pagar los costes de investigación futuros a cargo del precio de un producto distinto ya existente es mucho más que cuestionable (si se admitiese, la empresa multi-producto funciona de una forma ciertamente particular, eliminando el riesgo empresarial hipotético de un producto sin garantías de que vaya a producirse en el futuro).

La teoría económica establece que la medida más apropiada para los costes de las empresas dominantes son los costes marginales⁶¹⁴ o la media variable de los costes por unidad (AVC)⁶¹⁵. No obstante, este

⁶¹⁴ Los costes marginales representan en la teoría la decisión que las firmas llevan a cabo en la realidad práctica. Mientras el beneficio de producir una unidad adicional más exceda el coste marginal, una empresa que busque maximizar el beneficio producirá tal unidad. JIMÉNEZ LATORRE, F., PRIETO KESSLER, E., “Eficiencia y seguridad jurídica” en AAVV., *1989-2007 Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia*, Círculo de empresarios, Madrid, 2008, págs. 137-160, pág. 149.

⁶¹⁵ Se trata de la suma de todos los costes variables en los que se ha incurrido para producir un determinado nivel de output dividido por la cantidad de output. Esta medida se utiliza como sustitutivo de los costes marginales por la complicación de calcular los mismos.

parámetro no tiene sentido utilizarlo en todo tipo de mercados, como, por ejemplo, en los de tecnología. En estos últimos, los costes fijos son muy elevados y los costes marginales son prácticamente nulos⁶¹⁷. Asimismo, se sostiene que en este tipo de bienes –los bienes inmateriales– los riesgos de fracasar son extremadamente elevados y, a efectos de mantener los incentivos correctos en innovación no sólo se deberían tener en cuenta los costes de investigación directamente relacionados con el desarrollo de un proyecto, sino aquellos referidos a proyectos fallidos⁶¹⁸. Como se ha sostenido previamente, ésta es una pregunta interesante en tanto que plantea la cuestión de si deben socializarse los perjuicios derivados de una invención fallida en los precios de productos alternativos. En nuestra opinión los costes derivados de invenciones fallidas no relacionados con el producto final no deberían repercutirse en productos que sean exitosos. Porque esta forma de contabilizar los costes beneficia a las empresas dominantes ya establecidas en el mercado en perjuicio de las empresas nuevas que entran en el mercado a competir.

Enlazando con el ejemplo anterior, otra de las cuestiones problemáticas son las empresas multi-producto y su compleja estructura de costes. En ellas, la determinación de los costes comunes es una cuestión con una carga de complejidad añadida, además de contar con un importante elemento de aleatoriedad⁶¹⁹. Surge, en este tipo de empresas que opera en más de un mercado, la duda de si se debe considerar el

⁶¹⁶ O'DONOGHUE, R., PADILLA, J., *op.cit.*, pág. 614 y HOWARTH, D., "Pricing Abuses. Unfair and predatory pricing under article 82 EC: From Cost-price comparisons to the search for strategic standards", *op.cit.*, pág. 259.

⁶¹⁷ GERADIN, D., "Abusive pricing in an IP licensing context: an EC Competition Law analysis", *op.cit.*, pág. 14.

⁶¹⁸ *Ibidem*.

⁶¹⁹ LÓPEZ VALLES, J., "Los precios excesivos como abuso de posición de dominio: el caso Canarias de explosivos", *op.cit.*, pág. 370 y MOTTA, M., DE STREEL, A., "Excessive pricing in competition law: Never say never", *op.cit.*, pág. 34.

sistema de precios en un sólo mercado o en todos. El resultado posible que arrojaría esta última opción es la de posibilitar que los productos que más beneficios generan compensen los que menos y, de esta forma, mitigar o difuminar la existencia de precios excesivos (de la misma forma que pasaría con precios predatorios y las estrategias de financiamiento cruzado). En estos casos, será necesario llevar a cabo un análisis del tratamiento de la empresa desglosando todos los mercados en los que participa la misma en lugar de un examen en términos globales.

A causa de la complejidad que presentan, la Comisión ha reaccionado relativizando la importancia de los costes. Prueba de lo anterior es que no suele realizar ella por sí misma un examen de tales costes, con alguna excepción (caso *Puerto de Helsingborg*⁶²⁰). En la sentencia *British Leyland*⁶²¹, por ejemplo, se puso de manifiesto que el precio se elevó considerablemente en un plazo relativamente breve de tiempo y sin un aumento de costes que lo pudiera justificar. En tal caso, el interés de la Comisión se centró, en lugar de interesarse por el estudio de los costes de producción, en la comparativa de los precios históricos. Asimismo, en la sentencia *Deutsche Post* el TJUE aceptó el nivel de costes que le había sido suministrado por la propia empresa. En la mayor parte de casos se pone de relieve el escaso interés que tienen los costes para la Comisión⁶²², prefiriendo otro tipo de aproximaciones, como las comparativas.

⁶²⁰ Case COMP/A.36.568/D3 – Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg.

⁶²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) 11 de noviembre de 1986.

⁶²² Aunque existen excepciones. En *Scippacercola* (Case T-306/05 del Tribunal de Primera Instancia, de 16 January 2008), la Comisión recibió una queja por los elevados precios de un aeropuerto y terminó rechazando la misma porque la empresa denunciante no había aportado suficiente información sobre los costes y tampoco los determinó.

En cualquier caso, hay que poner de relieve que no siempre que se aprecia la existencia de un precio excesivo se utiliza esta metodología de análisis coste-beneficio⁶²³. De hecho, se han utilizado otros sistemas como puede ser la consideración de la “*welfare justice*” y la aproximación estructural llevada a cabo por *Mittal Steel*⁶²⁴. El hecho es que, aunque en la mayor parte o en todos los supuestos de precios excesivos se haya tenido en cuenta de alguna forma el análisis de los costes, no en todos los procesos judiciales se han llevado a cabo de la misma forma o con la misma intensidad, ni la justificación económica se ha producido con la misma profundidad y complejidad. El análisis económico que fundamenta las decisiones varía mucho de un Estado a otro⁶²⁵. Esta situación ocasiona inconsistencias e incoherencias o divergencias entre los distintos Estados, lo cual, a su vez, trae inseguridad jurídica y un posible trato discriminatorio para la empresas, que puede llevar a desincentivar la competencia deseable entre las mismas⁶²⁶.

2.2.1.2. El Derecho a ser ineficiente: SACEM II

Una de las cuestiones centrales derivadas del derecho a la libertad de empresa y, por lo tanto, del ejercicio de una actividad empresarial, estriba en conocer las fronteras del mismo. En este caso, la pregunta radica en si tal libertad ampara el comportamiento ineficiente.

⁶²³ BOTTA, M., “Article 102 tfeu as a tool for market regulation: “excessive enforcement” against “excessive prices” in the new EU member states and candidate countries”, *op.cit.*, pág. 485.

⁶²⁴ *Ibidem*, pág. 486.

⁶²⁵ *Ibidem.*, pág. 487

⁶²⁶ GAL, M., “Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: two systems of belief about monopoly?”, *The Antitrust Bulletin*, vol. 49, 2004, págs. 343-384, pág 374.

En principio, los detractores del intervencionismo y quienes son de la opinión de que el Mercado se gestiona mejor solo abogan por la libertad de actuar de la manera que al empresario convenga porque existe una posibilidad de corrección de tales comportamientos por parte de las fuerzas del Mercado. Es decir, si el Mercado es capaz de corregirse y auto-gestionarse, el hecho de que el Estado impida que una empresa actúe ineficientemente solo significa una intervención innecesaria y comprometida por el riesgo de error y las potenciales consecuencias negativas que la misma acarrea en términos de distorsión de comportamientos en el Mercado, en tanto que el Mercado expulsará por sí solo y de una forma menos costosa a ese operador.

No obstante, se produce una colisión con la búsqueda de uno de los fines perseguidos por el Derecho de la competencia: el bienestar del consumidor. En un mercado en el que existe una auténtica posición de dominio (es decir, donde, por ejemplo, las barreras de entrada son tan elevadas que no parece posible que él mismo sea capaz de autorregularse en un lapso de tiempo razonable), que el empresario dominante haya decidido frenar su proceso competitivo y su empeño en ser tan eficiente como debería acarrea consecuencias, como el aumento de los costes de producción del bien.

Como se ha explicado previamente, aplicando al pie de la letra *United Brands*, el análisis de los precios excesivos se centra en el beneficio actual de la empresa investigada. Si los costes son elevados (independientemente del motivo), la empresa no será sancionada. No

obstante, la particularidad ⁶²⁷ de la sentencia SACEM II radica, precisamente, en el particular tratamiento que se realiza de las ineficiencias. Si la empresa tiene unos costes elevados derivados de su ineficiencia, el TJUE debe llevar a cabo un análisis de las causas del montante de los costes sin limitarse a aceptarlos como tales. A estos efectos, el Tribunal deberá estudiar la existencia de un precio excesivo utilizando los costes eficientes debidos y no los costes ineficientes en los que la empresa hubiera efectivamente incurrido.

Este test debería utilizarse si entendemos que el abuso por precios excesivos se producirá cuando tal precio es distinto de aquél que se habría alcanzado en un mercado competitivo porque en tal mercado competitivo no habría habido lugar para ineficiencias y, por lo tanto, el mismo se habría mantenido en unos niveles eficientes.

En la sentencia, el TJUE recogió un concepto de “precio excesivo” distinto del ortodoxo ⁶²⁸, aunque coherente con la nomenclatura ⁶²⁹. Se

⁶²⁷ Particularidad aunque en Alemania el criterio también se ha utilizado por la Comisión de la Competencia (de 17 de abril de 2003 (caso Stadtwerke Mainz B11 – 40 100 – T – 38/01) en el cálculo de los “costes adicionales” (Mehrkosten).

⁶²⁸ GYLESEN, L., “Abuse of monopoly power within the meaning of article 86 of the ECC treaty: recent developments” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 1989, págs. 597-650, pág. 611, 612 y 613. El autor hace una distinción entre los precios excesivos *sensu stricto* y *sensu lato*. En este caso, evidentemente los precios no eran excesivos en relación con los costes. En opinión del tribunal, tales costes eran debidos a los elevados costes de operar de la empresa por ser un monopolista ineficiente o demasiado haragán. Es decir, los precios son excesivos no en comparación con los costes sino precisamente por los costes. Sostiene, el mismo autor, que condenar este tipo de precios excesivos en tanto como condenar la posición de monopolio en sí misma. Sin embargo, otra vez debemos disentir, porque pesa sobre las empresas en posición de dominio una especial responsabilidad que hace que deban comportarse como si efectivamente hubiese competencia en el mercado. De esta forma, tienen que hacer todos los esfuerzos del mundo por ser eficientes, están obligados a comportarse así.

⁶²⁹ Hasta ahora, lo que se había considerado como excesivo era el beneficio. El foco de atención estaba en los beneficios obtenidos por la empresa, por lo que estrictamente se sancionaban beneficios excesivos. Actualmente, en énfasis se pone en los precios, o en los beneficios potenciales.

sostuvo que si los costes de la empresa dominante eran superiores a los costes de empresas que estuvieran proveyendo el mismo servicio en otros EM, los precios deberían considerarse excesivos, incluso si los beneficios no lo eran⁶³⁰.

De hecho, en *SACEM II*, el TJUE ha llevado el análisis un paso más allá, realizando una evaluación directa del sistema de costes internos de la empresa dominante y, por ende, de su nivel de eficiencia. El TJUE finalmente estableció que los precios elevados pueden estar justificados en términos de costes sólo en el supuesto de que los mismos no vengan inflados por ineficiencias de la empresa dominante y, en el caso en concreto, el TJUE mantuvo que la ausencia de competencia en el mercado es la responsable de la elevada carga de costes de administración y de los elevados precios.

Lo que sostuvo el Tribunal, en esencia, es que la ineficiencia de las empresas no es una justificación objetiva para los precios elevados. Existe una obligación de competir, aun ostentando una posición dominante y, por lo tanto, el hecho de que la empresa no se esfuerce en mejorar su situación competitiva es sancionable, pese a que sólo exista una competencia potencial y no actual.

Este tipo de análisis coste-beneficio hipotético no se mantiene en un nivel superficial de los costes que existen y se sufragaron por la empresa dominante (sin hacer un planteamiento en profundidad de a qué se deben los mismos), sino que lleva a cabo un estudio de la racionalidad de la estructura de costes interna de la empresa haciendo una comparativa con lo que estos costes deberían haber sido.

⁶³⁰ KORAH, V., *An introductory guide to EC competition law and practice*, Hart Publishing, 2007, pág. 202.

Esta aproximación da solución a las preocupaciones expresadas por parte de algún autor sosteniendo que no era positivo castigar los precios excesivos en función de la diferencia existente entre los costes y los beneficios, precisamente porque se castigaba a las empresas que habían sido eficientes –aunque no repercutieran las eficiencias en los consumidores- respecto de las que no lo eran y cuyos costes eran elevados⁶³¹. En nuestra opinión, y aparte del argumento de la Sentencia SACEM II, las empresas no necesariamente tienen como único incentivo para mejorar su nivel de eficiencia la obtención de beneficios monopolísticos. Es una de las posibilidades, pero no la única para obtener un rédito de tal eficiencia. Recordemos que las empresas pueden competir en varios campos o parámetros: precio e innovación y que los beneficios no necesariamente pueden provenir de la mano de la fijación de unos precios monopolísticos a una clientela reducida, sino de la oferta de un producto tecnológicamente más innovador y suministrado a un precio competitivo a una amplia masa de consumidores. Cuanto más pueda bajar su precio y más innovador sea el producto, más aumentará su base de potenciales clientes y, en consecuencia, sus beneficios, evitando de esta forma la supuesta competencia potencial derivada de imponer un precio monopolístico que atraiga a otros operadores.

Con este análisis éste ya es un problema resuelto y, por lo tanto, consideramos el giro en extremo oportuno y justificado económicamente, dado el incentivo que puede suponer para las empresas dominantes en lo

⁶³¹ MUÑOZ, E., ZOIDO, E., “Precios excesivos y discriminatorios en el expediente televisiones: un enfoque económico”, *Anuario de la competencia*, nº 1, 2006, págs. 401-418, pág. 409. FLETCHER, A., JARDINE, A., “Towards an appropriate policy for excessive pricing”, en AAVV., *European Competition Law Annual 2007. A reformed approach to article 82 EC*, ed. Ehlerman, K.D., Marquis, M., Hart Publishing, Oxford, 2008, págs. 533-546, pág. 536.

que respecta a la reducción de sus ineficiencias⁶³² y consecuencia eliminación de los precios inequitativos en el mercado manteniendo su margen de beneficios.

No obstante, este método tampoco queda libre de objeciones, pues surgen varios problemas en torno al mismo. En primer lugar, cómo se debe llevar a cabo⁶³³ y hasta qué punto tiene la Comisión legitimidad para realizar este análisis. Porque el aceptar el mismo implica afirmar que las autoridades de competencia y tribunales están facultados para establecer cuándo una empresa es eficiente en sus costes⁶³⁴ e intervenir en el derecho constitucionalmente reconocido de libertad de empresa. Por otra parte, llevar a cabo este tipo de aproximación es complejo, ya que exigirá el mismo doble análisis que el test de *United Brands*: examinar si los costes son excesivos (ineficientes) y realizar una comparación con los costes de otras empresas.

Por otra parte, este tratamiento permite afirmar que no se toleran las consecuentes ineficientes de los monopolios, entre los que se encuentra la despreocupación por mejorar su situación competitiva. Debemos tener presente que las empresas no sólo tienen el derecho de competir, sino que tienen el deber de competir y de convertirse en sujetos más eficientes. Aunque no exista ningún otro competidor en el mercado, deben esforzarse

⁶³² GAL, M., “Monopoly pricing as an antitrust offense in the US and the EC: two systems of belief about monopoly?”, *op.cit.*, pág. 35.

⁶³³ KAUPER, T. E., “Whither article 86? Observations on excessive prices and refusals to deal” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 1989, págs. 651-686, pág. 663. En nuestra opinión, es positivo que en España se hayan fusionado la Comisión Nacional de la Competencia y los Reguladores de Mercados precisamente porque, de esta forma, se ataja el argumento de que las autoridades de la competencia no estarían facultadas para poder llevar a cabo un análisis de datos tan complejo como se requiere en alguno de los mercados donde aparecen los precios excesivos.

⁶³⁴ KAUPER, T. E., “Article 86, excessive prices, and refusals to deal”, *Antitrust Law Journal*, nº 59, 1991, págs. 441-456, pág. 448.

por continuar en tal situación de forma competitiva –no elevado las barreras de entrada-, es decir, innovar, ser más eficientes y fijar unos precios bajos como lucha contra una competencia potencial. Es cierto que en un mercado monopolístico (o en uno donde la empresa analizada posea una posición de dominio) no existe competencia real, pero sí una potencial, que es contra la se que debería estar compitiendo.

Por estas razones entendemos que no es poco realista esperar que los costes de una empresa dominante sean los mismos que los de una empresa competitiva⁶³⁵. De hecho, no es sólo que los costes deban ser los mismos que los que afrontan las empresas que cuentan con una competencia real y por lo tanto un riesgo real de perder cuota de mercado, sino que, en situación de posición de dominio, la empresa tiene incluso la posibilidad de obtener superiores beneficios en la negociación con sus suministradores por posible situación de monopsonio, lo que le debería facilitar unas superiores ventajas en términos de costes, o la posibilidad de beneficiarse de economías de escala, que debería trasladar o repercutir en los consumidores.

En resumen, se puede afirmar que se trata este caso de una reformulación considerable del estándar establecido en *United Brands* y pese a que aumenta las dificultades prácticas de tratamiento de los precios excesivos⁶³⁶, consideramos un matiz ciertamente acertado para atajar la cuestión de las ineficiencias derivadas de las posiciones de dominio duraderas.

⁶³⁵ En contra, HOWARTH, D., “Pricing Abuses. Unfair and predatory pricing under article 82 EC: From Cost-price comparisons to the search for strategic standards” en AAVV., *EC Competition Law. A critical assessment*, ed. Ehlermann, C.D., Amato, G., Hart Publishing, Oxford, 2007, págs. 249-295, pág. 268.

⁶³⁶ KAUPER, T. E., “Whither article 86? Observations on excessive prices and refusals to deal”, *op.cit.*, pág. 662.

2.2.2. El precio de provisión o venta del bien

El otro elemento clave que debe tenerse en cuenta es el precio al que se dispone la venta del producto en el mercado relevante. Es necesario recordar que el precio y el coste deben medirse en el mercado que se está analizando. Este requisito, que parece evidente, no lo es tanto cuando nos encontramos con una empresa que produce diversos productos, pertenecientes, por tanto, a diferentes mercados. En estos casos deberán observarse exclusivamente las magnitudes referidas al mercado en cuestión⁶³⁷.

Otra de las cuestiones que convendría subrayar es que se debería considerar el precio antes de aplicar impuestos. Este factor es necesario separarlo porque produce distorsiones notables según las políticas de estímulo o contracción de gasto en ciertos mercados que hayan seguido algunos países.

2.2.3. Los beneficios obtenidos por la empresa

Hasta aquí hemos analizado la existencia de una diferencia entre los costes de producir el bien y los precios a los que se pone a la venta. Ahora bien, la pregunta clave parece ser a cuánto tiene que ascender esa diferencia –diferencia entre costes y precio- para poder considerar que un precio es abusivo. Dicho en otras palabras, cómo de importante tiene que ser la brecha o la distancia entre el precio analizado y el coste para proceder a la imposición de una sanción. Uno de los temas fundamentales respecto de los precios excesivos radica, precisamente, en que en algún punto hay que establecer un margen dentro del cual está permitido o a

⁶³⁷ GUTIERREZ, A., “Artículo 2: Abuso de posición dominante”, *op.cit.*, pág. 168.

partir del cual es sancionable⁶³⁸. Y el problema que se plantea radica en que el TJUE no ha propuesto un margen de lo que podría considerarse excesivo. De hecho, la doctrina más crítica es de la opinión de que no existe una cifra general que se pueda aplicar a todos los casos⁶³⁹.

La comparación entre precios y costes ha sido, en ocasiones, suficiente para determinar el abuso en la conducta. En efecto, la detracción de uno a otro supone el beneficio obtenido por la empresa⁶⁴⁰.

Lo verdaderamente problemático es la indeterminación por los tribunales de cuál es el margen de beneficio que se entiende excesivo⁶⁴¹. Jurisprudencia, doctrina jurisprudencial y doctrina apuntan pistas, aunque inconcretas, del nivel de beneficios ilícito. Estos sectores dedicados a estudiar el ilícito indican que sólo se sancionará el margen de beneficios cuando sea extremadamente desorbitado⁶⁴²(*grossly exorbitant*⁶⁴³), cuando

⁶³⁸ OCDE, “Excessive prices”, 2011, *op.cit.* pág. 4. Esta situación no se produce en la infracción de los precios predatorios, dado que en ellos la cuestión es simplemente la de decidir si se ha pasado la referencia límite o no.

⁶³⁹ FURSE, M., “Excessive prices, unfair prices and economic value: the law of excessive pricing under article 82 EC and the chapter II prohibition”, *European Competition Law Journal*, vol. 4, nº 1, 2008, págs. 59-83, pág. 65.

⁶⁴⁰ Supone el beneficio bruto de la empresa, no el beneficio neto, que sólo se obtendrá detráidos los impuestos pertinentes. Por lo tanto, es algo a tener en cuenta también a la hora de hacer el análisis por el impacto que tiene el nivel impositivo en la fijación del precio por parte de una empresa.

⁶⁴¹ LÓPEZ VALLES, J., “Los precios excesivos como abuso de posición de dominio: el caso Canarias de explosivos”, *op.cit.*, pág. 370.

⁶⁴² Traducción de la autora.

⁶⁴³ VESTERDORF, J., “Article 82 EC – When is a price so high that it becomes abusive? – An appreciation of a particularly subjective character” en AAVV., *EU Competition Law in context. Essays in honour of Virpi Tiili*, Ed. Heikki Kanninen, N., Rosas, K., y Rosas, A., Hart Publishing, USA, 2009, págs. 85-96, pág. 94 y 95. PIJNHACKER, “Excessive pricing under EC Competition Law; an update in the light of “Dutch Developments”” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 2002, págs. 463-496, pág. 463 y 474. En la primera sentencia puesta sobre precios excesivos, el TJUE caso *Sirena v. Eda*, 18.2.1971(1971) ECR 69, apartado 17, el tribunal entiende que aunque el nivel del precio del producto puede no ser suficiente para establecer un abuso, puede ser un factor determinante si no responde a criterios objetivos y es especialmente elevado. De hecho, en la *Competition Law*

exista un nivel exageradamente alto respecto del valor económico del bien o del servicio prestado⁶⁴⁴, cuando éste se encuentre significativamente por encima del coste medio mínimo ⁶⁴⁵ o cuando la diferencia sea “importante”⁶⁴⁶.

El problema, otra vez, es que los conceptos son indeterminados y, por lo tanto, poco esclarecedores. Sin embargo, esto no quiere decir que su contenido no pueda ser integrado por los jueces. Lo que queda claro es que el margen debe ser apreciable –eliminando las cuestiones de bagatela o de poca importancia-, evitando, de esta forma, los costes derivados de considerar erróneamente que un precio es excesivo⁶⁴⁷. Pero, además de excluir las cuestiones de poca relevancia, la jurisprudencia impone un umbral superior para poder sancionar, y esto se pone de relieve de la mano de los términos utilizados por los tribunales.

Independientemente de los conceptos que utilicen, es indudable que la exigencia pasa por un precio que supere con cierta holgura los beneficios que se obtendrían en un mercado competitivo. Esta circunstancia,

Guideline (www.oft.gov.uv/sharedoft/businessleaflets/competitionlaw/oft424a.pdf) se sostiene que se debe permitir obtener beneficios que de forma significativa y persistentemente excedan los costes de capital.

Este término, el de *grossly exorbitant*, ha sido utilizado también en la legislación norteamericana *antigaugin*, donde también se han utilizado conceptos para referirse a este comportamiento ilícito como “excessive”, “exorbitant”, “unreasonable” o “unconscionable”.

⁶⁴⁴ BANDERA, M., *Abuso di posizione dominante e rifiuto di concedere in licenza diritti di proprietà intellettuale*, op.cit., pág. 56.

⁶⁴⁵ MOTTA, M., DE STREEL, A., “Excessive pricing in competition law: Never say never”, op.cit., págs. 14-46. O’DONOGHUE, R., PADILLA, A. J., *The Law and Economics of article 82 EC*, op.cit., pág. 619. Los autores mantienen que el hecho de exigir que el precio esté significativamente por encima de lo que lo estaría en un Mercado competitivo hace que se eviten los errores y las consecuencias perjudiciales de los falsos positivos.

⁶⁴⁶ LAURENT P., “El abuso de posición dominante”, op.cit., pág. 68.

⁶⁴⁷ O’DONOGHUE, R., PADILLA, A. J., *The Law and Economics of article 82 EC*, op.cit., págs. 619 y 620.

evidentemente, hace aun más complicado de apreciar el precepto y parece que responde a un miedo a los falsos positivos y las consecuencias que las sanciones puedan acarrear sobre la innovación (tanto si existe un error como si no existe).

Por otra parte, en atención a una clase de productos determinados, existen autores que sostienen que no debe considerarse precio excesivo aquél que exceda el coste marginal en los casos en los que haya costes fijos elevados⁶⁴⁸.

Otro de los puntos calientes en los que es necesario hacer un alto es aquél referido a los beneficios que se pueden obtener en mercados muy dinámicos en los que se invierten importantes cantidades en I+D. Uno de estos supuestos sería el mercado de la tecnología que da origen a una patente cuando la misma genera un nuevo mercado de producto o servicio en el que el titular de la patente es monopolista.

En estas situaciones se ha sugerido que, durante los años de protección concedidos por la patente, el titular de la misma pueda recuperar los costes. Tras ese periodo de tiempo de monopolio, los precios deberían caer por la entrada de competencia. Se entiende que la posibilidad de fijar estos precios deriva, en primer lugar, de una supuesta merecida recompensa por el esfuerzo realizado en I+D y compensaría también la cantidad de recursos invertidos en proyectos fallidos, de forma que se permitiría que la empresa pudiera restablecerse de sus pérdidas y continuar invirtiendo con

⁶⁴⁸ WILLIAMS, M., "Excessive Pricing" en AAVV., *The pros and cons of high prices*, Konkurrensvetket Swedish Competition Authority, 2007, págs. 128-154, pág. 133. GERADIN, D., "The necessary limits to the control of "excessive " prices by competition authorities – A view from Europe", *TILEC Discussion Paper*, 2010, pág. 2 y 7. Los autores sostienen que existen sectores industriales en los que los costes fijos elevados (debido a importantes inversiones) y costes marginales bajos (por economías de escala). Estos sectores son, fundamentalmente, tecnología, electrónica, etc.

el fin de desarrollar mejores productos⁶⁴⁹. Esta teoría de la “merecida recompensa” ha sido frecuentemente aludida por los no intervencionistas en sus argumentaciones, como se pondrá de relieve más avanzado el análisis.

Una cuestión asociada a los mercados de tecnología es el problema de la valoración de la propiedad intelectual⁶⁵⁰. Existe una forma de analizar beneficios derivados de la propiedad intelectual, que gira en torno a la proporción de lo ingresado por los productos finales de la empresa licenciataria. En estos supuestos, aunque la cuantía pueda resultar muy elevada, no se considera abusiva dado que no está relacionado con los costes de producción del proveedor⁶⁵¹. En *STIM*⁶⁵², el TJUE consideró los *royalties* calculados sobre la base de los beneficios de las sociedades de *broadcasting* de televisión razonables en relación con el valor económico del servicio prestado por STIM. El tribunal concluyó que este método de

⁶⁴⁹ ALFARO ÁGUILA REAL, J., “Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio” en AAVV., *El abuso de la posición de dominio*, Martínez Lage, S. y Petibò Juan, A. (Dirs.), El abuso de la posición de dominio, Marcial Pons, Barcelona, 2006. Marcial Pons, Barcelona, 2006. pág. 193-226, pág. 205. Existe quien sostiene aun que no debería haber una intervención del Derecho de la competencia durante de la vida de la patente. FLETCHER, A., JARDINE, A., “Towards an appropriate policy for excessive pricing”, *op.cit.*, pág. 542 No nos parece adecuado realizar esta afirmación que parece indicar que el hecho de tener concedido un Derecho de Propiedad intelectual permita hacer lo que se desee durante el tiempo de duración. Y parecen olvidar que la concesión de un derecho de patente no concede una bula para explotar a los consumidores y actuar al margen del sistema competitivo, como tampoco concede la posibilidad de utilizar prácticas excluyentes como ya se ha puesto de relieve. La concesión de la patente lo único que permite es un monopolio, pero no permite que se abuse de tal monopolio.

⁶⁵⁰ Para facilitar el trabajo y dado que se utiliza literatura norteamericana que no hace distinción entre la propiedad intelectual y la propiedad industrial, vamos a referirnos siempre a tales bienes como propiedad intelectual en sentido amplio.

⁶⁵¹ Caso 395/87 *Ministère public v Tournier* (1989) ECR 2521, (1991) 4 CMLR 248, casos 110/88, etc, *Luzazean v SACEM* (1989) ECR 2811, (1991) 4 CMLR 248. Estos casos tratan sobre Derechos de propiedad industrial.

⁶⁵² Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 11 de diciembre de 2008, asunto C-52/07.

fijar el precio no sería considerado abusivo de no ser que existiera otro método más accesible que permitiese el uso de las obras, sin un aumento desproporcionado en los costes incurridos por el *management* o administración de los contratos y la supervisión del uso de las obras protegidas por derechos de autor⁶⁵³.

En nuestra opinión, el modelo de protección de la propiedad intelectual no permite ni justifica la idea de que puedan obtenerse beneficios exorbitantes a cambio de la misma, que sean susceptibles de ser clasificados como precios inequitativos.

El escenario presentado exige necesariamente que se plantee un análisis caso por caso del contexto donde se produce la práctica. Asumir que el margen de beneficios aceptable podría variar para los diferentes tipos de mercado también es seductor. El argumento que se esgrime se basa en la idea de que, allá donde exista mucha inversión en I+D, por los riesgos asumidos, podría llegar a admitirse un margen más elevado de beneficios que en otros escenarios (pese al hecho de entender que los costes en investigación y el riesgo son factores que pueden contabilizarse entre los “costes” y que, por lo tanto, un aumento de los mismos conlleva que el margen de beneficio se mantenga estable)⁶⁵⁴.

Se trata de una cuestión, más que de dificultad técnica, de cariz ideológico. La Comisión entiende que analizar el nivel de beneficios de una empresa equivale a regular los precios⁶⁵⁵, y, por lo tanto, a intervenir

⁶⁵³ Caso 395/87 Kanal 5 y TV 4 v STIM (2008) ECR I-9275. Para derechos de autor de sociedades que los agrupan.

⁶⁵⁴ EZRACHI, A., GILO, D., “Excessive pricing, entry, assessment, and investment: lessons from the Mittal litigation”, *Antitrust Law Journal*, vol. 76, 2009-2010, págs. 873-898, pág.886.

⁶⁵⁵ Este mismo argumento ha sido utilizado en jurisdicciones de Estados Miembro que se niegan a aplicar el test de United Brands porque “(Article 102 TFEU) is not a general provision for the regulation of prices”. *At the Races Limited v The British Horse Racing*

la Economía de forma excesiva. En nuestra opinión, si bien estamos de acuerdo en que no puede establecerse un margen a partir del cual pueda establecerse con toda seguridad y para todos los casos que nos hallaremos ante un precio excesivo, sí es posible establecer ciertas directrices dependiendo, esencialmente, del mercado que se analice, aunque no a nivel de cálculo de lo que se considera excesivo, sino de los factores presentes en tal mercado.

La solución alternativa posible que estamos apuntando pasa por recurrir al argumento de la eficiencia en la aproximación por efecto del ilícito. Es decir, el precio sería inicialmente considerado excesivo independientemente del mercado en el que se produzca, pero tendrá una elevada posibilidad de ser finalmente exento de la mano de la defensa de la eficiencia si estamos ante un mercado de tecnología.

Tendría unos efectos interesantes considerar el correctivo de la defensa de la eficiencia en estos supuestos. Es cierto que a nivel de determinación del precio excesivo no se haría una diferenciación por mercados. Pero este resultado puede parecer ciertamente ciego a la compensación de efectos negativos que pueda tener un precio elevado en la tecnología. Si la empresa es capaz de demostrar que la suma neta de los efectos negativos y los positivos es beneficiosa, independientemente de lo elevado del precio, su fijación podría quedar exenta.

Como se ha puesto de relieve en apartados precedentes, es complejo que quepa una exención de este calado por los requisitos que necesitan estar presentes para que se aplique. Sin embargo, es cierto que el mercado

Limits and others, England and Wales Court of Appeal (Civil Division), 2007 EWCA Civ 38, apartado 217.

de la tecnología es uno de los más proclives y receptivos a este tipo de exenciones.

2.3. SEGUNDO NIVEL DEL TEST O TEST DEL CARÁCTER ABUSIVO

Pese a que parte de la doctrina haya sugerido la escasa oportunidad de mantener esta fase del test en la determinación de los precios excesivos⁶⁵⁶, en nuestra opinión, su eliminación acarrearía la desaparición de ciertas ventajas, principalmente una mayor certidumbre y seguridad jurídica para las empresas.

Aunque no parece que exista la posibilidad de que una equivalencia de precios analizados con aquellos precios de referencia pueda alegarse como justificación de la competitividad del precio analizado, esto no quiere decir que el segundo nivel del test sea totalmente superficial. El mismo contribuye a una mayor claridad permitiendo realizar un análisis de cuáles son las prácticas empresariales en mercados similares.

⁶⁵⁶ Se ha sostenido que los niveles de análisis eran alternativos y no cumulativos y que el primer nivel del test debería tener una aplicación prioritaria sobre el segundo. PIJNACKER JORDIJK, E., “Excessive pricing under EC Competition Law: an update in the light of “Dutch Developments”, *op.cit.*, pág. 469 y GUTIERREZ, A., “Artículo 2: Abuso de posición dominante”, *op.cit.*, pág. 168. Este último autor lo que subraya es que, efectivamente, la primera fase es suficiente para descartar la existencia de un abuso, no para afirmar la existencia del mismo. Sin embargo, aun siendo así de cauteloso en la afirmación, podría incluso estar en un error porque una de las referencias comparativas utilizadas por el TJUE es la del hipotético coste eficiente.

Asimismo, se han atribuido posibles desviaciones económicas derivadas de la implementación de este segundo análisis, como la posibilidad de que se incurra en un comportamiento de alineamiento de precios precisamente para evitar la condena por comparación con otros competidores y, de esta forma, sustraerse a una verdadera competencia en precios. ACKERMANN, T., “Excessive pricing and the goals of competition law”, *The goals of competition law-fifth ASCOLA workshop (2010)*, 2012.

Esta segunda fase supone una guía para las empresas porque permite que éstas se orienten sobre la determinación del carácter excesivo de un precio que han fijado unilateralmente a través de la comparación con otros, estableciendo su licitud de forma indiciaria.

Se sugiere que la reducción del análisis de *United Brands* a un sólo nivel no sería totalmente capaz de capturar la naturaleza de la conducta ilícita⁶⁵⁷. Por este motivo, el primer nivel no sería suficiente como para establecer con la necesaria y debida seguridad que se han impuesto precios excesivos, de no ser que se asuma que cualquier precio que exceda el coste de producción o de provisión será abusivo⁶⁵⁸.

En este segundo nivel o paso, lo que se lleva a cabo por parte de la autoridad de competencia correspondiente es un análisis comparativo. Se trata de una reminiscencia del tratamiento que se seguía por la oficina alemana (el *Bundeskartellamt*), que consistía en comparar precios de la empresa dominante en Alemania con precios en mercados más competitivos. Este procedimiento fue aceptado con cautelas por el Tribunal Supremo alemán precisamente por la escasa fiabilidad del mismo y, en consecuencia, se han adjudicado considerables márgenes de beneficios lícitos a las empresas dominantes⁶⁵⁹.

En cualquier caso, el debate acerca de la necesidad de la pervivencia de los dos niveles del test parece que ha quedado zanjado, ya que la Comisión se ha inclinado por la necesidad del mantenimiento de ambos en el último pronunciamiento que ha realizado sobre precios excesivos

⁶⁵⁷ AKMAN, P., GARROD, L., “When are excessive prices unfair?”, *op.cit.*, pág. 406.

⁶⁵⁸ O'DONOUGHUE, R., PADILLA, J., *The law and economics of art. 82*, *op.cit.*, pág. 611.

⁶⁵⁹ KORAH, V., *An introductory guide to EC competition law and practice*, *op.cit.*, pág. 201.

concerniente a los precios impuestos para el servicio de transporte por *ferry* en el *puerto de Helsingborg*.

Durante esta segunda fase propuesta en la sentencia *United Brands*, se mide la equidad del precio, aunque de nuevo, sin concretar exactamente a qué se refiere el Tribunal con “equidad”⁶⁶⁰.

Este nivel, además, puede ser llevado a cabo de formas distintas. En primer lugar, a través de la comprobación de si la no equidad del precio es inherente (sin ningún desarrollo por parte del tribunal del significado de esta afirmación). En segundo lugar, se ofrece la posibilidad de recurrir a un contraste con los precios de prestaciones económicas equivalentes. Este cotejo se puede trazar recurriendo a distintos métodos, que serán los que se presentarán posteriormente.

2.3.1. Segundo test como único test

En la mayor parte de supuestos, tanto la Comisión como el TJUE han realizado, tras el primer paso del análisis, un segundo donde se procede a una comparación con otros precios. Siguiendo a la Sentencia *United Brands*, esta comparación sólo se realizará en un análisis posterior lógico y temporalmente.

No obstante, otros autores⁶⁶¹ sitúan la comparación de precios de prestaciones económicas equivalentes y la comparación con precios en mercados geográficos competitivos o los precios históricos en el mismo nivel o como único nivel al que se puede recurrir alternativamente, a voluntad del juzgador. Y, precisamente, uno de los argumentos esgrimidos

⁶⁶⁰ GERADIN, D., “Pricing abuses by essential patent holders in a standard-setting context: a view from Europe”, *op.cit.*, pág. 348.

⁶⁶¹ GUTIERREZ, A., “Artículo 2: Abuso de posición dominante”, *op.cit.*, pág. 169.

por parte de aquéllos que desean la abolición del primer nivel es su complejidad⁶⁶².

En este último caso – segundo nivel como único nivel de análisis –, existen autores que defienden que, en presencia de una diferencia entre los precios analizados y los referentes, debe haber una presunción de que se está abusando de la posición de dominio y, en tales situaciones, la carga de la prueba se desplazará al investigado para que aporte alguna justificación objetiva que lo exima⁶⁶³.

Si se opta por mantener esta segunda parte del test como fase única, se eliminaría la necesidad de producir un análisis coste-beneficio o, más bien, este análisis estaría implícito en la comparativa con el precio del competidor: si un competidor es capaz de obtener beneficios con la fijación de un precio sustancialmente inferior, se entenderá que sus costes son más bajos (utilizando implícitamente el test *SACEM II* del competidor más eficiente en costes). En estos supuestos se presume, *–iuris tantum–* que los precios analizados son excesivos⁶⁶⁴. De esta forma, el trabajo de la Comisión se simplifica y agiliza enormemente. En los supuestos en los que no se lleva a cabo el primer nivel del test, es indistinto para entender unos precios como excesivos que se hayan cubierto los costes de producir el bien que pone en circulación en el Mercado. Se presume que si hubiera sido eficiente –como la empresa con la que se la compara–, podría haber obtenido ganancias suficientes.

⁶⁶² No obstante, en la STJUE *United Brands*, el Tribunal puso de relieve que la Comisión, en su análisis, no había llevado a cabo un estudio de los costes de la empresa, algo que se produce en el primer nivel del test, motivo por el cual rechazó su fallo.

⁶⁶³ HOWARTH, D., “Pricing Abuses. Unfair and predatory pricing under article 82 EC: From Cost-price comparisons to the search for strategic standards”, *op.cit.*, pág. 267.

⁶⁶⁴ No obstante, la empresa podrá alegar alguna de las justificaciones objetivas para escapar a la responsabilidad.

El problema, se mantiene por parte de algunos autores, es que el TJUE estableció en *United Brands* una regla de prioritario recurso al primer nivel del test y sólo cuando éste sea demasiado complejo se podría recurrir al segundo nivel directamente, a la comparativa de precios⁶⁶⁵.

Otro de los problemas es que la presunción establecida del carácter excesivo en el precio cuando exista una diferencia con los precios de referencia es demasiado onerosa para la empresa. Es claro que existe una prueba por indicios, ahora bien, nos preguntamos si esta diferencia puede considerarse un indicio tan poderoso que sea suficiente para desplazar la carga de probar el ilícito por parte de la Comisión a la carga de probar la conducta competitiva de la empresa.

Evidentemente, los precios finales de un producto se encuentran sujetos a múltiples condiciones: los suministros o productos primarios pueden tener costes radicalmente distintos, la magnitud de la empresa o el tamaño del mercado puede condicionar asimismo el nivel de costes que enfrenta la empresa a la hora de producir el bien, las cargas tributarias también pueden ser distintas a lo largo de la cadena de producción, etc. Esta ingente cantidad de condicionantes que afectan al precio es tal que conlleva que la presunción, que necesita al menos unos indicios claros, no tenga suficiente fundamento o base y desplace una carga innecesaria a la empresa. En nuestra opinión, los poderes en la fase de investigación que tiene atribuidos la Comisión deberían justificar que fuera ésta quien tuviera que probar la culpabilidad y no la empresa quien demostrara su inocencia.

⁶⁶⁵ MOTTA, M., STREEL, A., “Excessive pricing and price squeeze under EU Law”, *op.cit.*, pág. 97.

2.3.2. Precios no equitativos en sí mismos

Respecto de la primera de las alternativas ofrecidas por el TJUE en *United Brands*, existen opiniones diversas entorno al significado del concepto “no equitativo en sí mismo”. Parte de la doctrina parece decantarse por una interpretación en la que se identifica “no equitativo en sí mismo” con la referencia a los precios fijados en la empresa para el mismo producto anteriormente⁶⁶⁶.

No obstante, de acuerdo con un sector doctrinal, este concepto podría interpretarse en el sentido de que cuando sea muy marcada la brecha entre el precio fijado para el bien y el coste de producirlo y, por lo tanto, claramente no refleje el valor económico del producto⁶⁶⁷, la inequidad será inmanente y no hará falta comparar ese precio con ningún otro factor externo.

2.3.3. Precios de referencia

Si bien es cierto que no siempre existen precios con los que poder producir tal comparación prevista en el segundo nivel del test⁶⁶⁸, la jurisprudencia ha realizado un ejercicio de búsqueda de alternativas intensivo en los casos que ha tenido la oportunidad de analizar⁶⁶⁹. En los

⁶⁶⁶ AKMAN, P., GARROD, L., “When are excessive prices unfair?”, *Journal of Competition Law and Economics*, nº 7, vol. 2, 2011, págs. 403-426, pág. 419.

⁶⁶⁷ HOWARTH, D., “Pricing Abuses. Unfair and predatory pricing under article 82 EC: From Cost-price comparisons to the search for strategic standards”, *op.cit.*, pág. 271.

⁶⁶⁸ GERADIN, D., “Pricing abuses by essential patent holders in a standard-setting context: a view from Europe”, *op.cit.*, insiste en que en los supuestos de propiedad intelectual es realmente complicado encontrar un bien con el que se pueda comparar precisamente por la exclusividad inherente de este tipo de bienes. No obstante, siguen pudiendo existir patentes o bienes sustitutivos.

⁶⁶⁹ BECHTOLD, BOSCH, BRINKER, “AEUV art. 102 (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung)”, *EU Kartellrecht*, 2014, Rn. (marg). 34-36.

mismos, se ha recurrido tanto a precios fijados por la empresa como a precios de otras empresas y a la comparación con el mismo tipo de productos o de productos similares⁶⁷⁰. Por último, tampoco se ha limitado a un mercado geográfico determinado, a aquél en el que se encuentra la empresa analizada, sino que ha tenido que extender su búsqueda a otros ámbitos.

A priori, lo primero que podemos resaltar previa la exposición de los referentes que se toman en consideración es que, en la mayor parte de ocasiones, la jurisprudencia no ha realizado las comparaciones en los mismos mercados relevantes en los que se halla la empresa analizada - definiendo un mercado relevante tres factores: el factor producto, el factor geográfico y el factor tiempo-. Esta circunstancia ya hace que la primera conclusión que podamos adelantar es que los resultados habrá que considerarlos con muchas precauciones y cautelas porque los mercados se delimitan por una razón: la homogeneidad de las circunstancias en los mismos. Si se cambia de mercado, las condiciones se alteran y los escenarios en los que la empresa actúa son distintos, lo que hace que las comparaciones sean, en muchas ocasiones, improcedentes y los resultados

⁶⁷⁰ PANNEL DISCUSSION, “Policy objectives, enforcement tools and actors, types of abuses, the case of excessive pricing”, *op.cit.*, pág. 29, se sostiene que el llevar a cabo esta comparación equivale a sancionar por precios discriminatorios dado que siempre que exista una diferencia importante entre el precio analizado y aquél con el que se compara se estará ante un precio excesivo. No obstante, como ya se ha explicado, esta asunción es incorrecta y tampoco se está entendiendo bien el test en dos niveles que se debe llevar a cabo. En el primer nivel, efectivamente, se hace constar que existe un beneficio exorbitante para el empresario y es sólo en el segundo nivel cuando se lleva a cabo la comparación. Esto evita el riesgo de apreciar precios excesivos cuando sólo estamos ante un precio discriminatorio como podría haber sido el caso de United Brands dado que el precio de referencia estaba causando pérdidas a la empresa. El principio que debe aplicarse es el de sancionar a la empresa que lleve a cabo una práctica anticompetitiva, independientemente de cómo ésta se haya alcanzado o mantenido. KAUPER, T. E., “Whither article 86? Observations on excessive prices and refusals to deal”, *op.cit.*, págs. 660 y 664.

que arrojen sean cuestionables. No obstante, también conviene señalar que los tribunales han tratado siempre de encontrar mercados con circunstancias y características lo suficientemente análogas como para poder llevar a cabo este proceso de confrontación de forma razonable.

Asimismo, resulta esencial clarificar que no necesariamente del hecho de que dos precios sean distintos se debe deducir la existencia de un supuesto de precios excesivos. Esta calificación sólo podrá producirse de forma fundada si, asimismo, se analiza si el precio de referencia determinado es competitivo y no sólo se presume. Y éste no es un problema de laboratorio: en la sentencia *United Brands* se alegó precisamente por la empresa analizada que los precios de los productos con los que se estaban comparando producían pérdidas a la empresa y, por lo tanto, no eran en absoluto un referente competitivo.

Efectivamente, puede resultar indiciario de la existencia de un precio excesivo el hecho de que se dé una diferencia entre dos precios para un producto sustitutivo y distintos consumidores. Pero podríamos estar ante un supuesto de precio predatorio (precio de referencia) y precio competitivo (precio analizado), no necesariamente ante un precio excesivo⁶⁷¹. Para poder realizar tal calificación de una forma más apropiada, sería conveniente llevar a cabo un estudio de la estructura de costes eficientes y no limitarse a la comparación entre los precios para constatar que estamos ante precios excesivos.

⁶⁷¹ Por ejemplo, en el caso de *United Brands*, el TJUE anuló el pronunciamiento de la Comisión porque, al llevar a cabo la comparación entre precios del mismo producto en distintos estados no había tenido en cuenta el supuesto de que en Irlanda, que era el mercado de los precios de referencia, hubiese incurrido la empresa en pérdidas. Por esta razón se incluye la primera parte del test.

A continuación, se analizarán los precios de referencia a los que comúnmente han recurrido la Comisión y los tribunales. A estos efectos, haremos una clasificación binaria: en primer lugar, los precios impuestos por la misma empresa y, en segundo lugar, los precios fijados por terceras empresas.

2.3.3.1. Precios impuestos por la misma empresa: prestaciones equivalentes, precios para el mismo bien en otros mercados, precios históricos

Una de las primeras referencias con las que se ha comparado el precio objeto de análisis es aquel precio aplicado por la misma empresa a prestaciones económicas equivalentes⁶⁷².

En este supuesto, puede que efectivamente nos encontremos ante un caso de precios excesivos –o no⁶⁷³- pero lo que tendremos es un caso de

⁶⁷² GUTIERREZ, A., “Artículo 2: Abuso de posición dominante”, *op.cit.*, pág. 169. Esta referencia comparative se utilizó en la STJEU British Leyland y en Parke Davis “Although the sale price of the protected product may be regarded as a factor to be taken into account in determining the possible existence of an abuse, a higher price for the patented product as compared with the unpatented product does not necessarily constitute an abuse” [1968] ECR 55, 72. Aunque también se utiliza este tipo de referencia en el Caso 238/87 AB Volvo v Erik Veng (UA Ltd [1988] ECR 6211, [1989] 4 CMLR 122. Hay que tener especial cuidado con la comparación entre bienes que implementan derechos de propiedad industrial registrados de aquéllos que no lo están. En principio, como se sostiene en la STJEU Maxicar/ Renault de 15 de octubre de 1988, la fijación de precios de piezas de recambio protegidas por un Derecho de modelo industrial a un nivel no equitativo, superior al puesto en la práctica por fabricantes independientes no constituye necesariamente un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 82 TCE, puesto que el titular de un derecho exclusivo sobre el modelo de utilidad ornamental puede pretender legítimamente una retribución por los gastos en que haya incurrido para la invención del modelo protegido.” FERNÁNDEZ NÓVOA, C., COSTAS COMESAÑA, J., “Derecho de la competencia y propiedad industrial, comercial o intelectual” en AAVV., *Tratado de Derecho de la competencia*, dir., J.M Beneyto Pérez, coord.. J. Mailló González Orús, Bosch, Barcelona, 2005, págs. 513-628, pág. 612. En nuestra opinión, no obstante, no podremos llamar a tal precio no equitativo, porque sólo refleja unos costes que un fabricante ha tenido que soportar frente a otro que no los ha soportado.

discriminación, si acaso la diferencia de trato entre clientes o consumidores no está justificada objetivamente⁶⁷⁴. En este sistema parecen hacerse coincidir los precios excesivos con los precios discriminatorios, al menos en la vertiente jurídica, algo que los economistas pondrían en entredicho⁶⁷⁵.

En *British Leyland*, el análisis se llevó a cabo a través de la comparación de precios de otros productos equivalentes ofertados por la misma empresa. En la sentencia se trató el caso de una empresa que estaba a cargo de prestar un servicio de comprobación del cumplimiento de estándares de la legislación británica por los automóviles importados. Varias autoridades nacionales de la competencia han dictado resoluciones teniendo en cuenta el parámetro de los precios históricos. En UK, la

⁶⁷³ Existen, de hecho, diversas razones o justificaciones objetivas por las que una empresa puede decidir imponer un nivel de precios en un mercado y no en todos: costes de producción, costes de distribución, la demanda de los consumidores, las estructuras de mercado, etc.

⁶⁷⁴ VALGIURATA, L. Z., "Price discrimination under article 86 of the E.E.C. Treaty: the United Brands case", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 31, nº1, 1982, págs. 36-58, pág. 43, ss. En el artículo se analiza el caso United Brands, precisamente desde la perspectiva de precios discriminatorios. Efectivamente, la empresa vendía los mismos productos en diferentes ámbitos geográficos discriminando en precios sin ninguna razón objetiva y, además, desincentivando que hubiera importaciones paralelas a través de cláusulas contractuales. En la sentencia, no obstante, el bien último que parece querer protegerse es el mercado único y es el hecho de que la práctica obstaculice el mercado único lo que el tribunal considera ilícito. No obstante, en realidad, como dice el autor, no son los precios discriminatorios los que obstaculizan el mercado interno, sino la cláusula que impide las importaciones paralelas. De hecho, ciertos economistas mantienen que la consideración de los precios excesivos como ilícitos *por objeto* va en contra de los postulados de eficiencia económica y concurrencial. De hecho, insisten en que puede no ser perjudicial para el bienestar económico ya esta discriminación puede fomentar las compras y permitir el consumo por parte de consumidores que, de otra manera, no lo harían. Se considera, igualmente, que puede ser una forma eficiente de recuperar costes fijos de innovación.

⁶⁷⁵ MOTTA, M., DE STREEL, A., "Excessive pricing in competition law: Never say never", *op.cit.*, pág. 35. No obstante, ciertos autores, como GAL, M., "Monopoly pricing as an antitrust offense in the US and the EC: two systems of belief about monopoly?", *op.cit.*, pág. 33. Los autores señalan que la naturaleza discriminatoria del precio cargado en el caso *British Leyland* subraya la naturaleza excesiva de los precios.

autoridad de la competencia británica⁶⁷⁶ dictó una resolución sobre precios excesivos en el caso “*phenytoin sodium capsules*”⁶⁷⁷. En la misma realizó una comparación del producto farmacéutico que suministraban dos empresas (un medicamento anti epiléptico) al sistema nacional de salud. En el caso, la autoridad estableció que las empresas abastecían a un coste muy inferior en otros estados miembros. En Italia, por su parte, la autoridad de la competencia dictó una resolución sancionadora para un supuesto donde una empresa farmacéutica había incrementado el precio del medicamento entre un 300 y un 1500% sobre los precios fijados en las pasadas décadas⁶⁷⁸.

En segundo lugar, El TJUE también se ha referido a la comparación del precio analizado con el precio de un bien de la misma empresa que se pone en circulación en un mercado competitivo, es decir, donde no existe dominio o poder de mercado⁶⁷⁹.

En estos supuestos estamos ante mercados geográficamente diferenciados. En tal caso, las importaciones paralelas intracomunitarias pueden ser un indicio del carácter excesivo del precio analizado. En un escenario así, en el que la diferencia entre el precio impuesto en un estado y el precio de los productos reimportados de otro estado miembro es significativa, se puede considerar que estamos ante un indicio de precios excesivos⁶⁸⁰.

⁶⁷⁶ <https://www.gov.uk/government/news/cma-fines-pfizer-and-flynn-90-million-for-drug-price-hike-to-nhs>.

⁶⁷⁷ Case reference: CE/9742-13.

⁶⁷⁸ Caso Aspen de 29 de septiembre de 2016. http://www.agcm.it/component/joomdoc/allegatinews/A480_chiusura.pdf/download.html

⁶⁷⁹ GUTIERREZ, A., “Artículo 2: Abuso de posición dominante”, op.cit., pág. 169.

⁶⁸⁰ Sentencia Deutsche Grammophon. 8 de junio de 1971.

En el caso *Corinne Bodson v SA pompes funèbres des régions libérées*⁶⁸¹, el Tribunal analizó la equidad de un precio exigido por una empresa con una concesión exclusiva para los servicios funerarios en un área geográfica determinada y comparó la contraprestación que exigía en tal área con la de otro mercado en el que la empresa no tenía tal exclusividad. Este tipo de comparación ha sido criticada desde algún sector de la doctrina por entender que los mercados comparados no pueden ser equivalentes, siendo uno de los dos un mercado no competitivo y el otro competitivo⁶⁸². No obstante, en nuestra opinión, esto no tiene por qué suponer una diferencia que impida la comparación –recordamos, que no es definitiva para establecer el carácter excesivo del precio-, ya que las empresas que poseen una posición de dominio están obligadas a comportarse guardando una diligencia especial, a saber, como si se encontrasen en un mercado competitivo y, asimismo, se puede recurrir al estándar establecido por el TJUE en el caso *SACEM II*.

En el caso *British Leyland*, la empresa en cuestión poseía una posición de dominio en un mercado específico (expedición de los certificados de conformidad) y elevó los precios para la emisión de certificados de los automóviles para el modelo con volante a la izquierda hasta seis veces por encima del precio que tenían los certificados para los automóviles con el volante a la derecha. El TJUE comparó los precios de ambos certificados y estableció que no existía razón objetiva alguna en cuanto a superiores gastos de emitir tal certificado que justificase la diferencia fijada, puesto que la comprobación de los necesarios cambios operados para poder conducir con el volante a la izquierda se realizaba a través de la inspección

⁶⁸¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 4 de mayo de 1988, Asunto 30/87.

⁶⁸² GAL, M., “Monopoly pricing as an antitrust offense in the US and the EC: two systems of belief about monopoly?”, *op.cit.*, pág. 36.

de un certificado. Finalmente, se entendió que los precios no habían sido determinados con la debida relación a los costes aunque no hubo suficientes pruebas como para condenar a la empresa.

No obstante, este parámetro plantea dudas sobre las consecuencias que el mismo puede tener en el bienestar del consumidor, ya que es cierto que cabe la posibilidad de que el empresario decida retirar los productos del mercado donde los precios del mismo son bajos y centrarse en el mercado en el cual los precios son elevados, dejando así a los consumidores de uno de los mercados geográficos donde operaba peor servidos⁶⁸³. Sin embargo, la pregunta fundamental se refiere a por qué los precios son bajos en un mercado y no en otro. Si los bienes cuestan lo mismo de producir en términos económicos, no existe ningún motivo por el que la empresa pueda evitar la sanción retirando la oferta de uno de los mercados geográficos. Sólo el hecho de no existir una referencia con la que comparar los precios del mercado geográfico donde los mantiene no es suficiente para evitar la sanción, ya que, en estos casos, con la confirmación de la ausencia de relación razonable entre costes y precios (primera fase del test) sería suficiente para condenar.

Cualquiera de las otras críticas que se le achaca a esta referencia como, por ejemplo, que los precios pueden variar en los diferentes mercados por razones como la política fiscal de un Estado, el marco regulatorio, etc⁶⁸⁴, tiene un peso relativo, puesto que evidentemente esta diferencia sería una causa de justificación objetiva del precio. La existencia de un poder de

⁶⁸³ GERADIN, D., “The necessary limits to the control of “excessive ” prices by competition authorities – A view from Europe”, *op.cit.*, pág. 12.

⁶⁸⁴ *Ibidem.*

compra⁶⁸⁵ o de la concentración del mercado geográfico con el que se compara tampoco es argumento suficiente para evitar la sanción, ya que sólo ponen de relieve que es eficiente y viable para la empresa vender a un precio inferior. Sin embargo, existen otros argumentos, como el de los precios de penetración o inserción en un mercado a un nivel inferior, que puede tener más éxito. En este sentido, es necesario introducir la cuestión de si es necesario someter a un análisis de competitividad al precio que utilizamos como referente en el estudio de otro precio.

Por último, la tercera referencia, aunque criticada por la doctrina⁶⁸⁶, a la que se puede recurrir son lo que se conoce como precios históricos de la misma empresa para los mismos productos en una época anterior⁶⁸⁷. Se trata de la comparación con precios de una misma empresa que ha adquirido de forma sobrevenida la posición dominante en un mercado. La crítica central gira en torno al argumento de que la aplicación de este parámetro de comparación puede ser extremadamente complejo en la práctica, ya que el aumento del precio de un producto puede deberse a una pluralidad de circunstancias que no necesariamente se explican por la voluntad de explotación del consumidor. Entre otras circunstancias, se cita la posible alteración del precio de las materias primas, los cambios en las

⁶⁸⁵ Obviamente, exceptuando el caso de un poder de compra que degenera en una situación de precio monopsónico.

⁶⁸⁶ GERADIN, D., “The necessary limits to the control of “excessive” prices by competition authorities – A view from Europe”, *op.cit.*, pág. 11. El autor sugiere que aplicar este parámetro de comparación puede ser extremadamente complejo, ya que el aumento del precio de un producto puede deberse a una pluralidad de circunstancias que no necesariamente pasan por la explotación del consumidor.

⁶⁸⁷ Parámetro utilizado en España, entre otros, en resoluciones de 27 de julio de 2000 Propiedad intelectual audiovisual, de 13 de junio e 2001 Transportes ría de Vigo y de 30 de diciembre de 1997 funerarias de Madrid 2. Sentencia de la AN de 25 de enero de 2002 que anuló la resolución de 29 de mayo de 1999 funerarias de Alcalá por entender que la empresa dominante había rebajado y no incrementado sus tarifas, lo que excluía el abuso.

circunstancias del mercado, esfuerzos en el aumento del margen de beneficios para poder financiar investigación y los ciclos de la industria.

No obstante, en nuestra opinión se debe relativizar la importancia que estos factores pueden jugar en la determinación de un precio excesivo. En primer lugar, el cambio del precio de las materias primas determina un aumento de los costes computables a los efectos del análisis del carácter o naturaleza excesiva de un precio. En este sentido, y dado que previamente se ha producido un cuidadoso estudio de la estructura y composición del precio, parece que el aumento del mismo podría quedar justificado por la elevación del coste de producción. Lo mismo podría predicarse del cambio de las circunstancias del mercado, que explicarían un cambio de precio. En tercer lugar, los esfuerzos con el fin de aumentar el margen de beneficio en vistas a sufragar la futura investigación, como se pondrá de relieve posteriormente, no puede ser un argumento para elevar el precio del bien. Por último, los ciclos de la industria no siempre podrán utilizarse como justificación del cambio del precio. Es posible, efectivamente, que anteriormente existieran precios de penetración en un mercado, y de ahí la marcada diferencia entre los precios de un mercado maduro y uno incipiente. Sin embargo, los precios del mercado maduro deben hacerse depender fundamentalmente de los costes.

Evidentemente, este tipo de referencia sólo va a poder utilizarse cuando el producto no sea nuevo, de otra forma, el comparador no existirá. En el caso *phenytoin sodium capsules* citado previamente, la autoridad británica descubrió que las dos empresas finalmente sancionadas habían elevado los precios de los productos en un 2600% desde septiembre de

2012, lo cual había supuesto un incremento del gasto público remarcable⁶⁸⁸.

En consecuencia, ciertos autores entienden que en el caso de ser un producto nuevo no debería sancionarse por precios excesivos, dadas las implicaciones que tal ejercicio tendría en las inversiones en desarrollo e innovación⁶⁸⁹.

En nuestra opinión, la idea de no poder sancionar por los precios fijados en un producto nuevo carece de sentido en la medida en que en ciertos tipos de productos tecnológicos, como establece Schumpeter⁶⁹⁰, en ocasiones no se compete en el mercado, sino por el mercado. Por lo tanto, en muchas ocasiones, los productos pertenecientes a estos mercados serán novedosos necesariamente y no existirá una referencia con la que operar la comparación histórica. Esta situación no debe significar la inmunidad o la licitud automática de su precio. Muy al contrario, un producto nuevo sí podrá tener un precio excesivo y, cuando de la estructura de costes se deduzca un margen irrazonable, aun no existiendo a disposición del juez o

⁶⁸⁸ En el caso, además, lo que se sostenía es que la empresa tenía una posición de dominio que venía marcada por la necesidad de que a los pacientes se les mantuviera el tratamiento con exactamente la misma medicación, dadas las diferencias de posología que puede implicar y las consecuencias negativas de tal cambio. Además, se aprovechó la no sujeción a la regulación de precios que tienen las farmacéuticas que venden productos de la mano de su inclusión dentro de los medicamentos genéricos.

⁶⁸⁹ AKMAN, P., GARROD, L., “When are excessive prices unfair?”, *op.cit.*, pág. 419. GERADIN, D., “Abusive pricing in an IP licensing context: an EC Competition Law analysis”, *op.cit.*, pág. 16. En opinión de éste último, a pesar de que son un importante referente, no en todos los mercados son útiles. Precisamente en los mercados de tecnología es bastante poco conveniente y podría ser peligrosa su utilización. En primer lugar, en estos supuestos no existirá una comparación pasada porque las patentes tienen que ser nuevas. Asimismo, el precio dependerá de la estrategia de mercado utilizada por los titulares de las patentes. Algunos de ellos han podido utilizar precios bajos como precios de penetración en el mercado y solo cuando la tecnología ya está implantada subir los precios. No obstante, en nuestra opinión este último ejemplo es un claro caso de abuso o precio predatorio.

⁶⁹⁰ SCHUMPETER, J.A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York, Harper Torchbooks, 1962.

autoridad de la competencia un precio histórico con el que poder compararlo, debería sancionarse.

Existen autores que plantean los precios históricos en el sentido inverso o, como también le llaman, *post-entry price-cut benchmark*⁶⁹¹. Se trata de estudiar el precio de un producto, una vez la empresa que lo fija deja de operar en régimen de monopolio. Cuando el margen entre el precio pre-entrada y el precio una vez la empresa en cuestión actúa en régimen de competencia exceda el margen determinado como razonable en el caso por la autoridad de competencia o tribunal correspondiente, se podrá considerar indicio de precio excesivo pasado. Este escenario puede producirse en los casos de expiración de la patente cuando ésta conlleva la creación de un mercado separado. Llegado el plazo, cuando los precios se alteren radicalmente, será complicado para la empresa titular de la patente alegar una razón que le permita justificar tal diferencia de precios⁶⁹².

Esta referencia se utilizó en una sentencia del TS Polaco *Autostrada Malopolska*⁶⁹³ por la que se consideraron unos precios de peaje, que se habían mantenido estables a lo largo de toda la fase temporal analizada, pese a que el servicio se había reducido posteriormente. En este supuesto se pone de manifiesto que si el servicio se reduce, aunque sea debido a las obras que se están realizando en las carreteras, se debe reducir el precio del bien. A esta metodología se la conoce como *reference transaction* (transacción de referencia) y se compara el precio de una prestación

⁶⁹¹ EZRACHI, A., GILO, D., “Are excessive prices really self correcting?”, *op.cit.*, págs. 179 a 182.

⁶⁹² Y difícilmente tal justificación podrá ser, como alegan los autores del trabajo, que la entrada en competencia le haya ocasionado una reducción en sus costes, precisamente porque la sentencia SACEM II establece que si, pudiendo ser más eficiente, no lo era por desinterés, no estaremos ante una excusa aceptable.

⁶⁹³ Judgment of the Supreme Court of 13 July 2012, *Autostrada Malopolska* (Ref. No. III SK 44/11).

completa y una calidad completa que cubre los costes de prestar el servicio con el precio relativo a la prestación de un servicio de una calidad inferior⁶⁹⁴. Ciertamente, parece que se están refiriendo al parámetro calidad para analizar si el precio es excesivo o no, pero éste es un índice que mide, aunque sea indirectamente y a través de presunciones, los costes⁶⁹⁵. Los costes de mantener una carretera de un solo carril durante un tiempo son inferiores a los de mantener una de dos. Y esto sucede pese a que la causa sea precisamente la reforma de la carretera, porque el costes se deben repercutir cuando se preste el servicio, y no antes.

Ahora bien, la utilización de esta referencia presenta, igual que en los supuestos anteriores, una serie de problemas. Sin embargo, en nuestra opinión, no deben magnificarse, bien entendido que se trata de una fase correctiva o complementaria del análisis de la estructura de costes.

En cualquier caso, puede sostenerse que produce una distorsión de los incentivos de la empresa en sus estrategias comerciales. Si la empresa dominante es consciente de que puede verse perjudicada por una bajada de precios, puede decidir optar por un mantenimiento del nivel de los mismos. Es factible que, ante la información de que una drástica diferencia entre los mismos en el período previo y posterior a la introducción de competencia, la empresa adopte una estrategia de mantenimiento de precios en el nivel pre competitivo debido a la probabilidad de resultar investigada y, en su caso, sancionada.

⁶⁹⁴ KRAJEWSKA, E., “Lack of a Price Reduction Despite a Decrease in Service Quality as an Unfair Price and Abuse of a Dominant Position. Case Comment to the Judgment of the Supreme Court of 13 July 2012, Autostrada Malopolska (Ref. No. III SK 44/11)”, *Yearbook of antitrust and regulatory studies*, vol. 6, nº 8, 2013, págs. 245-250, pág. 247.

⁶⁹⁵ Pese a que el tribunal en ningún momento hizo amago de llevar a cabo un análisis de los costes del servicio que se estaba prestando.

No obstante, tampoco debería exaltarse este problema, dado que siguen existiendo otros factores o parámetros de comparación - como el precio de la misma empresa en otros mercados -, además del primer nivel del test, que confieren un grado superior de seguridad. Y, aunque la empresa fuese capaz de alterar el precio de sus productos en otros mercados (incluso competitivos) –situación harto compleja- con el fin de controlar también esta referencia, determinando un aumento generalizado de precios de la competencia en otros mercados expulsando a consumidores de los mismos, seguirá pudiendo recurrirse al uso del primer nivel del test como único instrumento de determinación de un precio excesivo.

2.3.3.2. Precios de terceras empresas: en el mismo mercado de referencia o en otros mercados

La jurisprudencia se ha valido de este tipo de comparación constantemente y la misma se ha utilizado tanto en el mercado de referencia de los precios analizados como en otros mercados, como sucedió en la *Sentencia Ministère public v jean Louis Tournier*, donde se analizaba un supuesto de entidades de gestión de Derechos de Propiedad Intelectual comparándose con los *royalties* que otras entidades de gestión de derechos de autor fijaban en otros Estados⁶⁹⁶.

Este criterio, sobre todo en lo que se refiere a la comparación con empresas en el mismo mercado, ha sido intensamente cuestionado, aunque desde ciertos sectores se apunta su utilidad⁶⁹⁷. Los críticos con el mismo mantienen que, si en el mercado de referencia existen otras empresas

⁶⁹⁶ GUTIERREZ, A., “Artículo 2: Abuso de posición dominante”, *op.cit.*, pág. 170.

⁶⁹⁷ Al entender que tal comparación podría revelar si la tasa de retorno de capital de la empresa investigada está afectada por los ciclos económicos. OXERA, *Assessing profitability in competition policy analysis Economic Discussion Paper 6*, *op.cit.*, pág. 14.

competidoras que producen el mismo bien, la entrada en tal mercado es factible y que, por lo tanto, las fuerzas del mercado (oferta y demanda) pueden ser capaces de erosionar el poder económico que posee la empresa dominante⁶⁹⁸.

No obstante, es posible, y en caso contrario no se apreciaría una posición de dominio, que la empresa con menor cuota de mercado no pueda aumentar la misma debido a barreras de expansión. Por este motivo, cuestionar la posibilidad de imponer sanciones cuando exista una empresa no dominante en el mercado además de la dominante, deja fuera ciertas situaciones de abuso e ignora la doctrina y jurisprudencia en torno a la cuestión de que una posición de dominio no equivale a una situación de monopolio en el mercado.

Otro argumento, aunque éste con más fundamento, es aquél que se refiere a la posibilidad de comparar el precio analizado con aquél de empresas que, aun no encontrándose en situación de dominio, se aprovechan del elevado precio fijado por la dominante para elevar los suyos (*monopolist's price umbrella*)⁶⁹⁹.

En el caso *SACEM*, el TJUE indicó que cuando una empresa en posición de dominio imponga precios distintos por sus servicios en diferentes Estados, y la comparación de los niveles de precios se ha llevado a cabo sobre una base consistente (tomando en consideración los diversos factores internos y externos que pueden determinar diferencias de costes en los distintos mercados), la diferencia debe entenderse indicativa de abuso de posición dominante. En tal caso, queda a la responsabilidad de

⁶⁹⁸ MOTTA, M., DE STREEL, A., “Excessive pricing in competition law: never say never”, *op.cit.*, pág. 36.

⁶⁹⁹ FOX, E., “Monopolization and Dominance in the United States and the European Union”, *Notre Dame Law Review*, vol. 61, n° 5, 1886, págs. 981-1020, pág. 993.

la empresa justificar la diferencia haciendo alusión a disparidades objetivas entre la situación en un Estado Miembro y en otros.

En nuestra opinión, como en el supuesto anterior, la existencia de importaciones paralelas puede ser un claro indicativo de que los precios son distintos en los diferentes Estados sin causa objetiva que los justifique (si los costes de transporte, impuestos, etc. pueden ser afrontados por la empresa importadora manteniendo el precio del producto más bajo que el fijado por la empresa fabricante, es posible que se estén obteniendo beneficios superiores por la empresa fabricante, o la empresa podría ser más eficiente), lo suficiente como para que el pago del precio del producto y las costas de transporte compensen.

Los problemas de comparar precios en territorios y de suministradores distintos con el objetivo de determinar si un precio es excesivo son más que claras⁷⁰⁰. La Comisión reconoció este mismo problema en *Sterling Airways*⁷⁰¹, donde se dudaba de la validez de la aproximación basada en la comparación entre empresas como herramienta para determinar un precio excesivo.

No obstante, y mitigando las preocupaciones al respecto, el Tribunal no siempre se centra únicamente en el resultado para determinar el carácter abusivo del precio. En el caso *Sabena*⁷⁰², se puede encontrar otra referencia a la estructura de costes y estrategia comercial de las empresas.

En cualquier caso, somos de la opinión de que las comparaciones en mercados geográficos distintos, ya sean productos de la misma empresa o

⁷⁰⁰ FURSE, M., "Excessive prices, unfair prices and economic value: the law of excessive pricing under article 82 EC and the chapter II prohibition", *op.cit.*, pág. 66.

⁷⁰¹ Comisión, XTh report on Competition Policy, apartados 136 y 137.

⁷⁰² Decisión de la Comisión europea 88/589/EEC: Commission Decision of 4 November 1988 relating to a proceeding under Article 86 of the EEC Treaty (IV/32.318, London European - Sabena).

de empresas distintas, deben realizarse con extrema prudencia y considerar que, además de las distorsiones de precios excesivos que puede haber introducido la empresa, existen otro tipo de circunstancias que escapan al control de las mismas y que, por lo tanto, deberían tenerse en cuenta.

Cuando se lleva a cabo este tipo de comparación, se debe exigir que los productos tengan condiciones equivalentes: sean de una calidad similar, las empresas cuenten con volúmenes de ventas parecidos, se debe tener en cuenta el tamaño de los mercados, etc. De esta forma se conseguirá una base comparativa consistente. En segundo lugar, habrá que estudiar las diferencias respecto a la estructura de cada mercado, los costes de las empresas, etc., factores todos que pueden alterar los niveles de precios en cada Estado. Asimismo, se deberá atender al momento del ciclo de vida del producto en cada país, ya que los precios van cambiando a lo largo del mismo (que esté arraigado el producto o que acabe de entrar en el mercado el producto, el ciclo de crecimiento de la empresa tiene una influencia vital en los precios que puede fijar, etc.). Por último, en este tipo de análisis se suele tener en cuenta como precio competitivo el de uno o varios países, pero podría ser que la referencia utilizada estuviera viciada de anticompetitividad, esto es, que no se tratase de un precio referencial competitivo. Si éste fuera el caso, las conclusiones basadas en un parámetro no competitivo serían erróneas⁷⁰³. En este sentido, merece la pena proceder a un análisis somero, sin necesidad de respetar el rigor del análisis principal, del precio de referencia y dejar, para el caso de que la empresa analizada así lo considere, la crítica en profundidad del mismo para la defensa de la empresa analizada.

⁷⁰³ MUÑOZ, E., ZOIDO, E., “Precios excesivos y discriminatorios en el expediente televisiones: un enfoque económico”, *op.cit.*, págs. 411 y 412.

2.3.3.3. Margen de diferencia entre los precios analizados y los de referencia

Como sucede en el test del carácter excesivo, una vez se ha encontrado una diferencia entre el precio de referencia y el precio analizado, surge el problema de cuál es el margen entre unos precios y otros que permita afirmar que el precio es, pese a ser excesivo, equitativo y no abusivo, o de otra forma, cuál es la diferencia entre los precios de los productos comparados que el TJUE puede considerar aceptable.

En primer lugar se debe concluir que el Tribunal no ha fijado un margen general aplicable a cualquier tipo de bien en cualquier mercado. En cambio, lo que se produce es un estudio y análisis de cada caso particular⁷⁰⁴. No obstante, es interesante realizar un repaso de los márgenes que se han considerado inaceptables en las diferentes sentencias que el TJUE ha tenido la oportunidad de estudiar y comprobar si responde o no a alguna lógica.

En alguna ocasión se ha considerado que una discrepancia del 7% entre los precios de la empresa en cuestión y las tarifas de sus principales competidores no debería ser causa automática de precio excesivo por ser “exagerada” e “injusta” –aunque es incierto un mayor margen sí se habría

⁷⁰⁴ En USA, en los supuestos de *price gouging*, se ha intentado concretar en las leyes estatales cuál es el porcentaje permitido en la subida de precios y éste se ha establecido en relación con los precios pre emergencia. Así, por ejemplo, en Kansas se ha decretado que una subida de un 25% por encima de tal precio puede considerarse, prima facie, un exceso exorbitante, de no ser que la subida del precio esté relacionada con la subida de los costes. Igualmente, en el Estado de Nueva York se ha sugerido que se presuma que existe *price gouging* cuando el incremento sea de un 25% tras la declaración de la emergencia. FEDERAL TRADE COMMISSION, *Investigation of gasoline price manipulation and post- Katrina gasoline price increases*, 2006, págs. 190 y 191 a disposición para descargar en <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/federal-trade-commission-investigation-gasoline-price-manipulation-and-post-katrina-gasoline-price/060518publicgasolinepricesinvestigationreportfinal.pdf>.

considerado excesivo⁷⁰⁵-. La calidad de los pagos ofrecidos por la empresa dominante, la reputación de la marca que ostenta y la eficacia de su servicio post-venta eran aptos para justificar tales diferencias⁷⁰⁶.

Otros márgenes que se han barajado como excesivos en algunas sentencias del TJUE oscilan entre el 100 y el 1400% sobre los precios competitivos. En *British Leyland*, las tasas cobradas por la compañía eran un 600% superiores en el periodo de tiempo investigado. Un margen del 100% se descubrió en el caso *ITT/Promedia*⁷⁰⁷. En *Napp*⁷⁰⁸, en cambio, las diferencias eran del 30-40% (en uno de los segmentos de mercado estudiados) más elevados que los competidores. No obstante, cuando se comparaban los precios en los distintos segmentos de mercado en los que suministraba la empresa (hospital y venta a la comunidad), las diferencias podían oscilar, en determinados casos, entre un 1400 y un 2000%.

De lo que es consciente el Tribunal es que pequeñas oscilaciones entre los precios comparados pueden carecer de significado, ya que los resultados que permite obtener el análisis de la contabilidad son aproximados y de esta forma, las pequeñas distorsiones o diferencias entre mercados tampoco pasarán factura. Por lo tanto, los porcentajes de diferencia deben tratarse de forma orientativa.

Asimismo, aunque ésta no sea una crítica nueva, debe recordarse que, mientras que es cierto que los costes directos de producir un bien o proveer un servicio pueden ser estimados de forma sencilla, la cuestión se torna compleja cuando se trata de costes comunes de empresas

⁷⁰⁵ KORAH, V., *An introductory guide to EC competition law and practice*, op.cit., pág. 202.

⁷⁰⁶ LAURENT P., “el abuso de posición dominante”, *Noticias /CEE*, nº 34, 1987, pág. 68.

⁷⁰⁷ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta ampliada) de 17 de julio de 1998.

⁷⁰⁸ Decision of the Director General of Fair Trading No CA98/2/2001, 30 March 2001.

multiproducto. En estos supuestos, se produce una imputación de los costes, operación que presenta una cierta dosis de arbitrariedad y que puede ser distinta en cada una de las empresas multiproducto que se comparan.

Para finalizar, es conveniente recordar que, el hecho de que del análisis de la contabilidad y el segundo nivel se haya obtenido un resultado descompensado, no quiere decir que automáticamente se pueda sancionar a la empresa por un ilícito de Derecho de la competencia. Ésta va a tener la oportunidad de alegar una causa que justifique tal comportamiento. No obstante, cuanto mayor sea la brecha entre los costes y los precios y entre los precios con otras empresas, más fundamentada deberá estar la justificación ofrecida para evitar la calificación de abuso constituido por la ausencia de relación razonable entre el precio y el valor económico⁷⁰⁹.

3. STRESS TEST DEL PROPIO TEST

Cualquier prohibición legal debe cumplir dos requisitos, en primer lugar, tener un efecto disuasorio⁷¹⁰ y, en segundo, incluir un test para determinar correctamente si ha existido o no una violación de tal prohibición⁷¹¹.

⁷⁰⁹ LAURENT P., “el abuso de posición dominante”, *op.cit.*, pág. 68.

⁷¹⁰ Respecto del efecto disuasorio, se ha establecido que es uno de los fines principales de la aplicación pública del derecho de la competencia, incluso en USA, por encima del fin y objetivo de compensación de daños. Asimismo, la prevención es el segundo de los fines principales. Sólo subsidiariamente se encuentra la compensación. CRANE, D. A., “The economics of antitrust enforcement” en AAVV., *Antitrust Law and Economics*, ed. K. N. Hylton, Edward Elgar, Northampton, págs. 1-23, pág. 3.

⁷¹¹ AKMAN, P., GARROD, L., “When Are Excessive Prices Unfair?”, *op.cit.*, pág. 406.

Para funcionar correctamente, la prueba para establecer si se ha producido un comportamiento ilícito debería satisfacer varios criterios cumulativos: estar bien definida o trazada, ofrecer seguridad jurídica *ex ante*⁷¹², ser sencilla de implementar, mejorar el bienestar⁷¹³ y tener una respuesta lo suficientemente grave y efectiva⁷¹⁴.

En lo que respecta a la primera condición, el test tiene que delimitar lo que se entiende como abuso y los parámetros que determinan su existencia. No parece que la primera de las condiciones se cumpla en el test proyectado en *United Brands*, pues la definición de precio excesivo ofrecida por la jurisprudencia como aquél que no tiene una relación razonable con el valor del producto introduce conceptos jurídicos abiertos e indefinidos como *razonable* y *valor económico* y otros como pueden ser “no equitativo” y “excesivo” todos ellos vagos inherentemente⁷¹⁵. Sin embargo, cualquier rama del Derecho cuenta con este tipo de conceptos jurídicos abiertos que están sujetos a interpretación por la jurisprudencia. El problema en este concreto precepto es la acumulación de los mismos y las referencias cruzadas de unos a otros que hacen que ciertas empresas

⁷¹² O'DONOGHUE, R., PADILLA, A. J., *The Law and Economics of article 82 EC*, *op.cit.*, pág. 622 subraya la importancia de ofrecer seguridad jurídica a las empresas que se encuentren en riesgo de infringir tal precepto con el test.

⁷¹³ AKMAN, P., GARROD, L., “When Are Excessive Prices Unfair?”, *op.cit.*, pág. 4.

⁷¹⁴ MONTERO, C. M., “El efecto disuasorio de los instrumentos de defensa de la competencia. Una visión en el ámbito del Derecho Administrativo” en AAVV., *1989-2007 Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia*, Círculo de empresarios, Madrid, 2008, págs. 179-212, pág. 180 y 181. JENNY, F., “Abuse of dominance by firms charging excessive or unfair prices: an assessment”, 2016, a disposición para descargar en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2880382 (version SSRN). El autor propone un test que integra todas las variables y lo aplica a la prohibición de precios excesivos.

⁷¹⁵ GERADIN, D., “Abusive pricing in an IP licensing context: an EC Competition Law analysis”, *op.cit.*, pág. 12.

puedan tener dificultades para realizar una auto-evaluación *ex ante* de la licitud de sus conductas.

Asimismo, el TJUE deja establecido que éste no es el único método al que puede recurrirse para establecer la naturaleza abusiva de un precio. Pueden existir y, por ende, utilizarse, técnicas alternativas para determinar tal extremo. No obstante, el Tribunal exclusivamente lo deja apuntado sin hacer mayor referencia a la cuestión (que, por otra parte, es de las más importantes). Esto supone que, al menos teóricamente, la Comisión puede elaborar cualquier otro test para evaluar el nivel de precios de la empresa que no sea conocido previamente por la empresa investigada. A la inversa, también permite construir defensas novedosas a las empresas para justificar su nivel de precios.

Respecto de la segunda condición –la seguridad jurídica *ex ante*–, y estrechamente en relación con los apuntes anteriores, se requiere que el test sea conocido por las empresas de forma previa a la toma de sus decisiones sobre la fijación de los precios. Se trata de un requisito de previsibilidad y seguridad jurídica que permitiría que los propios participantes en el mercado puedan realizar un análisis previo de si se entenderá cometido un ilícito.

El conocimiento de los parámetros tomados en consideración debe informar a las empresas de qué precios pueden suponer una infracción de la Ley y cuáles no. Este test, no obstante, no parece satisfacer este requisito por dos motivos: no aporta seguridad jurídica respecto a las condiciones de aplicación de la prohibición (no queda claro si se aplica a todas las empresas dominantes o sólo a aquellos casos específicos donde existan los potenciales efectos adversos). Tampoco comporta seguridad el hecho de que sea incierto cuándo un precio será abusivo de forma

anticipada. No obstante, respecto a esta segunda objeción, la segunda parte del test parece ser de alguna ayuda, ya que las empresas que no estén convencidas de la licitud del precio fijado pueden compararse con los precios de otras empresas, si es que existiese un precio comparable. Asimismo, no parece que pueda establecerse una coherencia en los estándares promovidos por el TJUE⁷¹⁶.

En tercer lugar, se exige sencillez en su implementación de forma que la información relevante sea fácil de recabar para quien debe aplicarlo. Este criterio tampoco queda satisfecho porque, en muchas ocasiones, la información no estará disponible y es posible que existan dificultades en lo que se refiere al cálculo de los beneficios económicos a través de los datos de la contabilidad⁷¹⁷. Asimismo, incluso en el supuesto de que la información se encuentre disponible, es complicado determinar cuándo un precio no tiene una relación razonable con el valor económico del producto, dada la escasez de casos que permitan la elaboración de una doctrina jurisprudencial clara y también vista la poca claridad sobre la forma de determinación de si un margen de beneficios es excesivo y, por lo tanto, fijar de forma no arbitraria cuándo un precio no es equitativo. Asimismo, como también se ha puesto de relieve, no siempre habrá precios que puedan actuar de parámetro.

⁷¹⁶ GERADIN, D., “Abusive pricing in an IP licensing context: an EC Competition Law analysis”, *op.cit.*, pág. 13.

⁷¹⁷ OXERA, “Assessing profitability in competition policy analysis”, *op.cit.*, pág. 12. Como pone de relieve el informe, los datos contables son esenciales para el estudio de los beneficios. Sin embargo, uno de los problemas que identifica el informe en torno a los mismos se refiere, igualmente, al hecho de que las empresas elaboran la contabilidad a efectos generales, hecho que hace complejo utilizarlos en un análisis de Derecho de competencia. El segundo de los problemas es que, aun no siendo así, los principios contables siguen siendo suficientemente flexibles como para permitir un margen de maniobra importante a las empresas a la hora de adoptar una política contable que hará que las unas difieran de las otras y no se adopte una política homogénea.

Respecto del requisito referido al aumento del bienestar, es necesario remitirse al debate previo en lo que atañe a la conveniencia de prohibir los precios excesivos. Siendo breve porque ésta es una cuestión que se tratará en profundidad más adelante, la doctrina está dividida entre aquéllos que sostienen que los precios excesivos son un problema competitivo y aquéllos que los ven como una oportunidad. Estos últimos entienden que, siendo cierto que a corto plazo los precios excesivos dañan a los consumidores, en el largo plazo éstos se ven compensados por dos motivos. En primer lugar, se asume que tales precios son un incentivo que contribuye al fomento de la investigación, el desarrollo y la competencia. Dicho de otro modo, se trata de un incentivo para que las empresas se diferencien creando otros mercados o siendo los mejores en el mercado. En segundo lugar, estos precios funcionan como efecto llamada para potenciales competidores que deseen participar en un mercado con altos márgenes de beneficio. De esta forma, se atrae a competencia que, automáticamente, contribuye a bajar el precio y a mejorar el producto. Por otra parte, la segunda línea de pensamiento se inclina por entender los precios excesivos como un mal para los consumidores, que habría que evitar.

En esencia, el requisito consistente en el aumento del bienestar a través de la implementación del test se cumpliría si con el mismo se pudiera prevenir y evitar la explotación de los consumidores sin sufrir, a cambio, los supuestos efectos adversos a largo plazo sobre la inversión, la innovación y la disminución de los precios.

Por último, se exige que la respuesta sea suficientemente grave y efectiva para que la medida tenga un efecto verdaderamente disuasorio. Con ello nos referimos al perjuicio previsto por la norma jurídica, que

tiene que ser proporcionado, es decir, tener una relación de proporcionalidad con la gravedad de la lesión y la causación de efectos y que debe ser ejecutada de forma eficaz y efectiva.

Debido a los problemas que plantea el propio test de *United Brands*, y en base a los antecedentes jurisprudenciales (en su mayor parte no condenatorios por distintas causas), se puede establecer que la probabilidad de que un caso de precios excesivos por explotación fracase es ciertamente elevada. Por lo tanto, podemos mantener que el efecto disuasorio de la prohibición es bajo y, si bien lo positivo es que la aparición de errores de tipo I⁷¹⁸(condena de empresas cuya conducta es competitiva) sería infrecuente, sería extremadamente complicado intervenir para evitar daños directos a los consumidores en circunstancias excepcionales donde los efectos adversos de la intervención fueran mínimos⁷¹⁹.

A mayor abundamiento en los problemas que plantea este test, parte de la doctrina se refiere al mismo –un test que se dedique a establecer o determinar la existencia de un precio excesivo- como “*a folk impossibility theorem*”⁷²⁰. Estos autores defienden que no existe un test para juzgar los precios excesivos que sea, al mismo tiempo, objetivo y eficiente. El requisito de objetividad se satisfaría si se cumplieran,

⁷¹⁸ Aquéllos que consisten en la condena de una empresa que no ha cometido un ilícito.

⁷¹⁹ AKMAN, P., GARROD, L., “When Are Excessive Prices Unfair?”, *op.cit.*, pág. 5.

⁷²⁰ EVANS, D. S., PADILLA, J., “Excessive prices: using economics to define administrable legal rules”, *op.cit.*, pág. 18 y ss. Inspirado en el teorema de la imposibilidad de Kenneth Arrow, quien sostiene que es imposible diseñar una regla de elección social a través de las elecciones individuales de los miembros de tal sociedad cuando la misma esté compuesta por más de dos individuos y puedan ordenar de forma jerárquica individualmente entre más de tres opciones. En estos casos será imposible de cumplir con las exigencias mínimas esperadas de una elección social introducidas por Arrow. En este sentido, con esta afirmación, lo que se sostiene por los autores es que es imposible encontrar un test para juzgar el carácter excesivo de un precio que cumpla las dos condiciones impuestas por los mismos: objetividad y eficiencia.

asimismo, varias condiciones: la especificación del nivel de precio y beneficios que se utilizarán en la determinación, la identificación de un referente no ambiguo y efectivo y la definición de un marco para el precio o beneficio variable. La regla puede concretar diferentes términos en función de los distintos tipos de actividad económica en análisis, aunque esto debe determinarse de forma previa. Una regla objetiva debería tener en cuenta resultados predecibles y, por ello, generar seguridad jurídica. Esta exigencia es importante porque, de otra forma, las empresas no sabrían cuándo están llevando a cabo una conducta ilícita. Un régimen regulatorio inseguro crearía resultados *ex post* injustos por su inconsistencia y tendría consecuencias potenciales en las decisiones *ex ante* de las inversiones de producto.

En segundo lugar, para ser eficiente, una regla general debería establecer que los precios son excesivos sólo cuando se alcancen niveles que reduzcan la eficiencia estática y dinámica del mercado en detrimento de los consumidores, entre otros, cuando causan un daño a los consumidores a largo plazo.

Desde esta perspectiva se predica la imposibilidad de satisfacer estos dos requisitos (objetividad y eficiencia). Esta supuesta incompatibilidad de aunar los dos requisitos en un mismo test es claramente una de las razones por las que la Comisión y los tribunales han sido tradicionalmente conservadores en la aplicación de este precepto, aunque no se haya renunciado explícitamente a su persecución.

Así pues, debe asumirse que hay que optar por la flexibilización de los estándares exigidos en el test para cada ocasión sin poder anticipar los resultados con total certidumbre. Incluso conociendo todos los hechos del caso, las decisiones seguirían siendo controvertidas e implicarían

numerosos juicios de valor. Por lo tanto, en la eterna disyuntiva entre seguridad jurídica y equidad en lo que atiene al desarrollo e implementación de un test que permita descubrir los precios excesivos, nos decantamos por la equidad de resultado.

4. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL: PORT OF HELSINGBORG

4.1. Presentación del caso

En la decisión *Puerto de Helsingborg*⁷²¹, pese a que se anuncia que se va a utilizar el mismo test establecido en la STJUE *United Brands*⁷²² para determinar si existe una relación razonable entre el valor económico del producto y el precio fijado por la empresa, la Comisión siguió una aproximación ligeramente distinta con unas posibles repercusiones considerables: hace una incorporación, en nuestra opinión, equivocada, de la relevancia de la demanda en el análisis de la naturaleza excesiva del precio.

La Comisión comienza anunciando que utilizará, para llevar a cabo esta valoración, el test elaborado por la Sentencia *United Brands*, es decir, el test compuesto por dos niveles cumulativos (y de necesaria concurrencia en la valoración del carácter excesivo del precio excesivo⁷²³)⁷²⁴. No obstante, a pesar de que en tal test empleó una

⁷²¹ Case COMP/A.36.568/D3 – Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg.

⁷²² Apartado 145 de la decisión Puerto de Helsingborg.

⁷²³ De hecho, en el apartado 216 de la decisión, la Comisión pone de relieve que en cualquier caso, no es suficiente la comprobación del primer nivel del test, es decir, la confirmación de que entre los costes y los precios media una relación no razonable, sino que se exige la comprobación de sí, además, este beneficio es no equitativo en sí mismo o en comparación con otros.

aproximación *cost-plus*⁷²⁵, la Comisión entiende que el valor económico de un bien no puede ser exclusivamente determinado de esta forma⁷²⁶.

Durante el estudio de la cuestión, la propia Comisión puso de relieve las inconsistencias en lo que se refiere a los costes incurridos por la empresa y alegados por la misma. Por motivos de no aportación de información o aportación de información de forma inexacta e incompleta, la Comisión llevó a cabo una distribución de costes entre los distintos bienes que produce la empresa de forma aproximada y no exacta⁷²⁷. Como tampoco se aportaron los datos (modelo de costes) por parte de la empresa, la Comisión recogió los datos aportados en los informes financieros auditados. Siendo esta aproximación ciertamente estricta y habiendo reconocido esta circunstancia la propia Comisión.

Asimismo, la Comisión subrayó que las empresas, en la tarea de fijar los precios de venta o suministro de sus productos, no necesariamente lo hacen teniendo en cuenta los costes que han tenido que asumir para producirlos, sino que es legítimo que la misma quiera cubrir el coste del capital, a saber, el beneficio que permitiría que la compañía repartiera beneficios entre sus accionistas a un nivel apropiado. Éste no es un gasto

⁷²⁴ Pese a que determinados autores defienden que, siendo el objetivo de los dos niveles del test el mismo (la comprobación de si los precios se encuentran significativamente por encima del nivel competitivo), no haría falta recurrir a los dos niveles. MOTTA, M., STREEL, A., “Excessive pricing and price squeeze under EU Law”, *op.cit.*, pág. 96.

⁷²⁵ *Cost plus* significa que el valor económico de un bien debe calcularse adicionando a los costes incurridos un beneficio razonable, que será un porcentaje de tales costes. Cualquier precio que exceda el valor económico calculado de esta forma será considerado no equitativo. Apartado 219 de la Decisión de Helsingborg.

⁷²⁶ Apartado 221 de la Decisión de Helsingborg.

⁷²⁷ WOOD, D., SEIKYTE, S., “Article 82 and cost allocation. The Scandlines decision”, *Competition Law Antitrust law and policy in a global market inside*, 2006, págs. 13-15, pág. 14. En esta distribución aproximada de los costes, se realizaron las dos siguientes observaciones preliminares: La mayor parte de los costes del puerto son fijos y los costes variables sin menores. En segundo lugar, la mayor parte de los costes debe tratarse como costes distribuibles.

que esté se encuentre comprometido en la contabilidad o en los informes financieros auditados. No obstante, este tipo de coste puede ser considerado como una carga para la empresa a la hora de fijar el precio del bien⁷²⁸.

Hasta ese punto no parece distanciarse mucho de los criterios tenidos en cuenta hasta el momento en este tipo de análisis. No obstante, renglón seguido estableció que la aproximación *cost-plus* no era un método apropiado para el supuesto estudiado, ya que entendía que se deberían tomar en consideración otros factores que dependen de las circunstancias de cada caso y que no necesariamente están relacionados con los costes, como, por ejemplo, en este caso, la demanda. La Comisión juzgó en el supuesto aludido que la demanda, sobre todo una demanda elevada, indica que los consumidores están dispuestos a pagar un precio más elevado a cambio de un bien porque lo consideran valioso, dado que cubre de forma óptima sus necesidades, y, en el caso presente, se concluyó que “la perfecta ubicación del mismo” debía valorarse, asimismo, como bien inmaterial.

El análisis llevado a cabo de todas las circunstancias enumeradas derivó en que la Comisión manifestase que no se podía apreciar un desequilibrio entre el precio y el valor económico del bien.

4.2. Análisis crítico de esta decisión: Implicaciones a futuro

En esta sección se trata de poner de relieve por qué la consideración de la demanda como factor que justifique un precio excesivo no es una línea oportuna en el estudio de este tipo de cuestiones.

⁷²⁸ Apartado 244 de la Decisión Puerto de Helsingborg.

Somos conscientes de que en la STJUE *United Brands* el Tribunal deja la puerta abierta a determinar el valor económico de un bien de forma no objetiva. Y parece que la Comisión, haciéndose eco de tal posibilidad, ha rechazado la aproximación *cost-plus* estricta para determinar el valor económico de una forma distinta, a saber, teniendo en cuenta factores no relacionados con los costes⁷²⁹.

Una de las primeros apuntes que se ha realizado en el trabajo es la necesaria redefinición de una posición de dominio, que viene determinada tanto por factores relativos a la oferta, como a la demanda. Pese a que la incorporación de la demanda como una de las variables a tener en cuenta en la determinación del valor económico resulte aplaudida por cierta doctrina⁷³⁰, en nuestra opinión es ciertamente equivocada.

Se trata de dos cuestiones distintas la de tener en cuenta y reflejar en el análisis del carácter excesivo del precio en relación con su valor económico variables no estrictamente reflejadas en la contabilidad (como puede ser el riesgo o las eficiencias producidas por un producto determinado) y la de utilizar la demanda como indicador de un supuesto valor económico a considerar. En una auténtica posición de dominio o una posición de dominio estricta, los consumidores no tienen alternativa a la que recurrir y tampoco están en posición de optar por no consumir tal bien. La demanda, en estos escenarios, es inelástica. Por lo tanto, apreciar este aspecto como factor que permita fijar unos precios excesivos es abrir la veda para que cualquier empresa en verdadera posición de dominio imponga precios monopolísticos.

⁷²⁹ Puede defenderse que en el caso *Ahmed Saeed*, el TJUE ya anticipó –en el apartado 43– esta valoración cuando estableció que los precios deben reflejar las necesidades de los consumidores.

⁷³⁰ O'DONOGHUE, R., PADILLA, A. J., *The Law and Economics of article 82 EC*, *op.cit.*, pág. 612.

No discutimos que, en una situación competitiva, tenga sentido utilizar la demanda como indicador del valor de un bien. No obstante, como se ha puesto de relieve, esta aproximación carece de fundamento en una situación de posición dominante porque no actúa como indicador de valoración de ese tipo de bien por encima de otros, sino como indicio de existencia de posición de dominio. El hecho de que cuente con una masa importante de consumidores utilizando el bien que se ha introducido en el mercado responde simplemente a la inexistencia de alternativas que cubran o satisfagan tal necesidad, sobre todo si el precio está objetivamente desconectado del valor del bien.

La postura en la que nos identificamos quedó plasmada en la decisión en el caso *Microsoft*, donde la Comisión entendió que para que fuera razonable el precio que Microsoft cargaba a cambio de aportar la información que permitiera la interoperabilidad y que debería permitir a los competidores competir de forma viable con Microsoft, la misma debía representar una compensación justa por el valor de la tecnología transferida, excluyendo el valor que podría derivar del poder de mercado de Microsoft⁷³¹. En este supuesto, la Comisión establece clara y específicamente que se debe dejar fuera el valor que pudiera derivar del poder de mercado de la empresa analizada. Es decir, la demanda no es uno de los factores que se deba apreciar por un tribunal a la hora de detectar un precio excesivo.

⁷³¹ BELLAMY, CHILD, *European Union Law of Competition, op.cit.*, pág. 818. En nuestra opinión, esta misma lógica se aplica en los consorcios de estandarización cuando las partes se comprometen a la cláusula FRAND que impide que aprovechen del valor intrínseco aportado del proceso de estandarización que, en muchas ocasiones produce una verdadera posición de dominio.

5. TESTS ALTERNATIVOS DE DETECCIÓN DE PRECIOS EXCESIVOS

Una de las reglas para determinar la equidad de un precio es la de la aproximación basada en los costes, como hemos estudiado. Pero no es la única. Existen métodos alternativos, que serán los que se presenten críticamente a continuación.

En nuestra opinión, y en la del TJUE (en *United Brands*), es importante poner al mismo nivel la necesidad de mejorar el test ya establecido y la oportunidad de desarrollar métodos alternativos de detección de precios excesivos. En este sentido, la doctrina ha propuesto el sistema del *dual entitlement* (beneficio dual/doble) como método para determinar si los precios son abusivos⁷³². Es decir, esta alternativa propuesta operaría en el segundo nivel del test como sustituto a la comparativa con precios de referencia. Asimismo, haremos una breve referencia al sistema de acumulación de pruebas, a un método estructural utilizado en el caso *Mittal* y al caso *Naloo*. Por último, haremos una referencia al posible uso de la técnica utilizada en el cálculo de daños derivados de acuerdos restrictivos para determinar un precio excesivo.

5.1. TEORÍA DEL DUAL ENTITLEMENT

La tesis central de esta teoría radica en que las dos partes participantes en una transacción mercantil están legitimadas para obtener un beneficio,

⁷³² Este test sirve exclusivamente a los efectos de la determinación del carácter abusivo en el caso de precios excesivos, no en el supuesto de cualquier otro tipo de precios abusivos, como los predatorios porque los consumidores perciben como equitativo un cambio en el precio que aumenta su bienestar disminuyendo el del empresario, aunque sea a corto plazo (momento en el cual podrían estar incurriendo en precio predatorio).

no considerándose equitativo el hecho de que la empresa exija un precio por el que alcance un beneficio a costa de aquél al que están facultados los consumidores⁷³³.

En este postulado se pone de relieve la existencia de dos dimensiones en las decisiones tomadas respecto de la fijación de los precios: la económica y la psicológica. En ocasiones, las teorías económicas fallan en la explicación de determinadas conductas⁷³⁴, y es en estos puntos donde tiene sentido recurrir a las consideraciones psicológicas tras determinadas acciones. Esta teoría se dirige a estudiar las reacciones psicológicas de los consumidores sobre el precio o un cambio en el mismo considerando en ocasiones equitativo y en ocasiones no equitativo el precio, dependiendo de determinadas circunstancias.

La regla principal de la utilidad transaccional radica en que el precio real sea el mismo que el precio de referencia interno. Este precio de referencia interno se define como el estándar con el que se comparan los precios y se determina, básicamente, por el *status quo* objetivo. Se trata del precio que espera un comprador y se basa tanto en experiencias anteriores como en precios de referencia externos recogidos en publicidad y promociones de ventas⁷³⁵. Este precio interno de referencia no es sólo una expectativa, sino también un beneficio que el comprador entiende que merece.

La teoría se basa en una norma económica generalmente asentada: las dos partes de una transacción económica deben obtener un beneficio

⁷³³ AKMAN, P., GARROD, L., “When are excessive prices unfair?”, *op.cit.*, pág. 405.

⁷³⁴ Por ejemplo, por qué aunque los vendedores tengan la posibilidad de aumentar los precios por las circunstancias del mercado durante un corto plazo, no lo hacen.

⁷³⁵ MAXWELL, S., “Rule-based price fairness and its effect on willingness to purchase”, *Journal of economic psychology*, vol. 23, nº 2, 2002, págs. 191-212, pág. 193.

“normal”⁷³⁶. En esta línea, la teoría propuesta del beneficio dual analiza tres criterios: la causalidad –en este apartado se promueve un análisis sobre si la causa de la acción es interna o externa-, el control –si era voluntario o negligente el aumento de precio o si, por otra parte, era inevitable- y la estabilidad en el tiempo de la causa que ha motivado el aumento⁷³⁷.

De diversos estudios empíricos practicados se obtuvieron las siguientes conclusiones. En primer lugar, los consumidores entienden equitativo un aumento del precio⁷³⁸ si tiene una justificación en un aumento de los costes, precisamente por la asunción de que el vendedor también tiene derecho a obtener parte de beneficios. No obstante, esta aceptación dependerá de si la causa de tal aumento de costes es interna o externa. Los consumidores perciben el aumento de precio como no equitativo si la causa es interna. En cambio, queda justificado, desde la perspectiva de los consumidores, un aumento del precio que tenga que ver con una causa incontrolable, y no lo estará cuando el aumento se deba a una voluntad del vendedor de alinear sus precios con otros más elevados

⁷³⁶ VAIDYANATHAN, R., AGGARWAL, P., “Who is the fairest of them all? An attributional approach to price fairness perceptions”, *Journal of business review*, nº 56, 2003, págs. 453-463, pág. 454.

⁷³⁷ *Íbidem*.

⁷³⁸ Los consumidores solo consideran injusto el precio cuando supera el que ellos habrían esperado, pero no cuando es inferior. La percepción de la no equidad del aumento de un precio se producirá aunque éste sea escaso. Por lo tanto, éste es uno de los motivos por los que podríamos entender que el test no funciona correctamente, ya que el margen de beneficios debe ser muy elevado, no sólo elevado. ¿Cuál es la razón de que no vean injusto un precio inferior a sus expectativas? Que los consumidores son conscientes de que los empresarios tienen más información que ellos para fijar los precios. Existe un desequilibrio en la información que poseen, por lo que asumirán que ellos han hecho una mala previsión. Además, piensa que un vendedor racional no vendería perdiendo dinero, por lo tanto, asumirán que, aun con ese precio, obtienen un beneficio. Por esa razón no es bueno para funcionar con predatorios.

en el mercado⁷³⁹. No todos los precios que son externos a la voluntad del vendedor serán considerados siempre equitativos, sino que los consumidores tendrán en cuenta la posibilidad, por parte del vendedor, de controlar los mismos.

La teoría parece ser coherente con los resultados que deberían obtenerse con la aplicación del test ya existente de *United Brands*. De hecho, un precio no se considerará excesivo si existe una relación normal entre los precios fijados por la empresa y los costes de producir el producto en cuestión. Por lo tanto, si existe un aumento de los costes, será lícito que haya un aumento de precios. De otra forma, quizás podría incurrir la empresa en el ilícito contrario, los precios predatorios.

Sin embargo, es importante apuntar que aunque se pueda producir un aumento en el precio, en el caso de aumentar el coste de producción del bien, para ser equitativo, debería repartirse entre la parte productora y la parte consumidora porque, si repercute todo el aumento del coste de producción, la empresa obtiene más beneficios⁷⁴⁰. No obstante, esto no se refleja en el principio de beneficio dual. Donde los consumidores entienden justo que haya un aumento del precio en el mismo nivel que el aumento en los costes⁷⁴¹.

Además, como pone de relieve la del TJUE *SACEM II*, no cualquier aumento de coste será una justificación suficiente para poder aumentar los precios. De hecho, las empresas cuyos costes se mantengan en un nivel

⁷³⁹ VAIDYANATHAN, R., AGGARWAL, P., “Who is the fairest of them all? An attributional approach to price fairness perceptions”, *op.cit.*, pág. 456.

⁷⁴⁰ Ej: en enero producir un bien cuesta 5. La empresa lo vende a 15. La empresa obtiene un beneficio de 10. En marzo producir el mismo bien cuesta 10. La empresa repercute todo el aumento en el consumidor, por lo tanto, lo vende a 25. La empresa gana 15. Esos 5 euros deberían ser repartidos entre las dos partes.

⁷⁴¹ AKMAN, P., GARROD, L., “When are excessive prices unfair?”, *op.cit.*, pág. 413.

elevado o aumenten debido a la ineficiencia de la empresa serán sancionadas igualmente. Esto, otra vez, vuelve a ser correlativo con la variable del control. Si está dentro del ámbito de acción de la empresa alterar las condiciones para ser más eficiente y reducir los costes, el hecho de que los mantenga elevados o los aumente podrá ser considerado no equitativo aunque su margen de beneficios no aumente.

El problema evidente que presenta esta teoría es que los consumidores normalmente no tienen a su disposición la información que les permitiría llevar a cabo este tipo de examen y juicio sobre la equidad de un precio. No se espera de los compradores que éstos sepan qué prácticas se han seguido en la fijación de un precio por parte del vendedor. La información objetiva es importante, sin duda, pero las inferencias se realizan de cualquier información: como por ejemplo, la probabilidad de que el vendedor haya cumplido las reglas.

Por otra parte, existen autores que entienden que la teoría del beneficio dual no es siempre apropiada dado que los consumidores consideran no equitativos igualmente los aumentos de precios que se aprovechan de las diferencias entre la demanda y la oferta⁷⁴². No obstante, en nuestra opinión, éste es uno de los escenarios donde el ilícito de precios excesivos se pone de manifiesto. Precisamente cuando haya una diferencia entre la oferta y la demanda es probable que exista una posición de dominio y si la misma se utiliza, además, para explotar a los consumidores, no entendemos qué otro escenario más claro de abuso de posición de dominio puede existir.

⁷⁴² AKMAN, P., GARROD, L., “When are excessive prices unfair?”, *op.cit.*, pág. 412. La autora entiende que deberían quedar fuera de la prohibición de precios excesivos aquéllos precios que se dirijan a la explotación de la diferencia existente entre las fuerzas de la oferta y la demanda. En estos casos, las empresas aumentarían los precios y los consumidores lo percibirían como no equitativo.

Otro de los fallos del test del beneficio dual se produce en una situación en la que el coste de producir el bien desciende y el precio, sin embargo, no lo acompaña correlativamente. En este caso, la percepción de los consumidores se queda fija en la competitividad del mismo⁷⁴³. Esto, en opinión de la doctrina, es coherente con el hecho de que no sea suficiente un nivel del test para considerar excesivo un precio, es decir, que el hecho de que el margen entre coste y beneficio sea alto no es suficiente como para poder establecer que los precios son elevados. Un test que sólo analizara el margen de beneficios obtenido por el empresario tendría un problema clave: el del desincentivo de la eficiencia.

En nuestra opinión, es posible matizar la necesidad de tener que revertir toda la ganancia de eficiencia en los consumidores. Siendo cierto que para reducir el margen de beneficios obtenidos y evitar la calificación de precio excesivo la empresa tiene que pasar parte del ahorro derivado de la mayor eficiencia en la producción a los consumidores, no es necesario que se repercuta todo el beneficio derivado de tal mejora de eficiencia. Teniendo en cuenta que el objetivo de las políticas de competencia se centra en la mejora del bienestar del consumidor -más surtido, más barato, mejor producto- es necesario estimular también al competidor en cierta medida. Con este fin, podría mantenerse un reparto del beneficio obtenido derivado de los aumentos de eficiencia, de forma que si bien el producto se abarata, el empresario también aumente su beneficio.

En teoría, la consecuencia que se produciría en un supuesto en el que los consumidores percibiesen que se han incumplido sus expectativas basadas en una regla social, sería una abstención de contratar con tal

⁷⁴³ KAHNEMAN, KNECHT, THALER, “Fairness as a constraint in profit seeking”, *American Economic Review*, vol. 76, nº 1, págs. 728-741.

empresa⁷⁴⁴. Ahora bien, recordemos que nos hallamos en sede de precios excesivos y que, por definición, los consumidores o clientes no tienen alternativa para tal producto (alternativa que incluye tanto un sustituto como la propia posibilidad de abstenerse), de otro modo, no estaría cumpliéndose una regla básica del ilícito de abuso de posición de dominio: la existencia de una posición de dominio. En estos casos, la consecuencia derivada de la regla social no sería viable y debería recurrirse al Derecho de la competencia para reequilibrar los resultados.

5.2. ACUMULACIÓN DE PRUEBAS (PREDOMINANCE OF EVIDENCES)

En algunos casos, se ha recurrido para determinar la ilicitud de un precio a una “acumulación de pruebas” (*predominance of evidence* o *preponderance of the evidence*⁷⁴⁵). Ciertos autores defienden que para poder calificar un precio de excesivo, se deben realizar todas las comparaciones posibles y sólo cuando la prueba está sobradamente contrastada se puedan proceder a la sanción por el ilícito de precios excesivos⁷⁴⁶.

⁷⁴⁴ MAXWELL, S., “Rule-based price fairness and its effect on willingness to purchase”, *op.cit.*, pág. 196. En particular, respecto de las reacciones de los compradores en escenarios donde la competencia es escasa y los vendedores abusan de tal posición, véase PINON, R., FERNANDEZ, L., “Are fairness constraints on profit seeking important”, *Journal of economic psychology*, nº 16, 1995, págs. 73-96. En el estudio se muestra que la reacción a una percepción de un aumento no equitativo del precio en un escenario de competencia escasa, es, asimismo, escasa. Y la reacción dependerá sobre todo del coste de la misma. sólo en los supuestos en los que el coste de reaccionar sea bajo, los compradores lo harán.

⁷⁴⁵ EVANS, D. S., PADILLA, J., “Excessive prices: using economics to define administrable legal rules”, *op.cit.*, pág. 12.

⁷⁴⁶ MOTTA, M., DE STREEL, A., “Excessive pricing in competition law: Never say never”, *op.cit.*, pág. 37.

Ésta es la metodología adoptada en el caso *Napp*, resuelto por la OFT británica⁷⁴⁷, donde se llevó a cabo una comparación de márgenes de precio-coste (se puso en relación el margen de beneficios en dos segmentos de consumidores y también se comparó con los beneficios de sus competidores) y un contraste de precios con sus competidores, además de estudiarse la variación del precio a lo largo de los años⁷⁴⁸. Esta aproximación se encuentra más en detalle descrita en las *Draft Guidelines* de la *OFT on the assessment of the conduct*⁷⁴⁹ y se trata de varias comparaciones de costes, de precios y de beneficios.

No obstante el aparente rigor analítico de este método, la doctrina parece ser igualmente escéptica tanto respecto de una comparación somera como de este tipo de comparaciones multinivel porque, sostienen, no existen razones que apoyen que las respuestas obtenidas en varios tests ambiguos son más fiables que la respuesta a un sólo test oscuro⁷⁵⁰.

Dos problemas surgen en torno a esta metodología: el primero es la cuestión de si se debe interpretar y aplicar el derecho de la competencia británico (y por extensión el resto de derechos de la competencia

⁷⁴⁷ MUÑOZ, E., ZOIDO, E., “Precios excesivos y discriminatorios en el expediente televisiones: un enfoque económico”, *op.cit.*, pág. 409.

⁷⁴⁸ KON, S., TURNBULL, S., “Pricing and the dominant firm: implications of the Competition Commission Appeal Tribunal's judgment in the Napp case”, *European Competition Review*, vol. 24, n° 2, 2003, págs. 70-86, pág. 84 ss, relata que la CCAT que utilizó un test razonable en el que se analizaba si: los precios eran más elevados de los que se hubieran obtenido en un Mercado competitivo, no existe competencia que presiones los precios a la baja ni es probable que tal cosa suceda. Las autoridades de la competencia, además, realizaron cuatro comparaciones: los precios y costes de Napp, los precios de Napp con los costes del competidor más eficiente, los precios de Napp con aquéllos de sus competidores, los precios que Napp fijó en otros mercados.

⁷⁴⁹ A consultar en http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.of.gov.uk/share_d_of/business_leaflets/competition_law/of414a.pdf.

⁷⁵⁰ EVANS, D. S., PADILLA, J., “Excessive prices: using economics to define administrable legal rules”, *op.cit.*, pág. 17.

nacionales) de forma semejante a la que se utiliza para el art. 102 TFUE, vista la coherencia en la interpretación exigida en virtud de su Competition Act de 1998⁷⁵¹. Asimismo, no queda claro por qué la respuesta a una pluralidad de tests no precisos vaya a arrojar resultados más verídicos y exactos que la respuesta a uno solo⁷⁵². Recordemos, sin embargo, que el test doble nivel propuesto en *United Brands* responde a esta misma idea de necesaria contrastación de dos resultados: uno referido a la diferencia coste-precio y otro en el que se pone en relación el precio analizado con otros precios parámetro.

5.3. EFFICIENT DEMAND BENCHMARK: CASO NALOO

Una aproximación alternativa que se ha utilizado en una ocasión por la Comisión consiste en analizar los beneficios obtenidos por la empresa que alega los precios excesivos. En esencia, se trata de comprobar si, a pesar de tal alegado precio excesivo, la empresa denunciante o demandante ha conseguido obtener beneficios. A estos efectos, se tiene en cuenta la contabilidad de la empresa afectada en lugar de la de la empresa que fija los precios, lo cual supone una aproximación radicalmente inversa al sistema establecido en *United Brands*.

En aquel caso⁷⁵³ la Comisión no sancionó a la empresa porque entendía que la fijación de regalías elevadas no necesariamente impedía que una empresa eficiente pudiera obtener beneficios aguas abajo ni que

⁷⁵¹ O'DONOGHUE, R., PADILLA, A. J., *The Law and Economics of article 82 EC*, *op.cit.*, pág. 633.

⁷⁵² *Ibidem.*

⁷⁵³ *Naloo v Commission* (2001) ECR II 515. La decisión se recurrió y el TJUE dictó sentencia, en el caso T89/98, NATIONAL ASSOCIATION OF LICENSED OPENCAST OPERATORS (NALOO) V. COMMISSION, apartado 72.

las mismas supusieran automáticamente una desventaja competitiva para aquella empresa que las padece.

No obstante, nosotros entendemos que la Comisión ha realizado un análisis desde una perspectiva, quizás, errónea. Si se aplica este método, lo que se enjuicia es si un supuesto de precios excesivos tiene el efecto de excluir o expulsar del mercado a una empresa dada la potencial o hipotética falta de beneficios que la misma pueda obtener aguas abajo. En estos supuestos hay que referirse al estudio de precios excesivos con finalidad de excluyente o predatoria, cuyo fin es bloquear al actividad inventiva de los competidores (ejemplo paradigmático de lo cual es la negativa a suministrar, pero que, efectivamente, admite versiones matizadas como pueden ser unos precios excesivos).

El hecho de que los precios no ocasionen la expulsión del mercado de un competidor aguas abajo o que, pese al nivel de precios la empresa sea capaz de continuar produciendo beneficios (presumiblemente a través de una repercusión en sus consumidores y clientes de los costes excesivos soportados aguas arriba) no elimina la posibilidad de considerar los precios como excesivos, aunque con finalidad de explotar.

5.4. APROXIMACIÓN ESTRUCTURAL: CASO MITTAL

Pese a que el Derecho de la competencia sudafricano está notablemente influenciado por el Derecho de la competencia europeo y, por lo tanto, ha sido importada la prohibición de los precios excesivos, el Tribunal de la Competencia Sudafricano decidió, en el caso Mittal⁷⁵⁴,

⁷⁵⁴ Case No. 13/CR/Feb04, Harmony Gold Mining co ltd, Durban Roodepoort Deep Limited and Iscor Ltd, Mac Steel International BV.

alterar el tratamiento que iba a dispensar a los casos de los precios excesivos. Para poder justificar esta distinta aplicación, el Tribunal arguyó que la referencia a la naturaleza abusiva es diferente en el 102 TFUE y en la Ley de Competencia Sudafricana. Esta aseveración le proveyó de base jurídica suficiente como para entender que no se encontraba vinculado al análisis propuesto en *United Brands*.

No obstante, la decisión fue rápidamente revertida por el Tribunal de Apelación, que anuló la sentencia y criticó al Tribunal de instancia por haberse tomado libertades con la letra de la ley convirtiendo, de esta forma, el art. 8 (a) de la ley de competencia sudafricana en una herramienta al servicio de los intereses del propio Tribunal, de forma que le permitiese atajar los problemas de estructura de mercado en lugar del nivel de precios.

El Tribunal de la Competencia (Competition Tribunal) se pronunció en 2007 condenando a la empresa Mittal, quien había estado fijando precios excesivos en las ventas de acero. En 2009, sin embargo, el Tribunal de Apelación (Competition Appeal Court) anuló la decisión en virtud de un análisis de beneficios.

Los hechos del caso pueden resumirse de la siguiente forma: la empresa Mittal Steel había estado fijando el precio de venta en Sudáfrica al mismo nivel que los precios de importación. Tras haber satisfecho la demanda interna, Mittal exportaba el resto del bien, cuyo precio en el extranjero era muy inferior al del mercado interno impidiendo, además, que se reimportara a Sudáfrica con el objeto de mantener elevados los precios en el mercado interno.

El Tribunal de la Competencia estableció inicialmente que no se iba a seguir la aproximación regulatoria, que era la que se presentaba por

las partes –y la que se hubiese aplicado por las autoridades de la competencia en virtud del art. 8 (a)-, aportando gran cantidad de datos económicos, que se ignoraron, para llevar a cabo un tratamiento “estructural” del supuesto, evitando el papel de un regulador de precios, aunque, evidentemente, no el de regulador de mercado⁷⁵⁵.

Se fijaron, al inicio de la sentencia, cuáles habían sido los presupuestos de partida: el mercado relevante, la existencia de una posición de superdominancia rayana en el monopolio, el hecho de que las barreras de entrada existentes hicieran poco probable la entrada de competidores en el mercado doméstico, incluso en el supuesto de la fijación de precios excesivos.

Estos hechos llevaron al tribunal a entender que la sentencia debía versar sobre el precio como tal, sino sobre las condiciones de mercado, más concretamente, sobre si éstas hacían posible que el funcionamiento de mercado permitiese la fijación de un precio, que mantuviera una relación razonable con el valor económico o si, en cambio, si la estructura del mercado impedía que el mismo funcionase correctamente, generando un precio cuyo nivel estuviese desvinculado y lejos de cualquier consideración competitiva.

⁷⁵⁵ DAS NAIR, R., “Measuring excessive pricing as an abuse of dominance – an assessment of the criteria used in the Harmony Gold/ Mittal Steel complaint”, *SAEJMS*, vol. 11, nº 3, 2008, págs. 279-291, pág. 279 y 280. La autora señala que el paradigma “structure-conduct-performance” ha sido el más utilizado por las autoridades de la competencia sudafricanas. Esta aproximación se refiere a un posicionamiento en la comprensión de cómo funciona los mercados. Según los defensores de esta teoría, las empresas que operan en mercados altamente concentrados donde no existe competencia pueden imponer precios que se encuentran muy por encima de aquéllos que se fijarían en mercados poco concentrados. En contra de esta teoría, se encuentra aquella sostenida por la Escuela de Chicago, que entiende que una empresa eficiente y que funciona con costes bajos gana cuota de mercado y obtiene mayores beneficios, dada su superioridad.

El tribunal entendió que el precio fijado por la empresa de acero no se encontraba determinado por consideraciones competitivas. Por este único motivo, tal precio se consideró excesivo.

Esta aproximación es ciertamente innovadora. No obstante, presenta problemas, igual que las distintas aproximaciones que se han presentado hasta el momento, aunque, quizás, de una forma más acusada. Es comprensible la aversión de los tribunales a los razonamientos matemáticos, puede que en parte porque no están habituados⁷⁵⁶ y, también, no olvidemos, porque se trata de un alejamiento del razonamiento tradicional jurídico, que es el que debería imperar en cualquier fallo. No obstante, recordemos que, si bien el Derecho de la competencia es, ante todo, Derecho, tiene innegablemente un importante componente económico en la interpretación del mismo. Por este motivo, prescindir totalmente y desvincularse de las herramientas económicas puede conducir a conclusiones ilógicas.

Se discute, pues, la forma de establecer que el precio es excesivo. Si la empresa hubiera bajado los precios del mercado interno, su cuota de mercado habría subido, efectivamente, pero esto no necesariamente le habría conducido a una condena a precios excesivos⁷⁵⁷.

⁷⁵⁶ KLINK, J., “The value of training in quantitative methods for judges” en AAVV., *Economic Evidence in EU Competition Law*, eds. M. Kovac, A. S. Vandenberghe, Intersentia, Cambridge, 2016, págs. 43-51, pág. 43 y 49. Los autores señalan que en los casos a los que los jueces que dictaban las sentencia se les había proporcionado algún tipo de formación en materia de competencia, sus sentencias se recurrían en un 10% menos de los caoss.

⁷⁵⁷ Pese a lo sostenido por CALCAGNO, C., WALKER, M., “Excessive pricing: towards clarity and economic coherence”, *Journal of Competition Law & economics*, vol. 6 n. 4, págs. 891-919, pág. 904 y 905, las cuotas de Mercado no son los únicos indicadores de que un precio es excesivo. En mi opinion hay implícita una comparación de precios (Mercado interno – Mercado externo) que no se explica con argumentos justificados.

La aparente ventaja de evitar las disquisiciones matemáticas con los datos económicos hace que se prescinda de la prueba de la conducta abusiva, es decir, la imposición del precio excesivo. El carácter excesivo del precio excesivo se deduce de la situación escasaamente competitiva del mercado. Es oportuno criticar la aproximación utilizada porque, si bien es cierto que se ha llevado a cabo un análisis del contexto muy pormenorizado, poniendo de relieve las carencias competitivas del mercado, se prescinde completamente de la prueba de uno de los elementos clave del precepto dejando de lado una parte fundamental del ilícito: el abuso. El abuso no puede presumirse, en caso contrario, estaremos en un escenario arriesgado donde efectivamente sí cabe la posibilidad de multiplicar los errores de tipo I.

En la sentencia, el tribunal establecía cuál era el mercado de referencia, para lo cual había utilizado el test del monopolista hipotético, con el que se estableció que la empresa poseía un 80% de cuota de mercado. Asimismo, se entendió que a Mittal le era factible aumentar los precios entre un 5-10% sobre el nivel competitivo sin sufrir daños. Ahora bien ¿cuál es el nivel competitivo de los precios?⁷⁵⁸ Evidentemente el tribunal no lo conoce porque no produjo el análisis matemático al efecto. Por lo tanto, estamos ante un argumento tautológico y circular que no prueba nada⁷⁵⁹. Lo que se trata de poner de relieve en esta crítica es que no es factible basar la decisión en un argumento puramente estructural en el que se imita cualquier aspecto respecto a los precios o el nivel de precios.

⁷⁵⁸ No es que no existan otras formas de establecer que existe posición de dominio. Pero si se ha optado por esta, es imposible pasar por alto el análisis de los precios.

⁷⁵⁹ CALCAGNO, C., WALKER, M., “Excessive pricing: towards clarity and economic coherence”, *op.cit.*, pág. 905.

Como se concluyó en el capítulo sobre la posición de dominio, la prueba de tal posición es de vital importancia y las consecuencias de presumir tal aspecto son peligrosas. En este supuesto lo que se produce es una presunción de una conducta abusiva, derivado de la existencia de una posición de dominio. Por lo tanto, se ha impuesto la condena en virtud de un argumento vicioso que puede conllevar los mismos problemas que la presunción de la posición de dominio: la sanción de conductas competitivas.

5.5. TRASLACIÓN DEL CÁLCULO DE DAÑOS EN APLICACIÓN PRIVADA

Una de las cuestiones más llamativas respecto a la supuesta complicación del cálculo es que en otros ámbitos del Derecho de la competencia, en particular, la aplicación privada del Derecho de la competencia, lleva calculándose el precio supracompetitivo en compensación de daños sin obstáculos tales que hagan plantearse la procedencia de la oportuna compensación de los perjuicios.

Detectada una práctica restrictiva de la Competencia –haya sido ésta a instancia de parte o de oficio, en un procedimiento administrativo o en uno civil directamente-, como, por ejemplo, un acuerdo restrictivo con el objetivo de elevar de precios, las partes damnificadas pueden proceder a la reclamación de los daños y perjuicios producidos por la misma.

Entendemos necesario un estudio de esta cuestión precisamente por la oportunidad del traslado de las técnicas utilizadas a los efectos de calcular los daños derivados de un ilícito de derecho de la competencia – aunque con ciertas correcciones, como puede ser un cártel de elevación de

precios, a la determinación de la existencia de un ilícito de precios excesivos. Esto tiene sentido en tanto que el daño producido derivado de este ilícito es, entre otros, el sobreprecio que experimenta el producto sometido a restricciones, que es, precisamente, el objeto ilícito en los precios excesivos⁷⁶⁰.

Esta traslación es factible debido a la naturaleza compensatoria y no punitiva de los daños derivados de la aplicación privada⁷⁶¹ que hace

⁷⁶⁰ De hecho, algunos autores se refieren a este sobreprecio derivado del acuerdo anticompetitivo como “precio excesivo”. ROY PÉREZ, C., “La cuantificación de los daños por infracción de las normas de defensa de la competencia: la experiencia judicial en España” en AAVV., *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, eds. Font i Ribas, A., Vilà Costa, B., Marcial Pons, Madrid, 2012, págs. 225-265, pág. 244.

⁷⁶¹ SALVADOR ROLDÁN, R., “La reclamación de daños y perjuicios por infracción de Derecho de la competencia en Europa: ¿una aproximación al modelo americano?”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 226, 2003, págs. 71- 81, pág. 79.

Pese a que la Directiva no contemple este tipo de instrumento con ocasión de la compensación de un ilícito como obligatorio y, por lo tanto, la mayor parte de estados de la Unión hayan decidido no incorporar una normativa a tal efecto, existen países que sí que lo han incluido en su tratamiento normativo, como son Gran Bretaña e Irlanda. RUIZ PERIS, J. I., “Tiempos de cambio: del monopolio de la aplicación pública del derecho de la competencia a la responsabilidad compartida” en AAVV., *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la directiva 2014/104/UE. Directiva y propuesta de transposición*, dir. Juan Ignacio Ruiz Peris, Thomson Reuter Aranzadi, Cizur Menor, 2016, págs. 15-52, pág. 22 y CARPAGNANO, M., “El private enforcement del derecho comunitario de la competencia en acción: Análisis crítico de la decisión del Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados C 295-298/04”, *InDret*, nº 1, 2007, págs. 1-21, pág. 16. El autor sostiene, igual que el Prof. Ruiz Peris, que en la mayor parte de los casos, la compensación de daños no tiene un carácter punitivo, sino solo como una compensación del perjuicio sufrido. Pero existen estados donde el operador también es sancionado con daños punitivos, como Chipre y Reino Unido.

No obstante, se ha subrayado en algunos casos que, pese a que la finalidad principal es la resarcitoria, existen otras complementarias a ésta, como la preventiva. ROY PÉREZ, C., “La cuantificación de los daños por infracción de las normas de defensa de la competencia: la experiencia judicial en España”, *op.cit.*, pág. 226. En nuestra opinión, ésta no puede ser una finalidad de la acción indemnizatoria, tal y como está configurada en nuestra ordenamiento. No obstante, lo bien cierto es que es una de las consecuencias del ejercicio de las acciones privadas de compensación de daños y era una de las cuestiones que la Unión Europea ha tenido en cuenta cuando ha trabajado en el fomento de la aplicación privada.

que en ciertos extremos se solapan los hechos que deben ser probados y las herramientas que lo permiten.

En los supuestos de aplicación privada –al igual que en los de pública-, la carga de la prueba está distribuida de forma que son los demandantes quienes deben ser capaces de probar varios aspectos. En primer lugar, la realización de una conducta anticompetitiva. En segundo lugar, la relación causal entre el ilícito y el daño producido⁷⁶² y el título de imputación de daño. Por último, es necesario que se prueben los perjuicios⁷⁶³.

5.5.1. Prueba del daño en aplicación privada y similitudes con la determinación de un precio excesivo

No existe normativa comunitaria relativa a la cuantificación de daños derivados de las infracciones de defensa de la competencia, por lo

⁷⁶² Sentencias del TJUE BRT/SABAM, 127/73, apartado 16, Courage y Crehan, apartado 23 y Manfredi, apartado 39.

⁷⁶³ ORTIZ BAQUERO, I., “La aplicación privada del derecho antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la libre competencia”, *e mercatoria*, vol 7, n 1., 2008, págs. 1-62, pág. 6 (versión electrónica). JIMÉNEZ LATORRE, F., PRIETO KESSLER, E., DOMÍNGUEZ, D., “El análisis económico en el razonamiento judicial: la valoración de los daños”, *op.cit.*, pág. 76, 88 y ss. MARTORELL ZULUETA, P., “Prueba del daño y aplicación privada de la competencia” en AAVV., *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la directiva 2014/104/UE. Directiva y propuesta de transposición*, dir. Juan Ignacio Ruiz Peris, Thomson Reuter Aranzadi, Cizur Menor, 2016, págs. 303-320, pág. 305. Recuerda la autora que, pese a que la carga de la prueba pese sobre quien alega, es posible contar con una serie de instrumentos procesales que facilitan la misma, dado el escenario de asimetría de información en el que se encuentran las partes. En concreto, la Directiva de daños recoge el principio de facilidad probatoria y derecho a la exhibición de las pruebas relevantes para fundar la pretensión y la facultad judicial de ordenar la exhibición probatoria. ORÓ MARTÍNEZ, C., “Las reclamaciones por daños derivados de una infracción del Derecho de la competencia de la UE: primeras observaciones sobre la Directiva 2014/14/UE”, *La Ley Unión Europea*, nº 22, págs. 28-34, aludiendo también a este problema de asimetría de información que el legislador trata de subsanar en la directiva.

que tal determinación se regirá por normas y procedimientos nacionales⁷⁶⁴. Existen diversos criterios a los que puede uno acogerse en la determinación de los daños: los mismos pueden calcularse desde la perspectiva de la ganancia ilegal obtenida por el infractor o las pérdidas sufridas por los damnificados.

En nuestra opinión, a los efectos de trasladar el sistema de cálculo de daños privados a la determinación de la existencia de un precio excesivo, es posible recurrir a ambas opciones.

La cuestión parece más sencilla desde la perspectiva de la ganancia del infractor, pese a ser la opción menos utilizada en estos supuestos, precisamente por la naturaleza compensatoria de la acción⁷⁶⁵. Se debe establecer, por ejemplo, en un supuesto de acuerdo restrictivo del Derecho de la competencia, cuál habría sido el escenario de no existir tal violación del Derecho. Del resultado anticompetitivo –un precio supracompetitivo, en este caso- resta el precio que se habría fijado en un mercado competitivo y ésa es la ganancia ilícita del infractor, que habrá que dividir entre tantos bienes como se hayan suministrado durante la vigencia del acuerdo anticompetitivo.

Con el segundo método, es decir, desde las pérdidas del damnificado, es necesario tener presente la cuestión de la defensa del infractor del *passing on*. Cuando el directamente afectado por el acuerdo

⁷⁶⁴ BROKELMANN, H., “La responsabilidad civil por infracción de las normas de defensa de la Competencia” en AAVV., *Competencia y acciones de indemnización*, ed. Font i Ribas, A., Gómez Trinidad, S., Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 101-123, pág. 119.

⁷⁶⁵ No obstante, existen países donde se pueden calcular de la forma que el juez considere más apropiada, como en los países bajos. ARHURST, “Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules. Comparative report”, 2004, pág. 80.

haya sido capaz de transferir el daño a otro tercero⁷⁶⁶, no se habrá sufrido un daño directo⁷⁶⁷, sino que se habrá repercutido en terceros. Si se ha producido esta situación, para poder hacer la traslación deberíamos sumar los daños producidos a quien estuviera directamente afectado y los daños causados a los terceros en quienes se ha repercutido el daño.

Establecido lo anterior, existen varios (como mínimo) conceptos indemnizables desde la aplicación privada: el daño emergente, el lucro cesante e intereses⁷⁶⁸. A los efectos que aquí nos interesan –la traslación del método de cálculo–, conviene dejar fuera el lucro cesante y los intereses, puesto que no sirven como conceptos trasladables a la determinación del ilícito de precios excesivos. Dentro del daño emergente son varios los daños indemnizables: los materiales y los no materiales (como, por ejemplo, el daño moral y el daño que haya podido sufrir el

⁷⁶⁶ Sin embargo, es necesario tener en cuenta que este daño no necesariamente debe repercutirse aguas abajo. El sobrecoste afrontado por el cliente intermedio se repartirá la carga con el consumidor final. HERRERO SUÁREZ, C., “La “passing-on defence, ¿un falso dilema?” en AAVV., *La aplicación privada del derecho de la competencia*, dirs., L. A. Velasco San Pedro, C. Alonso Ledesma, J. Aitor Echebarría Sáenz, C. Herrero Suárez, J. Gutiérrez Gilsanz, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 593-604.

⁷⁶⁷ Salvando el lucro cesante que se haya podido producir derivado de la pérdida de clientes.

⁷⁶⁸ RUIZ PERIS, J. I., “Tiempos de cambio: del monopolio de la aplicación pública del derecho de la competencia a la responsabilidad compartida”, *op.cit.*, pág. 33. El autor entiende que este sistema de “derecho al pleno resarcimiento” es escaso y está “obsesionado por evitar la sobrecompensación de los perjudicados”. El mismo autor entiende que se deja injustificadamente fuera de los conceptos compensables la pérdida de reputación de las empresas o los daños morales de las personas afectadas, que, sin embargo, podrán ser reclamados vía código civil, excepto si se realiza una interpretación que permita poder aplicar tales conceptos indemnizatorios conocida la naturaleza de mínimos de la Directiva. ROY PÉREZ, C., “La cuantificación de los daños por infracción de las normas de defensa de la competencia: la experiencia judicial en España”, *op.cit.*, pág. 244. La autora señala que es necesario tener en cuenta la prueba en cada uno de los dos conceptos. En el caso del daño emergente es necesario poner el acento en el nexo causal, mientras que en la valoración del lucro cesante se debe probar, además, su plausibilidad.

goodwill de la empresa afectada). Éstos últimos también será necesario excluirlos.

5.5.2. Métodos de cálculo

Establecido todo lo anterior, para poder calcular el daño, es necesario analizar cuál hubiese sido el precio lícito en un escenario contrafactual (*but for analysis*⁷⁶⁹), que se corresponde con el que se habría fijado en un mercado competitivo. De esta forma, se podrá establecer la diferencia entre el precio que debería haber sido y el que ha sido, exactamente igual que a la hora de detectar un supuesto de precio excesivo.

En principio, la existencia de un ilícito de Derecho de la competencia como los precios excesivos podría calcularse de la misma forma que los daños producidos por este mismo ilícito en aplicación privada o aquéllos derivados de un cártel de elevación de precios⁷⁷⁰ (que

⁷⁶⁹ Directiva de daños, apartado 46, exige que, para el cálculo de daños “implica realizar una comparación con una situación que, por definición, es hipotética, por lo que nunca puede hacerse con total precisión”. Este método también viene explicado en las sentencias del TJUE C-104/89 y C-37/90 Mulder y otros/Consejo, Rec. 2000, pág. I-203, apartado 79. REQUEJO, A., “La cuantificación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia: comentarios al Libro Blanco de la Comisión Europea”, *LaLey*, nº 5, 2008, págs. 51-57, pág. 52. Conocido en español también con el nombre de “escenario de hechos alternativos”. Éste fue el método escogido en la sentencia del cártel del azúcar. ROBLES MARTÍN LABORDA, A., “Las reclamaciones de daños y perjuicios causados por infracciones de Derecho de la Competencia. Comentario de la STS de 23 de noviembre de 2013, Sala de lo Civil en el Asunto Cártel del Azúcar”, *Actas de Derecho Industrial y Derechos de autor*, nº 34, 2013-2014, págs. 519-534, pág. 528.

⁷⁷⁰ No obstante, es necesario poner de manifiesto la imprecisión del cálculo de los sobrecostes en este tipo de prácticas anticompetitivas. RUIZ PERIS, J. I., “Tiempos de cambio: del monopolio de la aplicación pública del derecho de la competencia a la responsabilidad compartida”, *op.cit.*, pág. 36.

son los más estudiados por la doctrina⁷⁷¹), porque aparecen los dos mismos resultados: pago de un sobreprecio y una pérdida de volumen de adquisición derivado de la elevación de precios⁷⁷² (aunque a los efectos que interesa, el lucro cesante ya se ha dejado aparte), si bien normalmente se ha optado en los supuestos de fijación de precios, por la prueba de daño emergente⁷⁷³.

Se sugiere por algunos autores⁷⁷⁴ que existe una diferencia entre la forma de calcular los perjuicios derivados de un cártel y aquéllos producidos por un abuso de la posición de dominio. En el primer caso, el escenario contrafáctico comprende empresas compitiendo entre ellas, mientras que en el segundo, el escenario contrafáctico no es especialmente competitivo.

El escenario contrafáctico es un escenario hipotético en el que, dejando el resto de circunstancias igual, no se produce el ilícito de la competencia y esto hace que la traslación de este tipo de técnicas de aplicación privada sea compleja. En un escenario de precio excesivo, la pretensión es averiguar cuál habría sido el precio al que se hubiera puesto a la venta el bien sin abuso, aunque sí en una situación de dominancia (porque el escenario contrafáctico es aquél en el que no existe ilícito y la

⁷⁷¹ RUIZ DE ANGULO GÓMEZ, E., BAYO ÁLVAREZ, R., COSTAS COMESAÑA, J., “Las experiencias nacionales en la aplicación privada del Derecho de la Competencia (España)” en AAVV., *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, dir. Velasco San Pedro, L.A., Alonso Ledesma, C., Echevarría Sáñez, J., Herrero Suárez, C., Gutierrez Gilsanz, J., Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 137-149, pág. 141. Al menos en España, la mayor parte de acciones privadas tienen lugar en el contexto de acuerdos verticales.

⁷⁷² OXERA, “Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts”, *op.cit.*, pág. 16.

⁷⁷³ ROY PÉREZ, C., “La cuantificación de los daños por infracción de las normas de defensa de la competencia: la experiencia judicial en España”, *op.cit.*, pág. 245.

⁷⁷⁴ OXERA, “Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts”, *op.cit.*, pág. 16.

posesión de la posición de dominio no es ilícito, sólo el abuso). La complicación se encuentra en que, a diferencia de otros ilícitos, como, por ejemplo, los cárteles, en sede de precios excesivos se sanciona precisamente la imposición de un precio desconectado del valor del bien (en el cártel el ilícito es el acuerdo anticompetitivo entre empresas y el resultado es la elevación del precio o la restricción del output). Por lo tanto, debemos hacer un doble examen. En primer lugar, proceder al estudio de cuál habría sido el escenario contrafáctico en el que no se produce el ilícito de imposición de un precio excesivo, para lo cual necesitamos tratar la segunda hipótesis: el precio lícito es aquél que no excede de una forma importante, significativa y exorbitante el valor objetivo del bien, aunque sí exceda moderadamente el valor objetivo del bien.

Existen múltiples formas de calcular tal diferencia⁷⁷⁵, algunas más simples y menos exactas y otras más complejas que exigen esfuerzo para su aplicación⁷⁷⁶, y están ampliamente aceptadas por la jurisprudencia⁷⁷⁷,

⁷⁷⁵ El documento adjunto al libro verde (DALV, 2005) contenía hasta once métodos singulares de cuantificación del daño. El mismo documento aconseja utilizar conjuntamente las metodologías

⁷⁷⁶ ORTIZ BAQUERO, I., “La aplicación privada del derecho antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la libre competencia”, *op.cit.*, pág. 35. Los métodos más complejos son el *price prediction approach* –establecer con modelos econométricos los precios aplicables si no hubiese ocurrido la infracción, teniendo en cuenta determinantes históricos de precios o criterios comparativos con otros mercados-y el *theoretic modelling approach* –se basa en la simulación de un modelo oligopolítico para establecer las consecuencias de la distorsión a la libre competencia dentro del mercado-. Para un estudio más pormenorizado de los métodos de cálculo, véase ÓRTIZ BAQUERO, I., *La aplicación privada del Derecho de la competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia*, La Ley, Madrid, 2011, pág. 263-276 y TUDOR, E. C., *Acciones de indemnización por ilícitos competitivos y cuantificación de daños*, La Ley, Madrid, 2016, págs. 287 y ss, donde se lleva a cabo un estudio de los métodos de cálculo de los daños derivados de un abuso de posición de dominio que consiste en una práctica excluyente y no de una práctica de explotación. No obstante, ofrece interesantes pistas para la determinación del cálculo.

pese a no existir en la legislación europea ni nacional una regulación de los criterios a seguir, tal y como sucede en el supuesto de los precios excesivos. No obstante, ninguna de todas las técnicas está libre de críticas, aunque la Comisión y los tribunales parecen inclinarse por las opciones más sencillas, aunque menos exactas en comparación con las técnicas de análisis econométricos⁷⁷⁸.

En la tarea de la determinación del daño, es necesario recurrir a los informes económicos de la Comisión, que, sin embargo, cuentan con una serie de problemas técnicos⁷⁷⁹. La metodología está orientada a probar cuál habría sido el precio competitivo en un escenario hipotético (o contrafáctico o sin infracción). Ésta es la fase esencial de la estimación de los daños y requiere responder a una serie de cuestiones: qué tipo de infracción causa el daño, qué tipo de demandante ha sido dañado, cuál es el mercado en el que se produce y qué efecto tiene esto en el análisis contrafáctico⁷⁸⁰.

⁷⁷⁷ La Directiva de daños recoge en el apartado 46 que corresponde al ordenamiento jurídico nacional de cada Estado miembro determinar sus propias normas sobre la cuantificación del perjuicio y a los Estados miembros.

⁷⁷⁸ HERRERO SUÁREZ, C., “La transposición de la Directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de ley de transposición de la Directiva”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, nº 1, 2016, págs. 150-183, pág. 175.

⁷⁷⁹ DIEZ ESTELLA, F., ESTRADA MERAYO, C., “Las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos en España: análisis de la jurisprudencia reciente”, *Revista de la Competencia y la distribución*, n. 15, 2014, págs. 189-200, pág. 194 y DIEZ ESTELLA, F., ESTRADA MERAYO, C., “Las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos en España: análisis de la jurisprudencia reciente” en AAVV., *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia*, dir. J. Guillén Caramés, M. Cuerdo Mir, Civitas Thomson Reuther, Cizur Menor, 2015, págs. 261-281, recogen algunas de las críticas manifestadas por los jueces mercantiles y civiles, como, por ejemplo, la ininteligibilidad, las discrepancias de criterio pericial en aspectos técnico contables, etc.

⁷⁸⁰ OXERA, “Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts”, *op.cit.*, pág. 12. ROY PÉREZ, C., “La cuantificación de los daños por infracción de las normas de defensa de la competencia: la experiencia judicial en España”, *op.cit.*, pág. 248.

Sin embargo, es necesario ser consciente antes de presentar los métodos o técnicas, que el cálculo de la cifra exacta requeriría de información que no se posee, dado que es un análisis de un escenario hipotético. Todos los modelos se basan inevitablemente en supuestos y aproximaciones⁷⁸¹.

Existen varias formas de clasificar las técnicas. En el presente análisis hemos optado por una división doble entre métodos simples y sofisticados⁷⁸².

En primer lugar, nos referiremos a los métodos simples, los preferidos por la Comisión y los tribunales⁷⁸³:

La técnica principal a la que recurren los economistas para estimar el daño producido por un ilícito de la competencia es la comparación del resultado con un resultado hipotético, que se habría obtenido en ausencia

⁷⁸¹ Documento de trabajo de los servicios de la comisión. Guía práctica cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del tratado de funcionamiento de la unión europea que acompaña a la COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, apartado 17.

⁷⁸² DAVIS, P., ““Facts” and the estimation of damages in competition cases”, *European Competition Law Review*, vol. 33, nº 8, 2012, págs. 339-346, El autor sostiene que existe un debate abierto en la doctrina sobre cuándo es mejor utilizar unos u otros métodos. Para una revisión más en profundidad de los métodos, véase DE LA VEGA GARCÍA, F., “Daños privados y derecho de defensa de la competencia (especialidades y técnicas de cuantificación)” en AAVV., *Estudios de Derecho mercantil. Liber amicorum profesor dr. Francisco Vicent Chulià*, dir. Cuñat Edo, V., Massaguer, J., Alonso Espinosa, F. J., Gallego Sánchez, E., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 753-773, pág. 763 ss.

⁷⁸³ Pese a que existen autores que señalan los peligros de esta simplificación, como también puede provocar errores en la cuantificación del daño, ya que puede conducir al establecimiento de un nexo causal entre la infracción y el daño cuando éste no existe. REQUEJO, A., “La cuantificación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia: comentarios al Libro Blanco de la Comisión Europea”, *op.cit.*, pág. 56.

BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., “Libro verde sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”, *Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor*, tomo 26, 2005-2006, págs. 397-415, pág. 406.

de la infracción. Esto se puede llevar a cabo de varias formas: recurriendo a una aproximación transversal (también conocida como comparativa), en la que se comparan productos pertenecientes a diferentes mercados de productos o mercados geográficos. En segundo lugar, la aproximación diacrónica, que analiza los precios previa, durante y tras el ilícito⁷⁸⁴. Por último, “*la diferencia en las diferencias*” que combina las otras dos y compara los mercados de producto o geográficos en un periodo de tiempo en el que la práctica anticompetitiva no se había producido⁷⁸⁵.

Además, en este grupo de aproximaciones simples, podemos encontrar el análisis basado en los costes. A éste se le conoce como el análisis financiero, que utiliza información relativa a los costes o financiera para estimar la situación contrafáctica.

Por otra parte, el escenario contrafáctico también puede estimarse utilizando técnicas más estructurales, como las aproximaciones basadas en la estructura de mercado, donde se identifica un modelo teórico que supone que representa el mercado afectado y a través de simulaciones arroja datos sobre cómo afecta la competencia y la magnitud de los efectos de la práctica anticompetitiva.

En nuestra opinión, se puede trazar una correspondencia entre los modelos presentados hasta el momento y los niveles de análisis recogidos en *United Brands*. Este sistema es coherente con la afirmación de que los niveles no son comprensivos y, como se sostuvo en el apartado de

⁷⁸⁴ El problema que presenta este método es claro: las variables normalmente no son estables en el tiempo y pueden estar sujetas a fluctuaciones. JIMÉNEZ LATORRE, F., PRIETO KESSLER, E., DOMÍNGUEZ, D., “El análisis económico en el razonamiento judicial: la valoración de los daños”, *op.cit.*, pág. 91.

⁷⁸⁵ DELGADO, J., PÉREZ ASENJO, E., “Economic evidence and the quantification of damages in competition cases in Spain” en AAVV., *Private enforcement of competition law*, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 205-215, pág. 207.

acumulación de pruebas, es conveniente hacer comprobaciones de los resultados.

Respecto de lo anterior, el modelo de análisis financiero se corresponde con el primer nivel del test, mientras que el basado en la comparación (ya sea ésta transversal⁷⁸⁶, temporal⁷⁸⁷ o “diferencia entre diferencias”⁷⁸⁸) se corresponde con el segundo nivel del test y utiliza datos ajenos a la infracción para estimar el escenario hipotético.

En segundo lugar, se encuentran las aproximaciones complejas o sofisticadas, entre las que se cuenta el *theoretic modelling approach*, que simula un modelo oligopolístico para determinar sus efectos utilizando datos econométricos, entre otros.

Como se ha puesto de relieve, los más utilizados son los métodos más simples. Porque aunque aparentemente parezcan más inexactos, la utilidad de las técnicas complejas está sujeta a la calidad de los datos que se posean⁷⁸⁹ que, como se mencionó en apartados anteriores, es relativamente baja puesto que las empresas no cuentan con estos registros. En segundo lugar, son preferidos los métodos simples porque la complejidad de los segundos métodos, entre otras cuestiones, conlleva una superior facilidad en su manipulación⁷⁹⁰.

⁷⁸⁶ Se realiza una comparación entre empresas, mercados de productos o mercados geográficos.

⁷⁸⁷ Se compara el resultado previa y durante la práctica competitiva, durante y posteriormente o previa, durante y posteriormente.

⁷⁸⁸ Una combinación de los anteriores, donde se compara la empresa, mercado de producto o geográfico con otras empresas, mercados geográficos y de producto previa durante y posteriormente al ilícito.

⁷⁸⁹ ÓRTIZ BAQUERO, I., *La aplicación privada del Derecho de la competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia*, La Ley, Madrid, 2011, pág. 262.

⁷⁹⁰ RUIZ PERIS, J. I., “Determinación de la cuantía de la indemnización por incumplimiento de las normas de defensa de la competencia”, *Derecho de los negocios*, nº 217, 2008, págs. 1-11 (versión electrónica), págs. 5-6.

Por último, es necesario hacer hincapié en que, si bien es cierto que la prueba de la producción de unos daños y perjuicios corresponde a la parte demandante, ésta no está obligada a determinar exactamente los mismos en todos los supuestos. Existen dos alternativas, el *sampling methode* y el sistema *ex aequo et bono*.

El primero se trata de una “aproximación razonable fundada en comparaciones, hipótesis o sistemas de muestreo”⁷⁹¹. Mientras que respecto del último, “si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión en base a las pruebas disponibles”, los tribunales podrán estimar el importe al que ascienda la compensación de forma equitativa⁷⁹².

En cualquier caso, lo que parece estar claro es que ninguno de los modelos puede describir o predecir todas las interacciones. Esto, a diferencia del supuesto de la aplicación pública, parece no ser una complicación, porque se pretende que los modelos se utilicen como mapas con los que simplificar la realidad y hacerla comprensible e interpretable⁷⁹³.

⁷⁹¹ Ibidem, pág. 6.

⁷⁹² Incluso en algunos casos en los que es posible recurrir a los informes económicos, los jueces tienen la tendencia de corregir las estimaciones “científicas” con ciertas dosis de equidad. CARPAGNANO, M., “Competition law litigation: the Italian perspective (1990-2010)” en AAVV., *Private enforcement of competition law*, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 81-101, pág. 98. BECKER, R., BESSOT, N., DE SMITGER, E., “El Libro Blanco sobre las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”, *LaLey*, nº 5, 2008, págs. 71-81, pág. 73. Los jueces están obligados a atenuar los requisitos a un nivel más apropiado. Los jueces deben asegurarse de que los daños concedidos se correspondan lo más posible con el daño sufrido.

⁷⁹³ OXERA, “Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts”, *op.cit.*, pág. 37.

5.5.3. Cuestiones problemáticas en la traslación

Pese a la existencia y la posible utilización de las mismas técnicas a los efectos de la determinación del precio excesivo que se utilizan en aplicación privada, desde nuestra perspectiva existen dos diferencias que obstaculizan la directa traslación o, al menos, a guardar ciertas cautelas, de los métodos utilizados en aplicación privada a la detección del ilícito de precios excesivos en aplicación pública.

En primer lugar, los daños se dirimen en la jurisdicción civil⁷⁹⁴, mientras que la aplicación pública del Derecho de la competencia se le aplican unos principios más estrictos, dada su inclusión en la esfera del Derecho administrativo sancionador⁷⁹⁵. Esto conlleva una exigencia superior a la hora de la prueba del ilícito en la jurisdicción administrativa, precisamente por la traslación de los principios y exigencias penales a los procedimientos administrativos sancionadores⁷⁹⁶. Esto no quiere decir que los daños en aplicación privada se calculen de forma arbitraria por los

⁷⁹⁴ ARHURST, “Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules. Comparative report”, *op.cit.*, pág. 55. El informe sostiene que en la mayor parte de países se reconoce el principio de libre valoración de la prueba.

⁷⁹⁵ RODILLA MARTÍ, C., “La flexibilización de la culpa en precios excesivos”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, nº. 18, 2016, págs.

⁷⁹⁶ ARHURST, “Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules. Comparative report”, *op.cit.*, pág. 11 y pág. 55. En este informe se sugiere incluso una rebaja del estándar de prueba de los daños privados o incluso una inversión de la carga de la prueba para facilitar la utilización de estas acciones. Se exige un mero test de probabilidad para el caso de los daños. No obstante, parece, como se ha visto en la parte II, que el Guidance paper de 2009 exige también este estándar de prueba para la infracción administrativa.

SIOTIS, G., CAÑIZARES, E., “El estándar de prueba en las acciones de reclamación de daños” en AAVV., *1989-2007 Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia*, Círculo de Empresarios, Madrid, 2008, págs. 363-395, pág. 366. Los autores entienden que este nivel de exigencia menor es necesario precisamente por la complejidad de los cálculos y dado lo hipotético de los escenarios alternativos que se barajan. De esta forma se incentiva la reclamación de daños.

jueces⁷⁹⁷. Como hemos visto, existe un método, por impreciso que sea el resultado o por la utilización de la equidad como sistema, pero sí es cierto que, por ejemplo, la equidad difícilmente será un criterio o método que se pueda trasladar al administrativo sancionador.

La Sentencia del TS Supremo de 7 de noviembre de 2013 sostiene que es distinta la imprecisión y la arbitrariedad:

Por lo expuesto no se considera acertada la solución adoptada por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia consistente en conceder el 50% de la indemnización solicitada. La existencia de discrepancias entre los peritos de una y otra parte y la ausencia de una prueba pericial realizada por un perito de designación judicial (que se revela difícil por el sistema de "lista corrida" previsto como regla general en la Ley de Enjuiciamiento Civil y la extrema especialidad del objeto de la pericia), razones expresadas por la sentencia de primera instancia para justificar tal reducción, no son argumentos adecuados para justificar por sí solos tal reducción. Que el cálculo de las indemnizaciones haya de realizarse sobre hipótesis de situaciones fácticas no acaecidas realmente puede justificar una mayor flexibilidad en la estimación de los perjuicios por el juez. Pero no puede confundirse esta mayor flexibilidad con soluciones "salomónicas" carentes de la necesaria justificación.

Ahora bien, como se pone de manifiesto en la Directiva, existe una dificultad evidente en la prueba de los perjuicios por la complicación de

⁷⁹⁷ Aunque se sostiene que ha habido una relajación de los estándares de prueba que, dependiendo del país miembro, responde a una misma causa, aunque expresado en distintos términos: dificultad no razonable (Austria), imposibilidad de certeza matemática (Bélgica), imposibilidad o excesiva dificultad en la prueba de la cantidad (República Checa), imposibilidad de la prueba, sobre todo eferida a los daños futuros (Estonia), etc. ARHURST, "Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules. Comparative report", *op.cit.*, pág. 71.

los cálculos que deben llevarse a cabo⁷⁹⁸. Por este motivo, la propia Comisión decidió establecer una presunción de existencia de daños en un supuesto de cártel. Esta presunción es complicada de trasladar al ilícito de los precios excesivos, aunque podría sugerirse que de una diferencia importante entre los precios fijados en un mercado similar, puede derivarse una presunción de precio excesivo, que evitaría la necesidad de probar la significativa diferencia entre los costes y el precio⁷⁹⁹.

Este tipo de inversión de la carga de la prueba que se conoce como la doctrina *ex re ipsa* (“de la propia cosa”) entiende que, en el supuesto de encontrar un ilícito de derecho de la competencia, significaría la ausencia de necesidad de prueba de una brecha desorbitada entre costes y precios.

No somos de la opinión de que el establecimiento de la presunción de existencia de un precio excesivo cuando se compruebe la diferencia entre precios de distintas empresas, aunque sea en sede de administrativo sancionador y no en daños, suponga hacer de menos a la parte en la cual se invierte la carga de la prueba, sino solamente reconocer una realidad, que se refiere a la probabilidad de existencia de un precio excesivo en este escenario. Así, será la empresa la que tenga la carga de probar una justificación objetiva de tal fenómeno⁸⁰⁰.

⁷⁹⁸ MARCOS, F., “Competition Law private litigation in the Spanish courts (1999-2012)” *Working paper IE Law School* AJ8-202, 2013, págs. 38 y 39. El autor pone de relieve que la prueba de los daños sufridos y del lucro cesante ha presentado varios problemas, entre ellos el cálculo del daño (sobre todo en lo que atañe al lucro cesante). El autor pone de relieve que para poder medir y calcular los daños derivados de una violación del derecho de la competencia se requiere realizar un análisis económico.

⁷⁹⁹ HUBERT, P., COMBET, M.L., “Exploitative abuse: The end of the Paradox?”, *Concurrences*, nº 1, 2011, págs. 44-51, pág. 47. Los autores sostienen que cuando la naturaleza no equitativa es manifiesta, los tests sofisticados deben ser sustituidos por el sentido común.

⁸⁰⁰ Esta situación en la que, tras haber detectado que el margen entre el precio y el coste es más elevado que en las comparaciones realizadas entre alguno de los competidores, se ha utilizado para invertir la carga de la prueba en algunas jurisdicciones. JENNY, F.,

Entendemos que podría ser una opción viable porque, en primer lugar, se trataría de una presunción *iuris tantum*, es decir, refutable y, en segundo lugar, la necesidad de cumplir con el principio de eficacia y facilitar el cauce procesal para no dejar vacío de contenido el ilícito de los precios excesivos parece admitir este tipo de inversión.

La dificultad de la prueba de la diferencia entre los costes y el precio que pesa sobre el damnificado, o la autoridad de la competencia, en su caso, y el fácil acceso a una contestación y prueba en contra que tendrían aquéllos que tienen en su poder los datos económicos y financieros de la empresa constituye un argumento a favor de la inversión de la carga de la prueba en ciertas situaciones.

En segundo lugar, el problema se encuentra en que en el supuesto de los precios excesivos, la prueba se dirige directamente a su misma existencia, para lo que es necesario saber cuál es el margen de beneficios ilícito para, cualquier precio que se encuentre por debajo, considerarlo lícito. Es decir, en un supuesto de determinación de un precio excesivo existe un margen que se sitúa encima del valor objetivo, que, en una interpretación amplia puede considerarse que equivale al precio competitivo, dentro del cual es lícito el precio. No existe una equivalencia entre precio supracompetitivo y precio excesivo. Es posible que un precio supracompetitivo que no se encuentre demasiado por encima de tal nivel sea considerado lícito, o, aunque sí se halle por encima de tal nivel, los perjuicios queden compensados o justificados por los beneficios que tal precio produce. En cambio, en un supuesto de concertación de empresas, no se trata de establecer ningún margen: todo precio por encima del

“Abuse of dominance by firms charging excessive or unfair prices: an assessment”, 2016, a disposición para descargar en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2880382 (version SSRN), pág. 21.

competitivo debería considerarse que arroja un perjuicio (con la flexibilidad admitida por el TS para determinarlo), presunción recogida en la Directiva⁸⁰¹. Por esa razón, la disyuntiva existente en precios excesivos respecto de que se permite un beneficio, pero no exorbitado, en estos casos no se produce.

De hecho, existe incluso una ventaja comparativa en la aplicación pública respecto de la privada. Mientras que en la privada existe un importante problema de asimetría de la información no muy bien resuelto en las normas procesales⁸⁰², sobre todo en los supuestos de acciones independientes⁸⁰³ (*stand alone*), en la aplicación pública, con las facultades de que goza la Comisión para recabar información, la cuestión problemática se mitiga.

Lo que se puede afirmar es que, pese a la infrautilización de la aplicación privada del Derecho de la competencia (tal y como sucede con el ilícito de los precios excesivos), en parte debido al problema del cálculo de daños, son llamativos los esfuerzos que está llevando a cabo la Comisión Europea para dar un giro copernicano a esta tendencia y lo abandonada, en cambio, que tiene la cuestión de la aplicación pública en materia de abusos con el fin de explotar.

Esta constatación da fuerza al argumento de que es la cuestión ideológica la que sustenta fundamentalmente las posturas de no aplicación del precepto. No obstante, en nuestra opinión, todos los esfuerzos que se

⁸⁰¹ La Directiva 2014/104/UE sobre resarcimiento del daño por violaciones de la normativa antitrust.

⁸⁰² GÓMEZ ASENSIO, C., “The December 2009 European Commission study for quantifying antitrust damages” en AAVV., *Private enforcement of competition law*, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 229-244, pág. 243.

⁸⁰³ LIBRO VERDE de la Comisión, “Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”, 2005, pág. 5.

están produciendo en materia de aplicación privada pueden utilizarse para mejorar o dar una solución a los problemas existentes de determinación de la existencia del ilícito de los precios excesivos, ya que se pueden aprovechar las herramientas económicas (y, quizás, de equidad) elaboradas para la aplicación privada.

6. CONCLUSIONES: RELEVANCIA DE LA CUESTIÓN FORMAL Y LA IMPORTANCIA DE LOS TESTS

Los problemas prácticos que presenta este ilícito respecto a su determinación son evidentes y se han puesto de relieve lo más pormenorizadamente posible en este trabajo.

No obstante, en nuestra opinión, no debemos arredrarnos ante las complicaciones formales. No parece un argumento consistente suficiente el de la complejidad de la prueba para eliminar el ilícito de los precios excesivos con finalidad de explotación del ordenamiento jurídico. La solución lógica a un problema formal –la complicación en la detección de un precio excesivo- no debería pasar por derogar la prohibición. En cambio, es necesario trabajar para encontrar una fórmula más sencilla que permita hallar un balance entre la seguridad jurídica y la necesidad de equidad en la aplicación de la norma y evitar que el ilícito quede vacío de contenido de la mano de unos tests de detección que hagan prácticamente imposible su persecución.

Uno de los problemas fundamentales alegados son los retos que plantean los conceptos indeterminados contenidos en el precepto. Este tipo de conceptos, los abiertos, no son exclusivos del Derecho de la Competencia, y mucho menos del ilícito de abuso de posición de dominio.

En cierta medida, todas las ramas del ordenamiento jurídico cuentan con estos términos que, aunque requieran una interpretación jurisprudencial para su aplicación práctica, flexibilizan y adaptan enormemente la aplicación del Derecho a las necesidades de cada caso.

Es claro que esta flexibilización debe respetar unos límites: aquéllos que permitan que los tribunales, autoridades de competencia competentes para aplicar el precepto y las propias empresas puedan conocer con anticipación la licitud de su conducta. Esta cuestión relativa a un mantenimiento de un cierto nivel de seguridad jurídica *ex ante* cobra una mayor relevancia si se tiene en cuenta que, tras la eliminación de la posibilidad de previa evaluación de una práctica por parte de la Comisión y paso a un sistema de autoevaluación, las empresas se encuentran una posición algo más comprometida, sobre todo en los supuestos de complejo deslinde entre el ejercicio lícito de un derecho –la maximización de los beneficios- y un uso abusivo del mismo –fijación de un precio excesivo-.

Por otra parte, es necesario anotar que se presentan problemas derivados de utilizar la Economía, en concreto, la eficiencia, de forma normativa, esto es, haciendo que la misma determine el resultado de la aplicación de una norma. Es necesario ser consciente de que la Economía no es una ciencia exacta y los datos no son objetivos en su interpretación. Con esta afirmación no queremos implicar que es necesario abandonar el recurso a ellos en el Derecho de la competencia. Se trata, en efecto, de disciplinas estrechamente conectadas.

Sin embargo, vistas las necesidades de ofrecer un marco de seguridad, los tribunales deben contribuir creando una jurisprudencia coherente que permita armonizar las soluciones y criterios ofrecidos al problema de los precios excesivos.

En este sentido, la conclusión ideal sería la elaboración de una propuesta que facilitara una determinación que tolere los mínimos errores posibles, simples y homogéneos, con vocación de generalidad. Sin embargo, parece complicado establecer un test de tales características. La doctrina se ha planteado la plausibilidad de un test económico que sea capaz de recoger el contenido del ilícito en cualquier circunstancia. A estos efectos, es conveniente cuestionarse si el análisis económico es de ayuda a los efectos de detectar los precios excesivos. Así, es necesario plantearse la pregunta de si sería conveniente, en lugar de elaborar y complicar los análisis imponiendo una carga y una inseguridad excesiva a las empresas, simplificar lo máximo posible este tipo de ilícito.

Una posibilidad consistiría en el establecimiento de algún puerto seguro con una luz que guiara a los operadores en el mercado, atendiendo a las diferencias con los costes de producir el bien. Como se ha sostenido por por la jurisprudencia, existe una gradación en las diferencias, que va desde un significativamente por encima del coste a *grossly exorbitant*. En el caso de ser la diferencia significativa, la carga de la prueba recaerá sobre el demandante o autoridad de la competencia, en el supuesto de *grossly exorbitante*, el ilícito resultará evidente *ex re ipsa* (sin necesidad de prueba) y cuando se considere la diferencia “importante”, se presumiría *iuris tantum* trasladando con ella la carga de prueba al demandado.

O incluso, podría plantearse, la opción por un refuerzo de otras fórmulas menos economicistas. Como hemos puesto de relieve en el análisis de la materia, tradicionalmente se ha planteado una aproximación financiera en torno a los costes, conforme a los cuales se ha determinado el valor económico de un bien. Sin embargo, los mismos no siempre han

ido determinantes para los tribunales⁸⁰⁴. Derivado de la aplicación práctica de tales cálculos nos preguntamos si ésta es la manera idónea de llevar a cabo un análisis semejante ya que, en parte, este halo de tecnicidad hace que se pierda de vista la verdadera esencia del Derecho, a saber, el balance entre dos intereses contrapuestos: el de los vendedores y el de los compradores.

En estos escenarios de posiciones de dominio donde aparecen los precios excesivos, las posturas están claramente descompensadas y existe una asimetría de poder en la negociación (en este caso, fijación) del precio y en la información. En este tipo de escenarios, en nuestra opinión, el análisis de los costes no debería tener una relevancia principal, sino de apoyo. Así pues, quizás debería ponerse más atención al estudio de un cariz más regulatorio, donde los factores estratégicos cobren una mayor importancia, dado que son los que ofrecen pistas sobre el objeto y el efecto de las conductas estudiadas.

Aunque parezca que este cambio introduce importantes notas de inseguridad jurídica, en nuestra opinión es una intuición no necesariamente cierta, ya que los cálculos matemáticos dependen de la calidad de los datos –como se ha señalado, carentes en la mayor parte de ocasiones- y de la forma en la que se utilicen. Somos conscientes de que la aproximación sugerida, eminentemente regulatoria, difiere del tipo de análisis concurrencial que se está llevando generalmente a cabo y que se rige por unos parámetros distintos, de eficiencia.

Recordemos que, si bien es cierto que el Derecho de la competencia se encuentra muy próximo a la disciplina económica y que,

⁸⁰⁴ HOWARTH, D., “Pricing Abuses. Unfair and predatory pricing under article 82 EC: From Cost-price comparisons to the search for strategic standards”, *op.cit*, pág. 249.

de hecho, se sirve del apoyo económico para sustentar algunas de sus conclusiones e ilícitos, se puede seguir optando por dotar de contenido al precepto desde otra perspectiva en la que no juegue un papel esencial, sino accesorio el análisis económico.

En cualquier caso, vaya por delante insistir en que, mientras que el análisis de costes tiene su indudable utilidad, utilizarlo como método determinante de cuándo un precio es excesivo puede tener consecuencias negativas porque nos encontraremos con escenarios en los que, por carecer de todos los datos necesarios y a sabiendas de que estamos ante un abuso de poder económico, sencillamente no pueda demostrarse. En este sentido, y pese a la repercusión que ha tenido la aproximación más económica en el Derecho de la competencia, sería conveniente no abandonar el análisis jurídico en pro de un análisis económico, sino servirse de las herramientas que nos ofrece la Economía como un instrumento más, no el único.

En esta línea, sugerimos que el análisis coste-beneficio no juegue un papel preponderante en el establecimiento de un ilícito de precios excesivos y, en cambio, se dé una mayor relevancia a las cuestiones regulatorias. En nuestra opinión, en las aproximaciones regulatorias se parte del origen del problema, a saber, una situación de desequilibrio en el mercado donde éste no es capaz de gestionar resultados competitivos, mientras que, en cambio, en los análisis concurrenciales se presume que el mercado es capaz de reconducirse a la competencia porque no existe un fallo de mercado insubsanable.

|

CAP. IV. POSICIONES IDEOLÓGICAS TRAS LOS PRECIOS EXCESIVOS

Pese a tener un amplio reconocimiento en la doctrina su inclusión en las conductas restrictivas de la competencia englobadas en el ilícito de abuso de la posición de dominio⁸⁰⁵, no parece que actualmente la decisión de su mantenimiento sea una cuestión pacíficamente admitida.

Como ya se ha apuntado, una de las razones esgrimidas en contra de la aplicación de la prohibición de los precios excesivos con finalidad de explotación es ideológica. De hecho, en nuestra opinión, se trata de la única razón de peso para poder sostener su eliminación del Derecho de la competencia. La cuestión formal –estudiada en los apartados precedentes-, pese a alegarse normalmente de forma conjunta, tiene una relevancia notablemente inferior y sólo sirve a mayor abundamiento o para vestir técnicamente la posición dirigida a la eliminación de la disposición.

La finalidad del presente apartado radica, precisamente, en poner de relieve y analizar la posición importada del Derecho e ideología norteamericanos y contrastar su encaje en un ordenamiento jurídico europeo.

1. POSTURAS CONFRONTADAS

Existen dos perspectivas generales desde las que aproximarse a los precios excesivos: la intervencionista y la no intervencionista. La afinidad respecto de cualquiera de las dos tiene consecuencias sobre la aplicación o

⁸⁰⁵ WAELBROECK, M., “Annual review of ECC Competition cases 1988-1989” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 1989, pág. 181-202, pág. 197.

inaplicación del precepto dirigido a la prohibición de los precios excesivos.

1.1. NO INTERVENCIONISTAS

En general, quienes propugnan la inconveniencia de la intervención del Estado en la Economía de no existir un fallo del mercado (considerando que los precios excesivos no constituyen un fallo del mercado⁸⁰⁶) hacen girar su argumentación en torno a dos ideas centrales: 1) mayor eficiencia de la auto-gestión del Mercado, incluyendo, dentro de este aspecto, consideraciones respecto de las consecuencias del efecto llamada y 2) premio al mérito o esfuerzo de la empresa que triunfa en el Mercado.

1.1.1. Las virtudes de la auto-gestión del Mercado

Respecto del primero de los dos argumentos, los suscriptores de esta tesis confían en la capacidad de autogestión y auto-organización del mercado de forma independiente con resultados más eficientes que aquéllos que se obtendrían de controlarse tales resultados por terceros ajenos al mismo, en concreto, el Estado. Se trata, en esencia, de una

⁸⁰⁶ No obstante, no todos los autores están de acuerdo con esta conceptualización. AZGAD-TROMER, S., “A Hierarchy of Markets: How Basic Needs Induce a Market Failure”, *DePaul Business & Commercial Law Journal*, n° 14, págs. 1-43. El autor subraya que existen mercados cuyas características llevan a que se produzcan fallos de mercado, donde el proceso de toma de decisión de los consumidores está especialmente afectado por las circunstancias y hace que existan incentivos para los vendedores que conduzcan a un equilibrio subóptimo. En este tipo de mercados, que se describirán y sistematizarán con más detenimiento en la parte IV del trabajo pueden encontrarse bienes de consumo necesarios, donde los consumidores tienen escasa oportunidad de apartarse del mismo y tienen poca información.

manifestación más de la *teoría de la mano invisible*. En este sentido, tras el balance beneficio/perjuicio realizado por esta corriente doctrinal, se concluye que es más eficiente no intervenir en un supuesto de precios excesivos.

Los defensores de esa tesis tienen en cuenta la teoría del sistema de incentivos, que sostiene que terceras empresas potenciales competidores, en vista de los beneficios que produce ese sector, se sentirán atraídos por hacia el mismo.

Los autores que se encuadran en esta teoría consideran que los precios excesivos son intrínsecamente efímeros, no tienen vocación de durabilidad. Las empresas que los fijan no pueden mantenerlos durante largos plazos de tiempo y sólo pueden lucrarse con ellos durante un breve periodo de tiempo, precisamente por la capacidad de auto-organización que le atribuyen al mercado. Por esta razón, entienden que no merece la pena intervenir, dado el elevado riesgo de equivocación, vistas las escasas herramientas de detección de los precios excesivos y las repercusiones derivadas de un error.

La razón fundamental de esta corrección autónoma radica en la asunción de que los precios excesivos actúan como efecto llamada de competidores potenciales en el mercado⁸⁰⁷. En este sentido, se defiende que la prohibición de los precios excesivos sólo produce resultados beneficiosos a corto plazo, protegiendo, de esta forma, exclusivamente la competencia estática. No obstante, dado que no es una corrección natural,

⁸⁰⁷ KORAH, V., *An introductory guide to EC competition law and practice*, op.cit., pág. 132. FLETCHER, A., JARDINE, A., “Towards an appropriate policy for excessive pricing”, op.cit., pág. 534. DE LA MANO, M., NAZZINI, R., ZENGER, H., “Article 102” en AA.VV., *The EU Law of Competition*, ed. Faull, J., Nikpay, A., Oxford University Press, London, 2014, págs. 329-539, pág. 334. La competencia dinámica aparentemente es un maximizador del bienestar del consumidor y, por esta razón, se llega a la conclusión de que es mejor no intervenir en el libre desarrollo de la misma.

sino impuesta desde fuera por un tercero, de no continuar este tercero supervisando y controlando el mercado en cuestión (convirtiéndose, de esta forma, en un regulador de mercados *de facto*⁸⁰⁸), y mientras las condiciones de mercado no se alteren, con el tiempo las prácticas volverán al cauce⁸⁰⁹.

Por esta última razón, este tipo de autores hacen un especial énfasis en el cambio de las circunstancias que propician la aparición de los precios excesivos, como son las prácticas excluyentes de la competencia en el mercado. No obstante, y pese a que estamos de acuerdo con la idea de que es necesario intervenir *también* (y quizás, incluso, principalmente) en este tipo de conductas y sancionarlas, es necesario ser consciente de que no todas las posiciones de dominio de las que potencialmente puede abusarse se han obtenido de una forma anticompetitiva. En muchas ocasiones, las empresas habrán alcanzado esa posición de preponderancia de forma perfectamente competitiva.

Se produce así un ángulo muerto en la aplicación del derecho de la competencia con consecuencias potencialmente graves para el interés del

⁸⁰⁸ Sostienen que el Derecho de la competencia actúa en mercados sin barreras de entrada donde el mercado es capaz de corregirse a sí mismo mientras que la regulación se impone en mercados con dificultades para entrar en el mismo. No obstante, en nuestra opinión el Derecho de la competencia es algo transversal que funciona en todos los mercados y no supone ningún obstáculo a la regulación: es posible aplicar los dos a la vez. WERDEN, G.J., “Monopoly pricing and competition policy: divergent paths to the same destination?” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 2008, págs. 649-664, págs. 660 y 661. El autor sugiere que esta cuestión de precios excesivos está mejor en manos de un regulador porque tienen menos casos, dado que se centran en un único mercado y pueden utilizar lo aprendido en subsiguientes casos.

⁸⁰⁹ O'DONOGHUE, R., PADILLA, A. J., *The Law and Economics of article 82 EC*, op.cit, pág. 627. Ésta es, sin embargo, una cuestión que no entraremos a analizar en este apartado y, por lo tanto, remitimos al capítulo que trata sobre las sanciones apropiadas en un caso de precios excesivos. RÖLLER, L-H., “Exploitative abuses”, en AAVV., *European Competition Law Annual 2007. A reformed approach to article 82 EC*, ed. Ehlerman, K.D., Marquis, M., Hart Publishing, Oxford, 2008, págs. 525-532, pág. 527.

consumidor. Sin embargo, y pese a la evidencia, los autores pertenecientes a esta corriente de corte norteamericano *neochicagoan*, entienden que no existe motivo para intervenir ante una posición alcanzada competitivamente, postura que se explicará desde el segundo motivo argüido.

Asimismo, hay quien mantiene que la mera expectativa de que alguna empresa entre en el mercado dominado es suficiente como para mantener los precios bajos⁸¹⁰. En este sentido, pese a que exista una posición de dominio, estos autores entienden que la existencia de una competencia potencial es suficiente como para disciplinar a la empresa dominante y mantener los precios a un nivel competitivo. Estamos totalmente de acuerdo con tal afirmación, que es coherente con la teoría e la *workable competition*. No obstante, no parece superfluo recordar que, en nuestra opinión, la situación aludida en la que el mercado es capaz de corregirse solo no constituye una verdadera posición de dominio. Las posiciones de dominio exigen que tanto la competencia efectiva como la potencial tengan un carácter, como mínimo, residual.

En opinión de estos autores, la intervención del Estado en este tipo de supuestos corre el riesgo de producir errores innecesarios con graves consecuencias⁸¹¹ para la eficiencia del mercado y el bienestar de los

⁸¹⁰ El autor expone que ésta es una de las razones que se alegan para no perseguir los precios excesivos. EZRACHI, A., GILO, D., “The darker side of the moon: assessment of excessive pricing and proposal for a post-entry price-cut benchmark” en AAVV., *Article 82 EC: Reflections on its recent evolution*, ed. Ezrachi, a., Hart Publishing, Oregon, 2009, págs. 169-186, pág. 173.

⁸¹¹ Existen autores que, a la vista de esta posibilidad de comisión de errores con consecuencias muy perniciosas, no abogan por la desaparición del ilícito completamente, sino por una aplicación de la prohibición de los precios excesivos sólo en circunstancias excepcionales. EVANS, D.S., PADILLA, A.J., “Excessive prices: using economics to define Administrable legal rules”, *Journal of Competition law and Economics*, nº.1., 2005, págs. 97-122. PAULIS, E., “Article 82 and exploitative conduct”, en AAVV.,

consumidores (asumiendo que los errores tipo I son más nocivos que los de tipo II⁸¹²)⁸¹³, ya que, si bien los precios excesivos pueden ser detectados

European Competition Law Annual 2007. A reformed approach to article 82 EC, ed. Ehlerman, K.D., Marquis, M., Hart Publishing, Oxford, 2008, págs. 515-524, pág. 518.

⁸¹² O'DONOGHUE, R., PADILLA, A. J., *The Law and Economics of article 82 EC*, op.cit., pág. 625. No obstante, los errores de tipo II, es decir, los producidos cuando no se aplica la sanción, conllevan un efecto perjudicial muy negativo, el efecto disuasorio desaparece. BAKER, J., "Preserving a political bargain: the political economy of the non-interventionist challenge to monopolization enforcement", *Antitrust Law Journal*, nº 76, 2009-2010, págs. 605-652, pág. 616. El autor explica que, para los no intervencionistas, los errores de tipo I son más peligrosos que los de tipo II porque los mercados son capaces de corregirse a sí mismo y erosionar el poder del monopolista en un lapso de tiempo determinado. BOURGEOIS, H., "The chilling effects of article 82 enforcement" en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 2008, págs. 349-384, pág. 349. No obstante, otros autores sostienen que la veracidad de esta afirmación sobre los costes que tienen los errores tipo I y los errores tipo II no pueden establecerse como verdades económicas tan evidentes como se presentan. Podrían ser poco más que un mito. GAVIL, A.I., "Exclusionary distribution strategies by dominant firms: striking a better balance", *Antitrust Law Journal*, vol 72, nº 3, 2004-2005, pág. 36. BOURGEOIS, H., "The chilling effects of article 82 enforcement", op.cit., pág. 356 sostiene que es relativamente infrecuente que se produzcan errores tipo I (y que las decisiones de la Comisión hayan sido cambiadas) porque la Comisión utiliza muchos recursos y tiempo en investigar los casos, las circunstancias y los mercados. Asimismo, la Comisión tiene importantes poderes de investigación que hacen que el margen de error sea relativamente bajo. AHLBORN, C., EVANS, D., PADILLA, J., "Prácticas unilaterales, normas de competencia, y revisión judicial: una primera mirada desde la EU" en AAVV., *El derecho de la Competencia y los jueces*, ed. Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbo, Marcial Pons, Madrid, 2007, Fundación Rafael del Pino, Madrid págs. 157-178, pág. 165 y ss. En esta participación a una obra colectiva los autores explican por qué se considera más dañino un error de tipo I que un error de tipo II refiriéndose a unas declaraciones del juez Easterbrook, que establece que "el sistema económico corrige monopolios más fácilmente que corrige los errores judiciales. No hay una manera automática de cancelar las decisiones equivocadas del Tribunal Supremo. Una práctica, una vez condenada, es probable que siga así, no importan sus neficios. Sin embargo, una práctica monopolística abusiva por equivocación eventualmente conduciría a la competencia, ya que los precios monopolistas más altos atraerán rivalidad" (EASTERBROOK, F., "Limits of antitrust", *Texas Law Review*, vol. 63, nº 1, 1984, págs. 1-40, pág. 15). Los autores mantienen que los costes de los errores de tipo I se traducen en una reducción de incentivos de las empresas para invertir en investigación e innovación, lo que conlleva una pérdida de bienestar de los consumidores dada la ausencia de productos y servicios valiosos. En cambio, el coste de los errores tipo II se corresponde con la pérdida de bienestar del consumidor en forma de un pago de precios supracompetitivos y de la ausencia de productos que no aparezcan en el caso de prácticas excluyentes. Y otra vez nos encontramos con un problema de fondo en la comprensión de lo que supone poseer una

a través de una comparación con otros precios referenciales, existen dificultades que impiden que este método funcione fiablemente. En una situación ideal, las autoridades de la competencia o los jueces que deciden en un caso de competencia no deben cometer errores. Sin embargo, este escenario es evidentemente poco realista, sobre todo en una materia tan compleja como es el Derecho de la competencia que conlleva innumerables juicios de valor⁸¹⁴.

posición de dominio. Como se ha establecido en la parte II del presente trabajo, una posición de dominio viene determinada por una ausencia de competencia, tanto actual como potencial. Esto quiere decir que un mercado no competitivo pero contestable no da origen ni alberga posiciones de dominio. Las auténticas posiciones de dominio se caracterizan precisamente por la imposibilidad de corrección autónoma o independiente del propio mercado, al menos, en un plazo razonable de tiempo. Por eso mismo, en estos casos, un error de tipo II, en nuestra opinión, es potencialmente más dañino que un error de tipo I. Una sanción a una empresa a causa de la imposición de un precio maximizador de beneficios es perfectamente sobrellevable. Un error de tipo II condena a los consumidores a sufrir las consecuencias del abuso indefinidamente ya que el mercado sólo difícilmente se re equilibrará.

JENNY, F., “Abuse of dominance by firms charging excessive or unfair prices: an assessment”, 2016, a disposición para descargar en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2880382 (version SSRN)., pág. 28 ss. Sostiene también que los errores de tipo I producen consecuencias más gravosas que los errores de tipo II en precios excesivos. Si una autoridad de la competencia se equivoca en calificación de un precio como excesivo, se incrementará el surplus de los consumidores, pero tendrá una consecuencia negativa en la eficiencia estática y dinámica de la competencia. En cambio, que equivocadamente califique un precio excesivo como lícito tendrá un impacto en la eficiencia distributiva (un precio alto con un margen de beneficio cuyo resultado será la reducción del surplus del consumidor), pero no afectará a la competencia dinámica (no desincentivará que nuevos entrantes intenten acceder al mercado). Dado que el autor considera que las eficiencias dinámicas son más importantes que las eficiencias distributivas estáticas para el beneficio a largo plazo del consumidor, el coste social de los errores de tipo I será normalmente más elevado que los errores de tipo II.

⁸¹³ A este respecto, véase CRANE, D. A., “The economics of antitrust enforcement” en AAVV., *Antitrust Law and Economics*, ed. K. N. Hylton, Edward Elgar, Northampton, págs. 1-23, pág. 3-5.

⁸¹⁴ Existen, en consecuencia, dos posibilidades, que afectan a la aplicación del artículo y que se plasman en dos niveles distintos; en el nivel de la inclusión de determinados comportamientos en el ilícito y, en segundo, en la aplicación de la legislación. Una sobre inclusión de comportamientos dentro del marco de un ilícito se puede compensar de la mano de una menor aplicación de la ley. La experiencia indica que existe una inclusión y aplicación escasa en los dos por diversas razones, que están relacionadas con la

En relación con el argumento anterior, la doctrina no intervencionista sostiene que las autoridades de la competencia no están facultadas para poder realizar este examen y tampoco legitimadas para llevar a cabo una regulación de precios⁸¹⁵. Asumiendo, además que los errores de tipo I son más perjudiciales que los de tipo II, se convierte éste en un argumento conservador muy poderoso en contra de la intervención.

Sin embargo, los errores pueden ser evitados de dos formas distintas: en primer lugar, a través de una elevación de los requisitos necesarios para poder afirmar la existencia de un precio excesivo. Se trata de elevar el umbral de la apreciabilidad para reducir los casos grises donde los errores son más probables. En segundo lugar, y ésta es el método más apropiado en nuestra opinión, de la mano de la introducción de un sistema de revisión judicial apropiado que, aunque no prevenga la comisión de errores en la fase administrativa, sea capaz de rectificar los mismos en vía jurisdiccional. Así, elementos que deben ser tenidos en cuenta son el amplio margen de discrecionalidad con el que tradicionalmente ha contado la Administración en cuestiones económicas complejas y la plena revisión atribuída a los tribunales para conocer de tales asuntos.

Asimismo, en su opinión, proceder a la sanción de los precios excesivos sería incurrir en un sistema de regulación de precios⁸¹⁶, una situación que entienden indeseable. La generalización de los casos de

percepción que los jueces tienen de cómo se ha desarrollado el derecho de la competencia históricamente y tratan de compensar su supuesta expansión.

⁸¹⁵ GAL, M., “Abuse of Dominance—Exploitative Abuses” en AAVV., *Research Handbook in EU Antitrust Law*, D. Geradin, I. Lianos (eds), Edward Elgar Publisher, 2013, págs. 385-422.

⁸¹⁶ HOU, I., “Excessive prices within eu competition law”, *op.cit.*, págs. 48 y 49. VESTERDORF, J., “Article 82 EC – When is a price so high that it becomes abusive? – An appreciation of a particularly subjective character” *op.cit.*, pág. 96. FLETCHER, A., JARDINE, A., “Towards an appropriate policy for excessive pricing”, *op.cit.*, pág. 536.

controles de precios pueden convertir una economía de mercado en un sistema de fijación de precio centralizado con todos los problemas que a esto se asocia⁸¹⁷. Subrayan además, que las autoridades de la competencia, a diferencia de los reguladores de mercados, tienen menos experiencia indicando a la empresas qué precios deberían fijar para sus bienes⁸¹⁸.

Ahora bien, existen barreras de mercado que no necesariamente son anticompetitivas y que difícilmente podrán ser solventadas por parte de una autoridades de la competencia, a saber, la misma eficiencia de una empresa dominante. En estos casos, el hecho de que las potenciales terceras empresas conozcan el superior nivel de eficiencia de la empresa dominante –independientemente de que no esté repercutiendo o trasladando las ventajas derivadas de la misma en los consumidores- es suficiente como para tomar la decisión racional de no participar en el mercado.

Otra de las cuestiones, intrínsecamente unida con la anterior, respecto a la supuesta incapacidad de las autoridades de la competencia, que se pone sobre la mesa es que no se conoce un diseño de remedios efectivos para luchar eficiente y, quizás también eficazmente contra la fijación de precios excesivos⁸¹⁹. Este debate, sin embargo, se debe

⁸¹⁷ BUTTIGIEG, E., *Competition Law: safeguarding the consumer interest. A comparative analysis of US Antitrust Law and EC Competition Law*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2009, pág. 169.

⁸¹⁸ En el PANNEL DISCUSSION, “Policy objectives, enforcement tools and actors, types of abuses, the case of excessive pricing”, *op.cit.*, pág. 36 se subraya una cuestión llamativa: cuando se trata de precios excesivos, las autoridades de la Competencia no parecen estar bien posicionadas para discutir sobre los costes (un parámetro necesario para llevar a cabo el test), sin embargo, no parece haber ningún problema en que estas mismas autoridades sean las que lleven a cabo un análisis de los costes en cuestiones sobre precios predatorios.

⁸¹⁹ TEMPLE LANG, J. F., “Anticompetitive abuses under article 82 involving intellectual property rights” en AAVV., *European Competition Law Annual 2003: what is an abuse of dominant position?*, ed. CD Ehlermann y Atanasu, Hart Publishing, 2006, pág. 638.

producir con cualquier tipo de infracción de la competencia, no parece que tenga características propias que lo hagan exclusivo de los precios excesivos. Para que la sanción sea disuasoria, además de cumplirse los requisitos previstos en la detección del test, la sanción debe ser suficientemente grave y eficaz. Se sugiere que, en los sistemas en los que un elevado número de conductas infractoras quedan impunes, puede optarse por un establecimiento de sanciones de muy elevada gravedad, para que su efecto disuasor sea efectivo⁸²⁰.

En el supuesto de precios excesivos, en el que en la situación actual en la que tan solo se sancionan los supuestos más exorbitantes, un diseño siguiendo esta premisa debería contener una sanción especialmente intensa por dos razones: en primer lugar, por la poca frecuencia en la que la Comisión y tribunales declaran la comisión de una infracción de precios excesivos y, en segundo, porque aquellos casos que se condenen, serían de una entidad o magnitud tan importante que el principio de proporcionalidad quedaría satisfecho. Este principio exige que dependiendo de la diferencia existente entre el valor del bien y el precio impuesto, la intensidad de la sanción podrá ser modulable. Si sólo se declara la existencia de un precio excesivo en supuestos donde la brecha entre valor y precio es dramática, por la claridad del caso, la Comisión podrá perfectamente imponer una sanción de considerable envergadura. En cualquier caso, como mínimo, la sanción debe garantizar que, tras la satisfacción de la misma, el infractor no tiene incentivos para reiterarla, precisamente porque no ha obtenido beneficio alguno.

⁸²⁰ MONTERO, C. M., “El efecto disuasorio de los instrumentos de defensa de la competencia. Una visión en el ámbito del Derecho Administrativo” en AAVV., *1989-2007 Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia*, Círculo de empresarios, Madrid, 2008, págs. 179-212, págs. 180 y 181, pág. 198.

1.1.2. Compensación al esfuerzo

En segundo lugar, los seguidores de esta corriente consideran que los precios excesivos no sólo no son perjudiciales para el sistema concurrencial, sino que muy al contrario, resultan recomendables e, incluso, equitativos, pues compensan a las empresas –sobre todo en mercados de tecnología- que han incurrido en un riesgo considerable realizando una inversión económica específica⁸²¹ y generando incentivos para que terceras empresas ingresen en ese mercado que, ante un escenario de intervención, estarían distorsionados.

En su opinión, una competencia por sus propios méritos ha conducido a las empresas exitosas a una posición de preponderancia tal que sería inequitativo privarlos de su merecida recompensa. La bajada de los precios a través de la prohibición e implementación de la prohibición

⁸²¹ El más firme defensor de esta máxima fue el juez Scalia en la sentencia *Trinko*. Pero también ha sido defendido por otros como: O'DONOGHUE, R., PADILLA, A. J., *The Law and Economics of article 82 EC*, págs. 621 y 622. Los autores sostienen que existen industrias donde la fijación de precios por encima del límite de los costes marginales son necesarios para recuperar las grandes cantidades de inversión realizada y otros costes fijos. En nuestra opinión, este tipo de costes se entienden comprendidos dentro del parámetro “costes” y, por lo tanto, quizás impediría incluso la apreciación de un precio excesivo. Estos autores relanzan el debate entre el largo y el corto plazo y el énfasis puesto en uno o en otro dependiendo de la postura en la que uno se identifique. En nuestra opinión, esta defensa de los precios excesivos está anclada en un tipo de Mercado determinado: el de la tecnología. Pero los precios excesivos no sólo se producen en este ámbito. Pensemos, por ejemplo, en los mercados regulados, donde la mayor parte de las empresas en posición de dominio son ex monopolies del estado liberalizados, donde los nuevos titulares corren un riesgo nulo, porque llevan años funcionando, y han hecho una inversión inicial ridícula porque así de irrisorios eran los precios a los que se liberalizó. PEEPERKORN, L., “Price discrimination and exploitation”, *op.cit.*, pág. 614. El autor, al respecto, añade un argumento muy original, consistente en mantener que sería complicado entonces sancionar los casos de cárteles que fijan precios y reparten mercados. Impedir que los miembros del cártel aumenten sus beneficios conjuntos podría argumentarse que tiene impacto negativo en la innovación de sus productos. RÖLLER, L-H., “Exploitative abuses” en AAVV., *European Competition Law Annual 2007. A reformed approach to article 82 EC*, ed. Ehlerman, K.D., Marquis, M., Hart Publishing, Oxford, 2008, págs. 525-532, pág. 527.

de los precios abusivos, según estos analistas, puede aumentar el bienestar del consumidor a corto plazo, materializándose en un descenso de los precios. No obstante, a largo y medio plazo los beneficios disminuyen de la mano de una escasez en innovación y gama ofrecida por competidores.

Este resultado negativo a medio y largo plazo se produce porque las empresas, ante el escenario de sanción de los precios monopolísticos, tendrán un interés mucho menor en llegar a ser monopolista si no se pueden explotar los beneficios derivados de haber alcanzado tal situación con un esfuerzo competitivo. Se trata ésta de una cuestión de incentivos. La pregunta que se plantean los defensores de los precios monopolísticos es por qué una empresa iba a aspirar a dominar el mercado si no puede imponer un precio que le permita explotar tal posición alcanzada de forma competitiva.

La idea que subyace es una legitimación o un derecho a obtener beneficios monopolísticos, que la empresa merece explotar tal ventaja derivada de una actividad concurrencial pasada. Sin embargo, desde la perspectiva europea, esta aproximación puede entrar en conflicto con la noción de abuso y ejercicio antisocial de la libertad de empresa reconocida constitucionalmente.

No obstante, en cierta medida la Comisión parece reconocer este tipo de justificación y se refiere a ella en el *discussion paper*⁸²². La Comisión establece, no referido a los precios, pero sí a la negativa a suministrar, que la propiedad inmaterial normalmente es resultado de unas inversiones elevadas que conllevan importantes riesgos⁸²³. Para mantener

⁸²² Apartados 235 y 236.

⁸²³ IBAÑEZ COLOMO, P., “Restrictions on innovation in EU competition law”, *European Law Review*, vol. 41, nº 2, 2016, págs. 201-2019, pág. 202. El autor se refiere

el incentivo de inversión, no se deben imponer restricciones indebidas sobre la empresa dominante en la explotación de sus resultados. Por ello, la empresa debe ser libre de buscar una compensación por sus proyectos que sea suficiente como para mantener los incentivos de inversión, asumiendo el riesgo de los fracasos. Es cierto que a lo que se refiere la Comisión es a la permisividad respecto de conductas que excluyan a competidores sobre el acceso a su *input* durante un cierto periodo de tiempo. Pero la filosofía que subyace es similar y es incluso más comprensible la tolerancia respecto de conductas de explotación que respecto de conductas de exclusión. A este argumento se conoce como “la defensa de la innovación”⁸²⁴.

En nuestra opinión, existen suficientes incentivos económicos, que no pasan por el abuso originado por la fijación de un precio monopolístico, que fomentan que las empresas aspiren a poseer una posición de dominio en el mercado. Además de los beneficios obvios derivados del aumento de la masa de consumidores compradores del bien que la dominante pone en el mercado, es importante referirse al incentivo específico de los mercados tecnológicos. En éstos, el incremento o mejora de la tecnología en sí mismo es determinante y esencial de cara a su posicionamiento en el mercado futuro, por lo que no pueden permitirse el lujo de reducir su innovación tecnológica si desean mantener su posición de dominio o incluso, su posición, sea cual sea ésta, en el mercado.

Finalmente, un cuestión desvinculada de la utilidad de este argumento (a saber, la expectativa de beneficios monopolísticos es

al uso de la “retórica de la innovación” como argumento que se ha utilizado constantemente para justificar ciertas conductas.

⁸²⁴ MONTI, G., “DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses (December 2005)”, a disposición para consultar en <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/065.pdf>, (versión electrónica) pág. 5.

necesaria para el fomento de la innovación y la competencia) es la del necesario planteamiento de la conveniencia de fomentar una aproximación a la innovación a través de un incentivo, cuya corrección ética es cuestionable, basado en la explotación de los consumidores para mantener una posición de dominio.

1.2. INTERVENCIONISTAS

La segunda perspectiva está representada por un grupo heterogéneo de posiciones intervencionistas. Dentro de este sector se incluyen posturas con distintos matices: aquéllos que defienden la configuración de la imposición de un precio excesivo como un ilícito por objeto, aquéllos que se inclinan por introducir una defensa basada en la eficiencia, cuya carga se haga recaer sobre el acusado, y aquéllos que restringen el rango de supuestos sobre los que se podría actuar exigiendo la concurrencia de unas circunstancias adicionales.

1.2.1. Corrientes dentro del intervencionismo

Aunque existan distintas corrientes, es posible identificar un grupo de situaciones comunes en las que todos los defensores de la intervención estarán dispuestos a actuar. El presente apartado se dirige a presentar cuál es ese mínimo común denominador a todos los grupos. Por último, resta hacer una somera referencia a aquéllos que entienden que, existiendo precios excesivos y una necesidad de corregir tal comportamiento, esto no debe realizarse desde el prisma del Derecho de la competencia, sino desde otras ramas del ordenamiento.

En segundo lugar, es necesario trazar una diferencia entre los autores que defienden la necesaria aplicación de lo que se conoce como “la defensa de la eficiencia” y las corrientes no intervencionistas, analizadas en el epígrafe anterior. Dependiendo de con qué laxitud se estimen los requisitos de la defensa de la eficiencia, la línea divisoria será más o menos difusa entre los dos grupos.

1.2.2. Clasificación en función de sus prioridades

Como se ha puesto de relieve, existen varios grupos con distintas prioridades englobados dentro del sector de los intervencionistas. El primer grupo sería aquél que entiende que la intervención debe producirse exigiendo sólo la concurrencia de dos requisitos: un escenario donde exista un precio excesivo y una posición de dominio. En segundo lugar, puede identificarse un grupo de intervencionistas moderados, que requieren unos requisitos adicionales.

1.2.2.1. *Intervencionismo extremo*

En primer lugar, se encuentran los autores que exigen exclusivamente la existencia de una posición de dominio del mismo grado que para aplicar cualquier otro de los supuestos de abuso y la presencia de un precio excesivo, sin necesidad de que éste sea desorbitado (monopolio o cuasimonopolio), sino que será suficiente con que no guarde una relación razonable con el valor económico del bien.

Así, en esta corriente el ilícito se configura como una infracción por objeto. Esta característica que se predica respecto del mismo implica que no se acepta ningún tipo de justificación objetiva o defensa de la eficiencia de los precios excesivos.

1.2.2.2. *Los intervencionistas moderados*

Este grupo puede subdividirse en varias ramas en función de cuál sea su motivación para intervenir. En primer lugar, se encuentran los *eficiencistas*, en segundo, aquéllos que se dirigen sus esfuerzos a la aplicación subsidiaria del precepto y, por último, los que requieren la presencia de posición de dominio y abuso en una versión extrema -una posición de dominio superior a la exigida en otras conductas abusivas o unos precios exorbitantes- o, como se ha denominado, requisitos mínimos de apreciabilidad.

Los *eficientistas* defienden la aplicación de la defensa de la eficiencia como causa de exoneración en un supuesto de precio excesivo. Éstos mantienen que sólo debe aplicarse el ilícito de los precios excesivos cuando los perjuicios sean superiores a los beneficios producidos por tales precios. En este sentido, estos autores entienden que en el caso de que sea posible demostrar que produce eficiencias que compensan las pérdidas de bienestar a corto, la práctica debe ser permitida.

El problema que presenta esta teoría radica en que, si bien en abstracto la postura parece razonable, la exigencia de prueba de las eficiencias se toma de una forma muy laxa e incluso hay ocasiones en las que se da por supuesta la eficiencia derivada de tal práctica. En estos casos, se solapan los autores defensores de la aplicación de la defensa de la eficiencia y los autores no intervencionistas.

En otro grupo se encuentran aquellos autores que restringen la aplicación del ilícito exclusivamente a *gap cases*⁸²⁵, es decir, en aquellos

⁸²⁵ Estos casos conocidos como “*gap cases*” o “*second shot cases*” pueden darse en jurisdicciones que prohíben abusos de posición de dominio. Los mismos se producen cuando la adquisición de la posición de dominio se ha llevado a cabo de forma

supuestos en los que debido a una deficiencia en la aplicación del Derecho de competencia o por un error de tipo II (absolución de empresa cuya conducta es anticompetitiva en una práctica de abusos excluyentes), el sistema jurídico ha fallado y no ha sancionado tales abusos.

En el escenario proyectado, se ve justificada la sanción de las consecuencias a través de una acción directa contra la empresa que ha adquirido la posición dominante de forma ilegítima. Sin embargo, ellos mismos se matizan poniendo de relieve que no tiene sentido que el segundo intento (sanción de los precios de explotación) se dirija a un objetivo distinto del que debería haber tenido el primero, es decir, a evitar las conductas excluyentes⁸²⁶.

Por último, existen autores, a los que ya nos hemos referido en apartados anteriores (parte II del trabajo). Se trata de una exigencia de un estándar superior de dominio en el mercado de la normalmente exigida para aplicar cualquier tipo de prohibición de abuso de la posición de dominio⁸²⁷.

1.2.2.3. Intervención con herramientas distintas del ilícito de precios excesivos

anticompetitiva, pero no queda cubierta la práctica por el derecho de la competencia ya que la empresa que llevó a cabo la actividad de monopolización no poseía una posición de dominio aún, por lo que la legislación no se le aplica. En opinión de JENNY, F., “Abuse of dominance by firms charging excessive or unfair prices: an assessment”, 2016, a disposición para descargar en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2880382 (version SSRN), pág. 25, ésta es una solución muy poco satisfactoria a los vacíos en la legislación. Se debería mejor impulsar una adopción del concepto de monopolización EEUU.

⁸²⁶ ACKERMANN, T., “Excessive pricing and the goals of competition law” en AAVV., *The Goals of Competition Law*, Ed. Zimmer, D., Edward Elgar, Cheltenham, 2012, págs. 349-370, pág. 368.

⁸²⁷ LOWE, P., “How different is eu anti-trust ? A route map for advisors. An overview of EU competition law and policy on commercial practices”, *Conferencia de otoño de la American Bar Association*, 2003, pág. 4.

En un apartado distinto pueden englobarse a aquéllos que entienden que es necesario intervenir en la Economía cuando se produce un episodio de precios excesivos, aunque a través de instrumentos distintos de la prohibición de precios excesivos y, en última instancia, del propio Derecho de la competencia.

La doctrina que es de esta opinión reconoce la existencia de un problema en el mercado que permite la generación de este tipo de situaciones abusivas. No obstante, considera que el Derecho de la competencia debe actuar previniendo la enfermedad y no atajando los síntomas. La enfermedad, en esta analogía, vendría representada por una configuración poco competitiva del mercado. El escaso nivel de competencia se debe entender en el sentido ordoliberal, a saber, la ausencia de competidores reales (o potenciales) capaces de frenar el aumento de precios de la dominante.

Esta situación se deberá en la mayor parte de ocasiones a barreras de entrada imposibles de superar para los potenciales entrantes. Barreras que, a su vez, pueden ser competitivas o no competitivas (por ejemplo, las economías de escala son barreras de entrada derivadas de una superior eficiencia de la empresa que ya opera en el mercado). En el supuesto de ser barreras procompetitivas, como difícilmente podrán eliminarse o reducirse, será necesario aplicar la prohibición de los precios excesivos.

Sin embargo, es posible que las barreras de entrada tengan su origen en una práctica anticompetitiva excluyente. En estos casos, se aplicará el Derecho de la Competencia para atajar la auténtica causa de la posición de dominio de la que se abusa y no la consecuencia –los precios excesivos.

En segundo lugar, se encuentran aquellos intervencionistas cuya preferencias o inclinaciones se encuentran en otras ramas de ordenamiento: como el Derecho regulatorio o la protección de los consumidores.

En este sentido, es concebible que la posición de dominio sea fruto de una deficiente estructura de mercado que pueda solucionarse a través del recurso a una mejora regulatoria (barreras de entrada legales). Finalmente, es posible entender que el abuso afecta principalmente a los consumidores y que, en consecuencia, es más conherente solucionar la cuestión a través de la aplicación del Derecho de Protección de los Consumidores en lugar de recurrir al Derecho de la Competencia. Por lo tanto es factible entender que se requiere intervención aunque de la mano de otras herramientas que no pasan por la aplicación de los precios excesivos.

1.1.3. Distinción entre la defensa de la eficiencia y la postura no intervencionista

Como se ha subrayado inicialmente, existe una división en dos líneas doctrinales: la intervencionista y la no intervencionista. Dentro de la intervencionista, además, se puede diferenciar a aquéllos que intervendrían sólo cumpliéndose algunas condiciones, entre ellas, la más recurrente es la de no compensación de los perjuicios con los beneficios⁸²⁸.

⁸²⁸ No puede asumirse, como presentan algunos, que el hecho de que haya un rendimiento superior justifica los precios excesivos. ACKERMANN, T., “Excessive pricing and the goals of competition law”, *op.cit*, pág. 365 y 366. Como se ha explicado en el capítulo anterior, aunque se ha esgrimido con una pasmosa facilidad este argumento para evitar la sanción de los precios excesivos, no está claro que esta justificación quepa en el supuesto de los precios excesivos.

Por lo tanto, son cuestiones significativamente distintas el posicionamiento entre las filas no intervencionistas y la opción por la inclusión de la defensa de la eficiencia (más o menos laxa, porque cuanto más laxa sea la prueba exigida, más próximos nos encontraremos a la postura no intervencionista) y están o deben estar basadas en argumentos y razones distintas, apreciándose, también, en momentos diferentes y configurando un sistema de presunciones con un alcance dispar.

Los dos tipos de corrientes parten de presunciones distintas con un peso sustancialmente diferente. En primer lugar, los no intervencionistas sugieren que los precios excesivos son lícitos per se, configurando así, una presunción *iuris et de iure* de licitud que no permite prueba en contra.

En cambio, los *eficientistas* parten de que la fijación o imposición de un precio excesivo se presumirá perjudicial y, por lo tanto, ilícito, de no poder probarse que las ineficiencias vienen compensadas, de forma inmediata, a medio o a largo plazo, por beneficios para los consumidores. Estamos, pues ante una presunción *iuris tantum* de ilicitud, que puede ser desvirtuada por la parte que sostiene la licitud, es decir, la empresa dominante.

En esta segunda aproximación, los precios excesivos sólo serán considerados ilícitos cuando las consecuencias negativas de su interposición superen a las positivas. Este tipo de juristas y economistas entienden que cabe la defensa de un abuso, defensa que estará basada en la eficiencia producida por la conducta⁸²⁹. En estos casos, a pesar de afirmar

⁸²⁹ Defensa de la eficiencia que ha sido ciertamente controvertida en los supuestos de posición de dominio hasta hace relativamente poco. Hasta hace pocos años, se consideraba que, a diferencia de lo previsto para el 101, el 102 TFUE no tenía exención posible. HILDEBRANDT, D., *The role of economic analysis in the EC Competition Rules*, op.cit., pág. 43.

la existencia de un precio excesivo (determinado a través de la aproximación coste-beneficio y la comparación con otros precios de referencia), los autores sostienen que habrá ocasiones en las que se puedan demostrar eficiencias por parte de la empresa que ha llevado a cabo la conducta y que, en estas ocasiones, no se podrá sancionar.

Como se ha estudiado en la parte II del trabajo, es necesario poner unos límites a la admisión de justificaciones basadas en la eficiencia. Es conveniente exigir unos mínimos de certidumbre y proximidad temporal que garanticen que los consumidores no resultan dañados o, pese a resultar dañados, es altamente probable que a medio plazo la balanza se invierta y se obtenga un saldo neto positivo para los mismos derivado de la conducta analizada.

1.3. ARGUMENTOS PARA LA INTERVENCIÓN

Con las salvedades e importantes matices que ya se han apuntado sobre las corrientes intervencionistas, todas predicen que la presencia de una serie de circunstancias conlleva la necesidad de intervención en la Economía.

Por lo tanto, el común denominador existe y éste se corresponde con un -reducido- grupo de casos en los que se considera que los perjuicios son de tal calibre que no es posible dejar al albur del mercado su corrección.

1.3.1. Argumento histórico

Los intervencionistas sostienen que los precios excesivos se configuraron, desde los inicios de la elaboración del abuso de posición

dominante, como un ilícito de Derecho de la competencia y han sido una de las máximas preocupaciones y aspiraciones de control de la CEE/UE.

Así, éstos se han entendido recogidos desde el origen del Derecho comunitario y los Tratados fundacionales y de funcionamiento de la UE⁸³⁰. De hecho, existe quien defiende que el objetivo principal del art. 86 TCE redactado por los padres fundadores radicaba precisamente en la prohibición de los precios excesivos con la finalidad de explotar y no con la finalidad de excluir⁸³¹, que fue incluida sólo posteriormente y por la jurisprudencia, precisamente por el contexto socio económico en el que se encontraba la Unión en aquél momento⁸³².

Cuál era la pretensión cuando se redactó el precepto, quién lo introdujo y con qué fin son algunas de las muchas cuestiones que aun siguen debatiéndose por la doctrina,⁸³³. No obstante, lo que parece claro es

⁸³⁰ Pese a que, por algunos autores se ha aludido como argumento en contra de su aplicación el hecho de que no figure la persecución de los precios excesivos en las directrices de aplicación del art. 82 del Tratado. ROBLES MARTIN LABORDA, A., “Exploitative prices in European Competition Law”, págs. 1-20, a disposición para descargar en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2660956 (versión SSRN), pág. 7. No obstante, recordemos que se trata de *soft law* y, por lo tanto, sólo vinculante para el órgano del que emanan. Sólo es vinculante la jurisprudencia del TJUE, donde está previsto como ilícito del Derecho de la competencia.

⁸³¹ PAULIS, E., “Article 82 and exploitative conduct” en AAVV., *European Competition Law Annual 2007. A reformed approach to article 82 EC*, ed. Ehlerman, K.D., Marquis, M., Hart Publishing, Oxford, 2008, págs. 515-524, pág. 515.

⁸³² En los informes anuales sobre política de competencia elaborados desde 1952 hasta 2014 (a disposición para descargar en la página web http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/) queda claro, sobre todo en los primeros, que los precios de ciertos bienes en el mercado dentro de la UE.

Durante los primeros años se dedicaban a un seguimiento de los precios del carbón y del acero, incluso algunos mercados estaban controlados de forma que se evitara que sus precios se elevaran. Todo acompañado de medidas dirigidas a eliminar las barreras de entrada de forma que se creara un mercado único dentro de la CECA.

⁸³³ ROBLES MARTIN LABORDA, A., “Exploitative prices in European Competition Law”, *op.cit.*, pág. 10, recoge en su artículo que los orígenes de la prohibición de los precios excesivos se encuentran en la presión que llevó a cabo la delegación francesa en la negociación del tratado y no, como se suele manifestar, en la Escuela alemana de Friburgo. La preocupación de la delegación alemana, era la de evitar que se reforzaran las

que los tribunales han interpretado que uno de los abusos que se entienden recogidos en el precepto 102 TFUE es el relativo a los precios excesivos con el objetivo de explotar a los operadores del mercado⁸³⁴.

La cuestión es que, si como parece deducirse de los últimos análisis, es plausible que ésa fuera la interpretación originaria del artículo, es conveniente cuestionarse si, con las nuevas teorías económicas derivadas de la evolución del conocimiento y el contexto en el que nos encontramos actualmente, se puede exigir interpretar “precios y condiciones no equitativos” en el mismo sentido con el que se redactó en su momento a la luz de cómo interpretamos en la actualidad el Derecho de la Competencia (aproximación más económica).

La pregunta que debe plantearse a la vista de esta afirmación es si se sigue manteniendo una situación tal que exija su subsistencia. Y ésta es una cuestión que debe tratarse tanto en el apartado de las razones de cariz sustantivo como en el apartado dirigido a hacer un repaso de los mercados más proclives a albergar este tipo de prácticas y, por lo tanto, haciendo hincapié en el papel de la regulación de determinados mercados.

Relacionado con la cuestión anterior, existe una rama moderada dentro de los no intervencionistas que sostienen que las cuestiones relacionadas con los precios excesivos no debería tratarse en sede de Derecho de la competencia, sino por los reguladores específicos de mercado. No obstante, esta afirmación, entendemos, presenta un problema. Esta escisión de los no intervencionistas mantiene tal postura

posiciones de dominio a través de métodos recogidos en el Derecho de la competencia, como los abusos cuyo fin es la exclusión. Los franceses, en cambio, fueron quienes mantuvieron su inclusión. AKMAN, P., “Searching for the long-lost Soul of Article 82 EC”, *Oxford Journal of legal studies*, vol. 29, nº.2., 2009, págs. 267-303.

⁸³⁴ HUBERT, P., COMBET, M. L., “Exploitative abuse: The end of the Paradox?”, *Concurrences Revue des droits de la concurrence*, nº 1, 2011, págs. 44-51, pág. 44.

porque entienden que la prohibición de precios excesivos es una política de precios, en concreto, de fijación de precios por parte del Estado. En nuestra opinión, éste no es el marco adecuado para aproximarse a los precios excesivos. Los precios excesivos no son un supuesto de regulación precisamente porque no fijan (o no deberían fijar) la cuantía de los mismos en un escenario de mercado competitivo, sino que, en un mercado ajeno a las presiones competitivas, aprecian un abuso consistente en desajuste entre el precio que debería haber existido en un mercado competitivo y aquél que se ha producido en el mercado no competitivo.

Las autoridades de la competencia parecen no ser las mejores instancias, en opinión de parte de la doctrina, para llevar a cabo la función de detección y sanción de los precios excesivos. En estos casos, existe una solución radical a este problema y una moderada. La radical se refiere a que, dado que no existe entidad lo suficientemente apta para llevar a cabo este análisis y partiendo de que las consecuencias del fallo consistente en apreciar un ilícito donde no existe son demasiado elevadas, la solución pasa por no intervenir. La solución moderada se centra en exigir que este control se haga desde instancias regulatorias y no desde autoridades de la competencia, sin entender que el control de precios excesivos no se lleva a cabo en sede de regulación, sino de supervisión. En cualquier caso, ante la inactividad de la Administración, los tribunales admiten la opción de que quienes tengan un interés legítimo puedan solicitar la imposición de sanciones ante los órganos jurisdiccionales de lo administrativo⁸³⁵.

En nuestra opinión, existen mercados donde claramente se requiere un control concurrencial sobre la fijación de determinados precios, como

⁸³⁵ REBOLLO PUIG, M., “Control judicial del no ejercicio de la potestad sancionadora”, *op.cit.*, págs. 427 ss.

se podrá observar en la parte IV del trabajo. Y la cuestión que se plantea es la referida a si los precios excesivos constituyen realmente un tema de Derecho de la competencia o debería, de *lege ferenda*, estar recogida en otra rama del Derecho, porque, ciertamente, *de lege data*, lo son. Se cuestiona no obstante si para el supuesto de los ilícitos administrativos existe el mismo principio vigente en los delitos que obliga a los órganos jurisdiccionales a perseguir y sancionar los delitos tipificados⁸³⁶. Aunque la doctrina está dividida (algunos inclinándose por la preeminencia del principio de oportunidad)⁸³⁷, la postura mayoritaria entre la doctrina y jurisprudencia, no obstante, parece inclinarse por el ejercicio obligatorio y reglado de la potestad sancionadora⁸³⁸. No obstante, ciertamente se debe

⁸³⁶ REBOLLO PUIG, M., “Control judicial del no ejercicio de la potestad sancionadora” en AAVV., *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia*, dir. J. Guillén Caramés, M. Cuerdo Mir, Civitas Thomson Reuther, Cizur Menor, 2015, págs. 407-467.

⁸³⁷ NIETO, A., *El derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 100-109. El autor parece hacer una excepción a la voluntariedad de la Administración en la persecución de prácticas ilícitas: cuando un tercer interesado solicite la intervención. GONZÁLEZ PÉREZ, J., y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común : (ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Civitas, Madrid, 2007, pág. 2761. HUERGO LORA, A., “La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen”, *Revista de la Administración Pública*, nº 137, págs. 189-238, pág. 220. GÓMEZ TOMILLO, M., SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte general : teoría general y práctica del derecho penal administrativo*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

⁸³⁸ GARCÍA ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 2015. COBREROS MENDAZONA, E., “El reconocimiento al denunciante de la condición de interesado en el procedimiento sancionador” en AAVV., *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI : homenaje al Dr. D. Ramón Martín Mateo*, coord. F. Sosa Wagner, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 1437-1468. LOZANO CUTANDA, B., “El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad”, *Revista de Administración Pública*, nº 161, 2003, págs. 83-121. GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la administración*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., “Los interesados en el ejercicio de la potestad administrativo sancionadora y los denunciantes de las infracciones administrativas (¿tutela judicial efectiva de las víctimas en la última jurisprudencia contencioso-administrativa?)” en AAVV., *Administración y justicia : un análisis jurisprudencial : Liber amicorum Tomás-*

aceptar un limitado margen de discrecionalidad en la persecución de infracciones, que, sin embargo, debe introducirse en una norma con rango de ley y no en unas directrices *soft law* emanadas del poder ejecutivo. La oportunidad a la que aludimos, no puede deducirse de la naturaleza de la potestad sancionadora ni, y más importante a los efectos que aquí conciernen, de la mera dificultad de perseguir todas las infracciones⁸³⁹.

En realidad, la pregunta sobre si deberían estar recogidos en la legislación de competencia se debe resolver teniendo en cuenta cuáles son los objetivos del Derecho de la competencia, tal y como expusimos en el primer capítulo. Cuál es el bien jurídico que se protege con esta rama del derecho, si es la eficiencia, el bienestar del consumidor, o la eficiencia en tanto que aumenta el bienestar del consumidor. O, quizás, la existencia de competencia en el mercado en el sentido de existencia de una pluralidad de competidores.

Sólo si el Derecho de la competencia se entiende como una rama dirigida a velar por el bienestar del consumidor a través de un funcionamiento eficiente del mercado, se puede sostener que se deben perseguir los precios excesivos. En cambio, no alcanzaremos la misma conclusión si sostenemos que el objetivo es meramente el funcionamiento eficiente, en tanto que una empresa eficiente puede estar perfectamente imponiendo precios excesivos a sus clientes. Es decir, produce lo mejor con los menores costes, pero no lo traslada a los precios.

1.3.2. Argumentos de fondo

Ramón Fernández, coord., E. García Enterría, R., Alonso García, Cívitas, Cizur Menor, 2012, págs. 1389-1436, pág. 1417.

⁸³⁹ REBOLLO PUIG, M., “Control judicial del no ejercicio de la potestad sancionadora”, *op.cit.*, pág. 417.

La idea de que en un sistema con una cultura competitiva suficientemente desarrollada no se requiere la aplicación de precios excesivos⁸⁴⁰ es en mi opinión falaz porque está basada en el hecho de que, estadísticamente, en países desarrollados, el ilícito dirigido a sancionar los precios excesivos no se aplica y, cuando éstos se sancionan, se encuentran en concurso de ilícitos con la obstaculización de importaciones paralelas o la afectación del mercado entre los estados miembros⁸⁴¹.

Este razonamiento parte de la base de que la ausencia de sanciones por precios excesivos en los países desarrollados proviene o se justifica por la ausencia de precios excesivos como consecuencia de una cultura competitiva suficientemente implantada, prefiriendo esta explicación a otras posibles. Esta explicación doctrinal, en nuestra opinión, se explica exclusivamente de su propia presión ideológica, para tratar de demostrar que los precios excesivos son supuestos irrelevantes y se ignoran otros factores externos al análisis de la eficiencia en los precios excesivos, como las convicciones sociales o éticas existentes en un determinado mercado o sector. Estamos, en nuestra opinión, ante una manifestación posiblemente sesgada por la postura ideológica de quien la sostiene, que se identifica con la postura neoliberal y de *laissez faire* que impera en la actualidad, donde la regulación y la vigilancia de los precios se considera un mal a evitar, que encuentra mal encuadre en un marco de libertad de empresa y en los incentivos de las mismas para innovar.

A continuación se expondrán los argumentos que defienden la aplicación del precepto en determinadas circunstancias.

⁸⁴⁰ TERHECHTE, J. P., “Excessive pricing and the goals of competition Law: an enforcement perspective-comment on Ackermann” en AAVV., *The Goals of Competition Law*, Ed. Zimmer, D., Edward Elgar, Cheltenham, 2012, págs. 371-378, pág. 376.

⁸⁴¹ HILDEBRANDT, D., *The role of economic analysis in the EC Competition Rules*, *op.cit.*, pág. 53.

1.3.2.1. La supuesta auto-corrección del mercado

En cuanto a la posibilidad de que el mercado sea capaz de corregirse a sí mismo, tesis principal aducida por los no intervencionistas, debemos contraargumentar en el sentido de que los mercados no siempre son capaces de solucionar los desequilibrios de poder en un tiempo adecuado o, incluso, no pueden hacerlo en ningún caso. La entrada de potenciales competidores depende fundamentalmente de la altura de las barreras de entrada para poder acceder al mercado. Así pues, el mercado no podrá corregirse autónomamente (a corto plazo y, dependiendo del tipo de barreras de entrada, tampoco a largo) ante la existencia de barreras de entrada no transitorias o permanentes.

En atención al efecto llamada, es necesario hacer un apunte de teoría económica. Aun no existiendo aparentemente tales barreras, tampoco es evidente que potenciales competidores entren en el mercado. De hecho, existen estudios económicos que tratan precisamente este escenario⁸⁴², donde los autores sostienen que lo que podría funcionar como una verdadera llamada a potenciales competidores racionales a que ingresasen en el mercado no serían los precios existentes en el mercado monopolístico (precios *ex ante*), argumento utilizado por los defensores de posiciones no intervencionistas, sino los precios esperados en el futuro hipotético mercado competitivo (precio *ex post*). Por lo tanto, si la empresa potencial competidora que esté informada de las circunstancias de la empresa hasta ese momento monopolística calcula que no va a poder

⁸⁴² EZRACHI, A., GILO, D., “Are excessive prices really self correcting?”, *Journal of Competition Law and Economics*, vol 5, nº 2, 2009, págs. 249-268 y EZRACHI, A., GILO, D., “The darker side of the moon: assessment of excessive pricing and proposal for a post-entry price-cut benchmark” en AAVV., *Article 82 EC: Reflections on its recent evolution*, ed. Ezechachi, A., Hart Publishing, Oregon, 2009, págs. 169-186, pág. 173.

competir con la actual monopolista una vez el mercado monopolístico pase a ser competitivo, sencillamente no entrará.

En este sentido, los precios excesivos no pueden racionalmente corregirse por sí mismos, sino que sólo actuaría como elemento corrector la convicción de que la empresa entrante puede ser más eficiente que la empresa ya instalada en el mercado⁸⁴³.

Igualmente, se estudió el supuesto en el que los precios pre-entrada pudieran servir como señal a los entrantes desinformados y concluyó que la indicación sería igual de clara (o incluso más) en un régimen donde se prohibieran los precios excesivos⁸⁴⁴ puesto que se podría conocer por parte del potencial competidor cuál es el precio eficiente y de esta forma comprobar si se puede alcanzar ese nivel, a diferencia del escenario en el que no se prohíben, donde las empresas deben adivinar cuál es el precio eficiente. Esta segunda situación generaría dudas e inseguridad, lo que provocaría que ciertas empresas, ante el desconocimiento, se mantuvieran fuera del mercado.

⁸⁴³ Los autores, sin embargo, apuntan serios problemas con este modelo teórico. En primer lugar, debemos plantearnos cuán racionales son los participantes en el mercado y, en segundo, y como sugieren los autores, hay que interpretar correctamente las señales enviadas por la empresa dominante. De hecho, la existencia de unos precios excesivos no es el único supuesto donde se pueden enviar señales equívocas a través de los precios. Pongamos, por ejemplo, los precios predatorios, en lo que no se sabe si la empresa que vende por debajo de los costes de producción está siendo eficiente o no por la empresa que se encuentra fuera del mercado y quiere entrar, por ejemplo. MATEUS, A. M., "Predatory pricing: a proposed structured rule of reason", *European Competition Journal*, 2011, pág. 246.

⁸⁴⁴ EZRACHI, A., GILO, D., "Are excessive prices really self correcting?", op.cit, págs. 249-268.

1.3.2.2. La compensación del esfuerzos

La segunda de las cuestiones aludidas por el sector no intervencionista es ciertamente discutible, tanto desde una perspectiva moral como desde una perspectiva económica.

Desde la perspectiva moral, como se ha sugerido, la idea de tener que premiar a los monopolistas por el esfuerzo que han llevado a cabo está fundada en un pensamiento calvinista de recoger las cosechas de las semillas sembradas. Es una perspectiva adoptada en USA que encaja con la ideosincracia del país. No obstante, recordemos, en Europa, en general, se cuenta con una fuerte inercia de monopolios estatales que han sido transferidos a manos privadas con un esfuerzo limitado por parte de los adquirentes. Quiere esto decir que, si les permitieran aprovechar tal posición, no estarían siquiera explotando los esfuerzos propios, sino los esfuerzos realizados por la Administración pública. Sin embargo, además de que esta situación ya plantee ciertos problemas de cariz ideológico, no es aplicable a todos los mercados, dado que no en todos los mercados el monopolio se arrastra de una empresa pública. En los supuestos en los que la posición de dominio proviene efectivamente de un esfuerzo del titular, parece, aun así, contrario a los principios generales del derecho europeo, entre los cuales se encuentra la prohibición del abuso, el fomento de una práctica que explota abusivamente una posición de desventaja en la negociación.

Económicamente, además, tampoco parece necesario premiar a los titulares de una posición de dominio con beneficios monopolísticos. En general, tanto si la empresa es monopolística como si no lo es, la fijación

de unos precios, por encima del nivel competitivo, aunque por debajo del precio monopolístico, sigue haciendo más que rentable su continuidad.

1.3.2.3. Otras medidas adicionales al control del precio

Por último, los intervencionistas aceptan que, si bien el control del precio puede ser intrusivo y una carga para algunas autoridades de la competencia, no es el único instrumento que existe para luchar contra los precios excesivos.

Se puede recurrir, de forma adicional o alternativa, a otros remedios más apropiados contra los precios excesivos. Esto dependerá de cuál sea el escenario en el que se fijen los mismos y los motivos que originen tal desequilibrio. Podría ser debido a un pasado de empresa pública y existir una cierta inercia por parte de los consumidores a acudir a la misma. Ha sido sugerido que la mejor solución en estos casos puede ser animar a los consumidores a cambiar a la empresa cuyos productos son más asequibles⁸⁴⁵.

Evidentemente, en esta corriente se hace especial mención a la eliminación de las barreras de entrada que se trata, sin duda, de un elemento imprescindible en la lucha contra los precios excesivos. No obstante, ésta no debe dejarse como única estrategia a la que recurrir porque, si bien es cierto que posibilita la corrección autónoma del mercado, puede ser en ocasiones demasiado lenta. Por este motivo, se requieren instrumentos de choque que proporcionen un alivio momentáneo a los consumidores de ciertos mercados.

⁸⁴⁵ HOU, I., "Excessive prices within eu competition law", op.cit., pág. 50.

2. CONCLUSIONES

La finalidad de este apartado ha sido la de estudiar el conflicto de intereses subyacente en la prohibición relativa a los precios excesivos con finalidad de explotación. En este caso, el problema surge entre las empresas dominantes y otros operadores del mercado y entre las empresas, los operadores del mercado y el interés general en el buen funcionamiento del mercado. El objeto de la controversia radica en la voluntad de los participantes en la transacción económica -la empresa dominante y los clientes o consumidores- de obtener el máximo beneficio posible de un intercambio en el mercado (intereses de los participantes en el mercado) y el buen funcionamiento del mismo (interés general). En este sentido, el buen funcionamiento del mercado se alcanza a través de un reequilibrio entre las partes negociadoras, equilibrio ausente en una situación de poder de mercado.

En los supuestos en los que puede apreciarse este ilícito, las partes están en situaciones dispares provocado por una estructura de mercado no competitiva: existirá un poder de negociación acusado en una de las dos partes mientras que la otra se encontrará desprotegida y susceptible de sufrir un abuso.

Es necesario separarse de tesis maniqueas que determinan la existencia de una posición de dominio exclusivamente teniendo en cuenta cuotas de mercado. Como se ha establecido anteriormente, no en cualquier mercado que exista un monopolio (100% del mercado) éste va a poder mantener el dominio en la relación. No obstante, en aquéllos en los que sí se produzca tal situación, será conveniente restablecer el equilibrio. Reequilibrio que no se introduce de la mano de la eliminación de la

posición de dominio, sobre todo si la misma se ha obtenido a través de la lucha por los propios méritos, sino exigiendo el cumplimiento de una especial responsabilidad: la de comportarse como si la dominante se hallase en un mercado competitivo, potencial o actual.

En este escenario competitivo hipotético conforme al que se obliga a la empresa a actuar, uno de los extremos que se verá afectado será el margen de beneficios a obtener a través de los precios y, por ende, la obligación de su mantenimiento a un nivel competitivo. Sólo en el supuesto en el que no se respete tal exigencia jurídica, se sancionará por incumplimiento del Derecho de la competencia.

Los detractores del ilícito dirigido a prohibir los precios excesivos aducen razones principalmente dirigidas a poner en valor la supuesta afectación a la eficiencia dinámica de la práctica. En su opinión, tanto si el test se aplica correctamente, es decir, sin errores, como si se aplica de forma incorrecta, se frena la innovación. En el caso de que exista un error, se razona que la inseguridad jurídica fuerza estrategias comerciales muy conservadoras por parte de las empresas, que reducen sus comportamientos eficientes de maximización de beneficios. Si funciona de forma correcta, es decir, sancionando a aquellas empresas en posición de dominio que efectivamente están fijando precios desligados del valor económico del bien, la innovación se frena porque los participantes en el mercado no tienen los suficientes incentivos para innovar ya que no van a poder extraer rentas monopolísticas.

Este último argumento es el que caracteriza la postura adoptada en USA y que queda reflejada en las sentencias Alcoa, Trinko y en Berkey v. Kodak⁸⁴⁶ donde los precios exorbitados se reconocen como “un botín de

⁸⁴⁶ Berkey photo, Inc. v. Eastman Kodak Co., 603 F.2d 263, 297 (2d Cir. 1979).

guerra” merecido para el monopolista prístino, siendo la guerra el mercado en y por el que se compite. En este ordenamiento, aquéllos que han obtenido la posición de dominio por sus propios méritos están moral y jurídicamente legitimados para extraer las mayores rentas posibles, aunque éstas se obtengan a costa del excedente del consumidor.

En nuestra opinión, no únicamente el proceso competitivo a través del que se ha obtenido una posición dominante, sino también los resultados del mismo deben ser equitativos. Los ordoliberales buscaban la equidad y justicia en el proceso, es decir, la protección de la “libertad económica” de los operadores del mercado. Así, el poder de mercado no debía usarse en detrimento de la libertad otros operadores. Y, siendo el proceso competitivo y el mantenimiento de un marco competitivo donde las empresas puedan actuar libremente enormemente relevante, no lo es menos asegurar que el resultado derivado de un tal escenario es igualmente equitativo.

Es perfectamente imaginable un mercado en el que exista una empresa dominante, que haya llegado a la posición de dominancia económica a través de un proceso competitivo y que esté protegida de la competencia potencial por razones de eficiencia, derivadas, quizás, del mantenimiento de unas economías de escala que hacen improbable que un *new incomer* pueda arrebatarse tal posición. Si la empresa, protegida por su propia eficiencia, decide no transferir las mejoras de eficiencia a los consumidores fijando precios excesivos, el resultado será un abuso. Y es complicado sostener que el resultado no es relevante si el proceso ha sido justo. En nuestra opinión, con un marco legislativo europeo como el que tenemos, no se puede aceptar esta posición. Un abuso no puede estar

nunca justificado, ni siquiera por mor de una posición de dominio alcanzada de forma competitiva.

Existe un segundo argumento al que se aferran quienes no estiman conveniente la sanción de esta práctica que gira en torno a la cuestión de proteger a los consumidores por dos motivos: atracción de competencia y generación de incentivos a la innovación.

El primero de los dos argumentos ya ha sido contestado por la teoría económica. El segundo, sin embargo, es más complejo de contraargumentar, aunque ya existan estudios presentados por la OCDE que defienden que esta afirmación es ciertamente sesgada⁸⁴⁷. Sin embargo, a fin de no escudarnos tras un argumento de autoridad, lo dejaremos momentáneamente a un lado. En nuestra opinión, sostener que los precios excesivos benefician al consumidor porque, a largo plazo, la innovación será mayor es un argumento cuestionable por dos presunciones: en primer lugar, la que se refiere a un mayor grado de innovación y, en segundo, y sobre todo, porque, aun en ese caso, los beneficios se transferirán a los consumidores.

Es ciertamente posible que las empresas obtengan un estímulo superior al conocer que van a poder obtener rentas monopolísticas derivadas de la innovación, dejando de lado el hecho de si es una forma recomendable de fomentar el proceso innovador. No obstante, es posible también que una intervención de los precios no necesariamente detenga a las empresas, que sigan encontrando suficientemente lucrativo el hecho de

⁸⁴⁷ OECD, "Excessive prices", *op.cit.*, pág. 11. En el documento publicado por la organización se pone de relieve que a pesar de que existan argumentos teóricos convincentes, se trata, más bien, de una cuestión empírica no contrastada. No está aun claro que sean las empresas dominantes las que mayores tasas de inversión tienen en innovación y si la intervención del Derecho de la Competencia produce los efectos negativos en la innovación que se le atribuyen.

poner productos innovadores en circulación. La mera hipótesis no contrastada empíricamente de que los beneficios monopolísticos son los únicos que estimulan a las empresas no debe ser suficiente para permitir abusos. Asimismo, el argumento relativo a la repercusión de los beneficios generados a los consumidores de forma que su bienestar aumente es conflictivo.

El bienestar del consumidor no experimentará una mejora por una bajada de los precios, ya que las empresas preferirán no ingresar en un mercado ya creado para competir en precios, sino que hipotéticamente, generarán nuevos mercados tecnológicos donde obtener a su vez beneficios monopolísticos que determinarán una cadena de monopolios innovadores. Esto sucede porque, en la mayoría de mercados donde puede sostenerse esta teoría basada en incentivos de innovación –mercados donde la innovación es un factor relevante- no se compete en el mercado, sino por el mercado.

En este escenario, una parte de los consumidores y clientes quedarán fuera del mercado o deberán renunciar a otros bienes para poder adquirir aquél cuyo precio es excesivo en cada uno de los mercados dominados reduciéndose, de esta forma, su excedente. Aunque se ha recurrido frecuentemente a la retórica de la innovación para justificar casos, no sólo de precios excesivos, sino de otro tipo de conductas, como las excluyentes, en nuestra opinión, no prohibir los precios excesivos *precisamente* en estos mercados y no en otros⁸⁴⁸ es una condena para los consumidores y clientes.

⁸⁴⁸ Mercados donde siendo la innovación un factor poco relevante, los operadores del mercado sí compitan en el mercado y no por el mercado y, por lo tanto, no tenga sentido prohibirlos porque los precios excesivos sí puedan hipotéticamente actuar como llamada a la entrada en el mercado.

Otro de los argumentos viene derivado del miedo al error y a sus consecuencias en la innovación. Sin embargo, el riesgo que efectivamente existe de distorsiones económicas derivadas de una incorrecta aplicación del precepto no es distinto del riesgo que se genera en otro tipo de prohibiciones. Las consecuencias derivadas de una incorrecta implementación de la prohibición se producen en Derecho de la competencia, y el riesgo de error aumenta de la mano del cambio de paradigma de un Derecho formalista a uno basado en los efectos. Siendo esto cierto, no existe diferencia alguna entre las prohibiciones de abuso con finalidad de explotación y abuso con finalidad de exclusión. Asimismo, se parte de la premisa de que las instancias competentes para aplicar el Derecho de la competencia no son capaces de distinguir un precio competitivo de uno que no lo es. Las autoridades de la competencia son órganos administrativos con la preparación suficiente para aplicar el Derecho de la competencia pero existe, además, una ulterior salvaguarda, la posibilidad de recurso ante los órganos jurisdiccionales, quienes tienen la potestad de revisar los actos administrativos y revocarlos cuando la argumentación no esté suficientemente fundada, cuestión que aminora el riesgo.

El problema de que las autoridades de la competencia y los tribunales se conviertan en instancias reguladoras de precios es uno de las razones que más fieramente se aducen para la inaplicación del ilícito de precios excesivos⁸⁴⁹. No obstante, en nuestra opinión, el ilícito de los precios excesivos no es un caso de regulación de mercados. La regulación de un mercado se produce *ex ante* y se pormenoriza el marco legal en el

⁸⁴⁹ ROBLES MARTIN LABORDA, A., “Exploitative prices in European Competition Law”, *op. cit.*, pág. 7.

que debe actuar la empresa. Es, por tanto, una intervención intensa con unas pautas bastante detalladas. Es artificioso sostener que una supervisión *ex post* de las conductas abusivas por parte de las empresas que se encuentran en una posición de dominio es un supuesto de regulación. Si se adoptase tal postura, todo el Derecho de la Competencia podría, perfectamente, subsumirse dentro de esta clasificación de “regulación de mercado”.

Es interesante, a estos efectos, distinguir regulación de supervisión y entender que responden a dos objetivos distintos y que se aplican en distintos niveles y momentos.

Tampoco podemos afirmar que todos mercados son capaces de corregirse de forma autónoma o en un tiempo adecuado. Efectivamente, existen mercados que, por sus especiales circunstancias o fallos de mercado como barreras de entrada persistentes, no se autoregulan y, aunque lo hicieran, dependiendo del plazo de tiempo que tarde en autodisciplinarse, será igualmente conveniente intervenir ya que, durante un cierto periodo de tiempo como mínimo se habrán producido consecuencias perjudiciales, como la reducción del bienestar total (pérdida irrecuperable de eficiencia⁸⁵⁰).

⁸⁵⁰ La pérdida irrecuperable de eficiencia o, como se conoce en inglés, “*deadweigh loss*” es un concepto económico que se refiere a la pérdida que se produce cuando el equilibrio en el mercado de un bien no es óptimo (cuando ambas partes son decisión-aceptantes). Este aumento de los precios por encima de los costes de producción produce dos consecuencias negativas: la primera se refiere a la transferencia de rentas de los consumidores a las empresas y, la segunda, relacionada con la destrucción de rentas ya que se saca del mercado a un grupo de consumidores que no valoran tanto el bien como para pagar un sobrecoste por él. Se trata de rentas que se pierden tanto para los consumidores como para las empresas. Uno de los escenarios en los que se produce el fenómeno es en aquél en el que los operadores que tienen mayor coste marginal que utilidad marginal adquieren el bien, es decir, en los precios monopolísticos. Este concepto se suele poner en relación con el excedente del consumidor porque, se sostiene

Con esto no se descarta que, simultáneamente⁸⁵¹ se deba recurrir a otro tipo de intervención, dirigida a eliminar los fallos de mercado que hacen que el mismo no pueda disciplinarse. Precisamente porque siempre existirán causas ajenas al ámbito de actuación de la regulación que permitan o posibiliten el abuso de tal posición de dominio es necesario mantener un ilícito como los precios excesivos.

En nuestra opinión, no puede admitirse el mantenimiento de la paradoja instaurada por la política de la Comisión Europea de sancionar los abusos de exclusión, por miedo a que se pueda explotar tal situación y, sin embargo, no sancionar los abusos de explotación.

Recordemos, por último, que con el ilícito de los precios excesivos no se priva a ninguna empresa de los beneficios de ser un monopolista. Sólo de abusar de los otros operadores del mercado. No está tampoco el ilícito dirigido hacia la redistribución de renta. La figura en ningún caso sirve a tal fin, sino sólo al de evitar que una parte de una relación comercial abuse de la contraparte, esta vez, a través de los precios.

por Alfred Marshall que no existirá pérdida de eficiencia cuando la demanda es elástica o la oferta inelástica.

⁸⁵¹ Y no, como sostienen la mayor parte de autores, centrarse exclusivamente en la eliminación de las barreras de entrada en lugar de atacar la “óptima fijación de precios” por los productores. KORAH, V., “A comment on professor Fox’s paper on article 86”, en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 1983, págs. 423-432, pág. 424 en referencia al caso United Brands. Además, achaca los precios excesivos a la diferencia legislativa en la UE: por ejemplo, se usaron políticas de regulación de precios en Bélgica para controlar la inflación, mientras que esta situación no se dio en el resto de países.

|

PARTE IV. CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN COMPETENCIA Y LA ETERNA DISYUNTIVA: REGULACIÓN O COMPETENCIA

CAP. I. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE UN ILÍCITO DE LA COMPETENCIA

El presente capítulo se dirige a analizar dos temas principales en el diseño del tratamiento de los precios excesivos. En primer lugar, debe resolverse la cuestión respecto del tipo de procedimiento al que es más recomendable acudir en infracciones de precios excesivos: el procedimiento de infracción del artículo 7 del Reglamento 1/2003 o el procedimiento de compromisos, previsto en el artículo 9 del mismo reglamento.

Asimismo, también se puede observar alguna diferencia de tratamiento en las consecuencias impuestas en función del procedimiento seguido en los supuestos de precios excesivos: el procedimiento sancionador del art. 7 y el procedimiento de compromisos o acuerdos del art. 9.

En segundo lugar, el capítulo tratará de dar respuesta a una de las preguntas fundamentales que se ha convertido en argumento de inaplicación o eliminación del ilícito de los precios excesivos: el diseño de las medidas que mejor pueden cumplir el objetivo o fin perseguido al sancionar una conducta ilícita como los precios excesivos.

Consideramos que llevar a cabo este doble análisis es extremadamente relevante, entre otras cuestiones, porque una de las razones argüidas por la literatura no intervencionista para justificar la no

persecución de los precios monopolísticos se refiere a lo complejo o imposible del diseño de una consecuencia eficaz y eficiente para solucionar la situación⁸⁵².

En nuestra opinión, se han dedicado pocos esfuerzos, en comparación con aquéllos dirigidos a la determinación de la existencia de una posición de dominio o de un abuso, al estudio de las consecuencias derivadas de optar entre un procedimiento u otro y a aquéllas ocasionadas por el diseño de las medidas impuestas. Igualmente, es importante anotar que, si bien sí existe un seguimiento posterior a la imposición de la medida (ya haya estado prevista en un caso del artículo 7 o del 9) para vigilar su cumplimiento, rara vez se realizan análisis sobre la eficacia de la sanción en relación con el fin proyectado.

Pese lo anterior, un correcto diseño de la estrategia a adoptar en la detección y sanción de los precios excesivos tiene una enorme relevancia: en primer lugar, la elección entre realizar una investigación de fondo u optar, sistemáticamente, por soluciones de compromiso manda un claro mensaje a las empresas generando unos incentivos en su comportamiento y el riesgo que están dispuestas a asumir. En segundo lugar, la magnitud de la respuesta impuesta (unilateralmente o aceptada la propuesta en los compromisos) tiene claras implicaciones en su efectividad: una medida demasiado severa, o excesivamente clemente, tardía o no ejecutable tendrá unos efectos escasos sobre la infracción, en el mejor de los casos, o contraproducentes, en el peor⁸⁵³.

⁸⁵² GERADIN, D., “The necessary limits to the control of “excessive” prices by competition authorities – A view from Europe”, *TILEC Discussion paper, 2010*, págs. 1-44, pág. 13.

⁸⁵³ KOVACIC, B., “Designing antitrust remedies for dominant firm misconduct”, *Connecticut Law review*, n. 38, 1999, págs. 1285-1292. En el artículo, el autor da unas directrices a las que atender a la hora de diseñar medidas contra infracciones de derecho

A continuación, presentaremos la estructura del capítulo, que se dividirá en tres partes principales. La primera cuestión que se debe señalar es la existencia, tanto en Derecho europeo como en Derecho español, de una doble vía, que permite que la Comisión –o autoridad de la competencia oportuna– opte, ante la existencia de indicios de una infracción, por escoger entre el art. 9 y el art. 7 del reglamento 1/2003 o los homólogos en la legislación nacional. La opción por cualquiera de los dos instrumentos tiene su relevancia porque, si bien las finalidades no son extremadamente distintas, la priorización de los fines perseguidos en cada una de las dos y las consecuencias derivadas de su seguimiento sí lo son.

Escogida la opción de cierre formal–procedimiento de infracción–, la Comisión puede optar por aplicar una gama de medidas variada. Éstas se dividen en dos grupos genéricos: las sanciones o los remedios. En este análisis realizaremos un estudio del diseño de las consecuencias jurídicas que sea más eficaz para los casos de infracción de precios excesivos⁸⁵⁴, comparándolos con las soluciones impuestas hasta el momento.

En segundo lugar, la autoridad de la competencia puede acudir al procedimiento de compromisos, donde sólo se pueden incluir remedios,

de la competencia. En esta estrategia, el autor se refiere a la definición de los objetivos y al diseño de un plan para alcanzarlos como primera medida a tomar. En segundo, comprender la industria donde participa la empresa a la que se le va a imponer la medida. Posteriormente, es posible hacer algunos ajustes sobre la medida óptima de la infracción considerada aisladamente, si en un análisis histórico, la empresa es reincidente. Asimismo, se debe anticipar, en el diseño de la medida, cuál va a ser la reacción de la empresa. Se deben estudiar los efectos colaterales que pueda tener la medida para reducir éstos al mínimo y analizar la *administrabilidad* de la misma. Como último paso, se debe escoger un remedio y desarrollar un marco de implementación.

⁸⁵⁴ Diseño que, en muchas ocasiones, atribuirá un determinado peso e importancia a un tipo de medidas sobre otras dependiendo de la priorización de los fines del derecho de la competencia que los estados hayan impuesto. Esto quiere decir que si el objetivo principal es prevenir la conducta y, en segundo lugar, eliminar los beneficios derivados de la infracción se dará prioridad a los remedios. OCDE., Remedies and sanctions, *op. cit.*, 2006, pág. 20.

quedando excluidas del acuerdo las multas. Este procedimiento que presenta importantes ventajas plantea, no obstante, una serie de cuestiones problemáticas específicas, sobre todo en el campo de una práctica tan controvertida como los precios monopolísticos, que merece un tratamiento individualizado. Asimismo, en esta parte del trabajo se procederá al análisis de los compromisos en materia de precios excesivos, una herramienta relativamente desconocida, pero que juega un papel relevante en los estos supuestos.

1. SISTEMA ORDINARIO: PROCEDIMIENTO DE INFRACCIÓN

El procedimiento de infracción o cierre normal está recogido en el artículo 7 del Reglamento 1/2003 y en los artículos 49 y siguientes de la Ley de Defensa de la Competencia española. El inicio del procedimiento sancionador y el de terminación convencional tienen un tronco común que se debe seguir en ambos supuestos, el relativo a las fases de iniciación e instrucción del procedimiento. Sin embargo, en el procedimiento de infracción, la Comisión o autoridad de la competencia nacional concluye sobre la existencia o inexistencia de un ilícito e impone una serie de consecuencias jurídicas (multas o remedios).

Las Autoridades de la Competencia pueden recurrir a un conjunto de medidas cuya finalidad es, respectivamente, la obligación impuesta de “cesar en la conducta ilícita, eliminar o corregir sus efectos y restaurar la competencia en el mercado” o, de otra, imponer un castigo a las empresas que infrinjan la legislación de competencia y convertir las actividades contrarias a las previsiones de competencia en no lucrativas, disuadiendo,

por lo tanto, de su reiteración⁸⁵⁵. Asimismo, aunque no esté recogido en la letra de la ley, parece que, eventualmente, el acuerdo viciado de una práctica de abuso de posición de dominio podrá considerarse nulo⁸⁵⁶.

Todo el espectro de medidas a disposición de las autoridades pueden dividirse en dos grupos diferenciados: remedios y sanciones, siendo posible compatibilizar la imposición de ambas medidas en la respuesta jurídica a la declaración de la comisión de una infracción. Hallar una combinación de ambas que constituya una respuesta eficaz al ilícito de precios excesivos comporta un importante desafío para las autoridades de la competencia que, hasta el momento, se han mantenido ciertamente en una postura conservadora, optando preferentemente por multas, combinadas con el característico remedio de comportamiento (no hacer,

⁸⁵⁵ ALLENDE SALAZAR, R., “Posibles reacciones frente a eventuales restricciones de la competencia” AAVV., *Remedios y sanciones en el derecho de la competencia*, Martínez Lage, S., Petitbò Juan, A., Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 24. OECD, *Remedies and sanctions in abuse of dominance cases*, *op.cit.*, 2006, pág. 7. Los remedios corrigen o previenen las conductas infractoras, mientras que las sanciones penalizan o castigan las mismas. Los remedios sirven, pues a los efectos de parar la conducta y sus efectos, mientras que las sanciones sólo e dirigen a prevenir su repetición en el futuro.

⁸⁵⁶ GUERRA FERNÁNDEZ, A., CALVET BADEMUNT, J., “Consecuencias jurídicas en España de la infracción de los artículos 1 y 2 de la Ley de defensa de la competencia y de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea” en AAVV., *Problemas prácticos y de actualidad del Derecho de la competencia*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2016, págs. 19-36, pág. 29. Los autores sostienen que, pese a esta reseñable ausencia en el artículo relativo a los abusos de posición de dominio, está pacíficamente admitido que los acuerdos que infrinjan tal artículo también serán nulos. Así, la nulidad sólo afectará a la cláusula específica viciada de nulidad pero, como ésta es propagadora, alcanzarán a los acuerdos dependientes de una disposición contractual nula. Aunque ésta es una tarea de los tribunales nacionales y que se dirime en virtud del Derecho nacional. No obstante, los tribunales españoles han declarado que no se requiere una declaración de nulidad del acuerdo, sin que debe operar *ipso iure*. De la misma forma, lo afirman WHISH, R., BAYLEY, D., *Competition Law*, Oxford University Press, 2015, págs. 347 y 348. SANCHO GARGALLO, I., “Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia”, *InDret*, nº 1, 2009, págs. 1-35, pág. 7 ss. El autor sostiene que los particulares afectados por un abuso de posición dominante podrán ejercitar las acciones de nulidad de los pactos contractuales contrarios a los artículos 1 y 2 LDC en virtud del art. 6.3. CC español.

no perpetuar o no reiterar) presente en todas las declaraciones de infracción, ya sea expresa o tácitamente.

Asimismo, se estudiará la intensidad de las medidas impuestas, sobre todo a la luz de la opinión de ciertos autores, que sostienen que las mismas deben ser menos estrictas en los supuestos de conductas que tengan efectos mixtos –positivos y negativos-⁸⁵⁷, situación que, se ha alegado, sucede con los precios excesivos (parte III).

1.1. SANCIONES

1.1.1. Notas introductorias

Aunque las sanciones pueden ser de varios tipos –económicas, penales o morales-, en el presente apartado vamos a referirnos exclusivamente a las económicas, es decir, las multas, que son las generalmente utilizadas en el ordenamiento europeo y nacional de aplicación pública⁸⁵⁸.

La popularidad de las multas⁸⁵⁹ es especialmente manifiesta en los casos de infracción de precios excesivos. En gran parte de las pocas decisiones de infracción que existen en relación con precios excesivos en los que la Comisión ha optado por un procedimiento de infracción, se han

⁸⁵⁷ OCDE, *Remedies and sanctions*, *op.cit.*, 2006, pág. 18. Esta afirmación, sin embargo, y como pone de manifiesto la institución, debe tomarse con cierta cautela porque es ciertamente complejo establecer el equilibrio en la valoración de los efectos de la conducta en el bienestar al que se alude.

⁸⁵⁸ No obstante, la legislación española contiene una serie de artículos en el código penal dirigidos precisamente a tratar con este tipo de casos. Se trata de los artículos relativos al mercado y a los consumidores (arts. 278- 286), donde, entre otros, se prohíbe la alteración del precio de las cosas empleando violencia, amenaza o engaño (art. 284.1º CP).

⁸⁵⁹ WILLS, W.P.J., “Optimal antitrust fines: theory and practice”, *World competition*, vol. 29, nº 2, 2006, págs. 183-208, pág. 184.

impuesto sanciones económicas, que han variado de cantidad, en función de varios de los criterios que se analizarán posteriormente y que se recogen en las directrices de determinación de multas⁸⁶⁰. Éstos funcionan como indicadores del daño causado o del beneficio obtenido por la empresa, aunque, también, como se analizará más avanzado el trabajo, la magnitud de la multa se ha hecho depender de la certidumbre o seguridad con que la Comisión es capaz de asegurar que se ha cometido una infracción.

Esta medida de penalización de las empresas infractoras tiene, entre otros, dos objetivos. En primer lugar, eliminar la rentabilidad derivada de la comisión de la infracción y, en segundo, introducir elementos disuasorios que actúen tanto en la propia empresa como en terceras empresas (para lo cual se articula un sistema de publicación abierta de todas las sanciones impuestas y de su cuantía).

Entendemos que las sanciones son una opción muy apropiada en los supuestos de precios excesivos, dado que el objetivo principal de la autoridad de la competencia en estos supuestos no pasa por restaurar el nivel de competencia previo a la producción de la infracción. En los ilícitos consistentes en abusos cuyo fin es la explotación (en contraposición a los abusos de exclusión) la estructura competitiva no se ve afectada, no se altera por la práctica, sino que se aprovechan las deficiencias en el marco competitivo para abusar, a través de prácticas dirigidas a la explotación, de terceros operadores del mercado.

La popularidad de las multas, no sólo en lo que respecta a los precios excesivos, sino en todo tipo de prácticas anticompetitivas, se

⁸⁶⁰ A nivel comunitario son las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a) del Reglamento (CE) núm. 1/2003.

explica por las claras ventajas que las mismas presentan, tanto en lo que atiene a su aplicación como en lo que se refiere al seguimiento. Esto es, son relativamente sencillas de administrar⁸⁶¹ a las empresas sancionadas y es difícil evadir su satisfacción –aunque cabe la posibilidad de que las empresas acaben repercutiendo la multa sobre los clientes o consumidores en el precio fijado para los productos en los supuestos de posición de dominio-. Asimismo, su imposición de forma proporcionada tiene, como consecuencia, la reducción de los incentivos de llevar a cabo una conducta ilícita⁸⁶² y genera un efecto disuasorio, que es uno de los objetivos principales de aplicación del Derecho de la competencia⁸⁶³, de forma que se desincentiven futuras infracciones, tanto de la misma empresa (haciendo no rentable la comisión de infracciones) como de terceras⁸⁶⁴.

Sin embargo, se ha apuntado la necesidad de compatibilizar la adopción de este tipo de sanciones con los remedios, esencialmente los de comportamiento⁸⁶⁵. La necesidad de combinar las multas con otro tipo de

⁸⁶¹ Son dos cuestiones distintas la facilidad de imponer y la determinación o cálculo de las mismas, pues la multa óptima necesita un equilibrio entre que sea lo suficientemente elevada como para generar un efecto disuasorio, pero no tan elevada que suponga un lastre para la futura evolución de la empresa. No obstante, WILLS, W.P.J., “Optimal antitrust fines: theory and practice”, *op.cit.*, págs. 183-208, pág. 190, sugiere que es más sencillo aplicar multas a empresas que han cometido la infracción de forma individual que imponer una multa a varias empresas co-infractoras, donde se tiene que, además, de fijar un importe, repartirlo entre las empresas teniendo en cuenta el grado de participación de las mismas en el ilícito.

⁸⁶² ALLENDE SALAZAR, R., “Posibles reacciones frente a eventuales restricciones de la competencia”, Remedios y sanciones en el derecho de la competencia, Martínez Lage, S., Petitbò Juan, A., Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 31.

⁸⁶³ *Íbidem*, pág. 22.

⁸⁶⁴ PADILLA, J. ZOIDO, E., “El papel disuasorio de las sanciones: una reflexión motivada por las nuevas directrices comunitarias”, *op.cit.*, pág. 40. Los autores sostienen que la capacidad de imponer sanciones se pueden racionalizar de dos formas: herramienta para disuadir las prácticas ilícitas o una forma de que las empresas internalicen los perjuicios.

⁸⁶⁵ ALLENDE SALAZAR, R., “Posibles reacciones frente a eventuales restricciones de la competencia”, *op.cit.*, pág. 31.

medidas se plantea con un particular interés en el caso de los precios excesivos, en nuestra opinión, por dos eventualidades que pueden surgir tras la imposición de una única medida correctiva consistente en una sanción.

En primer lugar, porque, como se ha sugerido por la doctrina, es muy posible que el comportamiento ilícito tienda a reiterarse, cuando la supervisión –si es que se ha impuesto alguna en un caso de multa-, finaliza, si el problema no se elimina. Aún más, es posible que, dada la baja tasa de persecución de este tipo de infracción, la empresa tenga ciertos incentivos de reiterarla, independientemente de que para el hipotético caso concreto de imposición de infracción no haya obtenido beneficios.

Precisamente por la baja tasa de persecución de precios excesivos y con la vista fija en el escaso efecto disuasorio de la escasa probabilidad de persecución y de sanción, como se sugirió en la parte III, una solución al problema podría venir de la mano de la imposición de elevadas multas a las empresas sancionadas⁸⁶⁶, la multa debe superar, para tener un efecto de

⁸⁶⁶ Es cierto que, como sugieren algunos autores, imponer sanciones es un gasto para la Administración. CALVIÑO, N., “La aplicación práctica del Derecho de la competencia: el efecto disuasorio de las sanciones” en AAVV., 1989-2007. Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia, Círculo de empresarios, Madrid, 2008, págs. 23-53, pág. 26. A los efectos de estudiar la cuantía de la multa, este parámetro no debería entrar en la ecuación porque la sanción se va a aplicar de todas formas, la única diferencia es la cuantía, por lo tanto, los costes que tiene la Administración derivados de aplicar la ley (el autor computa como tales costes el estándar de prueba exigido y el coste social de los errores) son fijos en este caso, no variables dependiendo de la cuantía de la multa. PASCUAL PONS, C., “Proporcionalidad y disuasión en las multas de competencia”, papeles de economía española, nº 145, 2015, págs. 71-80, pág. 74, entiende que en la fórmula óptima de cálculo de la multa tiene un relevante papel la probabilidad de ser detectado el ilícito y sancionado. En el extremo, sería óptimo una multa muy elevada con una baja probabilidad de detección.

disuasión efectivo, los beneficios esperados derivados de la infracción⁸⁶⁷. Y esto debe hacerse por dos motivos centrales.

El primero de los dos es el componente disuasorio que debe tener la sanción⁸⁶⁸. Es probablemente poco esperable que se persigan todas las conductas ilícitas de precios excesivos, porque no existe esa preocupación entre las autoridades de la competencia y, asimismo, porque es complejo encontrar casos donde los datos necesarios se encuentren a disposición de la Comisión⁸⁶⁹. Por lo tanto, una solución eficaz puede venir de la mano de, cuando se haya detectado uno de estos abusos, sancionar de forma ejemplarizante ⁸⁷⁰ (que no desproporcionada ⁸⁷¹), recurriendo al

⁸⁶⁷ WILLS, W.P.J., “Optimal antitrust fines: theory and practice”, *World competition*, vol. 29, n° 2, 2006, págs. 183-208, pág. 190 y 191. Aunque existen autores como BECKER; G. S., “Crime and Punishment: An Economic Approach” en *AAVV., Essays in the Economics of Crime and Punishment*, ed. G.S. Becker, W.M. Landes, Columbia Univ Press, New York, 1974, págs. 1- 54, quien sostiene un “internationalization approach”, que sostiene que la multa optima es igual que el daño causado a terceros, multiplicado por la inversa probabilidad de que se detecte la multa. Esta aproximación conlleva que el infractor asume los costes y beneficios de la violación.

⁸⁶⁸ PASCUAL PONS, C., “Proporcionalidad y disuasión en las multas de competencia”, *papeles de economía española*, n° 145, 2015, págs. 71-80, pág. 73, existe un cierto consenso en torno a la cuestión de que las multas son el principal instrumentos para lograr la disuasión de estos comportamientos anticompetitivos.

⁸⁶⁹ PADILLA, J. ZOIDO, E., “El papel disuasorio de las sanciones: una reflexión motivada por las nuevas directrices comunitarias” en *AAVV., Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia*, S. Martínez Lage, A. Petitbo Juan, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 37- 57, pág. 48. Los autores sostienen que la cuantía de la multa debe estar relacionada con la probabilidad de detección de la práctica. Cuanto mayor sea la probabilidad de detección, menor debe ser la multa y viceversa. Aunque las directrices de imposición de multas no incorporan este postulado, los autores entienden que la proporción de las ventas, que es un indicador que se tiene en cuenta para establecer el importe base, es variable en función de la gravedad de la infracción y de las circunstancias pertinentes. CUERDO MIR, M., BRIONES ALONSO, J., “Análisis económico de la imposición de multas en expedientes sancionadores de Derecho de la competencia” en *AAVV., Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia*, dir. J. Guillén Caramés, Thomson Reuther Civitas, Cizur Menor, 2013, págs. 299-333, pág. 330. Los autores recuerdan que la teoría económica hace que una baja probabilidad de hallar el ilícito se combine con una elevada cuantía.

⁸⁷⁰ WILLS, W.P.J., “Optimal antitrust fines: theory and practice”, *World competition*, vol. 29, n° 2, 2006, págs. 183-208, pág. 197.

“multiplicador” disuasorio⁸⁷², aunque este castigo tenga ciertas notas de aleatoriedad en el sujeto que lo recibe. Asimismo, se debe tener en cuenta que la fijación de una multa muy elevada puede llegar a ser ineficiente si la misma sobrepasa las posibilidades financieras de pago de la empresa. Llegado a este punto, la cuantía de la misma, por elevada que sea, no tendrá ninguna influencia disuasoria sobre la intención de la empresa de cometer una infracción, precisamente porque no va a poder hacer frente a su pago. Asimismo, se sugiere que incluso con la imposición de multas dentro del nivel de posibilidades de satisfacción de las empresas sancionadas, aunque con un importante impacto en su contabilidad, puede tener efectos no deseados en quienes tengan intereses legítimos en la empresa: como sus acreedores.

En segundo lugar, porque normalmente las empresas que hayan sido sancionadas habrán sido descubiertas en la imposición de unos precios que no solamente no guardan una relación razonable con el valor objetivo del bien, sino que superan el mismo de una forma más que generosa, precisamente por el sesgo existente en las autoridades de la

⁸⁷¹ Respecto de la cuestión de si es eficiente la imposición de sanciones superiores al nivel mínimo que asegura la disuasión, se ha argumentado que elevar los niveles de multas no tiene costes, y que podría ser deseable en tanto que se puede disciplinar a los infractores. No obstante, como bien se apunta por la doctrina, siempre se tiene que tener en cuenta el principio de proporcionalidad en la imposición de multas. PADILLA, J. ZOIDO, E., “El papel disuasorio de las sanciones: una reflexión motivada por las nuevas directrices comunitarias” en AAVV., Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia, S. Martínez Lage, A. Petitbo Juan, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 37-57, pág. 42.

⁸⁷² El importe base es sólo el inicio en el proceso de fijación de la cuantía de la sanción. Las directrices contemplan la posibilidad de aplicar un incremento para garantizar la disuasión.

En cualquier caso, como sostiene la doctrina, la sanción debe ser superior al beneficio obtenido por la infracción. MONTERO, M., “El efecto disuasorio de los instrumentos de defensa de la competencia. Una visión en el ámbito del Derecho administrativo”, AAVV., 1989-2007. Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia, Círculo de empresarios, Madrid, 2008, págs. 179-213, pág. 199.

competencia de respetar un margen de apreciabilidad elevado (parte II del trabajo), que persigue, entre otros, el objetivo de evitar la comisión de los errores de tipo I (falsos positivos)⁸⁷³. Como las autoridades de la competencia normalmente respetan estas salvaguardas, es muy probable que las sanciones, pese a su importante cuantía, respeten el principio de proporcionalidad de la multa en relación con la gravedad de la conducta.

En segundo lugar, es posible también que la empresa decida repercutir la sanción impuesta en los precios de los productos⁸⁷⁴, lo cual vuelve a elevar el precio final haciendo, por lo tanto, ineficaz la sanción, que tendrá, en el caso, el mismo efecto que el ilícito perseguido: elevar los precios para los consumidores.

Este hipotético escenario nos hace plantearnos la conveniencia de introducir dos tipos de medidas correctivas: remedios que se apliquen conjuntamente con la multa o, al menos, la introducción de un

⁸⁷³ Aunque hay autores que sostienen que el elevado riesgo de error, sobre todo en un caso como los precios excesivos que la doctrina no tiene suficientemente claro que se trata de un ilícito, conlleva que las autoridades de la Competencia se contengan extremadamente en la imposición de cantidades elevadas de multa. Se trata de un sesgo hacia la moderación sancionadora. ALLENDE SALAZAR, R., “Posibles reacciones frente a eventuales restricciones de la competencia” en AAVV., Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia, S. Martínez Lage, A. Petitbo Juan, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 17-37, pág. 31. No obstante, el propio autor concede que la práctica desmiente tal teoría en tanto que las multas más elevadas se han impuesto en supuestos de prácticas unilaterales cuya calificación estaba discutida.

⁸⁷⁴ ALLENDE SALAZAR, R., “Posibles reacciones frente a eventuales restricciones de la competencia” en AAVV., Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia, S. Martínez Lage, A. Petitbo Juan, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 17-37, pág. 31. PADILLA, J. ZOIDO, E., “El papel disuasorio de las sanciones: una reflexión motivada por las nuevas directrices comunitarias” en AAVV., Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia, S. Martínez Lage, A. Petitbo Juan, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 37- 57, pág. 43. Se ha sugerido que una política de multas excesivamente elevadas puede tener consecuencias negativas sobre el bienestar social, en tanto que puede conllevar incrementos en los precios y reducciones en la inversión. En nuestra opinión, mientras que las reducciones en inversión son difícilmente controlables, es poco probable que, en un caso de sanción por precios excesivos, la empresa reacciones a la sanción elevando los precios.

procedimiento, posterior a la multa, de supervisión del precio, medidas ambas dirigidas a evitar que el precio absorba o se repercuta en el mismo la cuantía de la multa.

El problema con la introducción de un período de supervisión que evite que se repercuta la multa en los consumidores radica en que no es eficiente vigilar de forma indefinida los precios de las empresas que han sido sancionadas. La supervisión puede durar un tiempo prudencial pero, a partir de ese momento, se convertiría a la Comisión en una supervisora de precios. En cualquier caso, no parece que existan problemas de legitimidad jurídicos derivados de las facultades de supervisión atribuidos a la Comisión o cualquier autoridad de la competencia en cuestión de vigilancia de las propias sanciones impuestas.

En segundo lugar, queda por analizar la imposición simultánea de remedios, tanto de aquéllos calificados de remedios de comportamiento activos, como los estructurales, que impidan que la sanción económica se refleje en el precio final, cuestión que, no obstante, dejaremos su tratamiento al apartado relativo a la imposición de medidas mixtas.

1.1.2. Sistemas de modulación de las sanciones

Una de las consecuencias jurídicas más relevantes consecuencia de la detección de un precio excesivo es, como se ha sostenido, la imposición de una sanción. Estas sanciones deben regirse por el principio de proporcionalidad y, en este sentido, se obliga a la autoridad de la competencia a modular la cuantía en función de la gravedad de la conducta sancionada.

Mientras el artículo 23.3. del Reglamento 1/2003 establece que la cuantía de la misma ha de determinarse teniendo en cuenta tanto la

gravedad como la duración de la infracción, en España, el art. 62 LDC contiene una división de las conductas infractoras en leves, graves o muy graves adjudicando respectivamente una fórmula para calcular la sanción en cada uno de los supuestos. Esta división ya puede considerarse un importante avance en lo que al respeto de los principios de legalidad y seguridad jurídica se refiere. Asimismo, el art. 64 LDC tiene definido qué gravedad se atribuye a cada clase de infracciones.

A partir de este punto es complejo establecer una escala de gravedad, por lo que la mayor parte de sistemas suelen optar por utilizar como guía un criterio sustitutivo de gravedad de naturaleza objetiva, del que se puede decidir el impacto negativo de la conducta: el volumen de negocios. Así, los efectos serán más graves, porque más grave será el impacto, cuanto mayor es la oferta puesta a circulación en el mercado. El segundo de los criterios objetivos que se suele tener en consideración es la duración de la infracción (aunque en determinadas ocasiones éste ha sido considerado un criterio de aplicabilidad de la ley y no de modulación e la multa⁸⁷⁵). Adicionalmente, se puede modular la sanción en función de criterios subjetivos, como son la culpa o negligencia, el nivel de participación en la infracción, la reacción ante la inspección (igual que el criterio de duración de la infracción, éste ha sido, de forma ambivalente, también apreciado como criterio de aplicabilidad de la sanción por precios excesivos⁸⁷⁶), etc.⁸⁷⁷.

⁸⁷⁵ General Motors.

⁸⁷⁶ General Motors.

⁸⁷⁷ CACHAFEIRO GARCÍA, F., “El volumen de negocios como criterio para graduar las sanciones en el derecho de la competencia”, *Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor*, nº 34, 2013-2014, págs.. 153-176, pág. 156.

1.1.2.1. Comisión europea

En la Unión Europea, el Reglamento 1/2003 considera que la sanción debe determinarse en función de la gravedad de la infracción y de su duración, sin hacer mención al volumen de negocios. Sí se contempla un límite general a la sanción de un 10% del volumen de negocios total obtenido en el ejercicio anterior (art. 23.2 del Reglamento 1/2003)⁸⁷⁸.

En 2006, dada la inseguridad jurídica de las empresas provocada por estos amplios márgenes, se publicaron las Directrices sobre multas en competencia, donde se recogían los criterios a seguir por la Comisión para imponer sanciones (recordemos, no obstante, que tales criterios sólo vinculan a la Comisión, no a los tribunales)⁸⁷⁹.

En estas directrices se recogen dos fases en las que debe calcularse la multa: la primera se corresponde con el cálculo, mientras que en la segunda fase, la Comisión realiza determinadas correcciones al importe obtenido.

Respecto de la primera fase, se debe comenzar por el volumen de ventas relacionado tanto directa, como indirectamente con la infracción⁸⁸⁰. Calculado el importe del mismo, se debe aplicar un porcentaje del 0, 30 o 100% dependiendo de determinados factores, entre los que se encuentra la

⁸⁷⁸ Para más información, véase CREUS, A., AMADOR, O., “Procedimientos administrativos ante la Comisión Europea y control jurisdiccional del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas” en AAVV., Tratado de Derecho de la competencia, dir. J. M., Beneyto Pérez, Bosch, Barcelona2005, págs. 751-833, págs. 780-786.

⁸⁷⁹ Si bien el régimen del Reglamento 1/2003 apenas ha cambiado respecto del régimen anterior del Reglamento 17, las directrices sí parecen haber experimentado alteraciones sustanciales respecto de las de 1998. MANZINI, P., “European Antitrust in search of the perfect fine”, *World Competition*, vol. 31, nº 1, 2008, págs. 3-17, pág. 7.

⁸⁸⁰ No obstante, ha existido alguna vacilación en la interpretación de este concepto por parte de la Comisión, que, en ocasiones ha adoptado el criterio de las ventas en el mercado relevante, mientras que, en otros, se ha optado por las ventas que guardan relación con la infracción.

naturaleza de la infracción⁸⁸¹, la cuota de mercado del participante, la zona geográfica afectada por la conducta y su aplicación efectiva. En atención a la duración de la infracción, el importe obtenido se multiplica por le número de años de duración de la infracción.

Una vez obtenida la cifra base, de la sanción, se deben aplicar correcciones, de incremento o reducción, en función de las circunstancias atenuantes –finalización de la conducta tras la intervención, negligencia, colaboración con la investigación (al margen de la clemencia)- y agravantes –incidencia, obstrucción a la investigación, el papel de cada una de las empresas en la infracción-presentes en el caso en concreto.

Seguidamente, se puede aplicar un recargo conocido como “la tasa de entrada” -15-25% del valor de las ventas-para garantizar que el efecto disuasorio se cumple. El recargo se aplica principalmente a las empresas con un volumen de ventas reducido en el mercado, pero que, en cambio, tienen un volumen de negocio global importante. Así, como mínimo se debería alcanzar el beneficio obtenido de la infracción.

Para finalizar, la última corrección se dirige a comprobar que el importe de la sanción no supera el umbral máximo fijado en un 10% del volumen de negocios total obtenido en el ejercicio anterior. Igualmente, como último factor de corrección, éste optativo, se puede acordar

⁸⁸¹ DETHMERS, H., ENGELEN, F., “Fines under article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union”, *European Common Law Review*, vol. 32, n° 2, 2011, págs. 86-98, págs. 89 y 90. Los autores sugieren que los abusos calificados como graves o muy graves experimentan pocos cambios en torno a la cuantía de las multas. Pese a que la Comisión defiende sus multas sosteniendo que están fundadas en la naturaleza de la infracción y en el tamaño de los Mercados relevantes, en realidad no se hace ningún intent por parte de la Comisión o incluso de los tribunals para identificar factores objetivos que puedan justificar el punto de partida de las multas impuestas. Así, los efectos del abuso tienen poca influencia en los niveles de las sanciones.

voluntariamente una reducción del importe de la infracción si el mismo pone en peligro la viabilidad económica de la empresa sancionada.

1.1.2.2. España: el conflicto entre el TS y la CNMC

En España han existido dos interpretaciones distintas del artículo 64 LDC, donde se dividen las conductas entre leves, graves y muy graves⁸⁸². El mismo, como se ha sugerido previamente, permite un margen de discrecionalidad excesivamente amplio que se quiso corregir en una Comunicación de multas publicada en 2009⁸⁸³. El problema principal derivado de la misma era una desconexión evidente entre el texto de la Comunicación y el de la LDC⁸⁸⁴.

La comunicación aludida imitaba las directrices publicadas por la Comisión Europea, donde se establecían dos fases, aunque recogiendo tres puntos divergentes, respecto del tratamiento de la duración de la infracción, la tasa de entrada y el porcentaje de ajuste.

⁸⁸² Para más información, véase DE ÁLVARO MONTERO, A., “El régimen sancionador en la Ley de defensa de la competencia” en AAVV., Derecho de la competencia. Estudios sobre la ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la competencia, dirs. L. Parejo Alfons, A. Palomar Olmeda, La Ley, Madrid, 2008, págs. 381-440, págs.. 402-414.

⁸⁸³ Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1,2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 TCE. Que ido invalidada por su predecesora, que produce una mayor incertidumbre sobre el cálculo de la multa. PASCUAL PONS, C., “Proporcionalidad y disuasión en las multas de competencia”, papeles de economía española, nº 145, 2015 , págs. 71-80, pág. 71 y 72. BAÑO LEÓN, J. M., “La discrecionalidad administrativa en las sanciones del Derecho de la competencia” op.cit., respecto de la discrecionalidad en la imposición de la pena tanto en Europa como en España, véase págs. 476 ss.

⁸⁸⁴ CACHAFEIRO GARCÍA, F., “El volumen de negocios como criterio para graduar las sanciones en el derecho de la competencia”, Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor, nº 34, 2013-2014, págs.. 153-176, pág. 160.

No obstante, tanto doctrina jurisprudencial de la Audiencia Nacional⁸⁸⁵ como del Tribunal Supremo, en la sentencia clave de 29 de enero de 2015⁸⁸⁶ reconocieron el desajuste con la ley. Esta última sentencia ha resuelto dos puntos centrales respecto de la imposición de sanciones derivadas de un ilícito de la competencia: en primer lugar, afirma que el porcentaje del volumen de negocios debe ser utilizado como cifra máxima de la escala o arco sancionador dentro del que debe situarse la multa y, en segundo, determina el contenido de volumen de negocios.

Respecto del primero de los dos aspectos, el TS declara que la comunicación de multas no se corresponde con el marco del art. 63 LDC, que marca los límites para la imposición de las sanciones en cada una de las tres categorías. El mismo, por lo tanto, no funciona como umbral de nivelación, sino en cuanto a cifras máximas de una escala de sanciones conforme al cual ha de individualizarse la multa. Lo que se pretende evitar con esta sentencia es que la CNMC ignore, en la aplicación de la multa, la

⁸⁸⁵ Para un análisis más pormenorizado de las SAN, véase, LILLO ÁLVAREZ, C., “La Audiencia Nacional ante las sanciones impuestas por la CNMC en aplicación de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y la distribución*, nº 15, 2014, págs. 1-26 y CACHAFEIRO GARCÍA, F., “El volumen de negocios como criterio para graduar las sanciones en el derecho de la competencia”, *Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor*, nº 34, 2013-2014, págs.. 153-176, págs. 162 ss. CALLOL, P., “Presente y futuro de la dissuasion de los cartels y otras prácticas anticompetitivas en España a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo enjuiciando el método de cálculo de multas de la CNMC” en AAVV., *Problemas prácticos y de actualidad del Derecho de la competencia*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2016, págs. 285-303.

⁸⁸⁶ TS sala de lo contencioso administrativo (secc. 3ª) , de 29 de enero de 2015. Esta sentencia, en palabras de TOBÍO RIVAS, A. M., “Interpretación de los criterios para la imposición de sanciones por las autoridades españolas de competencia: el porcentaje del volumen de negocios total” , *Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor*, nº 35, 2015-2016, págs.. 529-532, pág. 531, da una de cal y otra de arena a la línea jurisprudencial seguida hasta el momento por la AN.

escala sancionadora recogida en la LDC⁸⁸⁷. Es perfectamente posible, añade el tribunal, desmarcarse del contenido de las directrices establecidas a nivel europeo porque el Reglamento 1/2003 no busca una armonización ni en cuanto a procedimiento ni en cuanto a sanciones, donde existe libertad para los EM.

En atención al segundo de los puntos que trata la sentencia, el TS establece que la base del volumen de negocios es total y omnicomprendiva de todos los mercados que participe la empresa⁸⁸⁸. No obstante, es cierto que la parte relativa a la cifra de negocios obtenido fuera del ámbito de actividad donde se ha producido la infracción puede tenerse en cuenta a efectos del principio de responsabilidad en una fase posterior a la individualización de la multa. Finalmente, en la sentencia, el TS no dicta una multa alternativa, sino que reenvía el caso a la CNMC para que retome la cuestión, haciendo exclusivamente un control de legalidad y respetando el margen de discrecionalidad atribuido a la autoridad de la competencia⁸⁸⁹.

⁸⁸⁷ CASINO RUBIO, M., “El discutido cálculo de las multas en materia de defensa de la competencia”, *Revista de administración pública*, nº 199, 2016, págs. 155-170, pág. 168. El autor, de todas formas, deja dicho que no parece que la única forma de calcular propuesta por el TS sea la que respete los principios que ordenan el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración. Esto lo dice porque la LDC no ordena que la multa a cada infracción sea siempre la expresión de un determinado porcentaje del volumen de negocios total, sólo impone que la multa no supere el respectivo límite máximo porcentual, que es algo distinto. Así, el autor entiende que el porcentaje de volumen de negocios total que fija el art. 63.1. LDC determina el saldo máximo de la multa, pero no que sea el único criterio a utilizar para calcularla.

⁸⁸⁸ Véase, TOBÍO RIVAS, A. M., “Interpretación de los criterios para la imposición de sanciones por las autoridades españolas de competencia: el porcentaje del volumen de negocios total”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, tomo 35, 2014-2015, págs 529-532.

⁸⁸⁹ LAGUNA DE PAZ, J. C., “Criterios para la fijación de las sanciones en materia de defensa de la competencia impuestas por las autoridades españolas. A propósito de la STS de 29 de enero de 2015 (rec. Núm. 2872/2013)”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, nº 16, 2015, págs. 1-15, pág. 9. En cambio, los tribunales

1.2. REMEDIOS

La segunda consecuencia posible ante una infracción de precios excesivos es la imposición de un remedio. Éste, como se ha establecido, puede aplicarse de forma conjunta o independiente de la sanción económica (aunque siempre de forma subsidiaria a la misma ⁸⁹⁰). Asimismo, y a diferencia de ésta, puede recogerse la adopción de remedios estructurales y de comportamiento en los procedimientos negociados, en lo que aquí interesa, en los compromisos.

La finalidad de este instrumento es ligeramente distinta de la perseguida con las sanciones, ya que los remedios se dirigen principalmente a restaurar el nivel de competencia existente en el mercado previa realización de la conducta anticompetitiva y no a penalizar a la empresa, como sucede en el supuesto de las multas.

Se puede trazar, como se ha apuntado, una distinción inicial entre dos tipos de remedios: los remedios estructurales y los remedios de comportamiento.

Europeos se rigen por el principio de revisión plena (art. 31 del Reglamento 1/2003), sustituyendo la apreciación de autoridad de la competencia por la suya propia.

⁸⁹⁰ Considerando 12 del Reglamento 1/2003. OCDE, Remedies and sanctions, 2006, pág. 9. El informe pone de relieve que la mayor parte de jurisdicciones autorizan a los tribunales y autoridades de la competencia a imponer remedios estructurales, pero sólo cuando no exista un remedio menos oneroso para la empresa. En otros casos, aunque legalmente no se imponga tal subsidiariedad, los tribunales prefieren la imposición de los remedios estructurales de forma secundaria porque es una aproximación más clemente.

1.2.1. Remedios estructurales

En atención a los primeros, éstos alteran la distribución de los derechos de propiedad creando nuevos operadores en el mercado o reforzando la posición de los ya existentes⁸⁹¹.

Ya se le había concedido, por el art. 3 del reglamento 17/62, a la Comisión el poder de poner fin a la infracción, aunque sin especificar cuáles eran los mecanismos para llevar a cabo tal cometido. No obstante, el reglamento 1/2003 (art. 7) recogió explícitamente la posibilidad de la Comisión de adoptar tanto medidas estructurales como de comportamiento⁸⁹² al igual que la LDC española en el art. 53.2.b).

Los remedios estructurales a los que se ha recurrido, en ocasiones, en los supuestos de abuso de posición de dominio⁸⁹³ implican una ruptura

⁸⁹¹ Existe una subdivisión dentro de los mismos, entre remedios de enajenación de activos (venta de activos, negocios enteros o partes de un negocio, o enajenaciones de empresas) y remedios de licencia (obligación de licenciar un derecho de propiedad intelectual o la imposición de obligaciones de acceso a un servicio esencial o a otro tipo de derecho o input esencial). JIMÉNEZ LATORRE, F., PRIETO KESSLER, E., “Remedios estructurales en casos de abuso de posición de dominio” en AAVV., *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia*, S. Martínez Lage, A. Petitbo Juan, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 135-149, pág. 139.

⁸⁹² Aunque previamente ya había impuesto en alguna ocasión una medida de este tipo, como en el caso Gillette donde la Comisión obligó a la empresa a desprenderse de determinados activos que permitían ejercer influencia en la política de su competidora Wilkinson. Decisión de la Comisión de 10 de noviembre de 1992 (asunto núm. IV/33.440 Warner Lambert/Gillette), DOCE L 116, de 10 de noviembre de 1992.

⁸⁹³ VAZQUEZ RUANO, T., “La desconcentración empresarial como medida correctora de situaciones de abuso de la posición de dominio. El caso “United States v. Microsoft Corp.””, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, vol. 25, 2004-2005, págs. 785-808, pág. 800 y 801, sostiene que, en la UE, la medida de desconcentración (paradigma de las sanciones estructurales) se había previsto específicamente para dar solución a los problemas planteados por los ilícitos del 101 TFUE. En estos supuestos, la Comisión tiene la potestad de fijar la disolución de la concentración cuando, una vez producida, se

de los vínculos entre una empresa y sus activos⁸⁹⁴. Éstos pueden imponerse en una amplia gama de formas, que pueden variar en opciones tales como la fragmentación, la disolución de la empresa o la desinversión (venta de activos) de una o múltiples unidades comerciales (enajenación de activos).

Este tipo de remedios se dirigen directamente a atajar la situación de fondo que ha propiciado el abuso, la posición de dominio. Con ellas se interviene directamente en la concentración excesiva del poder de mercado y, evidentemente, aunque son o pueden tener un nivel de eficacia superior a los remedios de comportamiento, presentan un conjunto de desventajas que han determinado su escaso uso⁸⁹⁵.

Para poder aplicar un remedio estructural se deberá operar un *test* (cuestionario) de tres preguntas relativas a si la medida tiene capacidad para reducir los precios al consumo y/o aumentar la calidad del producto, si el mismo incide negativamente sobre la eficiencia de la empresa en cuestión y cuál es su efecto sobre la inversión a largo plazo⁸⁹⁶ (teniendo en cuenta que no se ha demostrado la existencia de una relación proporcional entre el tamaño de la empresa y el grado de innovación de la misma⁸⁹⁷).

declare incompatible con el mercado común. Esto, sn embargo, no impide que se pudiera llevar a cabo en supuestos de abusos de posición de dominio.

⁸⁹⁴ ALLENDE SALAZAR, R., “Posibles reacciones frente a eventuales restricciones de la competencia”, *op.cit.*, pág. 26

⁸⁹⁵ TAJANA, A., “If I had a hammer... structural remedies and abuse of dominant position”, *Competition & Reg. Network Indus.*, 2006, pág. 6.

⁸⁹⁶ JIMÉNEZ LATORRE, F., PRIETO KESSLER, E., “Remedios estructurales en casos de abuso de posición de dominio”, *op.cit.*, pág. 141. El autor sugiere que los precios descenderán cuantos más operadores existan en la industria, por lo tanto, en los casos en los que la relación entre estructura y resultado es intense, los remedios estructurales serán más eficaces. No obstante, efectivamente el tamaño de una empresa puede ser fuente de eficiencias en el sentido de beneficiarse de economías de escala que permitan reducir los costes de producción y distribución.

⁸⁹⁷ Según JIMENEZ LATORRE, F., PRIETO KESSLER, E., “Remedios estructurales en casos de abuso de posición de dominio”, *op.cit.*, pág. 143, no existen evidencias claras

En realidad, este test no nos parece demasiado acertado, dado que dos de los elementos que se tienen en cuenta no son de mercado –los efectos sobre la eficiencia de la empresa y el efecto sobre la inversión a largo plazo de la medida– y, en el primero de ellos, relativo al precio y la calidad no hay referencia alguna a la innovación y la tecnología.

Las ventajas de las sanciones estructurales son la efectividad directa de las mismas, la dificultad de su evasión, su relativamente sencilla aplicación y su rápida efectividad⁸⁹⁸, buscando eliminar el poder de mercado que le ha posibilitado llevar a cabo la conducta. Asimismo, otras ventajas de estas medidas radican en su innecesaria supervisión y seguimiento.

No obstante, asociados a su imposición existen ciertos inconvenientes, como la existencia de costes de transacción, el hecho de que pueda ocasionar un daño potencial a las terceras partes ajenas al ilícito, la reducción de los incentivos de competir vigorosamente por las empresas para alcanzar tal posición en el mercado, dado el riesgo a perderla, pasando por la imposibilidad de reversión, que es una

que muestren que las empresas grandes son las más innovadoras. Sin embargo, Rapp mantuvo que, si bien, la relación entre estructura del mercado y la innovación había sido estudiada sin éxito, la competencia genera incentivos para innovar, reducir costes y producir mejor. RAPP, R. T., “The misapplication of the innovation market approach to merger analysis”, *Antitrust law Journal*, nº 64, 1995, págs. 26-30.

No obstante, estas ideas están bastante discutidas. Existen otros autores que sostienen que la innovación no se fomenta más en mercados perfectos o en mercados monopolísticos, sino en una situación intermedia donde existen empresas medianas es el mejor medio para la inversión en innovación y desarrollo, aunque son las fuertes presiones competitivas las que estimulan la rápida y amplia difusión y adopción de las medidas innovadoras que experimentan éxito. La impugnabilidad es, por lo tanto, el mejor medio para satisfacer ambos requerimientos, pues es consistente con el gran tamaño de las empresas y conlleva presiones competitivas. BAUMOL, W. J., BATEY BLACKMAN. S. A., *Mercados perfectos y virtud natural. la ética en los negocios y la mano invisible*, Colegio de economistas de Madrid, Madrid, 1991, pág. 50.

⁸⁹⁸ CAÑIZARES PACHECO, E., DOMÍNGUEZ MUÑOZ, D., “Remedios estructurales en control de concentraciones: un análisis coste-beneficio”, *op.cit.*, pág. 183.

característica que desincentiva su uso, sobre todo ante el miedo de error de tipo I que existe en los supuestos de precios excesivos.

Asimismo, es interesante anotar que la excesiva concentración de poder no es un ilícito que deba perseguirse, y precisamente este extremo podría colisionar con el principio de proporcionalidad⁸⁹⁹. Las autoridades de la competencia no pueden imponer remedios que vayan más allá de la restauración del nivel de competencia existente en el mercado previo al ilícito. La existencia de un precio excesivo, evidentemente viene de la mano de una posición de dominio, no obstante, la posición de dominio no es ilícita en sí misma, aunque sea elemento necesario para poder fijar el nivel de precio infractor y, asimismo, tal posición no se ha adquirido de forma anticompetitiva, por lo que no existen razones que justifiquen el recurso a tal medida. En definitiva, será complicado justificar la imposición de este tipo de remedios estructurales en casos de precios excesivos.

No obstante, existe un tipo de remedio estructural que, en nuestra opinión, se adapta relativamente bien a determinadas situaciones que dan origen a los precios excesivos: la posibilidad de obligar a la licencia de un activo de propiedad intelectual o industrial. Ciertamente, el proceso de desconcentración a través de la venta de activos obligado a una empresa es un ejemplo extremo de este tipo de medidas, pero es posible configurar otro tipo de remedios estructurales como una licencia obligatoria de un activo, que puede imponerse en los supuestos de precios excesivos

⁸⁹⁹ TAJANA, A., “If i had a hammer... structural remedies and abuse of dominant position”, *op.cit.*, pág. 11. El Tribunal de Justicia ha subrayado la necesidad de proporcionalidad y sencillez de la adopción de sanciones, que, además, no se imponen para castigar a la empresa por no haber cumplido las reglas de competencia sino a restaurar el proceso competitivo dañado por la infracción.

derivados de la posición de dominio atribuida por la propiedad de tal activo⁹⁰⁰.

En estos casos, una solución poco invasiva radica en compeler al titular de tal activo a conceder licencias sobre el mismo, activo que puede ser, por ejemplo, cualquier tipo de tecnología, como una patente, a cambio de un precio razonable y equitativo. Aunque se sugiere que esta solución es poco practicable porque obliga a los tribunales y autoridades de la competencia a diseñar las condiciones de la licencia, esto no es necesariamente así⁹⁰¹. Cabe la posibilidad de dejar las condiciones del contrato a la decisión de las partes, siempre que éstas se puedan enmarcar dentro de las fronteras ordenadas.

1.2.2. Remedios de comportamiento

En segundo lugar, las autoridades de la competencia tienen a su disposición para corregir la situación ilícita lo que se conoce como remedios de comportamiento, que han sido los de más frecuente recurso en supuestos de abuso de posición de dominio⁹⁰². Éstos se dirigen a la conducta de la empresa imponiéndole deberes y restricciones en su conducta, es decir, la condenan a hacer o no hacer alguna actividad⁹⁰³.

⁹⁰⁰ Las licencias obligatorias pueden catalogarse tanto como remedio de comportamiento como remedio estructural, pero normalmente se encuadran dentro de los remedios estructurales por su capacidad para alterar la estructura de mercado de la mano de la introducción de nuevos competidores. OCDE., *Remedies and sanctions, op.cit.*, 2006, pág. 37.

⁹⁰¹ *Ibidem*, pág. 37.

⁹⁰² *Ibidem*, pág. 38.

⁹⁰³ ALLENDE SALAZAR, R., “Posibles reacciones frente a eventuales restricciones de la competencia”, *Remedios y sanciones en el derecho de la competencia*, Martínez Lage, S., Petitbò Juan, A., Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 25.

Aunque cualquier medida que se imponga siempre constará de una forma básica de este tipo de remedio (cesar en la conducta sancionable)⁹⁰⁴, el resto de medidas positivas o de actividad (hacer o dar) se consideran poco apropiadas para tratar las infracciones realizadas por empresas dominantes, ya que pueden conllevar que las autoridades de la competencia tomen decisiones para las que no están preparadas, como, en el supuesto de precios excesivos, ordenar la imposición o la fijación del precio en un nivel determinado.

En cualquier caso, en nuestra opinión, la imposición en exclusiva de una medida de comportamiento negativa –a saber, la prohibición de la reiteración de la conducta infractora– es, insuficiente para el tratamiento de una infracción por precios excesivos.

Esta aproximación especialmente clemente con las empresas infractoras responde a dos tipos de razones distintas. En primer lugar, puede provenir de la incertidumbre del tribunal respecto de si puede o no considerarse una infracción, por lo que la reacción será la de mantener un perfil bajo en las medidas impuestas. Esto conlleva que se quiera adoptar una postura moderada relativa a prohibir exclusivamente la conducta, aunque sin imponer una sanción drástica precisamente por las probabilidades de error de tipo I (falsos positivos) y las consecuencias en la industria que tendría. En segundo lugar, porque si bien se ha sostenido que el ilícito es objetivo, la imposición de una sanción o de un remedio más allá de la prohibición requiere la existencia de algún tipo de dolo o, al menos, negligencia. Si la conducta de los precios excesivos no tiene unas fronteras claras trazadas, es posible que las empresas aleguen, con cierta

⁹⁰⁴ *Ibidem*, pág. 25. JIMÉNEZ LATORRE, F., PRIETO KESSLER, E., “Remedios estructurales en casos de abuso de posición de dominio”, *op.cit.*, pág. 139.

razón, que desconocían y no podrían haber conocido que estaban cometiendo un ilícito, vista la ausencia de precedentes jurisprudenciales suficientes que permitan establecer unos contornos claros de la figura⁹⁰⁵, es decir, respetar el principio de tipicidad (“*lex previa*” y “*lex certa*”). Entre otros, por este motivo es por lo que resulta en extremo importante contar con un cuerpo jurisprudencial y doctrinal que arroje luz sobre una cuestión controvertida como los precios excesivos que permita a las empresas obtener una guía de a qué pueden atenerse en su derecho de maximizar beneficios.

Asimismo, una segunda razón que puede desaconsejar o, al menos, desalentar, el uso de los remedios de comportamiento ha sido la necesidad de exhaustivo control del cumplimiento posterior, cuestión que las hace poco practicables en la práctica. Sin embargo, la ventaja de este tipo de herramientas reside en la no modificación de la estructura de la empresa y su flexibilidad⁹⁰⁶.

Pese al desencanto de la doctrina por este tipo de herramientas, en casos de abuso de posición de dominio las mismas son relativamente frecuentes porque las conductas ilícitas no se originan por “vínculos estructurales”, sino por comportamientos abusivos⁹⁰⁷. Asimismo, en

⁹⁰⁵ VESTEDORF, B., “Article 102 TFEU and sanctions appropriate when?”, *European Competition Law Review*, vol. 32, n° 11, 2011, págs. 573-579, pág. 574. El autor se refiere a un principio del Derecho penal que reza “*nullum crimen nulla poena sine lege*”, recogido en el art. 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos y en la jurisprudencia del TEDH, con el que se refiere que exclusivamente la ley puede definir un crimen (en este caso, siendo derecho administrativo sancionador, una infracción) y prescribir una sanción y lo tiene que hacer con claridad de forma que cualquier individuo pueda conocer, de la letra de la ley, cuáles son los actos u omisiones sancionados.

⁹⁰⁶ TAJANA, A., “If I had a hammer... structural remedies and abuse of dominant position”, *op.cit.*, pág. 7.

⁹⁰⁷ OCDE., Remedies and sanctions, *op.cit.*, 2006, pág. 31. La organización señala que las medidas estructurales son la forma más drástica de remedio y su uso ha sido controvertido en supuestos de abuso de posición de dominio.

general se puede afirmar que las sanciones de comportamiento son más respetuosas y proporcionadas con los derechos de las partes y más flexibles que sus homólogas estructurales, ya que se pueden adaptar a las situaciones concretas de la empresa y mercado. Los inconvenientes son que no tratan acertadamente la excesiva concentración del poder en el mercado y que son costosas de implementar⁹⁰⁸ y, además, en precios excesivos, que implican un ejercicio de regulación de la autoridad de competencia, para el que no está legitimada.

1.3. IMPOSICIÓN DE UNA FÓRMULA MIXTA DE MEDIDAS

Como se ha apuntado ya al tratar la cuestión de las multas. Es posible que el recurso a las mismas de forma exclusiva tenga un efecto colateral inesperado y negativo: la repercusión de la multa en los precios de los consumidores.

Una solución a este problema viene de la mano de corregir esta hipotética tendencia imponiendo una fórmula mixta que combine la sanción problemática con medidas de otro tipo. Respecto de los primeros –remedios de comportamiento activos (hacer)-, es posible imponer la fijación de un precio determinado a la empresa para el producto en cuestión. Sin embargo, ésta es una medida más propia del derecho regulatorio y no del Derecho de la competencia, que encaja mal con la utilidad y fines del último. No obstante, y como se estudiará más avanzado el trabajo, este tipo de remedios han sido utilizados con cierta intensidad

⁹⁰⁸ ALLENDE SALAZAR, R., “Posibles reacciones frente a eventuales restricciones de la competencia”, *op.cit.*, pág. 26.

en los soluciones propuestos por las empresas en procedimientos de compromisos.

En segundo lugar, cabe la posibilidad de imponer remedios estructurales de desconcentración o licencias obligatorias de elementos esenciales, medida que se analizará en el apartado dedicado a los remedios pero que no parece apropiada para un ilícito como los precios excesivos, dado que no buscan afectar a la estructura competitiva, sino abusar de los consumidores⁹⁰⁹.

1.4. LA SUPERVISIÓN DEL CUMPLIMIENTO

En segundo lugar, y sin ser estrictamente una medida en el sentido de sanción (multa o remedio), las autoridades de la competencia pueden fijar y, de hecho, lo hacen con relativa asiduidad, medidas relativas a la supervisión del cumplimiento o al seguimiento de la evolución de la medida impuesta⁹¹⁰.

⁹⁰⁹ GERADIN, D., “The necessary limits to the control of “excessive” prices by competition authorities – A view from Europe”, *op.cit.*, pág. 14.

⁹¹⁰ PALOMAR OLMEDA, A., “Los procedimientos administrativos en la Ley de Defensa de la Competencia” en AAVV., *Derecho de la competencia. Estudios sobre la ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la competencia*, dirs. L. Parejo Alfons, A. Palomar Olmeda, La Ley, Madrid, 2008, págs. 309-380, pág. 347-354. Este autor comenta que las facultades de vigilancia del cumplimiento de las obligaciones, resoluciones y acuerdos están previstas, en el ordenamiento jurídico español, en el art. 41 LDC. Las consecuencias de la constatación de un incumplimiento de la medida impuesta, ya sea ésta relativa al impago de la multa o a la no observación de las medidas de comportamiento o reversión de las estructurales, puede tener consecuencias traducibles en términos pecuniarios: multas coercitivas y multas sancionadoras previstas para estos casos. CASES, L., MENOR, J., “Reacción ante los incumplimientos de compromisos y soluciones. La valoración a posteriori de la efectividad de los remedios” en AAVV., *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia*, S. Martínez Laga, A. Petitbo Juan, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 319-341, pág. 321 y 330. El autor hace referencia las medidas que existen para hacer un seguimiento del cumplimiento de las medidas impuestas, entre otras, en compromisos. GUZMÁN ZAPATER, C., “Acuerdos de terminación convencional y vigilancia de los mismos” en AAVV., *Cuestiones actuales*

En primer lugar, es conveniente señalar que existe una diferencia entre el seguimiento del cumplimiento y el control de los efectos de la medida en el mercado en cuestión y en la empresa en particular, es decir, el análisis de la eficacia de la medida. También se puede tratar una diferencia, aunque sea obvia, entre el ejercicio de la potestad sancionadora y el deber de vigilancia. A través de éste último no pueden establecerse nuevas sanciones ni agravar las existentes, sólo garantizar el adecuado seguimiento de las medidas impuestas.

En segundo lugar, es necesaria referirse al sujeto que se debe hacer cargo de la vigilancia. Este seguimiento se ha atribuido tanto a la propia Comisión o autoridad de la competencia, como a una figura independiente en los casos de los compromisos.

Ésta labor, la del seguimiento del cumplimiento de la medida no es siempre sencilla, en ocasiones debido al amplio margen de interpretación y de auto-evaluación que éstas suelen dejar a su aplicación⁹¹¹.

En los supuestos en los que sea la propia Comisión quien esté encargada de tal seguimiento, obligará a la empresa a hacer rendiciones de cuentas periódicas. En los supuestos en los que se haya nombrado a una

del procedimiento sancionador en el Derecho de la Competencia, dir. J. Guillén Caramés, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, págs. 267-275, pág. 273. Se ha introducido en algunos casos de terminación convencional la figura del supervisor o auditor. Su función puede ser auditar la actividad de la empresa sujeta a unos compromisos, supervisar el coste imputable a determinados servicios, la elaboración de informes sobre el cumplimiento, la mediación en el surgimiento de disputas, etc.

⁹¹¹ ABRIL FERNÁNDEZ, E., RUBIO HERNÁNDEZ SAMPELAYO, G., “Problemas derivados de la necesidad de interpretar en fase de vigilancia lo dispuesto en la resolución sancionadora previa” en AAVV., Problemas prácticos y de actualidad del Derecho de la competencia, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2016, págs. 71-87, pág. 73. Los autores señalan que existen órdenes en las decisiones sancionadoras que son complicadas de interpretar en sí mismas, pero, además, algunas de estas medidas, por claras que parezcan, son complicadas de valorar en términos de cumplimiento, como por ejemplo las obligaciones de cesación, no de la conducta en sí misma, sino de alguno de sus elementos.

tercera persona, normalmente, un experto independiente, su función de gestión de la vigilancia se llevará a cabo a través de la entrega de una serie de informes valorativos periódicos a la Comisión, quien, a su vez, deberá decidir sobre el cumplimiento de la medida.

En determinadas ocasiones, esta medida de vigilancia, dependiendo de la intensidad y duración con la que se impone, puede entrar en conflicto con las facultades de las autoridades de competencia, que son independientes de los reguladores de los mercados, quienes sí están legítimamente facultados para desarrollar este tipo de seguimientos.

1.5. MEDIDAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INFRACCIÓN EN PRECIOS EXCESIVOS

Como se ha puesto de manifiesto en los apartados anteriores, en la Unión Europea, tanto a nivel de la Comisión como en los procedimientos seguidos por las autoridades nacionales, predomina, como respuesta a los precios excesivos, la imposición de sanciones. Ahora bien, es complejo realizar un análisis concreto de la relación que existe entre una infracción de precios excesivos y la sanción concreta que se fija por la autoridad porque, en la mayor parte de decisiones de infracción, no estamos ante supuestos de precios excesivos puros (sin hallarse en concurso con otros ilícitos), sino que las empresas han sido sancionadas por un conjunto de actividades ilícitas, entre las que no se ha hecho diferencia a la hora de imponer las medidas, que responden globalmente a todas ellas.

En los casos en los que las infracciones se han resuelto para un supuesto puro de precios excesivos, podemos apreciar la existencia de diferencias entre la administración alemana (*Bundeskartellamt*) y las

restantes administraciones de competencia nacionales estudiadas (española e inglesa).

En primer lugar, se hará un repaso de los supuestos a nivel europeo donde la Comisión ha sancionado a la empresa por precios excesivos y, posteriormente, derivaremos el análisis a las decisiones de las autoridades nacionales.

En el caso *United Brands*⁹¹², tras la declaración de una variada lista de infracciones concurrenciales por parte de la empresa, la Comisión impuso una combinación de medidas que incluía una sanción económica y remedios de comportamiento. En concreto, se estipulaba una multa que ascendía a “un millón de unidades de cuenta por las infracciones” y la cesación de las prácticas consideradas ilícitas en la decisión. El TJUE entendió que la cuantía de la multa (aunque por estimación parcial de las pretensiones de la recurrente la redujo) era apropiada por los elevados beneficios que había obtenido la empresa con la política de precios, la prolongación de la práctica en el tiempo y el volumen de negocios de la empresa. Asimismo, se impuso una medida de seguimiento respecto de los precios, que consistía en que comunicase a la Comisión, dos veces al año, durante un periodo de dos años, los precios que hubiera aplicado el semestre anterior en cada uno de los informes respectivamente a sus clientes establecidos en Alemania, Dinamarca, Irlanda, Países Bajos y UEBL.

En el caso *British Leyland*⁹¹³, donde se declaró, entre otros, la imposición de unos precios no equitativos, la Comisión impuso a la empresa sancionada una multa de 350 000 ECU y la obligación de cesar

⁹¹² Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 1975.

⁹¹³ Decisión 84/379 de la Comisión, de 2 de julio de 1984.

en las actividades ilícitas e informar a la Comisión de las medidas adoptadas a tal respecto.

De la misma forma, en *General Motors*⁹¹⁴ se le impuso a la empresa por parte de la Comisión y por una infracción del entonces art. 86 TCEE consistente en la imposición de precios excesivos por la expedición de un certificado necesario para cumplimentar las exigencias de la ley belga, que exigía la comprobación de determinadas características de los vehículos, una multa de 100 000 unidades de cuenta, o 5 000 000 de francos belgas.

En *Deutsche Post*⁹¹⁵, la Comisión, por múltiples infracciones llevadas a cabo por la empresa alemana, entre las que se encontraba la imposición de precios excesivos, impuso una multa simbólica (debido a la incertidumbre en torno a si se trataba de un acto ilícito o no⁹¹⁶) de 1000 euros, además de ordenar poner fin a las actividades consideradas ilícitas y abstenerse de reiterarlas.

En *Grüne Punkt*⁹¹⁷, la Comisión no impuso multa alguna, aunque obligaba a la empresa investigada a no imponer royalties a sus clientes por la simple utilización de su signo. No obstante, el TPI, en vía de recurso, reconoce que el signo aludido puede tener un valor económico (permitiendo que los consumidores distingan los envases como aptos para poder ser depositados en las instalaciones de colecta y reciclaje). Así, permite cobrar un canon por el uso del distintivo, aunque le fija un límite máximo: no puede ser igual al precio complejo de servicio de colecta y valoración.

⁹¹⁴ Decisión de 19 December 1974, Decision No IV/28-851-General Motors Continental.

⁹¹⁵ Decisión de la Comisión de 20 de marzo de 2001.

⁹¹⁶ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-01-1068_en.htm?locale=en.

⁹¹⁷ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera) de 24 de mayo de 2007, en el asunto T-151/01.

En las decisiones, la Comisión se ha mantenido en lo que consideramos que es una posición apropiada para una autoridad de la competencia en supuestos de precios excesivos respecto al tipo de medida adoptado, sin haber ordenado ningún remedio de comportamiento activo ni estructural.

En nuestra opinión, los remedios estructurales son poco convenientes en los supuestos de precios excesivos, ya que el fin al que éstos sirven no es útil en un ilícito como el que nos ocupa donde la estructura del mercado no se ha visto afectada –como, en cambio, sí sucede en las prácticas de exclusión–, por lo que no existen razones que requieran revertir las consecuencias de mercado que hubieran podido haber ocasionado tales conductas. Por otra parte, las medidas no permiten obtener un nivel superior de competencia al existente de forma previa a la infracción, por lo que introducir forzosamente competencia (de la mano de la desmembración de la empresa, por ejemplo) sobrepasa, con mucho, las alternativas recomendables de acuerdo con el principio de proporcionalidad, siendo que, además, la posesión de una posición de dominio no es un ilícito en sí mismo⁹¹⁸.

Asimismo, tampoco impone la Comisión remedios de corte positivo, como puede ser la fijación de un precio fijo o máximo para los productos o servicios. En nuestra opinión, la imposición de medidas cercanas a la regulación no constituye tampoco una aproximación

⁹¹⁸ Existen autores que, sin embargo, critican la imposición de remedios de comportamiento en lugar de las de estructura porque se está atacando al síntoma y no al problema, que es la estructura anticompetitiva del mercado. Asimismo, existen autores que sostienen que los remedios estructurales en casos de precios excesivos en mercados eléctricos estarían justificadas. SADOWSKA, M., “Energy liberalization: excessive pricing actions dusted off?”, *European Competition Law Review*, núm. 32, vol. 9, 2011, págs. 471-477, pág. 477. KROES, N., “Introductory remarks on Final Report of Energy Sector Competition Inquiry”, 2007.

especialmente indicada para los órganos de competencia, que no deberían cumplir la función de reguladores de mercados o de precios, sino limitarse a llevar a cabo un control de eficiencia negativo y así evitar entrar en el peligroso terreno de las medidas no proporcionadas.

Ciertamente, las autoridades de competencia cuentan con un amplio margen de discrecionalidad en lo que se refiere a la imposición de medidas (ya sean éstas medidas de sanción o remedios)⁹¹⁹. Sin embargo, tal potestad está sujeta a determinados límites. El primer límite es la efectividad de la medida, mientras que el segundo es la legitimidad de la imposición de la medida⁹²⁰. Cada sistema –el sistema de competencia y el derecho regulatorio- cuentan con una serie de mecanismos y es importante respetar el uso de los poderes que han sido conferidos en cada caso, conociendo sus distintas funciones.

Las autoridades de la competencia nacionales han operado de forma esencialmente similar. El *Director General of Fair Trading*, en el Caso *Napp*⁹²¹, declaró que la empresa farmacéutica había abusado de la posición de dominio con la imposición de unos precios excesivos en el suministro de morfina en el Reino Unido y, en consecuencia, le impuso una multa de £3.21 millones. Sin embargo, adicionalmente se fijó una medida de comportamiento positivo, en virtud de la que se fijaron unas

⁹¹⁹ GARCÍA VALDECASAS Y FERNÁNDEZ, R., “La revisión judicial de los remedios y compromisos en procedimientos sancionadores” en AAVV., *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia*, S. Martínez Laga, A. Petitbo Juan, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 299-319, pág. 300.

⁹²⁰ LIANOS, I., “The Principle of Effectiveness, Competition Law Remedies and the Limits of Adjudication”, Centre for Law, *Economics and Society (CLES) research papers 6/2014*, págs. 1-30. HORDIJK, P., “Excessive Pricing Under EC Competition Law” in Hawk (ed.), 2001 Fordham Corporate Law Institute, 2002 with regard to the excessive pricing actions taken by the NMa (the Netherlands Competition Authority). SADOWSKA, M., “Energy liberalization: excessive pricing actions dusted off?”, *op.cit.*, pág. 467.

⁹²¹ Decisión de 30 de marzo de 2001.

directrices sobre los precios a los que se debían poner a la venta los productos de morfina que suministraba la mercantil. Posteriormente, la decisión fue recurrida y se resolvió en sede del *Competition Commission Appeal Tribunal*⁹²², quien modifica la cuantía de la sanción y fija la misma en 2,2 millones de libras, aunque confirmaba las directrices.

Recientemente, la *Competition and Markets Authority* (CMA)⁹²³ ha impuesto una multa de 90 millones de libras (84,2 y 5,2 respectivamente) a las farmacéuticas Pfizer y Flynn por una escalada de precios en los productos de un determinado medicamento (medicamento anti epilepsia NHS), al que procedieron tras la descatalogación del mismo del listado de medicamentos con precio sujeto a regulación. Asimismo, la autoridad les ha compelido a bajar los precios del producto a ambas empresas, proporcionándoles un margen de 30 días laborables a 4 meses para operar dicho cambio. La multa impuesta es la sanción económica más elevada que se ha fijado por la CMA, con la que se busca enviar un claro mensaje al sector de la industria farmacéutica⁹²⁴. Esta afirmación, realizada por Philip Marsden⁹²⁵, se alinea con la postura de requerir unas sanciones elevadas que den ejemplo y disuadan a las empresas de realizar este tipo de comportamiento. Es necesario cambiar la postura de las autoridades de competencia mantenida durante años de inacción respecto de este tipo de prácticas que resultan dañinas para el consumidor o cliente.

Por su parte, la autoridad de la competencia italiana (*l'Autorità garante della concorrenza e del mercato*) impuso a la empresa Aspen

⁹²² Case No. 1001/1/1/01 15 January 2002.

⁹²³ Decisión de 7 de diciembre 2016, CE/9742-13.

⁹²⁴ <https://www.gov.uk/government/news/cma-fines-pfizer-and-flynn-90-million-for-drug-price-hike-to-nhs>.

⁹²⁵ Chairman of the Case Decision Group for the CMA's investigation.

Pharma Trading Ltd., Aspen Italia s.r.l. una sanción económica, en razón de la gravedad y de la duración de la conducta infractora, consistente en la imposición de unos precios excesivos, que ascendía a 5.225.317 euros⁹²⁶.

En España, en el caso Canarias explosivos, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictó una resolución⁹²⁷, en cuya parte dispositiva acordaba declarar que en el expediente se había acreditado la realización de una conducta restrictiva de la competencia prohibida por el Artículo 6.2.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, consistente en imponer precios inequitativos desde una posición de dominio. En segundo lugar, se acordaba imponer a la empresa en cuestión una sanción de cuatrocientos setenta y tres mil euros.

En cambio, la autoridad de la competencia alemana no impuso sanción económica alguna en los *casos Stadtwerke Mainz*⁹²⁸, *TEAG*⁹²⁹ y *RWE net*⁹³⁰, sino que se limitó a fijar remedios de comportamiento negativos. Es decir, la autoridad prohíbe determinadas conductas, entre ellas, exceder el máximo fijado a los ingresos globales anuales que puede percibir una empresa por sus servicios (TEAG y Stadtwerke Mainz) o superar la cuantía máxima fijada que pueden ingresar anualmente por la prestación del servicio por consumidor (RWE Net), o incluir conceptos prohibidos en el cálculo de las tarifas (TEAG)⁹³¹.

⁹²⁶ Decisión de 29 de septiembre de 2016.

⁹²⁷ resolución el día 12 de Febrero del 2008, en el marco del Expediente Sancionador S/0626/07 Canarias de Explosivos.

⁹²⁸ Decisión del Bundeskartellamt, 11. Beschlussabteilung B11 – 40 100 – T – 38/01.

⁹²⁹ Decisión del Bundeskartellamt, 11. Beschlussabteilung B11 – 40 100 – T – 45/01.

⁹³⁰ Decisión del Bundeskartellamt, 11. Beschlussabteilung B11 – 40100 – T – 20/02.

⁹³¹ No obstante, la decisión en el caso TEAG se anuló por el OLG Düsseldorf, que sentenció que la fijación de un techo en el precio no era función del Bundeskartellamt. Asimismo, el OLG sostuvo que el artículo 19(1) y (4) ARC no prohíben ninguna metodología de cálculo de precios, sino sólo los precios abusivos en sí mismo (OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 1239 (1243) – TEAG). Se ordenó a la Bundeskartellamt que abstuviera de controlar los factores que llevan a la determinación del precio y se

Los mercados de energía, de hecho, cuentan con unas circunstancias muy particulares, ya que han sido sujeto de importantes esfuerzos de liberalización por parte de la Comisión. La aplicación del artículo 102 a TFUE o del homólogo nacional pertinente y las medidas que se han aplicado (fundamentalmente remedios de comportamiento) plantean un cierto conflicto lógico a la política de desregulación impulsada por la Unión Europea. Pese al fin buscado, el aumento constante de los precios en el sector de la energía y gas desde 2003 parece ser un signo o indicio inequívoco de que la política de liberalización no está dando los frutos esperados⁹³². Especialmente la elevación de los precios de la electricidad ha conllevado numerosas quejas de clientes industriales y la iniciación de varios procedimientos por la imposición de precios excesivos, en los que se ha concluido que la formación del precio en los mercados mayoristas de electricidad no estaba arrojando los resultados competitivos esperados.

Históricamente, el precio de la energía en los mercados europeos había estado regulado. No obstante, se eliminó la misma y, siendo el objetivo principal perseguido por el proceso de desregulación introducir competencia en el mercado, a través de la abolición del sistema de estructuras verticalmente integradas del Estado, de forma que el nivel de precios que se obtenga sea naturalmente competitivo sin requerir una regulación propia de los mismos.

restringiera exclusivamente a la cuantía del precio (OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 1239 (1243) – TEAG).

⁹³² Éstos se referían a una reducción de los precios para el consumidor final. Pero estas esperanzas se han truncado. VAN DER WOUDE, M., “Unfair and excessive prices in the energy sector” en AAVV., *European Competition Law Annual 2007 — A Reformed Approach to Article 82 EC*, ed. C.-D. Ehlermann y M. Marquis, Hart Publishing, Oxford, 2008, pág. 641

En opinión de algunos autores, pese a que en una aproximación superficial a la cuestión pueda resultar aparentemente paradójico el uso de las acciones de precios excesivos como herramienta para contribuir a la liberalización del mercado, tras un estudio más pormenorizado de las acciones, la misma parece disiparse. En su opinión, el nuevo marco de *enforcement* es más laxo y permite una amplia variedad de respuestas *antitrust*, más discrecionales en la forma y de remedios, que pueden adaptarse a las políticas de liberalización⁹³³.

En nuestra opinión, sin embargo, la paradoja aparente no se disipa tras un análisis pormenorizado, sino que se acentúa. Si las medidas impuestas en un ilícito de precios excesivos no se limitan exclusivamente a la imposición de una mera sanción económica, sino que se extienden a la imposición de medidas estructurales y de comportamiento, o, lo que es lo mismo, remedios de cariz regulatorio, entendemos que efectivamente se subraya la contradicción con la desaparición de las mismas medidas en sede de Derecho regulatorio, cuyos fines son más acordes con este tipo de medidas y se respetan las garantías de representación de todas las partes interesadas y afectadas.

2. SOLUCIONES ALTERNATIVAS: COMPROMISOS

El Derecho de la Competencia cuenta, además de con el procedimiento de infracción, que supone una resolución y cierre normal del conflicto, con un instrumento negociado⁹³⁴, recogido tanto en el art. 9

⁹³³ SADOWSKA, M., “Energy liberalization: excessive pricing actions dusted off?”, *op.cit.*, págs. 471-477.

⁹³⁴ Parece que se adapta mejor a la naturaleza jurídica del compromiso el adjetivo “negociado” que “convencional”. Existen autores que sostienen que no se trata en

del Reglamento 1/2003⁹³⁵ como en el art. 52 LDC⁹³⁶. Esta modalidad ha sido de reciente formalización a nivel europeo, aunque la situación de vacío legal no había impedido un recurso a los mismos de forma informal⁹³⁷ y limitada⁹³⁸ por la Comisión Europea⁹³⁹.

absoluto de un instrumento convencional en el sentido de que no se trata de un negocio jurídico bilateral. LORENTE HURTADO, F., “La terminación convencional en los procedimientos sancionadores nacionales” en AAVV., *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia*, S. Martínez Laga, A. Petitbo Juan, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs.163-179, pág. 166. El TPI en la sentencia Alrosa establece que “La Comisión es su único autor a partir del momento en que da fuerza obligatoria a los compromisos ofrecidos por la empresa concernida y únicamente ella asume responsabilidad”.

⁹³⁵ Reglamento (CE) no1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

⁹³⁶ Cada vez que nos refiramos al art. 9, debemos recordar que la LDC, en su artículo 52 y el Reglamento que desarrolla la LDC, en sus artículos 39 y siguientes se refieren a la terminación convencional de los expedientes.

⁹³⁷ De hecho, cuando se recurría a este sistema con el reglamento 17, lo único que podía hacer la Comisión con estos casos era publicar una decisión cerrando la investigación, aunque sin otorgar efecto vinculante a los ofrecimientos hechos por la empresa o una *comfort letter*, un informe negativo de violación de la competencia o una exención por la vía del art. 101.3. no se poseía un procedimiento formal, más allá de las expectativas legítimas en la actuación de la administración CENGIZ, F., “Alrosa v. Commission and Commission v. Alrosa: Rule of Law in Post-Modernisation EU Competition Law Regime”, *TILEC Discussion Paper*, DP 2010-033, 2010, págs. 1-34, pág. 7.

⁹³⁸ STEPHANOV GEORGIEV, G., “Contagious efficiency: the growing reliance on U.S.-style antitrust settlements in EU law”, *Utah Law Review*, nº 4, 2007, págs. 971-1037, pág. 973.

⁹³⁹ WILS, W., “Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No 1/2003”, *World Competition*, vol. 29, nº 3, 2006, págs.1-11, pág 1 y 5. No existía en el reglamento precedente al 1/2003, en el 17, un precepto semejante al art. 9 del actual. No obstante, esto no quiere decir que no se produjeran estos acuerdos transaccionales, como, por ejemplo, en el caso IBM, donde la Comisión inició un procedimiento de investigación y no produjo una decisión, sino que simplemente cerró el caso cuando la empresa le ofreció un acuerdo en unos términos que desistían en la conducta que había dado origen al inicio del procedimiento por parte de la Comisión.

El autor no observa inconvenientes en la inexistencia de un la procedimiento legalmente previsto al que se pudiera recurrir de forma alternativa a las decisiones de condena. No obstante, en nuestra opinión, se debe nombrar, al menos, uno: el imperio de la Ley. Porque una cosa es priorizar unos escenarios sobre otros en la búsqueda de indicios de comisión de ilícitos y otra muy distinta es, una vez habiéndolos hallado, proseguir la investigación y evitar una decisión de condena a cambio de un acuerdo con la empresa. Asimismo, el problema se extiende porque no existía ningún procedimiento al que la empresa pudiera acogerse. La empresa, tras el acuerdo, se encontraba en una situación

La razón de que nos refiramos a esta herramienta transaccional de una forma tan pormenorizada es que la misma ha tenido una relevancia reseñable en materia de precios excesivos por varios motivos.

En primer lugar, porque el reducido número de sanciones en el campo de los precios excesivos, pese a la efectiva existencia de casos de precios poco razonables, hacía pensar que quizás se estuviera utilizando otro tipo de instrumentos, distintos de los tradicionales, para resolver los conflictos. En segundo lugar, porque, por las oportunidades que proporcionan los compromisos, éstos son especialmente atractivos para solucionar cuestiones relativas a precios excesivos.

De hecho, como pondremos de relieve más avanzado el capítulo, la sospecha de la existencia de compromisos relativos a precios excesivos se ha terminado confirmando y se ha descubierto una importante tasa de resolución de la infracción a través de compromisos en la materia de interés, al menos, en comparación con el número de decisiones de infracción dictadas por la Comisión y las autoridades de la competencia nacionales.

ciertamente confusa, con un déficit de seguridad jurídica, en la que no sabía qué esperar respecto de las consecuencias del acuerdo. Sólo podían defenderse a través de la doctrina de las expectativas legítimas evitando que la Comisión reabriría el caso. DUNNE, N., “Commitment decisions in EU Competition Law”, *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 10, nº 2, 2014, págs. 399-444, pág. 402, refiriéndose a una decisión de la comisión en 2001, Diario Oficial (L. 319) 1 , donde se llegaba a un acuerdo en un caso del entonces 81.3 TC,E en base a unos compromisos ofrecidos por la empresa involucrada. CENGIZ, F., “Alrosa v. Commission and Commission v. Alrosa: Rule of Law in Post-Modernisation EU Competition Law Regime”, *TILEC Discussion Paper*, DP 2010-033, 2010, págs. 1-34, pág. 3.

De hecho, el primero compromiso informal al que llegó la Comisión fue con Belgacom. En 1997, la Comisión llevó a cabo un estudio de los precios que imponía Belgacom respecto del acceso a los datos del suscriptor. Belgacom rápidamente accedió a cobrar sobre una base de estos medios en lugar de en función del volumen de negocio del comprador. EUROPEAN COMMISSION (1998), XXVIIIth Report on competition policy (1997)”, pág. 26.

Existen, según el sistema de clasificación de persecución y sanción de ilícitos de Derecho de la competencia de GAULTIER y PETIT, tres grandes tipos o modelos de aplicación: generalización de los compromisos, generalización del procedimiento formal y compromisos selectivos. El primero se caracteriza por un recurso sistemático a los compromisos en la resolución de las controversias, mientras que en el segundo, la gran mayoría de casos se solucionan a través del procedimiento formal. Por último, existe un tipo mixto donde, se recurre indistintamente a compromisos o procedimiento formal dependiendo del caso.

En la tipología, los autores afirman que materias como ilícitos no prioritarios para la Comisión, cuyo supuesto paradigmático es el caso de los precios excesivos puros⁹⁴⁰ se sitúan en el sistema de generalización de compromisos. A nivel de la Comisión Europea, se ha llegado a tres compromisos distintos (*S&P*, *Rambus*⁹⁴¹ y *Gazprom*), y en ilícitos producidos en dos mercados específicos: mercados de tecnología⁹⁴² o mercados liberalizados⁹⁴³.

⁹⁴⁰ En los supuestos de precios excesivos, podemos afirmar que existen dos tipos de casos, aquéllos en los que, además de producirse una práctica de precios excesivos la empresa comete otra serie de infracciones y los supuestos de precios excesivos puros, es decir, donde no existe ninguna otra práctica ilícita que la empresa lleve a cabo de forma simultánea o paralela. Los compromisos que se han encontrado hasta el momento son de precios excesivos puros, mientras que las decisiones de infracción se ha sancionado en la mayor parte de los casos infracciones mixtas que aúnan varias prácticas.

⁹⁴¹ El caso *Rambus*, además, tenía todas las características propias de un tema a tratar a través de compromisos porque, además, de ser un caso de precios excesivos, éste se produce en un mercado que evoluciona con mucha rapidez, como es el de la tecnología.

⁹⁴² Por las características propias de este tipo de mercados. Véase, RODILLA MARTÍ, C., “La more economic approach del derecho de la competencia en los litigios sobre consorcios de patentes: el caso de los compromisos”, *LaLey mercantil*, nº 30,2016, págs. 7. En concreto los mercados de tecnología reúnen elementos tanto positivos como negativos respecto a la oportunidad del uso de decisiones o compromisos. Por una parte, el cierre rápido del asunto, considerada la velocidad a la que evolucionan tales mercados

En cualquier caso, independientemente del mercado o de la práctica proclive a resolverse a través de un compromiso, para poder optar por los mismos, se deben satisfacer dos objetivos diferentes con ellos: en primer lugar, restituir las condiciones de competencia en el mercado puestas en peligro por la conducta restrictiva detectada –es decir, la función que cumplirían los remedios- y, en segundo, salvaguardar el bienestar de los consumidores y el interés público⁹⁴⁴.

Por lo tanto, no en cualquier escenario se podrá recurrir a un cierre del procedimiento a través de compromisos. Entre otros, no deben ser resueltas a través de compromisos aquellas prácticas que hayan tenido efectos negativos irreversibles en la competencia, causando daños irre recuperables que no son compensables con las posibles eficiencias de los compromisos; los supuestos en los que las conductas son contrarias al interés público de la libre competencia -como, por ejemplo, los *hard core cartels*- y aquéllos en los que se acredite que la sanción es necesaria -siendo las sanciones incompatibles con los compromisos-, situación que se produce cuando la empresa es reincidente⁹⁴⁵.

Aunque las directrices españolas son amplias⁹⁴⁶ y siempre queda a instancia de la Comisión, que cuenta con un importante margen de

y la poca eficacia que tendría una decisión dictada de forma tardía y, por otra parte, la necesidad de un cierre del artículo 7 por tratarse de prácticas que distan mucho de estar asentadas jurisprudencialmente como lícitas o ilícitas.

⁹⁴³ GAULTIER, A., PETIT, N., “Optimal enforcement of competition policy: the commitments procedure under uncertainty”, 2015, págs. 1-36, pág. 22.

⁹⁴⁴ Párrafo 10 de la Comunicación sobre la terminación convencional de la CNC.

⁹⁴⁵ GUZMÁN ZAPATER, C., FORNELLS DE FRUTOS, J., “La terminación convencional en la Ley 15/2007 de defensa de la competencia a la luz de la comunicación de la CNC”, Working paper IE Law School, AJ8-197, 2013, págs. 1-49., pág. 12.

⁹⁴⁶ Las directrices de la CNC sólo y exclusivamente vinculan a la CNMC y no al resto de autoridades de la Competencia autonómicas, que no se entienden sujetas más que a la LDC y al reglamento que la desarrolla. CACHAFEIRO GARCÍA, F., “Por las buenas o por las malas: ¿en qué casos puede la autoridad de la competencia acordar la terminación

apreciación⁹⁴⁷, la adopción del compromiso, sí parece que los precios excesivos son un importante candidato para finalizar de forma convencional.

2.1. APLICACIÓN ECONÓMICA DEL DERECHO

Este tipo de instrumentos –los compromisos⁹⁴⁸– forman parte de lo que, sostenemos, es el futuro del Derecho de la Competencia: la *juridificación* de la aplicación económica del Derecho⁹⁴⁹. Con este concepto nos referimos a la aplicación del Derecho y, en particular, el Derecho de la competencia, sólo en la medida en la que es eficiente, teniendo en cuenta el balance entre el coste asumido por su aplicación y el beneficio obtenido con la misma.

convencional del expediente sancionador?”, Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor, nº. 36, 2015-2016, págs. 331-340, pág. 336. STSJG, 27 de enero de 2016.

⁹⁴⁷ GUZMÁN ZAPATER, C., FORNELLS DE FRUTOS, J., “La terminación convencional en la Ley 15/2007 de defensa de la competencia a la luz de la comunicación de la CNC”, Working paper IE Law School, AJ8-197, 2013, págs. 1-49., pág. 13. No obstante, no todos los autores son de la opinión de que las autoridades de la competencia cuentan o deben contar con tal libertad en su actividad en el campo de los compromisos. LORENTE HURTADO, F., “La terminación convencional en los procedimientos sancionadores nacionales” en AAVV., Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia, S. Martínez Lage, A. Petitbo Juan, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs.163-179, págs. 168 ss. El autor subraya que, si bien el artículo 9 del reglamento se decanta por un sistema de plena discrecionalidad, la solución no tiene que ser la misma en el ámbito nacional. De hecho, sostiene, en España este tipo de solución atentaría contra el muy arraigado principio de legalidad y el de igualdad ante la ley, que acotan el margen de discrecionalidad de las autoridades de la competencia para promover o no la imposición de sanciones administrativas. Una de las soluciones que proponen es la de adoptar los compromisos en los supuestos analógicos a lo que equivaldría a una excusa absolutoria. Con este concepto se refieren a los supuestos en los que un comportamiento posterior a la conducta ilícita excluye el carácter infractor o la necesidad de sanción. Por ejemplo, en los precios excesivos, sería la situación en la que se rebajan los precios.

⁹⁴⁸ Aunque también la política de clemencia.

⁹⁴⁹ O “de economía procesal”, como se sostiene en la Sentencia del TJUE Alrosa.

La formalización jurídica de esta tendencia cuenta con rasgos indudablemente positivos, aunque no es posible desdeñar las repercusiones negativas. La consecuencia más cuestionable es la posibilidad de recurrir a ellos de forma abusiva⁹⁵⁰, dado el importante margen de discrecionalidad de la Comisión –que se manifiesta tanto en la propia decisión de adoptar un compromiso como en el contenido del mismo (aunque ésta última ha sido delimitada por la Sentencia *Alrosa*⁹⁵¹), debiendo ser su utilización marginal y subsidiaria, sobre todo en materias poco claras como el ilícito de precios excesivos. En cambio, el principal aspecto positivo de la legalización de los compromisos –y otros instrumentos transaccionales- reside en dotar de un procedimiento legalmente establecido y transparente a una práctica que, hasta el momento, se había estado produciendo de forma discutible y con resultados jurídicamente cuestionables⁹⁵².

Aunque en España se había incluido esta posibilidad con bastante antelación⁹⁵³, a nivel Europeo sólo se recoge en el Reglamento 1/2003,

⁹⁵⁰ CENGIZ, F., “*Alrosa v. Commission and Commission v. Alrosa: Rule of Law in Post-Modernisation EU Competition Law Regime*”, TILEC Discussion Paper, DP 2010-033, 2010, págs. 1-34, pág. 3.

⁹⁵¹ CITAR!

⁹⁵² STEPHANOV GEORGIEV, G., “Contagious efficiency: the growing reliance on u.s.-style antitrust settlements in EU law”, op. cit., pág. 992 y 997. El autor subraya el recurso *ad hoc* a esta herramienta cuya vinculatoriedad jurídica era cuestionable hasta ese momento. Se enfatiza, asimismo, que la flexibilidad de la que gozaba la Comisión durante la vigencia del Reglamento 17 tenía desventajas para las empresas, como, por ejemplo, que la predictibilidad de la aplicación del derecho de la competencia era escasa.

⁹⁵³ HUERTA TROLEZ, J., “La terminación convencional y vigilancia de las resoluciones de la CNC” en AAVV., *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en el Derecho de la Competencia*, dir. J. Guillén Caramés, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, págs. 243-255, pág. 245 y 246. El autor sostiene que la primera experiencia, de la mano de la ley 16/1989 de defensa de la competencia fue un fracaso, ya que durante los 8 años que la misma estuvo vigente, sólo se resolvieron a través de este instrumento media docena de expedientes, de los cuales uno no llegó a concluirse ante la oposición de uno de los interesados y otros dos se cerraron sin haberse cumplido el contenido del acuerdo.

que moderniza⁹⁵⁴ el sistema de aplicación del Derecho de la Competencia en la Unión Europea⁹⁵⁵, en el artículo 9.

Así, en ambos cuerpos jurídicos se desarrolla actualmente una solución alternativa a los procedimientos normales de constatación y cese de la infracción, en el sentido estricto de “alternativa”, dado que no estamos ante una terminación del procedimiento sancionador con un compromiso⁹⁵⁶.

En los preceptos aludidos se permite que la Comisión y CNMC, respectivamente, adopten una decisión en la que, sin declarar la comisión

Actualmente, el número de terminaciones convencionales representa un porcentaje mínimo de los expedientes incoados.

⁹⁵⁴ Esta modernización parece ir de la mano de una asimilación del Derecho continental europeo, sin una tradición histórica de este tipo de instrumentos negociados en el Derecho Público, con el Derecho norteamericano.

⁹⁵⁵ Cuyo antecedente se encuentra, aunque con ciertas diferencias, en los *consent decrees* estadounidenses. En éstos, que se utilizan a nivel penal y civil, es necesario que un juez convalide o ratifique el mismo. Mientras que en Europa el procedimiento se mantiene a nivel administrativo. BAÑO LEÓN, J. M., “Los acuerdos sobre infracción de las normas de competencia” en AAVV., *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en el Derecho de la Competencia*, dir. J. Guillén Caramés, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, págs. 255-267, pág. 256 y 257. CENGIZ, F., “Alrosa v. Commission and Commission v. Alrosa: Rule of Law in Post-Modernisation EU Competition Law Regime”, TILEC Discussion Paper, DP 2010-033, 2010, págs. 1-34, pág. 7. En USA, la tendencia a utilizar este tipo de fórmula para resolver violaciones del derecho de la competencia ha experimentado un ascenso constante y dramático. La primera vez que se utilizó fue por la Antitrust Division en el caso *United States v. Otis Elevator Company* en 1906 y desde entonces, el porcentaje de casos resueltos por esta vía ha aumentado hasta un 93%, manteniéndose constante. Esta tendencia se ha trasladado también a la Federal Trade Commission. GINSBURG, D. H., WRIGHT, J. D., “Antitrust Settlements: The Culture of Consent”, 2013, a disposición para descargar en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2225894, pág. 3. SCHWEITZER, H., “Commitment Decisions under Article 9 of Regulation 1/2003: The Developing EC Practice and Case Law”, EUI Working Paper LAW No. 22, 2008, pág. 7.

⁹⁵⁶ LORENTE HURTADO, F., “La terminación convencional en los procedimientos sancionadores nacionales” en AAVV., *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia*, S. Martínez Lage, A. Petitbo Juan, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs.163-179, pág. 165. El autor sostiene que se trata de un procedimiento distinto que interrumpe el procedimiento sancionador y que, incluso, si termina bien, extingue el mismo.

o no del ilícito⁹⁵⁷ y cerrando el procedimiento sancionador⁹⁵⁸, se recoja un acuerdo con la empresa hasta entonces investigada por un ilícito de Derecho de la competencia. Por lo tanto, y en definitiva, la consecuencia es que, pese a que la conducta reviste o puede revestir carácter sancionable, no se atribuirá responsabilidad alguna a la empresa que cumpla el compromiso, aunque sí se debe poner fin a la misma –remedio de conducta negativo-, entre otras medidas adicionales que puedan recogerse.

Este acuerdo al que se llega con la empresa se produce, en principio, a instancia de parte, y debe rectificar las conductas que la autoridad de competencia considere *a priori* conflictivas, habiéndose puesto éstas previamente en conocimiento de la empresa en el análisis preliminar del caso. A continuación, las autoridades de la competencia, si lo tienen a bien, podrán convertir tal proposición de la empresa en un compromiso vinculante cuya vigencia se estipulará en el mismo, donde también constará que no existen motivos para la intervención en la conducta.

Es necesario anotar que sobre la Comisión no pesa obligación alguna de aceptar el compromiso propuesto. Más bien al contrario, en determinadas circunstancias, tendrá la obligación de renunciar al

⁹⁵⁷ Porque el hecho de que declaren que no existe razón para intervenir no significa que no exista un ilícito, sino que, por motivos de oportunidad, no intervendrán. BAÑO LEÓN, J. M., “Los acuerdos sobre infracción de las normas de competencia” en AAVV., *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en el Derecho de la Competencia*, dir. J. Guillén Caramés, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, págs. 255-267, pág. 255.

⁹⁵⁸ Lo cual constituye una de las diferencias más relevantes con el sistema de acuerdos.

procedimiento de compromisos y acudir a la opción habitual recogida en el art. 7 del reglamento⁹⁵⁹.

El uso originariamente planteado para los compromisos era meramente residual; estaban diseñados para que se utilizaran de forma excepcional y una vez establecida la escasa relevancia del supuesto en cuestión –concepto al que no se le ha dotado de un contenido determinado que permita conocer *ex ante* cuándo una materia está sujeta a este procedimiento-⁹⁶⁰. Sin embargo, su uso ha experimentado, a nivel europeo⁹⁶¹, un crecimiento desde 2004 con unos números que superan, en ciertos casos, a los procedimientos del cauce normal del artículo 7 y en materias de lo más conflictivas, como lo es la de la imposición de precios excesivos.

⁹⁵⁹ Los compromisos son siempre subsidiarios y para situaciones específicas. Pero la terminación normal del expediente debe ser a través de la constatación de la existencia o inexistencia de una infracción y, en su caso, sanción. WILS, W., “Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No 1/2003”, *op.cit.*, pág. 6. El hecho de que la Comisión no esté obligada a aceptar los compromisos también se extiende a la no necesidad de justificar por qué los mismos no se entienden aptos para ser declarados vinculantes.

⁹⁶⁰ El significado de “escasa relevancia” sigue sin quedar esclarecido. En principio, en nuestra opinión, se debe referir a la claridad de ciertas materias y la poca importancia de los supuestos, que harían ineficiente recurrir al procedimiento ordinario para dictar doctrina y jurisprudencia. GIPPINI-FOURNIER, E., “The modernisation of European Competition Law: a first experiences with regulation 1/2003”, *Community report to the FIDE Congress 2008* a disposición para consultar en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1139776>, págs. 1-135, el autor recoge en el informe que los compromisos no se deben aplicar en casos donde la infracción no está clara o presenta características novedosas que conllevarían una pérdida de legitimidad por no haber llevado a cabo el estudio del daño adecuado. ALLENDE SALAZAR, R., “Posibles reacciones frente a eventuales restricciones de la competencia” en AAVV., *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia*, S. Martínez Lage, A. Petitbo Juan, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 17-37, pág. 20. El autor también señala la creciente tendencia a hacer uso de este instrumento en casos de restricciones menos graves.

⁹⁶¹ No a nivel español, donde el mismo se ha mantenido ciertamente a un nivel residual.

2.2. LOS COMPROMISOS DEL ARTÍCULO 9 REGLAMENTO 1/2003 Y ARTÍCULO 52 LDC

Como se expondrá a continuación, los defensores de la aplicación económica del Derecho de la competencia atribuyen importantes ventajas al uso de los compromisos, como, por ejemplo, el ahorro de costes económicos y de tiempo, además de la baja tasa de *litigiosidad* que los mismos presentan por ser una solución negociada y sugerida voluntariamente por la empresa investigada.

No obstante, en este apartado, se pondrá también de relieve que el interés público, el que se protege con la aplicación pública del Derecho de la competencia, puede resultar perjudicado dependiendo del mercado en el que se produzcan los compromisos y de la práctica investigada y se apuntará un posible perjuicio a los intereses privados, dado el obstáculo que su adopción supone para la reclamación de daños civiles y, sobre todo, a los efectos del objetivo de prevención, dado que en un supuesto de precios excesivos, ausente la sanción y la aplicación privada, la empresa conservará todos los beneficios obtenidos. Una de las cuestiones conflictivas viene de la mano del papel ambivalente que juega la Comisión en este tipo de procedimientos y en los incentivos para aceptar un acuerdo, ya que defiende tanto intereses públicos como propios que, en ocasiones, y más tratándose de un sector prácticamente inexplorado como los precios excesivos, entran en conflicto.

2.2.1. Razones que justifican su utilización y motivos que desaconsejan su uso.

Existen innegables beneficios relacionados con el recurso a este instrumento. El más aludido es el uso eficiente⁹⁶² de los recursos de la Administración en la investigación de ilícitos de la Competencia, tanto en términos de personal como temporales. De hecho, el problema fundamental con los precios excesivos es que se necesita una importante inversión económica en las costosas y largas investigaciones. Esta situación ha llevado a que, en opinión de algunos autores, se abandone el caso en alguna ocasión⁹⁶³.

En cuanto a los segundos –la ventaja de agilidad procedimental-, se ha atribuido un supuesto beneficio a los compromisos, que eliminan con mayor rapidez las restricciones y restauran el funcionamiento normal de los mercados en plazos muy inferiores a aquéllos que se requieren para el cierre de un procedimiento de infracción⁹⁶⁴. Así, se sostiene que las

⁹⁶² Otros autores se refieren a la eficacia derivada de agotar el procedimiento administrativo sancionador con el riesgo de recursos cuando, por la naturaleza de la conducta, es posible poner término a los efectos producidos. BAÑO LEÓN, J. M., “Los acuerdos sobre infracción de las normas de competencia” en AAVV., *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en el Derecho de la Competencia*, dir. J. Guillén Caramés, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, págs. 255-267, pág. 256. SCHWEITZER, H., BAY, M., “Commitments and settlements – benefits and risks”, *23rd St. Gallen International Competition Law Forum ICF*, 2016, págs. 1-6, pág. 2. Aunque, en este caso, BAY se refiere a la indiferencia, en términos de eficacia, de la Comisión tras la adopción de este instrumento. No parece que se cierren más casos de forma anual tras haber incorporado esta solución.

⁹⁶³ JENNY, F., “Abuse of dominance by firms charging excessive or unfair prices: an assessment”, *op.cit.*, pág. 20. Sugiere que tanto a nivel de la UE como en los Países Bajos se han abandonado algunas investigaciones.

⁹⁶⁴ HUERTA TROLEZ, J., “La terminación convencional y vigilancia de las resoluciones de la CNC”, *op.cit.*, pág. 247. El autor sostiene que esta razón debería dotar al recurso a los compromisos de cierta preferencia considerando que los órganos de defensa de la competencia debería buscar la restauración de la competencia por encima de la mera faceta sancionadora.

tramitaciones normales de expedientes sancionadores oscilan en torno a los 18 meses (estando, además, frecuentemente extendidos por la propia Comisión), mientras que, en el caso de los procedimientos transaccionales, todo el procedimiento no debería demorarse más de 8 meses. Esta situación, evidentemente, presenta mejoras en lo que respecta a la restauración o vuelta al funcionamiento normal del Mercado previo a la infracción, de forma que los mínimos consumidores resulten afectados.

Asimismo, la adopción de la aproximación más económica del Derecho de la competencia, ha tenido cierta influencia en el crecimiento de este tipo de medidas. Pese a parecer una interpretación más equitativa a primera vista (sancionando exclusivamente la conducta que produce un daño), conlleva la consecuencia de tener que probar tal daño, resultando en una acumulación de pruebas: la conducta sancionable, compleja de probar en precios excesivos (parte III) y el daño producido por la misma que, en supuestos de precios excesivos, parece no contar siquiera con una aprobación unánime por la doctrina (parte III).

Ante esta complicada perspectiva probatoria, que le ha costado algún disgusto a la Comisión, ésta puede preferir zanjar el proceso si, aun no habiendo impuesto una sanción por la supuesta infracción ni habiendo alcanzado el convencimiento de licitud de la conducta, ha llegado a un acuerdo con la empresa donde la misma se compromete a evitar la continuación y reiteración de la conducta sospechosa, en lo que a nosotros nos interesa, los precios excesivos.

La posibilidad de recurrir a los compromisos interesa a las dos partes del mismo –Comisión y empresa investigada-.

La Comisión se beneficia porque, en primer lugar, el compromiso es una herramienta flexible⁹⁶⁵-característica ventajosa en los mercados dinámicos⁹⁶⁶, que se puede adoptar casi en cualquier momento de la investigación y que evita la inversión de recursos humanos, económicos y temporales⁹⁶⁷ en la investigación de hechos que, sin ser asumidos como infracción por la empresa, se ha acordado ya cesar por la misma.

En segundo lugar, derivado de la inseguridad jurídica en la aplicación del Derecho de la competencia, ésta puede parecer que contiene

⁹⁶⁵ Se pueden incluir un importante rango de medidas, desde soluciones estructurales, como cambios de comportamiento y durante el tiempo que la empresa considere ofrecer. No obstante, es dudosa la afirmación de que los compromisos ofrecen mejores alternativas para volver a un escenario competitivo de mejor forma, como parecen afirmar autores como BOTTEMAN, Y., PATSA, A., “Towards a more sustainable use of commitment decisions in Article 102 TFEU cases”, *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 1, No. 2, 2013, págs. 347–374, pág. 357. Se pueden aplicar las mismas medidas a través de un compromiso o de una sanción, pese a que exista una preferencia jurídica hacia la solución del comportamiento sobre la estructura. No existen fórmulas a las que sólo se pueda acceder por compromiso que estén vetadas al art. 7. Es más, quizás es incluso peor para la empresa y el interés público –que se beneficia de la eficiencia en el mercado- porque los compromisos no deben respetar los requisitos de proporcionalidad que sí debe respetar el art. 7, por lo que pueden ser mucho más estrictas de lo necesario o estar deficientemente diseñadas, pese a ser las propias empresas quienes proponen los compromisos. Éstas, pese a conocer el mercado y sus intereses, pueden estar demasiado ansiosas de evitar la sanción ofreciendo un compromiso desproporcionado.

MOULLET, P., “How should undertakings approach commitment proposal in antitrust proceedings?”, *European Competition Law Review*, vol. 34, n° 2, págs. 86-100, pág. 86, sostiene que esta opción aligera las elevadas exigencias y requisitos casi penales de los procedimientos de Derecho de la Competencia.

⁹⁶⁶ GERARD, D. M. B., “Negotiated remedies in the modernization era: the limits of effectiveness”, que aparecerá próximamente en AAVV., *European Competition Law Annual 2013: Effective and Legitimate Enforcement*, ed. Lowe, Marquis, Hart Publishing, Oxford, 2016. A disponibilidad para descargar en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2395414, págs. 1-37, pág. 15.

⁹⁶⁷ Existen muy pocas fases que deban ser respetadas, como, por ejemplo, el Statement of Objections (SO) y el market test, donde el compromiso se pone a disposición de terceros para que planteen cualquier objeción al mismo. BOTTEMAN, Y., PATSA, A., “Towards a more sustainable use of commitment decisions in Article 102 TFEU cases”, *op.cit.*, pág. 357.

elementos de arbitrariedad⁹⁶⁸ generando inseguridad, que afecta tanto a la Comisión, como hemos visto, como a las empresas⁹⁶⁹. En ocasiones, las empresas sancionadas por la Comisión recurren a la jurisdicción, y los tribunales terminan estimando y retirando la misma, con la consecuente pérdida de credibilidad de la Comisión y el aumento del gasto de recursos derivado de la *litigiosidad*⁹⁷⁰, situación que se ha producido con relativa “frecuencia” en el campo de los precios excesivos donde el TJUE ha terminado por estimar las apelaciones de las empresas por falta de pruebas.

En una solución “pactada”, es muy poco probable que las empresas acudan a la los tribunales para impugnar el compromiso que ellas mismas

⁹⁶⁸ HUERTA TROLEZ, J., “La terminación convencional y vigilancia de las resoluciones de la CNC”, *op.cit.*, pág. 249. El autor abiertamente sostiene que la resolución de los expedientes a través de esta vía facilita los trámites cuando existe una dificultad en la tipificación de la conducta. DETHMERS, H., ENGELEN, F., “Fines under article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union”, *European Common Law Review*, vol. 32, nº 2, 2011, págs. 86-98, pág. 86. Los autores sostienen que una empresa dominante se enfrenta a multas muy elevadas por comportamientos que desconoce si son o no ilegales.

⁹⁶⁹ Parece que, básicamente, el recurso a los compromisos es un tema de inseguridad y desequilibrios de información. Existe, por una parte, un problema de asimetría de información respecto de los datos económicos y contables que posee la empresa que no están a disposición de la Comisión. Asimismo, la Comisión tampoco conoce el impacto de tal conducta, es decir, el daño producido por la misma y éste es un requisito sine qua non para la determinación del ilícito.

⁹⁷⁰No obstante, sigue siendo posible que las mismas decidan impugnar el mismo por las diferentes eventualidades que pueden ocurrir en el proceso de formación y acuerdo del mismo. Cuando se envía el *Statement of Objections* a una empresa, la misma cuenta con la posibilidad de enviar unos compromisos provisionales. La Comisión debe someterlo al *market test*, donde diversas empresas pueden plantear alegaciones al mismo. La Comisión puede hacerse eco de tales alegaciones y trasladar a la empresa investigada las mismas, de forma que redacte una nueva contrapropuesta de compromiso, que se aleje de la inicialmente propuesta que era óptima para él. En estos casos, a pesar de que sea voluntario, la empresa puede tener ciertas reticencias y unos mayores incentivos para impugnarlos. En segundo lugar, es posible que tras haber llegado a los compromisos, la Comisión resuelva sobre un caso similar exculpando a la empresa investigada. En estos supuestos la empresa que llegó a los compromisos puede considerar que los compromisos a los que llegó con la Comisión son totalmente desproporcionados a la vista de nuevas informaciones y puede decidir impugnarlos.

han sugerido, además de tener más incentivos para cumplir el compromiso, en comparación con los que tendrían respecto de una dura sanción impuesta de forma unilateral por la Comisión⁹⁷¹. No obstante, es cierto que terceras empresas afectadas por los compromisos podrían no estar conformes con la solución adoptada. Para ello se prevé la fase del *market test*, donde se proporciona un determinado grado de participación a terceras empresas para que éstas realicen sus observaciones.

La empresa investigada también puede llegar a beneficiarse, dado que desaparece el riesgo de someterse a un procedimiento contradictorio con la Comisión⁹⁷². Y también elimina el impacto *reputacional* derivado de la imposición de una sanción⁹⁷³ que puede ser tremendamente grave en el caso de los precios excesivos, materia especialmente sensible para los consumidores en particular en épocas de crisis, particularmente en mercados sensibles de bienes necesarios como la energía o los medicamentos.

⁹⁷¹ HUERTA TROLEZ, J., “La terminación convencional y vigilancia de las resoluciones de la CNC”, *op.cit.*, pág. 247.

⁹⁷² En general no se puede afirmar que siempre la opción de los compromisos es más beneficiosa para las empresas. Como se ha puesto de manifiesto en Alrosa, en el caso de los compromisos no se tiene que respetar el principio de proporcionalidad como en los procedimientos sujetos al art. 7. Esto quiere decir que la empresa puede comprometerse a comportamientos más estrictos de aquéllos a los que podría ser condenada por la Comisión, si incluso se la hallase responsable de la infracción del Derecho de la Competencia. HINDS, A. L., EATON, S., “Commitment issues - new developments in EU and Irish competition law”, *European Competition Law Review*, vol. 35, n° 1, 2014, 34-40.

⁹⁷³ HUERTA TROLEZ, J., “La terminación convencional y vigilancia de las resoluciones de la CNC”, *op.cit.*, pág. 248. El autor sostiene que la sanción trae consigo un daño *reputacional* para la empresa, que es especialmente importante eliminar cuando el ilícito no se ha cometido dolosa, sino sólo negligentemente.

De nuevo, en gran parte derivado de ciertas dosis de inseguridad jurídica inherentes al Derecho de la competencia⁹⁷⁴ y sobre todo al hecho de carecer de una base jurisprudencial sólida a la que atenerse, algunas empresas pueden tener dificultades para llevar a cabo un análisis preciso *ex ante* sobre la licitud de su conducta en supuestos discutidos, como en los precios excesivos, donde la frontera es imprecisa y las empresas tienden a elevar legítimamente los precios hasta el máximo posible. Añadido a lo anterior, hay que considerar la repercusión que la eliminación de la posibilidad de acudir a la Comisión para que ésta dictara si se ajustaba a la legislación concurrencial tiene sobre la incertidumbre de las empresas⁹⁷⁵.

Este escenario de inseguridad deja a las empresas, en muchas ocasiones, en una posición en la que desconocen las fronteras de lo lícito y

⁹⁷⁴ ARAUJO, M. LABRADOR, M.A., “La relevancia del error de prohibición en el derecho de defensa de la competencia” en AAVV., *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia*, dir. J. Guillén Caramés, M. Cuerdo Mir, Civitas Thomson Reuther, Cizur Menor, 2015, págs. 139-163, pág. 142. Los autores sugieren que el origen histórico de las disposiciones se encuentra en las raíces del carácter abierto de los tipos, que los hace tan ambiguos. Las normas del Derecho de la competencia vienen inspiradas en un sistema de *common law*. Ciertamente, en los sistemas europeos no se parte de prescripciones tan amplias. En segundo lugar, la vaguedad y amplitud de las disposiciones se achaca, por parte de los autores, a la decisión de incorporar las normas en su estructura original, sin concretar las conductas a las que se refiere. Y las razones de esta decisión son, a su vez, varias: el carácter específico de la materia, el carácter económico y las múltiples formas que pueden adoptar estas conductas. En el mismo sentido, ARAUJO BOYD, M., “Error de prohibición y confianza legítima en la imposición de sanciones por violación de la competencia” en AAVV., *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la competencia*, coord. M.A. Recuerda Giruela, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, págs. 159-176. El autor sugiere que quizás el TJUE no tiene en consideración este principio porque, en la práctica, hará menos efectiva la norma.

⁹⁷⁵ Los compromisos pueden resultar, de alguna forma, en un sustitutivo de este análisis *ex ante* que llevaba a cabo la Comisión porque esta misma ratifica el comportamiento sugerido la empresa. De esta forma, siempre que la empresa se dirija en los términos previstos en el compromiso, sabrá que está actuando dentro del margen permitido por el derecho de la competencia. Es más, en el caso de que incumpla el compromiso, sabrá que está cometiendo un ilícito (no necesariamente un ilícito de la competencia, sino que será un incumplimiento del compromiso).

lo ilícito. En estas condiciones, pese a haber realizado el análisis o estudio de licitud previo (auto evaluación) y haber concluido que la conducta era lícita, a raíz del envío del *Statement of Objections* (SO)⁹⁷⁶ de la Comisión, las empresas pueden dudar de su propia evaluación, sobre todo si, en un caso como precios excesivos, las metodologías no están estandarizadas (parte III), y arrojan o pueden arrojar resultados distintos dependiendo de por cuál de ellas se opte.

Sin embargo, pese a causar tal reacción en las empresas, el SO no es más que una manifestación de las inquietudes de la Comisión. No significa que el ilícito siquiera exista ni que pueda probarse, como ya se ha observado en la parte III. No obstante, las empresas pueden preferir, antes de someterse a un costoso procedimiento que mina su reputación en el mercado y sus recursos económicos y que, asimismo, puede concluir en la imposición de una sanción –que quizás posteriormente sea anulada en vía contenciosa, pero que requiere de más tiempo y recursos económicos invertidos-, alcanzar una solución de compromiso con la Comisión. Ante esta imprevisibilidad en el resultado y hecho el cálculo de daños prospectivos posibles, las empresas pueden preferir hacer determinadas concesiones a la Comisión para zanjar el procedimiento sin una declaración de infracción, sobre todo dada la tendencia a la elevada cuantía de las sanciones impuestas en los procedimientos de Competencia,

⁹⁷⁶ Se trata de una comunicación por escrito que lleva a cabo la Comisión y que dirige a una empresa antes de adoptar una decisión sancionadora. Se trata de una obligación que tiene la Comisión derivado del derecho de defensa del acusado, que exige que se le conceda la oportunidad de conocer cuál es la objeción de la Comisión para poder defenderse.

que, como hemos apuntado, se está trasladando al ilícito de precios excesivos.

Los precios excesivos se consideran un sector especialmente proclive a ser resuelto a través de este tipo de solución transaccional o negociada porque, como se ha visto en la parte III del trabajo, existen dudas acerca de la calidad y el acceso a la información necesaria para establecer la comisión de la infracción, convirtiéndose esta circunstancia en un argumento de peso para la Comisión. Las autoridades de la competencia no cuentan, se sostiene por parte de la doctrina, con las capacidades necesarias para detectar un precio excesivo, donde se requiere, para poder proceder a una decisión de infracción, una importante cantidad de recursos y conocimientos en una gran variedad de disciplinas, que no se limitan a la economía, sino que incluyen contabilidad y análisis financiero. Además, se ha sugerido, tal control puede llevarlo mejor a cabo el regulador del sector específico.

Asimismo, no hay ninguna certeza, para determinados autores, de que los precios excesivos tengan efectos perjudiciales en la competencia⁹⁷⁷, lo que empuja a la Comisión a adoptar medidas que sean lo menos invasivas posibles y cuentan con el refuerzo de que, en el supuesto de los compromisos, la fuente de las medidas es la propia empresa.

Por último, los compromisos en precios excesivos son muy sencillos de gestionar y de controlar. Las empresas sugieren un precio al que van a poner en circulación sus bienes o un máximo, que es lo que se ha hecho hasta el momento. Es tan sencillo como mantener el mismo nivel

⁹⁷⁷ GAULTIER, A., PETIT, N., "Optimal enforcement of competition policy: the commitments procedure under uncertainty", *op.cit.*, pág. 25.

de precios a lo largo de la duración del compromiso y es muy posible que sea proporcionado, dado que son las empresas quienes hacen una sugerencia que sigue permitiéndoles no sólo ser viables, sino rentables.

Esta solución, pese a ser la más socorrida, no nos parece la mejor opción por dos razones: en primer lugar, porque, hasta el momento, la Comisión y los tribunales han basado la determinación del precio excesivo en función de los costes. Por lo que, si los costes varían, los precios deberían descender del nivel fijado en el compromiso. En segundo lugar, porque la consecuencia de fijar este máximo es que las empresas no bajarán voluntariamente el precio y el resto de empresas, aunque pocas o con poca fuerza, tenderán a alinearse con el precio fijado, sacando este parámetro de la competencia.

No obstante, hay que poner dos cuestiones de relieve. En primer lugar, que el hecho de que sea una solución negociada lleva a que ninguna de las dos partes haya alcanzado plenamente el resultado óptimo porque las transacciones conllevan concesiones mutuas⁹⁷⁸. En el supuesto de los precios excesivos, la Comisión renuncia a imponer una multa que haga que la presunta infracción no resulte rentable y tenga un efecto disuasorio sobre terceras empresas. La empresa, en cambio, renuncia a la posibilidad de seguir obteniendo beneficios hipotéticamente *maximizadores* y no ilícitos. En segundo lugar, que el caso puede reabrirse en los supuestos previstos en el artículo, por lo que no es un cierre del procedimiento administrativo sancionador, que sólo se obtendría mediante una resolución favorable o desfavorable para la empresa.

Por otra parte, el problema básico que se plantea es que el interés público queda necesariamente afectado por los compromisos en los

⁹⁷⁸ DUNNE, N., “Commitment decisions in EU Competition Law”, *op.cit.*, pág. 406.

siguientes aspectos. En primer lugar, la terminación de un procedimiento de Derecho de la competencia del art. 7 del Reglamento 1/2003 contribuye a la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE. De hecho, seguir el procedimiento recogido en el artículo 7 equivale a aplicar el Derecho. En cambio, recurriendo al procedimiento del artículo 9 del Reglamento o 52 LDC, la Comisión antepone el supuesto ahorro económico a la determinación de si ha existido o no un ilícito de precios excesivos. Así, las conductas, pasadas o presentes quedan impunes.

Asimismo, la aplicación del artículo 7 contribuye a clarificar el contenido de las prohibiciones concurrenciales⁹⁷⁹. La elevada cuota de inseguridad jurídica de esta rama del Derecho -que deriva, no sólo de lo sucinto de los artículos donde están recogidas las conductas ilícitas, sino también de la predominancia de conceptos jurídicos indeterminados (no equitativo, valor objetivo, relación razonable, etc., en el caso de los precios excesivos) y la reciente inclusión de la interpretación o aproximación más económica (la duda de si los precios monopolísticos benefician o no a los consumidores a largo plazo)- agudiza la necesidad de

⁹⁷⁹ WILS, W., “The use of Settlements in Public antitrust enforcement: objectives and principles”, *World Competition*, vol. 31, nº 3, 2008, pág. 335-352, pág. 342. WILS, W., “Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No 1/2003”, *op. cit.*, pág. 7. En contra, HUERTA TROLEZ, J., “La terminación convencional y vigilancia de las resoluciones de la CNC”, *op.cit.*, pág. 248, quien sostiene que este tipo de soluciones negociadas permiten a los órganos dictar doctrina positiva sobre lo que realmente se puede hacer sin incurrir en la vulneración de las normas, a diferencia de las soluciones sancionadoras que suelen ser doctrina negativa. En nuestra opinión, el argumento no se sostiene por varios motivos: en primer lugar, una resolución exoneradora del procedimiento normal también permite a las empresas saber qué comportamiento está permitido. En segundo lugar, porque el Derecho de la competencia no equivale a regulación. No se trata de dictar de forma *ex ante* a las empresas lo que pueden hacer. SCHWEITZER, H., BAY, M., “Commitments and settlements – benefits and risks”, *op.cit.*, pág. 4 sugiere que los compromisos minan el completo desarrollo del derecho de la competencia, especialmente en los casos del art. 102 TFUE. Asimismo, no contienen un desarrollo de las teorías del daño suficientemente pausado y no dan origen a un cuerpo jurisprudencial necesario.

esclarecimiento vía jurisprudencial o doctrinal⁹⁸⁰. Si se evita llegar a decisiones sancionadoras o exculpadoras en sede administrativa o en sede jurisdiccional (porque no llegan los recursos de decisiones recurridas), es posible que ciertos aspectos conflictivos no se esclarezcan y terceras empresas sigan sin una guía firme de qué tipo de conductas son ilícitas⁹⁸¹ (aunque evidentemente contribuya a generar cierta seguridad jurídica *inter partes*⁹⁸²).

No obstante, existen autores que mantienen que la cuestión conflictiva más acuciante no sería la anterior, porque los compromisos sí se publican y pueden servir de relativa guía para otras empresas⁹⁸³. El problema central es el tipo de guía que los compromisos ofrecen, precisamente porque en ellos la teoría del daño (parte II) no está necesariamente bien o completamente desarrollada. La Comisión no ha tenido incentivos suficientes para analizar a fondo la conducta, porque ha acertado el procedimiento llegando a un acuerdo a cambio de la cesación de una conducta que, *a priori*, podría ser incluso competitiva, por lo que se

⁹⁸⁰ De hecho, una cuestión fundamental para el Derecho de la competencia, en particular, las justificaciones o exenciones de la eficiencia que pueden actuar como eximente en los casos de abuso y que se alegan básicamente en escenarios de innovación y alta tecnología están aun por resolver dado que en parte de los supuestos se ha recurrido a la solución del caso a través de compromisos. FRIEDERISZICK, H., GRATZ, L., “Hidden efficiencies: The relevance of business justifications in abuse of dominance cases”, *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 11, n° 3, 2015, págs. 671-700, pág. 689.

⁹⁸¹ BOTTEMAN, Y., PATSA, A., “Towards a more sustainable use of commitment decisions in Article 102 TFEU cases”, *op.cit.*, pág. 363. SUBIOTTO, R., LITTLE, D., LEPETSKA, R., “The application of article 102 TFEU by the European Commission and the European Courts”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 7, n° 4, 2016, págs. 288-296, pág. 290.

⁹⁸² Ya hemos dicho, puede utilizarse como se recurría anteriormente a la Comisión, en busca de un puerto seguro.

⁹⁸³ COMISIÓN, DG COMPETITION Best Practices on the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU, apartado 135 en http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_best_practices/best_practice_articles.pdf.

estaría alcanzando un resultado ineficiente. Por lo tanto, lo que parece efectivamente conflictivo es que terceras empresas inspiren su comportamiento en una teoría del daño débilmente fundamentada y que raramente tendrá una revisión judicial⁹⁸⁴.

A mayor abundamiento, en los casos de precios excesivos la supuesta guía que proporcionan los compromisos es escasa o, directamente, perjudicial. Escasa porque los compromisos pasan por fijar directamente el precio al que se tiene que poner a la venta el bien o el servicio. A las empresas que no suministren el mismo bien o servicio, que serán la mayoría, dado que los precios excesivos se producen en un mercado con una posición de dominio, lo único que podría serles de utilidad es la fórmula utilizada por la Comisión para establecer la existencia de un precio excesivo. Sin embargo, esta información no está presente en los compromisos. De estarlo, no tendría sentido no haber sancionado a la empresa, habiendo realizado todo el análisis económico y habiendo llegado a la conclusión de que se trata de una infracción. En segundo lugar, porque, para las pocas empresas que sí suministren el mismo bien o servicio, el hecho de fijar el precio de suministro conlleva una alta probabilidad de alineamiento en tal precio.

Pero, además, se contribuye a generar inseguridad jurídica en otro sentido: no existe una guía que indique cuándo es apropiado acudir al método de los compromisos o al procedimiento del art. 7 del Reglamento o del 52 LDC⁹⁸⁵. Los tribunales aún no se han pronunciado sobre las

⁹⁸⁴ MARSDEN, P., "The Emperor's Clothes Laid Bare: Commitments Creating the Appearance of Law, While Denying Access to Law", *CPI antitrust chronicle*, 2013, págs. 1-11, pág. 4.

⁹⁸⁵ Ésta ha sido una de las razones fundamentales alegadas por ciertos autores para justificar el supuestamente escaso recurso al instrumento. Lejos de contribuir a la clarificación, la Comunicación sobre la terminación convencional de los expedientes

circunstancias que deben concurrir para utilizar este tipo de herramienta y la Comisión cuenta con un importante margen de discrecionalidad al respecto⁹⁸⁶, por lo que es posible que todos los supuestos de precios excesivos acaben derivándose a esta vía, con las perjudiciales consecuencias que se apuntarán.

En segundo lugar, con el recurso a los compromisos se dificulta la aplicación privada del Derecho de la competencia⁹⁸⁷. El Derecho de la Competencia europeo ha sido objeto de numerosos cambios en los últimos años, inspirados en gran parte en la aplicación de su homónimo al otro lado del Atlántico. En EEUU se ha fomentado desde los inicios la reclamación de daños privados del Derecho de la competencia. Ciertamente, la aplicación privada de la competencia no requiere *sine qua non* la existencia de una decisión administrativa previa que dé pie a la demanda civil (*stand alone actions*). No obstante, la facilita enormemente (*follow on actions*). En los casos de precios excesivos hay participantes en el mercado que han sufrido un perjuicio claro y fácilmente determinable y que, sin embargo, no podrán ver compensado el perjuicio a través de una

sancionadores de la Comisión Nacional de la Competencia, no fija unos criterios uniformes y claros para su aplicación, de forma que se aumenta la incertidumbre y el grado de discrecionalidad, contribuyendo a generar inseguridad jurídica y un tratamiento discriminatorio de las empresas. HUERTA TROLEZ, J., “La terminación convencional y vigilancia de las resoluciones de la CNC”, *op.cit.*, pág. 249.

⁹⁸⁶ BOTTEMAN, Y., PATSA, A., “Towards a more sustainable use of commitment decisions in Article 102 TFEU cases”, *op.cit.*, pág. 360. MOULLET, P., “How should undertakings approach commitment proposal in antitrust proceedings?”, *op.cit.*, pág. 87 también subraya la arbitrariedad de la Comisión en el recurso a este instrumento.

⁹⁸⁷ CENGIZ, F., “Alrosa v. Commission and Commission v. Alrosa: Rule of Law in Post-Modernisation EU Competition Law Regime”, *TILEC Discussion Paper*, DP 2010-033, 2010, págs. 1-34, pág. 5. Como sostiene el autor, un compromiso no puede utilizarse como una prueba concluyente de la violación del derecho de la competencia en una acción *follow on*. Aunque en algunos casos se ha aprovechado el acuerdo del compromiso para obligar a la empresa a devolver los sobrecostes a los consumidores (caso Deutsche Bahn). GAULTIER, A., PETIT, N., “Optimal enforcement of competition policy: the commitments procedure under uncertainty”, *op.cit.*, pág. 3.

acción de daños porque es complejo llevar a cabo la prueba, si no están en posesión de un equipo jurídico y económico y las potestades de investigación de la Administración, de un precio excesivo. Y ésta es una situación especialmente perjudicial en un supuesto de ilícito de precios excesivos donde los consumidores que hayan resultado finalmente perjudicados no van a poder recuperar las cantidades que abonaron injustificadamente.

Asimismo, la determinación de la existencia de un precio excesivo reduce los esfuerzos de prueba extraordinariamente en tanto que la detección del mismo pasa por saber cuál es el margen ilícito, que se corresponderá, en la generalidad de los casos, con los daños producidos a los consumidores que han adquirido el bien o servicio.

En tercer lugar, el efecto preventivo o disuasorio también se ve claramente distorsionado por el recurso a los compromisos con las empresas⁹⁸⁸. En principio, las multas, si son suficientemente elevadas, contribuyen a desincentivar la comisión de ilícitos de dos formas distintas. En primer lugar, el efecto disuasorio funciona respecto de las propias empresas multadas. En este sentido, el pago de la sanción debería tener el efecto de evitar una reincidencia del comportamiento infractor. Asimismo, las multas evitan la obtención de beneficios derivados de una actividad ilícita⁹⁸⁹, lo cual reduce los incentivos que puedan tener las empresas para infringir la legislación. En segundo lugar, las terceras empresas deberían conocer las consecuencias de cometer ilícitos de forma que se evite la

⁹⁸⁸ HINDS, A. L., EATON, S., “Commitment issues - new developments in EU and Irish competition law”, *op.cit.*, pág. 37.

⁹⁸⁹ WILS, W., “Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No 1/2003”, *op.cit.*, pág. 7.

extensión de la infracción en vista de la impunidad⁹⁹⁰. Por otra parte, el hecho de recurrir frecuentemente a procedimientos de negociación resta poder a la Comisión, en términos de respeto de las empresas del poder de la Comisión si son conscientes de que es probable que salgan indemnes de la práctica ilícita⁹⁹¹, situación que exagera aún más la percepción de las empresas que son conscientes de que es una práctica sólo residualmente perseguida por la Comisión.

En este sentido, en nuestra opinión, los compromisos deben adoptarse con mucha cautela, ya que el interés público aconseja, en la mayor parte de situaciones, y sobre todo en aquéllas que necesitan clarificación doctrinal y jurisprudencial, que existan decisiones formales de la Comisión y sentencias de los tribunales de justicia estudiando pormenorizadamente la teoría del daño en los precios excesivos.

No obstante, considerados los incentivos de cada una de las partes, es comprensible desconfiar de que no se vaya a abusar del instrumento, sobre todo teniendo en cuenta que la mayor parte de los argumentos que desaconsejan el uso de compromisos en pro del interés público son contrarios a los intereses de las empresas y, en ocasiones, de la propia Comisión. Éstas, por lo tanto, siempre van a tener una inclinación natural hacia los compromisos de existir dudas en torno a la licitud de su conducta. En este sentido, recordamos que la adopción de compromisos no es un “derecho” de la empresa, sino una potestad de la Comisión, que es quien debe hacer el balance de forma discrecional.

⁹⁹⁰ WILS, W., “The use of Settlements in Public antitrust enforcement: objectives and principles”, *World Competition*, vol 31, nº 3, 2008, pág. 335-352, pág. 342.

⁹⁹¹ MARCOS, F., “Diminishing enforcement: negative effects for deterrence of mistaken settlements and misguided competition promotion and advocacy”, *Working paper IE Law School*, 2012, pág. 6.

Asimismo, y para prevenir su mal uso, sería conveniente facilitar la revisión de los mismos ante los tribunales, no sólo instado por las partes implicadas –que rara vez tendrán motivos para recurrirlos ante la jurisdicción-, sino de terceras partes afectadas por los mismos, entre ellos, los perjudicados por la conducta y, por extensión, por el compromiso que no determina la existencia de un ilícito. Éstos deberán hacer una revisión de los hechos y decidir si está justificado el recurso al compromiso o la Comisión debe proceder a un análisis de la cuestión a través del cauce del artículo 7.

2.2.2. Instrumento semi-regulatorio.

La doctrina sostiene que el uso de instrumentos negociados como los compromisos está estrechamente unido con el giro hacia una aplicación más “regulatoria” del Derecho de la competencia⁹⁹², ya que los compromisos entre la Comisión y las empresas poseen una naturaleza regulatoria más que concurrencial, dadas las características de los mismos, aspecto que se deja sentir de una forma más intensa quizás en el caso de los precios excesivos donde no sólo se ordena la terminación de la imposición de un precio excesivo, sino que en el propio compromiso se fija la cuantía del que se impondrá en el mercado (aunque, como se ha puesto de relieve en el apartado del procedimiento de infracción, esta tendencia también se percibe en la imposición de remedios regulatorios).

Las características que definen el instrumento son la flexibilidad del mismo y del desplazamiento del énfasis en la aplicación del Derecho,

⁹⁹² DUNNE, N., “Commitment decisions in EU Competition Law”, op.cit., pág. 399. GINSBURG, D. H., WRIGHT, J. D., “Antitrust Settlements: The Culture of Consent”, 2013, a disposición para descargar en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2225894, pág. 3.

desde la violación y su sanción, a una configuración de remedios que pongan fin a la conducta a futuro, expandiendo, así, la utilidad del Derecho de la competencia⁹⁹³ y entrando, en algún supuesto, en una utilización abusiva por parte de la Comisión, que obtiene resultados en ciertos mercados que rebasan las competencias que tiene atribuidas⁹⁹⁴.

Existen importantes notas distintivas entre el Derecho de la competencia y la regulación de un mercado. Sin ningún ánimo de exhaustividad, las tres más importantes son el momento en el que se aplican en relación con la conducta realizada por la empresa, la diferencia entre proscribir y prescribir y los objetivos hacia los que se orientan cada una de ellas.

Se puede afirmar que, generalmente, el Derecho de la competencia se aplica una vez se ha producido una infracción concurrencial en el Mercado. De esta forma, entra en juego sólo de forma subsidiaria, como mecanismo residual de control y lo hace de forma transversal en todos los sectores.

Por otra parte, el Derecho de la competencia no ordena un comportamiento determinado, sino que prohíbe la comisión de una conducta ineficiente que, por esta razón, daña al consumidor.

En cambio, la regulación actúa de forma distinta, ordenando llevar a cabo una actividad pormenorizada en unos sectores específicos, dando solución a determinados fallos en tales mercados *ex ante*⁹⁹⁵. El ilícito sólo

⁹⁹³ Ibidem., pág. 401 y MOULLET, P., “How should undertakings approach commitment proposal in antitrust proceedings?”, op.cit., pág. 90.

⁹⁹⁴ WILS, W., “Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No 1/2003”, op.cit., pág. 9 y 10.

⁹⁹⁵ SMITH, M., “Judges, ex ante decisions evidence and proof” en AAVV., *Economic Evidence in EU Competition Law*, eds. M. Kovac, A. S. Vandenberghe, Intersentia, Cambridge, 2016, págs. 127-135, pág. 127. No obstante, sugieren ciertos autores, existen

se produce una vez incumplido el comportamiento prescrito. Adicionalmente, la regulación también contendrá sanciones que entrarán en juego una vez incumplidas las medidas recogidas en la misma.

A los responsables de ejecutar cada una de las estipulaciones o proscripciones se les exigen unos conocimientos distintos. Mientras que las autoridades de la competencia tienen conocimiento técnico transversal en Economía y Derecho de la competencia, las autoridades reguladoras son exclusivamente especialistas en los mercados que controlan.

Los compromisos se encuentran a caballo entre los dos instrumentos a los que nos hemos referido, aunando características de ambos. Por una parte, en los compromisos se recomienda la no perpetuación de una conducta y, por otra, se acuerda con la empresa afectada una actuación en una precisa dirección (a modo de regulación negociada), que surge como consecuencia de un comportamiento sospechoso de producir un daño concurrencial y cuyo cumplimiento se debe supervisar a través de un pormenorizado seguimiento articulado a través de varias fórmulas⁹⁹⁶, sea ésta una supervisión realizada

tipos de medidas de Derecho de la competencia que actúan ex ante, como, por ejemplo, sucede cuando el regulador busca prevenir una conducta anti competitiva en el control de precios.

⁹⁹⁶ Supervisión que puede arrojar dos resultados: cumplimiento e incumplimiento. Si existe un informe de incumplimiento, la Comisión tiene varias alternativas. Cabe imponer multas coercitivas para el cumplimiento (art. 24.1.c), imposición de multas que consciente o negligentemente incumplan el compromiso (art. 23.2 c) y reapertura de procedimiento (9.2). Asimismo, también parece existir la posibilidad de que la Comisión no actúe por entender que la denuncia no entra dentro de sus prioridades. ARMENGOL I GASULL, O., “Las decisiones sobre compromisos del artículo 9 del Reglamento 1/2003” en AAVV., Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia, S. Martínez Laga, A. Petitbo Juan, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 149- 163, pág. 157. En nuestra opinión, la más conflictiva de todas las alternativas no es la reapertura del procedimiento y los problemas que suscita de *ne bis in ídem*, sino la imposición de multas por incumplimiento. Porque la Comisión no comprobará a la hora de imponer una sanción si la conducta fue efectivamente anticompetitiva o no, sino solamente el incumplimiento del

directamente por la Comisión o por un tercero con una obligación de informar de forma regular –normalmente con una base anual- a la Comisión sobre la situación de la empresa en lo que respecta a los compromisos. No se trata, por lo tanto, sólo de una prohibición de una conducta, sino de su sustitución, voluntaria y de forma guiada, por otra.

Asimismo, se trata, de una conducta ordenada para que surta efectos en el futuro. No se ha detectado una infracción de precios excesivos, pero, a fin de no seguir investigando para detectarla, se estipulan unas directrices que impiden que se cometa una infracción. No es exclusivamente una reacción de prohibición a una infracción cometida, sino que se evita que se siga cometiendo la presunta infracción sustituyendo, además, el comportamiento por otra conducta potencialmente más inocua. Mientras la empresa se mantenga dentro de los parámetros acordados y aceptados por la Comisión, el comportamiento se considerará competitivo. Por otra parte, el compromiso, como la regulación, no conlleva la declaración de una infracción y la imposición de una sanción, sino que simplemente ordena un comportamiento. El Derecho de la competencia también puede ordenar el cambio de comportamiento de la empresa, pero será siempre parte de la sanción resultado de haber declarado la comisión de un ilícito.

Igualmente, hemos de hacer una referencia a los fines perseguidos por los tres instrumentos analizados. Si bien la regulación puede tener como fin la eficiencia, normalmente incorpora, incluso de forma preferente, otros objetivos, como, por ejemplo, fines redistributivos, la provisión de servicios universales, incluso la concesión de derechos de

compromiso que, siendo mucho más fácil de probar, se aleja de la función principal de la Comisión en el marco de la competencia.

exclusiva sobre algún bien, etc⁹⁹⁷. Es decir, la corrección de fallos de mercado. En cambio, el Derecho de la competencia debe estar principalmente centrado en el objetivo de ordenar el mercado de forma eficiente y normalmente se niega que deba perseguir otros objetivos. Se sostiene que el Derecho de la competencia es una herramienta dinámica que permite que el mercado se organice sólo y enderece sus propios fallos. En cambio, de la regulación puede predicarse que es un instrumento estático que da soluciones rígidas a los fallos del mercado. No obstante, la ventaja de la regulación es que se puede utilizar para resolver fallos del mercado que el Derecho de la competencia no podría resolver⁹⁹⁸.

Los compromisos, aplicados por la Comisión como respuesta a un ilícito concurrencial, deberían ceñirse a la eficiencia que beneficie a los consumidores. Sin embargo, los remedios recogidos en los mismos no siempre se mantienen dentro de tales límites entrando, en ocasiones, en terreno reservado a la regulación del mercado. Es el caso de los compromisos acordados en precios excesivos. En principio, si estuvieran orientados a la eficiencia, los precios a imponer no deberían fijarse en ningún caso en el compromiso y, en el peor de los casos, deberían configurarse como un máximo que estuviera siempre en relación con los costes de producir el bien. Sin embargo, normalmente no aparecen ni como máximo, ni se fijan en función de los costes, sino que se impone un precio determinado, sugerido por la empresa, que no es variable y dependiente de los costes, que no descenderá porque se ha eliminado como factor de competencia y que, en ocasiones, puede incluso sobrepasar

⁹⁹⁷ LAGUNA DE PAZ, J. C., “Regulation and competition law”, European competition law review, vol. 33, nº 2, 2012, págs.- 77-83, pág. 78.

⁹⁹⁸ DUNNE, N., “Commitment decisions in EU Competition Law”, op.cit., pág. 409 y 410.

los objetivos *eficientistas*, fijando precios por debajo de aquéllos que suponen una maximización de los beneficios por parte de la empresa cercenando la libertad empresarial de la misma⁹⁹⁹.

Por último, las consecuencias de incumplir un compromiso son más similares a las de violar las disposiciones regulatorias que a las previstas en el derecho de la competencia. Cuando se infringe un compromiso, la Comisión puede imponer sanciones muy graves, sin necesidad de estudiar si la conducta constituye o no una infracción del Derecho de la competencia, a saber si es ineficiente. Por el mero hecho de incumplir, automáticamente, es posible imponer una sanción. Por lo tanto, en ninguna de las dos instancias se llevará a cabo el análisis de si los precios son verdaderamente excesivos: ni en el procedimiento que da origen al compromiso, ni en aquél donde se trata el incumplimiento del mismo¹⁰⁰⁰.

Ahora bien, esta situación en la que la Comisión y la empresa se extralimitan en los aspectos afectados por el compromiso regulando cuestiones fuera de las estrictamente necesarias para garantizar los mínimos eficientes puede ser problemática ya que la Comisión tiene la posibilidad de hacer vinculantes los compromisos sin respetar, en la misma medida que se debe en el art. 7, el principio de proporcionalidad.

⁹⁹⁹ GUZMÁN ZAPATER, C., FORNELLS DE FRUTOS, J., “La terminación convencional en la Ley 15/2007 de defensa de la competencia a la luz de la comunicación de la CNC”, Working paper IE Law School, AJ8-197, 2013, págs. 1-49, pág. 14. Los autores entienden que en la redacción y suscripción de compromisos se debe respetar el equilibrio, no sancionando innecesariamente la libertad de la empresa.

¹⁰⁰⁰ Aunque, en principio, el reglamento 1/2003 ofrezca la posibilidad de analizar, una vez violado el compromiso, si la supuesta infracción era efectivamente un precio excesivo, lo razonable sería que, dado que ha evitado este análisis por las razones puestas de relieve previamente, también lo evite en el procedimiento de infracción del compromiso. Así, se ceñirá a la imposición de una sanción por la mera violación del compromiso.

Esto quiere decir que es posible que se conviertan en vinculantes las decisiones sobre precios que estaban dentro de la esfera lícita de maximización de beneficios y ordenen la imposición de otros que sean ineficientes por hallarse por debajo de tal nivel.

Un problema que surge en este razonamiento es que, aunque legalmente se establezca que los compromisos son voluntarios y surgen a instancia de la empresa, en muchas ocasiones no es éste el caso, siendo la propia Comisión quien hace la sugerencia a las empresas¹⁰⁰¹. Esta situación puede dar pie a que la Comisión los utilice para regular determinados aspectos del mercado, totalmente al margen de sus competencias y dejando de lado los objetivos concurrenciales que deberían ser los únicos presentes.

2.3. COMPROMISOS EN SUPUESTOS DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO. LA HUIDA DEL *MORE ECONOMIC APPROACH*

Los ilícitos de abuso de posición de dominio han sido el área del Derecho de la Competencia donde más se ha recurrido a esta herramienta, sobre todo en los últimos años. Esta tendencia puede venir explicada por la escasa claridad del artículo 102 TFUE¹⁰⁰², que cuenta con una lista de

¹⁰⁰¹ JENNY, F., “Worst decision of the EU Court of Justice: the Alrosa judgment in context and the future of commitment decisions”, *Fordham international law journal*, vol. 38, 2015, págs. 701-770, pág. 722. El autor sugiere que en la mayor parte de situaciones las empresas no negocian voluntariamente, sino que no tienen alternativa. MARSDEN, P., “The emperor’s clothes laid bare: commitments creating the appearance of law, while denying access to law”, op.cit., págs. 2 y 3. En algunas ocasiones se ha puesto incluso de manifiesto que la propia Comisión se irroga la facultad de proponer ella misma los compromisos a aceptar por la empresa. LUGARD, P., MOLLMANN, M., “The European Commission’s practice under article 9 Regulation 1/2003: A Commitment a day keeps the Court away”, *CPI Antitrust Chronicle*, 2013, págs. 1-11, pág. 7.

¹⁰⁰² VESTEDORF, B., “Article 102 TFEU and sanctions appropriate when?”, *European Competition Law Review*, vol. 32, nº 11, 2011, págs. 573-579. SCHWEITZER, H.,

conductas ilícitas no exhaustiva y a la que, además, debe aplicársele la aproximación más económica¹⁰⁰³.

Esta situación supone una complicación adicional para las empresas que son, en determinadas ocasiones, incapaces de saber a qué atenerse de antemano. Pero también es inconveniente para la propia Comisión, que se encuentra en una situación incómoda a la hora de aplicar la Ley. La Comisión, mayor defensora de la aproximación más económica, ha convertido la misma en un arma de doble filo: tiene un amplio margen que le permite sancionar una importante variedad de conductas que perjudiquen al consumidor y, sin embargo, se encuentra en la obligación de probar tal extremo con unos estándares equiparables a los del Derecho penal¹⁰⁰⁴.

Ante estos requisitos que difícilmente se pueden satisfacer, es probable que la Comisión opte por una salida negociada y beneficiosa para las dos partes. Asimismo, y a pesar de que la empresa es conocedora de la dificultad de probar las circunstancias que permitirían a la Comisión imponerle una sanción, es también consciente de que el Derecho de la competencia permite una interpretación más amplia y que la Comisión

“Commitment Decisions under Article 9 of Regulation 1/2003: The Developing EC Practice and Case Law”, *EUI Working Paper Law*, No. 22, 2008, págs. 1-34, pág. 9.

¹⁰⁰³ BOTTEMAN, Y., PATSA, A., “Towards a more sustainable use of commitment decisions in Article 102 TFEU cases”, *op.cit.*, pág. 351 también alegan, como justificación a este uso superior, la seguridad adquirida por la Comisión en respecto del funcionamiento de los compromisos (sobre todo tras la resolución del caso Alrosa), la necesidad de introducir condiciones competitivas en ciertos sectores industriales regulados, la preferencia por aplicar soluciones rápidas en mercados que evolucionan muy rápidamente también, la política adoptada por el comisionario de turno. IBÁÑEZ-COLOMO, P., “Three shifts in eu competition policy: towards standards, decentralization, settlements”, *Maastricht Journal of European and Competition law*, vo. 20, n° 3, 2013, págs. 363-384, pág. 378.

¹⁰⁰⁴ JENNY, F., “Worst decision of the EU Court of Justice: the Alrosa judgment in context and the future of commitment decisions”, *op.cit.*, pág. 734.

puede terminar encontrando base jurídica que, aunque cuestionable, le permite terminar el procedimiento administrativo sancionándola e imponiéndole una multa elevada aun sin haber cumplido con las exigencias penales de interpretación restrictiva del tipo. Si bien es cierto que, en este escenario un tribunal podrá anular posteriormente la sentencia, los recursos económicos que trae consigo el peregrinaje jurídico hasta obtener un fallo exculpatario probablemente desincentiven el análisis de fondo en pro de una solución negociada y rápida.

El hecho de que se haga uso de esta herramienta en las prácticas unilaterales, que son más ambiguas que los cárteles¹⁰⁰⁵, donde no está asentado si las conductas están prohibidas, sólo pone de manifiesto la inseguridad jurídica a la que se enfrentan tanto las empresas como la Comisión. Si a esto se le añade el problema adicional de tener que lidiar con las repercusiones que cualquier acción que la Comisión tome pueda producir en los incentivos de las empresas para invertir en innovación, la complicación crece.

2.4. LOS COMPROMISOS DICTADOS EN PRECIOS EXCESIVOS

En el presente apartado se pretende analizar el contenido de algunos compromisos adoptados en materia de precios excesivos. A nivel europeo existen dos compromisos: el *caso Rambus* y el *caso Standard & Poor's* y se encuentran en fase de adopción unos compromisos en el *caso Gazprom*¹⁰⁰⁶, mientras que, a nivel nacional, vamos a referirnos a los casos

¹⁰⁰⁵ MOULLET, P., “How should undertakings approach commitment proposal in antitrust proceedings?”, *op.cit.*, pág. 87.

¹⁰⁰⁶ http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4829_en.htm.

*AISGE*¹⁰⁰⁷, en España, *Citroën*¹⁰⁰⁸, adoptado en Francia y los precios de las compañías de gas, en Alemania¹⁰⁰⁹.

2.4.1. Caso Rambus

El primero de todos los expedientes fue Rambus¹⁰¹⁰, que se inició en 2007. Posteriormente, Standard & Poor's¹⁰¹¹ (S&P) se inicia en 2009. Ambos casos se insertan en un marco de estandarización de elementos esenciales (un consorcio en el que estaba inserta la empresa RAMBUS y las normas ISO¹⁰¹², en el caso de S&P)¹⁰¹³. Los casos de estandarización de tecnología o de activos esenciales tienen una problemática particular y propia que gira, esencialmente, en torno a la cuestión del tipo de posición de dominio que ostentan (relativa o absoluta o relativa devenida absoluta

¹⁰⁰⁷ <http://www.legaltoday.com/informacion-juridica/jurisprudencia/contencioso-administrativo/resolucion-consejo-de-la-comision-nacional-de-competencia-s-2082009-19-12-2011>

¹⁰⁰⁸ <http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/07d31.pdf>.

¹⁰⁰⁹ OCDE, remedies and sanctions, *op.cit.*, pág. 123.

¹⁰¹⁰ http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_38636.

¹⁰¹¹ http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39592.

¹⁰¹² Las normas ISO especifican requerimientos que pueden ser empleados en organizaciones para garantizar que los productos y/o servicios ofrecidos por dichas organizaciones cumplen con su objetivo. Hasta el momento ISO (International Organization for Standardization), ha publicado alrededor de 19.500 normas internacionales que se pueden obtener desde la página oficial de ISO (<http://www.iso.org/>).

¹⁰¹³ HUBERT, P., COMBET, M.L., “Exploitative abuse: The end of the Paradox?”, *Concurrences*, n° 1, 2011, págs. 44-51, pág. 49. En este tipo de mercados donde la estandarización es piedra angular, los abusos por explotación juegan un papel relevante. Además, en las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, en la sección 7, entienden que “En principio, los métodos basados en el coste no se adaptan bien en este contexto ya que es difícil evaluar los costes imputables al desarrollo de una determinada patente o grupos de patentes. En cambio, cabe la posibilidad de comparar los cánones de concesión de licencias aplicados (a priori) por la empresa en cuestión a las patentes pertinentes en un entorno competitivo antes de que el sector quede cautivo del estándar con los aplicados (a posteriori) después de que el sector quede cautivo. Para ello, se parte de la base de que se puede hacer la comparación de forma homogénea y fiable”.

por la intensa adopción de la norma en el mercado). Aunque sin duda se trata de un aspecto central de la cuestión, no nos referiremos en este caso al mismo por exceder con creces la problemática que pretende abordarse en este apartado ya que, además, no se limita al ámbito de los compromisos, sino que se extiende al de la auto-regulación. Así, en esta parte, centraremos el análisis exclusivamente en las características que convirtieron los dos escenarios en óptimos candidatos para ser sujetos de una resolución a través de compromisos.

Los hechos del *caso Rambus* se resumen en los siguientes términos. En primer lugar, la empresa llevó presuntamente a cabo una práctica descrita como “patent ambush” (o emboscada de patentes o fraude de patentes), situación que se produce cuando una tecnología patentada es incorporada a un consorcio de estandarización sin que el titular de la misma indique que está protegida a través de una patente. A través de este subterfugio, la empresa Rambus adquirió una posición de dominio no basada en los propios méritos. A esta actividad siguió la obtención de unas regalías sospechosas de ser excesivas una vez la empresa ya había adquirido la posición de dominio y había bloqueado a los usuarios¹⁰¹⁴.

El acuerdo al que llegaron Rambus y la Comisión se centró en la limitación de las regalías que la misma iba a exigir a cambio de la licencia de la tecnología que había incluido de una forma cuestionable en un consorcio de estandarización.

En el compromiso alcanzado con la Comisión, se pueden apreciar los intentos de ésta por aplicar ciertas políticas regulatorias a través de instrumentos de Derecho de la competencia. En Rambus, por ejemplo, la

¹⁰¹⁴ SCHELLINGERHOUT, R., CAVICCHI, P., “Patent ambush in standard-setting: the Commission accepts commitments from Rambus to lower memory chip royalty rates”, *Antitrust press release*, nº 1, 2010, 32-36.

Comisión fijó una serie de objetivos generales en los procedimientos de estandarización. Éstos extralimitaban el mínimo que las reglas de competencia hubiesen exigido. De hecho, la Comisión fundó su decisión en el objetivo de confianza en el proceso de estandarización, así como en la obligación subyacente de buena fe en el contexto de la normalización, cuestiones que sólo limitadamente están en relación con el Derecho de defensa de la competencia. La Comisión no se restringió a la imposición de condiciones necesarias para el desarrollo de la competencia en el mercado, sino que se refirió a estándares psicológicos y teleológicos, la indeterminación de los cuales facilita la monitorización de los procesos de estandarización por las autoridades de forma intrusiva y casi regulatoria¹⁰¹⁵.

2.4.2. Caso S&P

En segundo lugar, se encuentra el compromiso alcanzado por S&P con la Comisión, otra vez, respecto de la licencia de unos derechos de exclusiva y de regalías no equitativas exigidas a instituciones financieras a cambio de US ISINs (*International Securities Identification Numbers*) y otros elementos que permiten acceder a información financiera. El *Preliminary finding* se basó en la comparación de las políticas de precios de otras empresas que, bien la suministran sin exigir unas regalías a cambio o, si lo hacen, sólo las exigen sobre la base de los costes de distribución, costes que la investigada no soportaba en el supuesto de suministro indirecto.

¹⁰¹⁵ MOULLET, P., “How should undertakings approach commitment proposal in antitrust proceedings?”, *op. cit.*, pág. 87.

Asimismo, se incumplió el principio ISO consistente en no exigir contraprestación cuando no existan costes derivados del suministro, situación que se produce en el caso de los usuarios indirectos, y en el caso de los suministros directos, éste debe limitarse a los concretos costes en los que se ha incurrido. En los compromisos, S&P se compromete a eliminar las regalías en el caso de los usuarios indirectos y moderar el precio de distribución de los ISINs a un importe fijo por año, que se actualizará anualmente conforme al IPC.

2.4.3. Caso Gazprom

Asimismo, se espera la estipulación de otro compromiso en el caso Gazprom tras el envío, por parte de la Comisión, de un *Statement of objections*, en el que se establecía que la empresa Gazprom había estado presuntamente siguiendo una estrategia de partición de mercados de gas en los mercados de Europa central cuyo objetivo era el mantenimiento de una política de precios no equitativos en determinados Estados Miembros. La investigación se centraba en el precio que la empresa imponía a los mayoristas y a los consumidores industriales por los suministros de gas. Este precio juega un papel importante en la fijación de los precios del producto en mercados aguas abajo donde aparecen consumidores finales y, de forma indirecta, en el precio de los productos que incorporan el gas en la cadena de producción.

La Comisión investiga hasta qué punto los precios individuales del gas son no equitativos y, asimismo, si la fórmula de determinación del precio del producto en función del índice del petróleo es no equitativa. Como señala la propia Comisión, la indexación no es *per se* ilícita, como

tampoco resulta problemático en sí mismo el hecho de que el precio de los productos sea distinto en diferentes Estados.

Lo que sin embargo llama la atención a la Comisión son los resultados objetivos tras comparar los precios de los diferentes Estados Miembros con diferentes parámetros como los costes de Gazprom y los precios en distintos mercados geográficos. Sobre este análisis, la Comisión llegó a la conclusión preliminar de que la fórmula para determinar el precio que aplicaba la empresa en sus contratos con los clientes ha contribuido a la dotar de un carácter no equitativo a los precios, siendo que la vinculación del precio del gas al del petróleo parece haber favorecido sistemáticamente a Gazprom en comparación con los resultados obtenidos por los clientes. Así, la conclusión preliminar recogida en la *Statement of Objections* entiende que Gazprom cargó precios no equitativos en cinco Estados Miembros de Europa central (Bulgaria, Estonia, Letonia, Lituania y Polonia).

Los indicios puestos sobre la mesa por la Comisión indican que la empresa muy probablemente optará por hacer un generoso ofrecimiento de compromisos en los que pondrá fin a las prácticas presuntamente ilícitas, zanjando, de este modo, a través de una herramienta transaccional, otro caso de precios presuntamente no equitativos¹⁰¹⁶.

2.4.4. Caso Citroën

En 2007, esta vez en Francia, se alcanzó un acuerdo de compromiso (*engagement*) con Citroën por un supuesto caso de precios

¹⁰¹⁶ A día de hoy estos compromisos siguen pendientes. Sin embargo, las últimas noticias de la Comisión puestas de manifiesto en un comunicado de prensa hace pensar que los compromisos se producirán en este sentido. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-555_en.htm.

excesivos en el marco de la distribución de la información técnica necesaria para las reparaciones de su gama de vehículos.

Pese a que, en nuestra opinión, las tarifas analizadas se encuadran mejor en la clase de precios excesivos con finalidad de excluir, vista la estructura del mercado en la que se inserta y el resto de prácticas que acompañan a la fijación de tales tarifas (básicamente, el suministro de información técnica sobre una base discriminatoria a los distintos talleres dependientes e independientes y a editores de información técnica), el compromiso se refiere a ellos como abusivos con la finalidad de explotar. Así, en el informe redactado por la autoridad de la competencia se diferencian dos prácticas, la excluyente, dirigida a privar de determinada información a los competidores¹⁰¹⁷, y la explotación abusiva de los derechos de propiedad intelectual¹⁰¹⁸.

Los compromisos ofrecidos por Citroën se fijan como objetivo garantizar tanto el principio de no discriminación entre talleres de reparación pertenecientes a la red e independientes, como el principio de proporcionalidad, que afecta, entre otras condiciones, a la tarificación. De esta última, se mantiene que debe ser transparente y no discriminatoria y evolucionar de forma razonable. Así, Citroën se compromete también a proporcionar información técnica a unas tarifas fijas establecidas en el acuerdo, que se actualizan de forma igualmente razonable, y que varían dependiendo del sujeto que accede a tal información.

¹⁰¹⁷ Apartado 28.

¹⁰¹⁸ Apartado 29.

2.4.5. Caso AISGE

Asimismo, es necesario hacer una referencia a un expediente nacional, el de AISGE¹⁰¹⁹ relativo a las tarifas excesivas impuestas en materia de actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales en las que se encuentran fijadas las interpretaciones actorales.

Tras varios intentos infructuosos y un muy pormenorizado estudio llevado a cabo por la Comisión, se aprobaron unos compromisos en los que se determina una cuantía fija para las licencias de tales grabaciones¹⁰²⁰. Es reseñable el loable diseño de un régimen tarifario que se ajuste a las actividades de los operadores y, por lo tanto, el uso real de los repertorios ofrecidos. No obstante, la multitud de parámetros que entran en juego y lo dinámico del mercado puede conllevar la escasa rentabilidad de este tipo de cálculos. Para estos supuestos, AISGE también ha incluyó una tarifa simplificada.

2.4.6. Casos del Bundeskartellamt

Hemos tenido la oportunidad de hacer un repaso de una pluralidad de compromisos acordados por el *Bundeskartellamt* que versan, exclusivamente, sobre empresas pertenecientes a sectores regulados (gas y electricidad fundamentalmente). En lo sucesivo, se expondrá sucintamente el contenido de las mismas, haciendo especial hincapié a algunos aspectos especialmente llamativos.

¹⁰¹⁹ Expediente n.º. S/0156/09

¹⁰²⁰ La cuota líquida o importe de la remuneración equitativa se obtiene a través de la imposición de un tipo tarifario a la base tarifaria, base que depende de los ingresos de los operadores de televisión (ingresos vinculados).

En 2008, tras una continua elevación de los precios desde el año anterior, el *Bundeskartellamt* inició un procedimiento contra 35 empresas proveedoras de gas en Alemania, con el objeto de analizar la fijación precios excesivos a los consumidores ¹⁰²¹. Treinta de las empresas investigadas ofrecieron un compromiso de reembolso a los clientes en forma de derechos de crédito o reducciones de precios. La autoridad de la competencia alemana también obtuvo un compromiso por parte de las empresas consistente en que los reembolsos no iban a repercutirse en futuras subidas de precios para los consumidores, promesa que estaba sujeta a vigilancia durante los primeros seis meses de 2009 y, en función de determinadas variables, se haría un análisis prospectivo de si se iba a repercutir en la segunda mitad de 2009.

La solución alcanzada es especialmente interesante respecto de la devolución de los presuntos sobrecostes cargados a los consumidores. Parece que el fin buscado es la sustitución de las posibles acciones de daños de los consumidores a cambio de la restitución de las cuantías de los precios abusivos por parte de las empresas, ordenada por el *Bundeskartellamt*. Esta solución, por llamativa que sea, no es un caso aislado en los compromisos alcanzados por empresas de suministro en gas con el *Bundeskartellamt*, como se podrá apreciar seguidamente. En España, también se discutió la posibilidad de que los compromisos pudieran incluir compensaciones de los perjuicios sufridos por terceros, aunque la autoridad de competencia descartó tal posibilidad fundando su

¹⁰²¹ http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2009/B10-16-08.pdf?__blob=publicationFile&v=4.
http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2010/23_06_2010_Gaspreisverfahren.html.

decisión en el argumento de que la terminación convencional persigue sólo la protección y salvaguarda del interés público¹⁰²².

El mismo año 2008, el *Bundeskartellamt* llegó a un acuerdo con 29 empresas proveedoras también de gas, contra las que había iniciado un procedimiento por la fijación de precios excesivos¹⁰²³. Las mismas ofrecieron una compensación económica a los consumidores consistente en 127 millones de euros, la mitad de los cuales se hará efectiva en pagos de primas y créditos en el informe anual o balance final. La otra mitad, en cambio, se rembolsaría a través de reducciones de precios o aplazamientos de aumento de precios. Asimismo, las empresas se comprometieron a no repercutir estas obligaciones en futuros aumentos de precios.

En 2012 se llegó a un acuerdo con *Stadtwerke Mainz* cuyo objetivo era la reducción del nivel de precios del suministro de agua potable en un 15% a partir de la entrada en vigor del mismo¹⁰²⁴ y cuya vigencia se prolonga hasta 2019. La autoridad alemana recurrió, para el análisis preliminar que da origen a los compromisos, a los datos obtenidos en la investigación que había llevado a cabo sobre los 38 mayores proveedores de agua en Alemania durante la investigación del caso *Berlin Wasserbetriebe*, por lo que contaba con una serie de parámetros extremadamente valioso de las estructuras de costes y beneficios de las empresas con los que operar la comparación de *Stadtwerke Mainz*.

¹⁰²² CACHAFEIRO GARCÍA, F., “Por las buenas o por las malas: ¿en qué casos puede la autoridad de la competencia acordar la terminación convencional del expediente sancionador?”, *Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor*, nº. 36, 2015-2016, págs. 331-340, pág. 335. Resolución de la CNC de 22 de marzo de 2013, expediente S/0418/12- All sports media 55.

¹⁰²³ http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2008/01_12_2008_Gaspreisverfahren.html

¹⁰²⁴ http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2012/09_05_2012_Wasser-Mainz.html

Aunque apreciamos las ventajas que supone un compromiso como el presentado (un ahorro de 4.5 millones por año y un total de 31 millones a lo largo de la duración del compromiso), somos de la opinión de que, siendo relativamente sencilla la determinación de la infracción, dado que los datos necesarios ya obraban en su poder, hubiese sido más conveniente acudir a un procedimiento de infracción, en el que, además del prospectivo ahorro, se hubiera impuesto una sanción que convertiría en no lucrativa la infracción.

A parecida solución se llega también, en 2015, en el acuerdo del *Bundeskartellamt* con *ENTEGA Energie GmbH, Darmstadt*¹⁰²⁵, en un supuesto de precios no equitativos en el suministro de electricidad para el sistema de calefacción. En el mismo, la empresa se comprometió a rembolsar a sus consumidores durante los años 2007-2009 un total de 155.72 Euros (incluidos IVA e intereses). Se llegó a este compromiso, en opinión del *Bundeskartellamt*, en beneficio de los consumidores, dado que la decisión de infracción estaba recurrida en el *OLG de Düsseldorf* y tanto el resultado como el plazo en el que se iba a pronunciar el tribunal eran inciertos. En la valoración sobre la adopción del compromiso se tuvo en cuenta, también, la positiva evolución en términos de competencia, del sector investigado.

En nuestra opinión, este caso deja a los consumidores de ENTEGA peor servidos, ya que sólo se prevé la devolución del 50% de las cantidades que se había ordenado reintegrar en la decisión de condena, que fue revocada por el propio *Bundeskartellamt*¹⁰²⁶, generando unos

¹⁰²⁵ http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/03_11_2015_Entega.html

¹⁰²⁶ http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2015/B10-16-09.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

incentivos perjudiciales en la empresa que, además de evitar la condena prevista en la decisión, sólo está obligada a devolver la mitad del capital previsto en la decisión de infracción.

En 2015, el *Bundeskartellamt* aceptó un compromiso de *Stadtwerke Leipzig*, dirigido a obtener una rebaja de los precios de la calefacción urbana en una cuantía de 8 millones de euros por año, por una duración de 5 años (un total de 40,8 millones de euros)¹⁰²⁷, de acuerdo con el sistema de precios establecido. El acuerdo fue alcanzado, como confiesa el propio Andreas Mundt¹⁰²⁸, vistas las dificultades que presenta la comparación, y la complejidad del sistema de calefacción urbana¹⁰²⁹. Asimismo, las empresas se comprometieron a operar reducciones de precios como compensación por la presunta fijación de precios excesivos. En la adopción de los compromisos se tuvo igualmente en cuenta la valoración de los efectos colaterales que la misma pudiera producir, entendiendo que los mismos no producirían una intensificación del efecto bloqueo del consumidor¹⁰³⁰, puesto que en el mercado de calefacción urbana, los proveedores no suelen enfrentar competencia en su área, lo que

¹⁰²⁷ http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/16_10_2015_Stadtwerke_Leipzig.html.

http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2013/07_03_2013_Fernw%C3%A4rmepreise.html?nn=3591568

¹⁰²⁸ Presidente del *Bundeskartellamt* desde 2009.

¹⁰²⁹ Una comparación de los suministradores de calefacción de los distintos distritos es complicada porque está verticalmente integradas en los niveles de generación, red y distribución y las redes locales son muy distintas, entre otras, en lo que respecta a las estructuras de uso, número y talla de las conexiones de las casas, la densidad de la distribución, etc. Asimismo, la calefacción suministrada se genera normalmente de forma conjunta. Así, el análisis de los abusos requiere una amplia gama de correlaciones económicas y técnicas y plantea cuestiones de coste y distribución de beneficios en las empresas.

¹⁰³⁰ Clientes en una relación de dependencia.

conlleva que los consumidores no tengan la posibilidad de cambiar de proveedor¹⁰³¹.

2.4.7. Caso London Stock Exchange

En 2004, y tras una investigación del *Office of Fair Trading* británico en virtud de la *Financial Services and Markets Act*, la Bolsa de Londres (London Stock Exchange) ofreció unos compromisos cuyo contenido consistía en reducir los peajes anuales de acceso a la información.

3. PROBLEMAS DE PROPORCIONALIDAD

3.1. NOTAS INTRODUCTORIAS

Independientemente de la fórmula que se termine imponiendo – ya sean sanciones al uso por el procedimiento del artículo 7 o compromisos por la vía del art. 9-, ésta debe respetar el principio de proporcionalidad, aunque, como se verá, con un alcance distinto en los dos escenarios.

El principio de proporcionalidad se refiere al deber, que vincula a la administración sancionadora, de escoger, de entre las sanciones aplicables, la más acorde con el desvalor jurídico del comportamiento¹⁰³².

¹⁰³¹ Y siendo conscientes las autoridades de que cambiar a otro tipo de calefacción, como, por ejemplo, el sistema de gas, presenta costes demasiado elevados. Lo que, sin embargo, no tiene en cuenta la autoridad es la potencial entrada de competidores futuros en la consideración del “lock in effect”.

¹⁰³² CANEDO, M. P., “Análisis del principio de proporcionalidad como presupuesto para calcar las sanciones en Derecho de competencia” en AAVV., *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia*, dir. J. Guillén Caramés, M. Cuervo Mir, Civitas Thomson Reuther, Cizur Menor, 2015, págs. 59-119, pág. 87. ABRIL FERNÁNDEZ, E., RUBIO HERNÁNDEZ SAMPELAYO, G., “Problemas

Podemos afirmar que la primera manifestación del principio de proporcionalidad debe reflejarse en la opción por un procedimiento de sanción o por una solución negociada.

En segundo lugar, el principio referido debe tener reflejo en el diseño de la respuesta administrativa. Así, no se podrán imponer medidas innecesarias a los efectos de cumplir el objetivo al que se dirige la imposición de las mismas, para lo cual es necesario previamente haber definido el fin al que pretenden dar cumplimiento.

Esta última dimensión, que se estudiará a continuación, es la que tiene un alcance distinto según se aprecien en sede de compromisos o de sanción.

3.2. PROPORCIONALIDAD EN LAS MEDIDAS

Así, en lo que respecta al análisis de los presupuestos del principio de proporcionalidad en relación con los precios excesivos, podemos afirmar que, tanto en el presupuesto formal, como en el material y el subjetivo, la prohibición cumple los estándares legalmente exigidos.

El presupuesto formal exige la existencia de una norma jurídica que cubra la aplicación de una consecuencia jurídica a la práctica de una conducta concreta, que está recogida –aunque se exija un salto interpretativo que ha quedado sobradamente incluido y confirmado jurisprudencialmente en el concepto “precios no equitativos”- en el artículo 102 TFUE y 2 LDC. Las consecuencias jurídicas derivadas de la

derivados de la necesidad de interpretar en fase de vigilancia lo dispuesto en la resolución sancionadora previa” en AAVV., Problemas prácticos y de actualidad del Derecho de la competencia, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2016, págs. 71-87, págs. 78 y 79.

infracción de tal artículo están previstas en el Reglamento 1/2003 y en la Ley de Defensa de la Competencia y su reglamento de desarrollo.

El presupuesto material, en cambio, se refiere al acuerdo entre la intervención sancionadora y los valores que tratan de salvaguardarse con la imposición de la sanción (debe ser un fin constitucionalmente legítimo y socialmente relevante)¹⁰³³. Así, la protección de los intereses de los consumidores y la prohibición de su explotación, objetivo principal perseguido con el ilícito de los precios excesivos, parece ser un fin legítimo y cumplir el requisito aludido.

Por último, es conveniente hacer, aunque sea, una somera referencia al requisito subjetivo, que hace alusión al sujeto que impone la medida y la forma de la resolución. Este requisito plantea algunos problemas respecto del formato en el que se plasma la consecuencia jurídica, sobre todo en el caso de los compromisos.

Normalmente, una decisión de sanción por precios excesivos ha requerido un análisis muy pormenorizado previo, tanto de la posición de dominio que posee la empresa como del abuso cometido por la misma, en este caso en concreto, los precios excesivos, incluyendo un estudio de las posibilidades de compensar los efectos negativos con eficiencias trasladables a los consumidores. Este análisis queda recogido en cada uno de los pasos que llevan a la decisión final, especialmente si la misma es condenatoria o sancionadora.

En cambio, no se alcanza el mismo nivel de profundidad y de motivación en los supuestos de compromisos, principalmente porque no se declara la comisión de una infracción, sino meramente un comportamiento sospechoso, que se pone de manifiesto en el *Statement of Objections*. En el

¹⁰³³ Íbidem, pág. 95.

acto final –el compromiso- no se desarrolla y elabora una teoría del daño que permita sostener que el requisito se cumple pormenorizadamente, aunque no ha planteado, de momento, ningún problema ante los tribunales¹⁰³⁴. Esta superficialidad en el tratamiento de la cuestión hace que sea igualmente complejo encontrar los argumentos para defenderse de la acusación, dado que no hay acusación formal en la que fundarse.

Por último, resta plantear el análisis de los requisitos intrínsecos del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el cumplimiento del subprincipio de idoneidad y de la prohibición en el exceso, el subprincipio de necesidad o intervención mínima y, finalmente, en sentido estricto (que se analizarán de forma conjunta)¹⁰³⁵.

Así, respecto del principio de proporcionalidad, éste exige que las medidas, por su propia naturaleza, sean aptas para alcanzar el fin perseguido¹⁰³⁶. Si el fin perseguido radica en evitar la explotación de los consumidores, las autoridades de competencia cuentan con una amplia gama de medidas a su disposición, como se ha analizado en apartados anteriores: desde sanciones económicas hasta medidas de comportamiento o estructurales.

¹⁰³⁴ CAVICCHI, P., “The European Commission's discretion as to the adoption of Article 9 commitment decisions: Lessons from Alrosa”, *Discussion Paper Europa Kolleg Hamburg*, nº 3, 2011, págs. 1-15, pág. 5. El preliminary statement dirigido a la obtención de un compromise no debe dar tantos detalles como aquél dirigido a obtener una decision de sanction.

¹⁰³⁵ *Ibidem*, págs. 96 ss.

¹⁰³⁶ A raíz de esta cuestión debemos apuntar que no existen instrumentos a nivel europeo que permitan controlar la efectividad de la medida a posteriori, al menos, en el marco de los compromisos adoptados en materia de concentraciones. CASES, L., MENOR, J., “Reacción ante los incumplimientos de compromisos y soluciones. La valoración a posteriori de la efectividad de los remedios” en AAVV., *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia*, S. Martínez Laga, A. Petitbo Juan, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 319-341, pág. 337.

Sin embargo, la medida concreta que se imponga, ya sea a través de un procedimiento sancionador como de uno dirigido a obtener un compromiso, debe ser necesaria o, en otras palabras, respetar la exigencia de intervención mínima. Así, el número de medidas se reduce drásticamente a la menos invasiva de la esfera de libertad de la empresa en cuestión. Es necesario que el órgano administrativo o jurisdiccional lleve a cabo un ejercicio de valoración o ponderación de medidas en el que se escoja la medida menos lesiva para la empresa. Así, no podrá imponerse un remedio estructural si una de comportamiento o una mera sanción económica es perfectamente apta para alcanzar el mismo resultado. Ahora bien, por objetivo que parezca este proceso de reducción de alternativas, en realidad, no existen necesariamente una única alternativa posible que respete el principio. Dependiendo de las circunstancias y de la ponderación de intereses que se lleve a cabo, es posible justificar varias alternativas.

Este principio de intervención mínima, además, no parece presentar el mismo grado de exigencia en un procedimiento del artículo 7 y en uno del 9, o, en otras palabras, en una decisión de sanción dictada por la Administración y en un compromiso hecho vinculante por la misma autoridad.

Como sostiene la sentencia Alrosa ¹⁰³⁷, la exigencia de proporcionalidad debe estar presente tanto en uno como en otro caso. Así, el TJUE¹⁰³⁸ recuerda que, si bien el artículo 9 no contiene una referencia

¹⁰³⁷ El TC español ha señalado, de forma reiterada, que los principios inspiradores del Derecho penal son aplicables, con ciertos matices, al procedimiento administrativo sancionador. Sin embargo, el problema es que un compromiso no es estrictamente un acto de la facultad punitiva del Estado.

¹⁰³⁸ La Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), asunto C-441/07 P, de 29 de junio de 2010, caso Alrosa, apartados 36-42.

expresa a la proporcionalidad como sí sucede en el art. 7, se trata de un principio general y criterio para valorar la legalidad de toda actuación administrativa. No obstante, matiza que el alcance y contenido del principio difiere para el caso de los compromisos y las decisiones de sanción.

El Art. 7 indica expresamente el alcance del mismo: la Comisión puede imponer a las empresas afectadas cualquier remedio estructural o de comportamiento que sea proporcionado a la infracción cometida y necesario para producir el cese efectivo de la misma. Sin embargo, en el caso de los compromisos, la Comisión sólo actúa para examinar y eventualmente aceptar los compromisos propuestos por las empresas afectadas, tomando en consideración los problemas detectados por ella en su análisis preliminar y los objetivos que persigue. Esto es, la verificación respecto de la proporcionalidad de las medidas recogidas en el compromiso se realiza exclusivamente en atención al suelo, no al techo de las conductas comprometidas. Es una comprobación que exclusivamente tiene en cuenta el principio de idoneidad (comprobación de mínimos), no el de intervención mínima (comprobación de máximos), que es el que preocupa en el supuesto de los compromisos, existiendo una preocupación por parte de las empresas que desean evitar casi a cualquier costa la intervención sancionadora de la Administración.

Asimismo, el problema se agrava porque, como el TJUE no está vinculado por este principio, más que de garantía de mínimos, en el caso de los compromisos, el recurso a la vía jurisdiccional será inservible, pudiendo controlar los tribunales únicamente si “la apreciación efectuada por la Comisión es manifiestamente errónea”.

En determinadas ocasiones las medidas aceptadas por la Comisión rebasan, además de las competencias que tiene legalmente atribuidas (planteando problemas de legitimidad en las medidas regulatorias), la proporcionalidad que podría haberse exigido en un supuesto de procedimiento del artículo 7, tanto en torno al contenido de las medidas como a su duración. No obstante, respecto del último aspecto –la duración–, es cierto que se ha tratado de mitigar tal extremo de la mano de la imposición de un límite temporal al compromiso, que conlleva la expiración de la obligación comprometida y vinculante.

Así, en nuestra opinión, debería introducirse una exigencia de proporcionalidad como techo de los compromisos ¹⁰³⁹, además de elementos que permitieran revisar la adecuación de las obligaciones con la realidad económica alcanzados ciertos hitos desde la adopción del compromiso. Por otra parte, se debería requerir una presencia más intensa de los tribunales que no se limite a comprobar exclusivamente el error manifiesto, sino que, respetando el margen de discrecionalidad concedido a la Administración, revise si ha existido algún desequilibrio en la negociación que pueda haber derivado en un abuso de los compromisos.

¹⁰³⁹ Aunque existen autores, como TEMPLE LANG, J., “Commitment decisions under regulation 1/2003” en AAVV., *Alternative enforcement techniques in EC competition law: settlements, commitments and other novel instruments*, ed. C. Gheur, N. Petit, Bruylant, 2009, págs. 133 y 137, que sugieren que en virtud de la sentencia Alrosa, la propia Comisión tiene el deber de controlar la proporcionalidad de los compromisos para que éstos no se conviertan en medidas regulatorias. Así, el autor sugiere que la Comisión tiene la obligación de hacer no vinculante un compromiso que no hubiera podido imponerse en una decisión de prohibición.

4. CONCLUSIONES

Uno de los aspectos más llamativos que caracteriza los casos precios excesivos es la baja frecuencia con la que se trata la cuestión. Todos los supuestos que la Comisión ha tenido la oportunidad de analizar en la materia pueden dividirse en dos grupos atendiendo al procedimiento utilizado, aquéllos dirigidos a la obtención de una decisión de infracción y aquéllos que buscan alcanzar una solución transaccional con la empresa. La mayor parte de casos de precios excesivos son resueltos a través de compromisos. Se puede observar, además, una creciente o, incluso, sistemática tendencia a incrementar el recurso a los mismos.

En los escasos supuestos que finalizan con una decisión de infracción, el resultado más frecuente es la imposición de una sanción económica, de una multa, que varía en función de una multitud de criterios, entre los cuales se encuentra el daño causado por la empresa o el beneficio obtenido por la misma.

Sin embargo, existen dos tendencias correctoras en dos sentidos contrarios: en primer lugar, se puede observar una tendencia dirigida al aumento de las cantidades impuestas como sanción. El objeto de las decisiones encuadradas en este primer grupo parece ser el de mandar un mensaje a las empresas sobre el renovado interés de las autoridades de la competencia en una conducta que, hasta el momento, se había mantenido poco perseguida.

En segundo lugar, existe una predisposición hacia la moderación, contención e, incluso, en algunos casos, inaplicación de sanciones derivadas de la detección de un precio excesivo. Esta opción se encuentra estrechamente unida a la inseguridad reinante en las autoridades de

competencia relativa, tanto a las fórmulas de detección de los precios excesivos como a la nocividad o inocuidad de un precio excesivo, precisamente por las alegaciones de producción de daños compensados por externalidades positivas. No obstante, en nuestra opinión, y como paliativo de esta inseguridad, que genera reservas en la actividad de las propias autoridades, podemos afirmar que las consecuencias derivadas de la imposición de sanciones, en el caso de no haber existido un ilícito, son perfectamente reversibles, característica que no puede predicarse de los remedios estructurales y que, sin embargo, elimina o rebaja el riesgo y la presión a la que están sometidas las autoridades de la competencia.

En segundo lugar, otra de las medidas impuestas en los procedimientos de infracción han sido los remedios, tanto estructurales como de comportamiento. Respecto de los remedios estructurales, se ha puesto de manifiesto que aunque la desinversión o el desmembramiento de la empresa no fueran alternativas a considerar en un supuesto de precios excesivos, sí lo serían las licencia en términos FRAND. En nuestra opinión, aunque su utilidad esté exclusivamente reservada a determinados supuestos, son una vía perfectamente plausible e, incluso, recomendable, para cuando el objeto de la transacción se refiere a un activo de propiedad industrial. En estos casos, la propiedad de tal activo de forma que se genere una posición dominante –situación que se suele producir en escenarios de estandarización de tecnología o salto tecnológico- es la base del poder de la empresa y se encuentra, también, en las raíces del comportamiento abusivo. Al eliminar el monopolio a través de una licencia obligatoria, se hace desaparecer la posibilidad de imponer un precio excesivo. Una segunda consecuencia positiva es el fomento de la innovación a través de la inserción de competencia en el mercado que,

entendemos, compensa el incentivo inverso que causa que a una empresa se la prive de tal monopolio legítimamente obtenido pero ilegítimamente explotado.

Sin embargo, la imposición de este tipo de medidas –los remedios- cuentan con una característica que supone un inconveniente para los detractores del castigo de los precios excesivos. Nos referimos al problema que surge al investir a las autoridades de la competencia de facultades regulatorias -imponer una medida estructural- para ejercer funciones a las que, en principio, no estarían claramente legitimadas y que se ejercen normalmente a través de la potestad de fijación de un precio al que se debe poner en circulación un activo o, concretamente en los supuestos de bienes inmateriales, la cuantía de los royalties a las que se tiene que licenciar la propiedad intelectual. Sin embargo, al menos en los casos de licencias obligatorias en condiciones FRAND, ésta no es necesariamente la consecuencia –fijación de la cuantía por parte de la Administración o los tribunales-, sino que este extremo puede dejarse sencillamente a disposición de las empresas en liza.

En segundo lugar, y respecto de los remedios de comportamiento, éstos también han gozado de cierto protagonismo en los procedimientos de infracción de precios excesivos. En ellos se ha optado, en muchas ocasiones, por la fijación del precio directamente por las autoridades de la competencia, o, al menos, la ordenación de la utilización de un método a través del cual determinar el precio, o los conceptos que no se pueden repercutir en el precio final. Estas soluciones, igual que en el supuesto de los remedios estructurales, quedan peligrosamente próximas al Derecho regulatorio, una inclinación de la Comisión que, en nuestra opinión, debe moderarse. Así, pensamos que el recurso a esta opción presenta claros

problemas de legitimidad, respondiendo los distintos sistemas jurídicos – Derecho regulatorio y Derecho de la competencia- a dos finalidades u objetivos distintos y funcionando, por lo tanto, de forma diversa.

Igualmente, y aunque no se pueda caracterizar como medida imponible derivada de un ilícito de la competencia, las facultades de seguimiento y vigilancia pueden presentar los mismos problemas de legitimidad que la propia imposición de las sanciones o remedios¹⁰⁴⁰. En nuestra opinión, la línea que distingue la medida de seguimiento del cumplimiento de la sanción o del remedio del seguimiento y control de la empresa es tan fina, que es muy posible que, dependiendo de la intensidad o la duración de la vigilancia, la Comisión se extralimite en sus facultades para adentrarse en las de los organismos de regulación.

Por último, y en estrecha relación con las cuestiones de legitimidad de la Comisión, se ha apuntado una clara y dramática tendencia a solucionar la materia de los precios excesivos a través de una vía transaccional, independientemente del sector donde los mismos se produzcan: los compromisos. Éstos, como se apuntará, además de presentar los problemas de legitimidad que se predicán de la imposición de remedios en las decisiones de infracción, pueden presentar relevantes problemas de proporcionalidad, que es conveniente señalar.

Mientras que en las decisiones de infracción la sanción suele ser mayoritariamente una sanción económica, y se suele evitar la adopción de remedios estructurales y de comportamiento conflictivos, en los compromisos, las soluciones parecen ser bastante más invasivas, sobre todo si se tiene en cuenta que a las empresas no se las ha declarado

¹⁰⁴⁰ JENNY, F., “Abuse of dominance by firms charging excessive or unfair prices: an assessment”, *op.cit.*, pág. 27.

culpables de la comisión de una fijación de precios excesivos, sino que sólo, hasta que se declare por la autoridad competente, han llevado a cabo su legítimo derecho de maximizar precios.

Así, en los compromisos se ha optado sistemáticamente por la fijación de un precio determinado al que suministrar los bienes, que probablemente estará por debajo del límite maximizador de beneficios al que está legitimado la empresa, precisamente por la presión que supone el deseo de evitar un procedimiento de infracción de la autoridad de la competencia.

En nuestra opinión, como se ha expresado en el análisis inicial, fijar un precio determinado en el compromiso es problemático por varios motivos. En primer lugar, es una solución regulatoria más que de derecho de la competencia, ámbito en el que la DG competencia de la Comisión difícilmente tiene reconocidas competencias, como sucede en los casos de infracción presentando los mismos problemas de legitimidad expuestos anteriormente. Pero, además, presentan un problema cumulativo ya que los compromisos pueden potencialmente infringir los límites de la proporcionalidad, ya que se hacen desde una clara posición de desventaja de la empresa en la negociación. En segundo lugar, pueden ser desproporcionados porque, desde la teoría de los precios excesivos, fijada por el TJUE, el precio no es excesivo en general, sino en comparación con los costes. Por lo tanto, si los costes evolucionan, sobre todo a la baja, fruto de la innovación, el precio establecido en el compromiso, debería actualizarse, situación que es susceptible de producirse con mayor frecuencia en mercados tecnológicos que en sectores regulados.

Esta objeción, sin embargo, se puede considerar parcialmente resuelta al reconocer una duración determinada de los mismos. No

obstante, cuando la media se fija en 5 años, dependiendo del sector, los inconvenientes siguen presentes. Si se trata de un sector de rápida evolución, como el de la tecnología, los precios pueden quedar obsoletos en plazos mucho más breves de tiempo. Por último y más relevante, fijar un precio determinado o un máximo (aunque en los compromisos revisados se ha determinado un precio fijo y no un techo) equivale a eliminar la variable de la competencia. La empresa dominante difícilmente se esforzará por disminuirlo si carece de incentivos y se corre el riesgo de que el resto de empresas, que pudieran presentar una competencia incipiente, aunque aún residual, alineen su precio con el de la dominante.

Así, sugerimos que, si bien la carga de la sugerencia del compromiso se puede hacer recaer sobre la empresa interesada, es decir, aquella que se encuentra en un procedimiento de infracción del Derecho de la competencia, se haga recaer sobre la Comisión, en cambio, el estudio de si las medidas sobre pasan el mínimo indispensable para dar cumplimiento a sus preocupaciones. Entendemos que es un reparto equitativo de las obligaciones derivadas de la necesidad de obtener un compromiso respetuoso con todos los interesados, ya que el resto de empresas del mercado (competidoras y terceros con un interés legítimo) ya habrán contribuido en señalar si las medidas son óptimas para hacer frente a las preocupaciones de la Comisión.

Una de las complicaciones que afrontábamos en las partes II y III del trabajo se refería a cómo gestionar la defensa de la eficiencia en los supuestos de precios excesivos impuestos en mercados de tecnología. Y uno de los argumentos que frecuentemente se alegaba como defensa de la eficiencia, que entendimos que no cabía dentro de la misma en puridad, era la justificación de la reinversión de las ganancias excesivas en

productos innovadores futuros. Uno de los problemas que apuntábamos de tal argumento era la inseguridad que generaba la calificación como lícitos de unos precios sin tener la seguridad de que se iba a producir tal reinversión futura. Consecuentemente, una solución que propusimos a esta inseguridad que impedía aceptar el argumento era la de adoptar un acuerdo vinculante con la Comisión por el que la empresa se comprometiera a reinvertir susodichos beneficios. Es llamativo, sin embargo, no haber encontrado ningún compromiso que obligue a la empresa a reinvertir tales recursos obtenidos.

En segundo lugar, consideramos que la elevada tasa de recurso a los compromisos en materia de precios excesivos es un camino peligroso. Como se ha puesto de relieve, en esta materia, los precios excesivos, cuestión que es de relativamente bajo interés para la Comisión, existe una marcada tendencia a invertir escasos recursos en la investigación y persecución del ilícito y destinarlos o los abusos excluyentes. Asimismo, la cuestión de los compromisos adoptados en materia de precios excesivos ha coincidido poco oportunamente, con casos de propiedad industrial y supuestos de estandarización. Esta situación supone casos que se producen en mercados tecnológicos nuevos respecto a los que existe escasa jurisprudencia del TJUE en la materia están siendo resueltos sin desarrollar pormenorizadamente teorías del daño. Una materia supuestamente tan sensible como la innovación requiere, como mínimo, un estudio detallado de casos seminales que puedan utilizarse como guía de conductas ilícitas.

Al respecto, es importante notar que el órgano encargado de aplicar el Derecho de la competencia y el máximo defensor del *more economic approach* huye de su aplicación, ya sea voluntaria o involuntariamente en

cada ocasión en la que decide optar por un compromiso. Esta situación bien podría servir para replantearse la utilidad de la aproximación más económica llevada al extremo y las dificultades que la misma plantea para la Comisión, sobre todo cuando se solapan materias ciertamente complejas: mercados de innovación, mercados regulados y precios dirigidos a explotar a los operadores.

Por ello, el recurso a compromisos en este tipo de cuestiones, sobre todo cuando rebasan las competencias en materia de competencia de la Comisión, y existe un órgano que, en algunos casos, sí tiene la potestad de regular según qué cuestiones, debería ser extremadamente medido. No obstante, queremos subrayar, esto obligaría al órgano regulador a actuar en materia de precios, cuestión problemática que se estudiará en el siguiente apartado. Por otra parte, en nuestra opinión, las supuestas ventajas temporales y de ahorro de costes no justifican la asiduidad de su uso. Existen alternativas para alcanzar soluciones rápidas en estos asuntos como la priorización de las cuestiones sobre estandarización, la dotación de medios económicos a la Comisión o la consideración de las medidas cautelares.

Para finalizar, aunque no es éste el lugar para tratar en profundidad la cuestión de las potestades revisoras de la jurisdicción, sí queremos hacer un breve apunte al efecto. Es necesario, en nuestra opinión y vistos los resultados obtenidos en algunos compromisos, controlar el poder de la Comisión, que cuenta con facultades desbordantes y los amplios márgenes de discrecionalidad en materia de imposición de medidas y decisión de adopción de compromisos.

Así, para paliar las situaciones problemáticas de este escenario, es posible adoptar dos tipos de medidas. En primer lugar, se puede sostener

que la solución pasa por reforzar la potestad revisora de los jueces, que deben fiscalizar la oportunidad de la opción entre el procedimiento de infracción y el de compromisos y la proporcionalidad de las medidas adoptadas en cada uno de ellos.

En segundo lugar y quizás una solución más oportuna que la de atribuir la facultad decisoria a quien no tiene los recursos suficientes para llevar a cabo el análisis de la oportunidad de las medidas impuestas (la judicatura), puede buscarse la corrección de las pródigas competencias de que se ha arrogado la Comisión, a través de una reducción del margen de discrecionalidad. Así, puede optarse por la dotación de un nivel superior de seguridad jurídica a la materia con un desarrollo legal y pormenorizado de cuáles son las facultades de la Comisión, cuándo se debe acudir a una solución de compromiso y hasta dónde puede llegar en materia de remedios y sanciones, especialmente, en aquéllos casos que los mismos han sido impuestos a través de compromisos.

|

CAP. II. REGULACIÓN DE MERCADOS: VIGILANCIA EX ANTE

Existen diferentes estrategias para evitar que se cometan violaciones del Derecho de la competencia. A los efectos de diseñar una mejor estrategia de prevención de las infracciones y, en especial, de los precios excesivos, es imprescindible conocer cuáles son las condiciones que determinan que las empresas actúen de forma ilícita. Éstas pueden dividirse en tres: en primer lugar, la existencia de una oportunidad para cometer el ilícito; en segundo lugar, se requiere la voluntad de cometer una infracción; y, por último, se necesitan incentivos para cometer la infracción¹⁰⁴¹.

La voluntad de cometer una infracción se puede eliminar de la mano de la política de defensa o de promoción de la competencia (*competition advocacy*). En segundo lugar, se pueden alterar las consecuencias derivadas de cometer una violación del Derecho de la competencia, cometido que se lleva a cabo a través de la política de imposición de multas y remedios. Por último, la prevención de las violaciones se puede producir de la mano de la eliminación de las condiciones que permiten cometerlas, actividad que se realiza a través de intervención *ex ante*.

Hasta el momento, se ha llevado a cabo un análisis de las medidas *ex post* que se han adoptado en la corrección del ilícito de precios excesivos. Sin embargo, dada la clara tendencia de la Comisión a soluciones que rozan, sino entran de lleno, en el campo de la regulación –a saber, el carácter regulatorio de los remedios estructurales¹⁰⁴² y de comportamiento, insertos tanto en decisiones de infracción como, de un modo más acusado, en los

¹⁰⁴¹ WILLS, W.P.J., “Optimal antitrust fines: theory and practice”, *op.cit.*, pág. 186.

¹⁰⁴² JIMÉNEZ LATORRE, F., PRIETO KESSLER, E., “Remedios estructurales en casos de abuso de posición de dominio” en AAVV., *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia*, S. Martínez Laga, A. Petitbo Juan, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 135-149, pág. 137 y 138.

compromisos –, puede ser conveniente estudiar si es recomendable, en algunos sectores, dar un paso atrás en los procesos de desregularización y, en otros, adoptar o intensificar una regulación que sea capaz de anticipar los fallos de mercado y darles solución antes de que produzcan los problemas.

Asimismo, el estudio conviene realizarlo a la luz del desplazamiento, llevado a cabo por el sector no intervencionista en precios excesivos (parte III) de la responsabilidad relativa a lidiar con el problema de los precios excesivos desde el Derecho de la competencia, que opera un control *ex post*, al Derecho y órganos reguladores, que practican un control *ex ante*. En opinión de estos autores, no es recomendable recurrir al Derecho de la competencia, siendo que ya existen órganos reguladores que están más preparados para lidiar con las cuestiones relativas al mejor cálculo de unas tarifas equitativas.

Y este análisis se debe hacer sobre todo a la vista del riesgo que existe, en la adopción de medidas de cariz regulatorio por parte de la Comisión - quien, ciertamente, goza de un amplio margen de discrecionalidad-, de carecer de la legitimidad necesaria para imponer este tipo de sanciones. Cabe la posibilidad de que éstas se adopten prescindiendo de determinadas garantías que sí se deben respetar en la elaboración de un Derecho regulatorio dirigido a mercados liberalizados o en la redacción de unas medidas *ex ante* en otro tipo de mercados no sujetos previamente o sólo sujetos a una regulación insuficiente, como es el caso de los mercados de tecnología.

En segundo lugar, debe ponerse de manifiesto que existen una serie de sectores donde se localizan y sancionan las prácticas de fijación o imposición de precios excesivos de forma más acusada y que serán aquéllos en torno a los cuales procederemos al análisis.

Como puso de relieve el juez Wahl (2007), la prohibición relativa a los precios excesivos tiene su ámbito principal de aplicación en escenarios de monopolios legales o mercados regulados¹⁰⁴³, a los que hay que añadir los mercados de tecnología.

Estas dos materias aludidas en la declaración anterior se corresponden con la estructura del presente capítulo. En primer lugar, se analizarán los sectores regulados, haciendo especial énfasis en la energía, y, en segundo lugar, se llevará a cabo un estudio del mercado de la propiedad intelectual (entendiendo incluida tanto la propiedad intelectual *stricto sensu* como la propiedad industrial). Estos últimos reúnen unas características que determinan la existencia de una problemática específica porque el interés en controlar el nivel de precios entra en ocasiones en conflicto con intereses preferidos por la Comisión, como es la generación de incentivos que fomenten la inversión en innovación.

Para descargo de la autora, y respecto de los sectores regulados, debemos recordar que no se va a hacer referencia a todos los aspectos de la regulación del mercado de la energía, sino sólo a la cuestión de los precios regulados. Este factor, sin embargo, entendemos que en la mayor parte de ocasiones puede adoptarse como indicio del nivel de competencia lograda en el sector.

¹⁰⁴³ Así, en palabras de WAHL, N., “Exploitative high prices and European competition law – a personal reflection” en AAVV., *The pros and cons of high prices*, Konkurrensverket Swedish Competition Authority, 2007, págs. 47-64 “the prohibition against excessively high prices has its primary scope of application in situations of legal monopolies or regulated markets. In free markets it may principally be used when the pricing strategy focuses on something other than exploiting its customers on that particular product, for example by trying to prevent parallel imports”.

1. SECTORES REGULADOS

En nuestra opinión, es conveniente hacer examen de si los sectores regulados siguen presentando fallos de mercado tales que produzcan una reducción de competencia en los mismos y requieran de la introducción de medidas dirigidas a controlar los resultados producidos en ellos, además de aquéllas cuyo objetivo es mantener las condiciones de competencia en el mercado eliminando las barreras de entrada.

Si se confirma el mantenimiento de los fallos, la conclusión lógica pasa por exigir la subsistencia o, incluso, la mejora de la regulación presente en el mismo, que se ha revelado como insuficiente o inservible. Por otra parte, y, aunque que la regulación está esencialmente dirigida a subsanar los defectos o fallos estructurales y no al control de los resultados, entendemos que, mientras el mercado no reúna las suficientes garantías de obtención de precios competitivos, debería estudiarse la necesidad de recurrir a este instrumento para, de forma paralela, (re)introducir un control *ex ante* de los precios o tarifas aplicados por los operadores privados.

1.1. NOTAS GENERALES

Determinados sectores de la economía han estado tradicionalmente ordenados por una regulación estricta y pormenorizada, que ha ordenado su actividad (regulación sectorial específica), además de sometidos a la supervisión del Derecho de la competencia general¹⁰⁴⁴, como herramienta de control transversal de las actividades anticompetitivas *ex post*¹⁰⁴⁵.

¹⁰⁴⁴ Esta situación de estar sometido a dos tipos de reglas regulando la misma conducta parece crear cierta inseguridad jurídica en opinión de determinados autores, como LAGUNA DE PAZ, J. C., “Regulation and competition law”, *European competition law review*, vol. 33, n°

Esta legislación –el Derecho regulatorio- se rige por un principio distinto al Derecho de la competencia: mientras en éste último se asume como principio que los mercados funcionan correctamente y el Derecho sólo entra a conocer los casos de distorsiones en los mismos¹⁰⁴⁶, donde las conductas de los operadores alteren las condiciones en su propio beneficio generando una sustitución de reglas¹⁰⁴⁷, la asunción en los sectores regulados es la inversa. En atención a estos últimos, el legislador presume que se trata de mercados donde la competencia entre los operadores no es fluida, lo que determina que la configuración del mercado se resienta, requiriendo de una supervisión y vigilancia mucho más estricta que en el resto de los mercados¹⁰⁴⁸, que pasa por ordenar su funcionamiento.

2, 2012, págs.- 77-83, pág. 78. Olvidando que la mayor parte de conductas no sólo están sometidas a una única ley, sino a un importante número de ellas que regulan distintas facetas del mismo acto o conducta, como sucede con el Derecho de la competencia y el Derecho regulatorio.

¹⁰⁴⁵ En la mayor parte de sectores regulados, especialmente en los energéticos, la Comisión ha perseguido principalmente los abusos de exclusión y no los de explotación en armonía con la tendencia liberalizadora del mercado. Por lo tanto, la aludida tendencia a la persecución de los abusos por explotación en mercados de energía no parece reflejarse en la realidad. KAROVA, R., BOTTA, M., “Sanctioning excessive energy prices as abuse of dominance — are the EU Commission and the National Competition Authorities on the same frequency?” en AAVV., *Abuse of Dominance in EU Competition Law. Emerging Trends*, eds. P. L. Parcu, G. Monti, M. Botta, Edward Elgar, Cheltenham, 2017, págs. 169-184, pág. 173. Sin embargo, las autoridades nacionales de la competencia han dictado algunas decisiones aisladas en la material: ENEL en 2010 en Italia y Elsam en 2005 y 2007 en los Países Bajos.

¹⁰⁴⁶ RODGER, B., MACCULLOCH, A., *Competition Law and policy in the EC and UK*, op.cit, pág. 1.

¹⁰⁴⁷ CASES, L., “Regulación y competencia. Límites y conexiones”, en AAVV., *Regulación. Fundamentos e instituciones de la regulación*, dir. S. Muñoz Machado, J. Esteve Pardo, Iustel, 2009, Madrid, págs.. 425- 462, pág. 435. En estos supuestos, no existe una posición beligerante de intervención constante, sino sólo vigilante y de salvaguarda del proceso competitivo.

¹⁰⁴⁸ PAPAPOPOULOS, A. S., *The international dimension of EU competition law and policy*, Cambridge University Press, 2010, pág. 26. CALVO DÍAZ, G., RAMOS DE MOLINS SAÍNZ DE BARANDA, A., “Derecho de la competencia y sectores regulados” en AAVV., *Tratado de Derecho de la Competencia*, coord. D. Loma Osorio, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 589-654, pág. 592.

Así, el objetivo de la regulación de sectores específica pasa por la generación artificial y forzada de un marco de competencia¹⁰⁴⁹, que, con el tiempo, debe terminar siendo natural, momento éste, en el que se eliminará el andamiaje regulatorio¹⁰⁵⁰. Esta regulación sectorial específica se configura como un instrumento de acompañamiento en el proceso de liberalización de ciertos mercados.

Estos mercados a los que nos referimos se habían caracterizado, hasta el momento, por ser un servicio público¹⁰⁵¹ -tras la liberalización, servicios de interés general¹⁰⁵² (SIEG¹⁰⁵³)- y en ellos el operador único era, normalmente, de titularidad pública.

¹⁰⁴⁹ Las actividades reguladas son aquéllas que se desenvuelven en una situación que es competitiva por virtud de la existencia de la regulación sectorial, sin la cual las condiciones competitivas desaparecerían. CALVO DÍAZ, G., RAMOS DE MOLINS SAÍNZ DE BARANDA, A., “Derecho de la competencia y sectores regulados” en AAVV., *Tratado de Derecho de la Competencia*, coord. D. Loma Osorio, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 589-654, pág. 594.

¹⁰⁵⁰ Parece existir consenso en la doctrina sobre el aspecto de que la regulación está llamada a la desaparición, tiene vocación de temporalidad. LAGUNA DE PAZ, J. C., “Regulation and competition law”, *European competition law review*, vol. 33, nº 2, 2012, págs.- 77-83, pág. 77. El autor sostiene que las actividades económicas deben ser desreguladas lo máximo posible. Y desplazar el foco de la cuestión desde la regulación hacia el Derecho de la competencia. FERNÁNDEZ, C., “La regulación ex ante y el remedio ex post” en AAVV., *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia*, S. Martínez Laga, A. Petitbo Juan, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 57-75, pág. 61.

¹⁰⁵¹ TORNOS MAS, J., “El concepto de servicio público a la luz del Derecho comunitario”, *Revista de Administración Pública*, nº 200, 2016, págs. 193-211, pág. 194 y 196. El concepto servicio público está intrínsecamente unido a necesidades generalmente sentidas, que no pueden satisfacerse individualmente, y que debe proveer el estado para garantizar la cohesión social. Posteriormente, el concepto de servicio público se ha unido a servicios de contenido económico, muchos de los cuales deben prestarse a través de una red. Los mismos son actividades excluidas de la libre iniciativa económica, como libertad de acceso a toda la actividad.

¹⁰⁵² Tras el convencimiento alcanzado en Europa de que estos servicios podían ser perfectamente cubiertos con la iniciativa privada, de que el mercado puede garantizar las prestaciones propias de estos servicios públicos y que la competencia mejorará calidad y precio de los mismos, se entra en el proceso de liberalización. Se trata de actividades económicas de carácter prestacional que poseen un fin de interés general. TORNOS MAS, J., “El concepto de servicio público a la luz del Derecho comunitario”, *Revista de Administración Pública*, nº 200, 2016, págs. 193-211, pág. 201.

Así, la regulación se produce precisamente porque la privatización de un mercado no necesariamente conlleva, al menos, en las primeras fases, que el mismo sea suficientemente competitivo o contestable como para funcionar exclusivamente sometido a la supervisión *ex post* del Derecho de la competencia¹⁰⁵⁴.

En consecuencia, se ha diseñado, para algunos mercados, un marco jurídico que hace especial hincapié en instrumentos de intervención directa y que trata de anticipar los problemas que puede plantear la ordenación de un incipiente mercado libre, como pueden ser aquéllos derivados de la existencia del temprano y, en principio, provisional, mantenimiento de monopolios *de facto* o importantes posiciones de dominio en manos privadas, que aparecen en la transición a un mercado donde existirá una pluralidad de operadores¹⁰⁵⁵ o, aunque no existan tales operadores, sea contestable.

A partir de los años 80, la mayor parte de países pertenecientes a la Unión Europea, fueron partícipes de una importante oleada de liberalizaciones¹⁰⁵⁶ y eliminación de barreras de entrada legales de acceso a ciertos mercados, consideradas ineficientes en el nuevo escenario de funcionamiento del mismo. A nivel europeo, la liberalización fue auspiciada

¹⁰⁵³ Comisión, Comunicación sobre los servicios de interés general en Europa , 2009, define los SIEG como servicios de mercado a los que los estados miembros imponen determinadas obligaciones de servicio público en virtud de criterios de interés general. La directiva de Servicios 123/2006, en su considerando 70, establece que “sólo pueden considerar servicios de interés económico general si se prestan en ejecución de una tarea especial de interés público confiada al prestador por el estado miembro en cuestión.

¹⁰⁵⁴

¹⁰⁵⁵ CALVO DÍAZ, G., RAMOS DE MOLINS SAÍNZ DE BARANDA, A., “Derecho de la competencia y sectores regulados” en AAVV., *Tratado de Derecho de la Competencia*, coord. D. Loma Osorio, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 589-654, pág. 591.

¹⁰⁵⁶ Proceso de liberalización que, en opinión de determinados autores, viene acompañado de un proceso de neo-regulación, con el que se refieren a un nuevo modelo de regulación que acompaña al proceso de privatización. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., ARIÑO ORTIZ, G., *Derecho de la competencia en sectores regulados. Fusiones y adquisiciones. Control de empresas y poder político*, Comares, Granada, 2001, pág. 1.

por la Comunidad Europea¹⁰⁵⁷, en coherencia con el deseo de construir un mercado único y el deseo de importar, a todos los sectores, un marco de competencia no falseado que funcionara de forma no distorsionada.

Entre los mercados afectados se encuentran los relacionados con las comunicaciones –telecomunicaciones y servicio postal-, los mercados de energía, los transportes – autovías y transporte ferroviario, portuario y aeroportuario- y la actividad financiera, por considerarse de interés general e, incluso, servicio público ¹⁰⁵⁸. No obstante, en el apartado posterior centraremos los esfuerzos en el mercado eléctrico que presenta rasgos particulares que ha ocasionado más problemas en el proceso de liberalización en comparación con otros mercados, como ha podido ser el transporte o las telecomunicaciones.

Estos rasgos a los que nos referimos son la inelasticidad extrema tanto de la demanda, como de la oferta (derivada de la imposibilidad de almacenaje de grandes cantidades de energía) y la necesidad de mantener una única red de distribución.

En los mercados regulados, la medida inicial adoptada ha sido la supresión de los monopolios estatales, situación ésta que ha conllevado que, en algunas ocasiones, inmensas infraestructuras públicas se hayan transferido a operadores privados convirtiéndose las empresas entrantes, durante un

¹⁰⁵⁷ En el sector eléctrico de la mano de las siguientes directivas: Directiva del Consejo de 29 de junio de 1990 sobre la transparencia de precios aplicables a los consumidores finales de gas y electricidad, la Directiva del Consejo sobre el tránsito de la electricidad por las grandes redes, la Directiva de 19 de diciembre de 1996 del Parlamento y del Consejo sobre el mercado interior de la electricidad, la Directiva 2003/54/CE del Parlamento y del Consejo de 26 de junio de 2003 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.

¹⁰⁵⁸ VELASCO SAN PEDRO, L.A., “Las barreras de entrada y su relevancia para el derecho de la competencia”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, nº 6., 2010, págs. 26.

plazo prolongado de tiempo, en grandes monopolistas privados, siendo, en ocasiones, especialmente difícil tanto revertir esta configuración del sector como compensar el impacto de un largo período de tiempo de monopolio público.

Para tratar de mitigar los perjuicios que podrían derivarse de un, presumible, régimen transitorio de monopolios privados, el legislador ha introducido una pluralidad de medidas –oportunas y proporcionadas– dirigidas a evitar los abusos excluyentes, especialmente orientadas a permitir el acceso a infraestructuras esenciales o redes del monopolista o titular de la posición de dominio. Un ejemplo de ello es la doctrina de las *essential facilities*¹⁰⁵⁹, que busca remediar los daños que podría causar la existencia de tan elevada barrera de entrada¹⁰⁶⁰ como es inoperabilidad o ineficiencia de la construcción o establecimiento de una red alternativa a la ya existente que fue establecida cuando el prestador del servicio era público. La apertura de la red del dominante en condiciones que hagan posible la aparición de competencia se erige así, en el modelo europeo, como pieza clave del proceso liberalizador¹⁰⁶¹.

Como se ha podido apreciar de los breves apuntes realizados, la medida principal del sistema regulatorio ha ido orientada a la eliminación de las barreras de entrada para hacer el mercado más competitivo, igual que ha sucedido en el Derecho de la competencia. Sin embargo, mientras el mercado no lo sea –porque, en el mejor de los casos, y si las medidas funcionan, la

¹⁰⁵⁹ LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., ARIÑO ORTIZ, G., *Derecho de la competencia en sectores regulados. Fusiones y adquisiciones. Control de empresas y poder político*, Comares, Granada, 2001, págs. 21 ss.

¹⁰⁶⁰ Aplicable también a otro tipo de casos que no necesariamente tienen que ver con monopolios públicos privatizados. Aunque especialmente se ha utilizado en casos en los que construir una infraestructura o red equivalente a la que era titularidad del Estado no es eficiente. En estos supuestos, se obliga a permitir la explotación de la red por otros operadores a cambio, normalmente, de una compensación justa.

¹⁰⁶¹ CALVO DÍAZ, G., RAMOS DE MOLINS SAÍNZ DE BARANDA, A., “Derecho de la competencia y sectores regulados”, *op.cit.*, pág. 592.

competencia tardará un período de tiempo razonable en llegar al mercado- los precios no van a alcanzar tampoco un nivel competitivo. Así, no puede aceptarse la “libre” formación de precios si el marco en el que los mismos se originan no es competitivo.

En cambio, al igual que ha sucedido en el Derecho de la competencia, también en esta regulación sectorial específica se ha tendido a un adelgazamiento de la normativa, cuya primera víctima ha sido la regulación de los precios en la mayor parte de mercados¹⁰⁶². Así, el argumento esgrimido por los no intervencionistas dirigido a eliminar la intervención *ex post* del Derecho de la competencia en los supuestos de precios excesivos argumentando que ésta era una materia para el Derecho regulatorio, queda obsoleta en la medida en la que se trata de una cuestión a la que tampoco, en la mayor parte de ocasiones, se da solución en esta fase, pese a la evidente necesidad por las disfunciones que los mercados siguen presentando.

En nuestra opinión, se debe empezar a asumir que el hecho de que el precio de determinados servicios y bienes producidos en mercados regulados haya continuado elevándose desde su liberalización puede entenderse como un indicio de que, bien procesos de liberalización no están correctamente efectuados, bien los mismos se operaron en un momento en el que el tejido empresarial de un Estado no se encontraba en condiciones de asumir la participación en el sector, bien, alternativamente, la regulación en la materia es deficiente e inoportuna, siendo incapaz de solucionar unos fallos de mercado existentes.

¹⁰⁶² SMITH, M., “Judges, ex ante decisions evidence and proof” en AAVV., *Economic Evidence in EU Competition Law*, eds. M. Kovac, A. S. Vandenberghe, Intersentia, Cambridge, 2016, págs. 127-135, pág. 127. El autor sostiene que la regulación de precios se ha limitado dramáticamente en Europa, aunque sigue subsistiendo en algunos mercados, como, por ejemplo cita él, las telecomunicaciones.

Así, somos de la opinión de que existen supuestos en los que se debería dar un paso atrás en la eliminación de determinados aspectos de la regulación, como pueden ser los precios regulados, o incidir más y con mayor tino en otros (como las prácticas excluyentes) de forma que no todo el peso se haga recaer sobre el Derecho de la competencia, que, como se ha estudiado cuenta con importantes detractores en lo que a su aplicación a precios excesivos se refiere.

1.2. PRECIOS REGULADOS. NOTAS INTRODUCTORIAS

En el presente apartado se pretende hacer una distinción entre el concepto de “precio regulado” y “tarifa” y poner de relieve alguna de las dificultades que plantea la determinación de un precio regulado eficiente, discutiendo ciertos los argumentos presentados en contra de la regulación de los mismos.

1.2.1. Diferencias de los precios regulados y las tarifas

Es importante apuntar que existen diferencias de calado entre un precio regulado y una tarifa. En primer lugar, el precio regulado no es fijado por la Administración en tanto que titular del servicio público en ejercicio de su potestad tarifaria, sino que se trata de un precio determinado por la Administración en base a una potestad específica que debe tener su cobertura en una norma legal¹⁰⁶³.

La potestad tarifaria, en cambio, es la facultad que se le concede a la Administración de determinar los precios y las tarifas de bienes y servicios cuando la prestación del servicio es de titularidad de la Administración, pero

¹⁰⁶³ TORNOS MAS, J., “Regulación de precios y tarifas”, en AAVV., *Regulación. Fundamentos e instituciones de la regulación*, dir. S. Muñoz Machado, J. Esteve Pardo, Iustel, 2009, Madrid, págs. 537- 575, pág. 539.

corre a cargo de un sujeto privado o cuando se actúa en régimen de mercado¹⁰⁶⁴.

Asimismo, un precio regulado es el que fija un poder público, ya sea una administración o autoridad independiente reguladora, con el fin de garantizar al usuario la prestación de un servicio económico de interés general en condiciones asequibles. Sin embargo, no puede considerarse que el precio sea una tasa, en la medida en la que se ingresa en las arcas de una entidad privada prestadora.

Así pues, la diferencia entre precio regulado y tarifa no radica en quién lo impone, sino en la posición en la que se encuentra la Administración que la fija: en una tarifa, la Administración impone el precio como titular del servicio que presta a través de una empresa en régimen de derecho privado o de un concesionario. En un precio regulado, en cambio, la administración lo hace desvinculada de la actividad.

En segundo lugar, cuando se presta el servicio de forma indirecta, la tarifa es uno de los elementos del contrato de gestión indirecta. El precio regulado, en cambio, no se encuadra en una norma general en la legislación de contratos, como ocurre con las tarifas, sino que se determina en la ley sectorial propia del mercado que se está ordenando, donde se fijan los criterios para su concreción. Este precio, además, se establece en una norma de carácter general, ya que su fin último es la garantía de un fin de interés general.

En tercer lugar, precio y tarifa se diferencian en la duración de las medidas. Se puede afirmar que el concepto de precio regulado tiene una vocación de temporalidad. La norma reguladora del sector trata de conseguir un sistema de libre fijación de precios, por lo que sólo se admite el precio

¹⁰⁶⁴ *Íbidem*, pág. 540.

regulado donde se constate la insuficiencia del mercado. En este sentido, la ampliación del mercado debe ir reduciendo la presencia de los precios regulados paulatinamente¹⁰⁶⁵.

1.2.2. Determinación de la cuantía

Una de las cuestiones más conflictivas es la relativa a la determinación de la cuantía del precio y la estructura del mismo. El precio regulado incide en la remuneración de una actividad liberalizada que se ha deseado someter a las reglas del mercado. Una parte de esta actividad sigue dependiendo de un precio intervenido por razones de interés general. Por ello, se admite que, en los sectores regulados, allá donde no exista competencia, el poder público aparezca.

En primer lugar, conviene señalar que, tanto la doctrina como los sectores afectados, han expresado dos grandes preocupaciones en torno a la cuestión de la determinación de un precio regulado.

Por un lado, se ha criticado la distorsión que pueden ocasionar los intereses políticos en la determinación del precio, que poco tienen en cuenta el contexto económico del sector. Para que la intervención fuera apropiada y eficiente, se debería exigir que las autoridades responsables tuvieran en cuenta las condiciones de competencia en el mercado y se siguiera un procedimiento legalmente establecido. Así, se debe tomar en consideración cuál es el papel de las autoridades de regulación en el proceso de fijación de precios regulados, su composición, cómo se designa a los miembros que participan en tal proceso, cuáles son sus motivaciones y, por supuesto, deberían articularse herramientas de control efectivas de sus decisiones, así como del procedimiento de toma de decisiones.

¹⁰⁶⁵ TORNOS MAS, J., “Regulación de precios y tarifas”, *op.cit.*, pág. 559.

La segunda cuestión conflictiva se refiere a la determinación de los criterios generales en los que debe basarse el órgano competente para fijar el precio regulado. Como principios angulares deben respetarse el de suficiencia, eficiencia y objetividad en relación con la entidad prestadora del servicio. Pero, además, debe considerarse una visión global de la actividad prestacional, de modo tal que pueda pasarse de un régimen de precios autorizados para el caso en concreto, a un régimen de precios de referencia máximos o *price cap*¹⁰⁶⁶. Debe construirse una estructura de precios que asegure un precio justo y remunerador, que permita una gestión económicamente más rentable de la empresa y proteja, al mismo tiempo, el interés del usuario.

No obstante, pese a todos los esfuerzos que se lleven a cabo, en opinión de algunos autores, y éste es uno de los motivos de su rápida desaparición o reducción, los sistemas de tarificación son poco fiables por varios motivos. Y esta escasa utilidad se produce aunque los criterios de determinación de los mismos se realizan con cierta precisión por la ingente cantidad de información que controlan los órganos reguladores.

En primer lugar, sostienen que la averiguación de los costes reales de las empresas es complejo, y más complicada aún es la determinación, *ex ante*,

¹⁰⁶⁶ La determinación de un *price cap* es una de las cuestiones más complejas de la materia. Si se fija el mismo demasiado bajo, se daña la inversión y la producción. Si se fija, en cambio, demasiado alto, se permite el abuso de poder de mercado. El impacto a largo plazo de la regulación de precios es complejo de analizar y de estudiar empíricamente porque un *price cap* demasiado bajo desincentivaría teóricamente la inversión si los empresarios entienden que con el mismo será imposible rentabilizar el capital. Asimismo, se entiende que la fijación de precios evita la entrada de competidores en el mercado. En opinión de la Agencia Internacional de Energía (2005), los *price caps* son extremadamente dañinos al impedir que el mercado forme señales en forma de subidas que indiquen la necesidad de nueva capacidad de generación. DE LA CRUZ FERRER, J., “El funcionamiento del sistema eléctrico. Sujetos. Separación de actividades. Planificación” en AAVV., *Regulación. Fundamentos e instituciones de la regulación*, dir. S. Muñoz Machado, J. Esteve Pardo, Iustel, 2009, Madrid págs. 277-331, pág. 302.

Carmen Teresa Rodilla Martí
de los que hubieran debido ser¹⁰⁶⁷, necesarios para poder establecer un precio competitivo, que será el que se fije artificialmente.

Asimismo, queda claro que al establecer el régimen de precio regulado se busca alcanzar resultados más eficientes. Así se utilizan, a estos efectos, mecanismos de tarificación orientados a la obtención precios competitivos (por ejemplo, en los peajes de acceso a las redes se refleja el coste real, incluyendo la ubicación geográfica de usuario e, igualmente, se configuran tarifas diversificadas dependientes del distinto uso de las redes). Adicionalmente, y a estos efectos, se utilizan, en lugar de sistemas de regulación basados en el control de beneficios (*cost-plus*), esquemas basados en precios, de forma que se introducen incentivos a la reducción de costes al controlar los precios y permite la traslación de los beneficios derivados de la eficiencia¹⁰⁶⁸, como sucedía en el cálculo de los precios excesivos en el supuesto SACEM II.

En nuestra opinión, estos argumentos, respecto de los problemas presentes en la determinación de las tarifas, son muy similares a los conflictos que se plantean en relación a la cuestión de determinación de la existencia de un precio excesivo *ex post*: la falta de información fiable, la ausencia de criterios en lo que atañe a cuál es la inversión prudente o la tasa de retorno razonable, la imposibilidad de controlar los subsidios cruzados y la dificultad de incentivar la eficiencia en un modelo en el que el gestor parecía tener los costes cubiertos¹⁰⁶⁹.

Sin embargo, también es cierto que el ejercicio de tarificación puede simplificarse enormemente en presencia de precios de mercado libre en alguna fase del proceso. Así, se facilita al órgano regulador la tarificación del

¹⁰⁶⁷ LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., ARIÑO ORTIZ, G., *Derecho de la competencia en sectores regulados. Fusiones y adquisiciones. Control de empresas y poder político*, Comares, Granada, 2001, pág. 36.

¹⁰⁶⁸ Íbidem, págs. 37 y 38.

¹⁰⁶⁹ Íbidem, pág. 36.

producto final y proporciona una referencia de mercado para los servicios que siguen sometidos a tarificación¹⁰⁷⁰.

En cualquier caso, y en relación con la dificultad de la tarea, debemos retomar los argumentos del sector no intervencionista, en el sentido de poner de manifiesto que los reguladores son los organismos que en mejor posición se encuentran para poder determinar el nivel de precios que alcance la eficiencia, dado que tienen los mejores y más especializados conocimientos del sector, a diferencia, en su opinión, de las autoridades de la competencia. Por lo tanto, parece que la dificultad es relativamente reducida para los órganos reguladores.

Éstos no han sido los únicos impedimentos u objeciones presentados en contra de la regulación de los precios excesivos. Existen autores que sostienen que la determinación por la Administración de los mismos conlleva la producción las consecuencias negativas a medio plazo. Entre otras cuestiones, se argumenta que la regulación de precios *puede* distorsionar los incentivos de innovar. Esta potencialidad es incierta atendido que es complejo analizar el impacto que la regulación de precios puede tener en el mercado y, sobre todo, en la innovación.

Asimismo, se defiende como otro de los argumentos clásicos en contra de la fijación de un precio regulado, que la imposición del mismo desfigura las señales que el mercado lanza naturalmente a través de los precios al resto de competidores o potenciales competidores: unos precios elevados indican que existe la posibilidad de asumir una mayor oferta, argumento que ya desmentimos en la parte III del trabajo.

Asimismo, se ha sugerido que la regulación de precios impide el proceso de maduración del mercado, en concreto, el eléctrico, al no permitir

¹⁰⁷⁰ Íbidem, pág. 37.

que estas subidas de precios inciten a los competidores a generar nueva tecnología, de forma que el control de precios sólo beneficia a corto plazo a los consumidores evitando que se introduzcan medidas que puedan, en el futuro, mejorar la eficiencia del sistema y abaratar los precios. Esta afirmación parte de la premisa de que la empresa sólo innovará en presencia de beneficios supra competitivos.

Por último, se arguye que la fijación de precios de los servicios entraña una importante decisión en lo referido a la asignación de un reparto justo de rentas, tarea que reviste cierta dificultad técnica. En nuestra opinión, en esta tarea deben valorarse diferentes cuestiones. En primer lugar, que estamos ante servicios de interés económico general (SIEG)¹⁰⁷¹ que necesita estar a disposición de todos los ciudadanos. En segundo lugar, es indispensable valorar cuál es el nivel de inversión, especialmente en innovación, que requiere el sector. Cuanto más bajo sea el mismo, mayor peso se debe adjudicar a los consumidores en la balanza.

1.3. EN CONCRETO EL SECTOR ENERGÉTICO

El mercado que será objeto de análisis en el presente apartado – mercado energético, específicamente, el eléctrico – presenta unos rasgos particulares de un modelo de competencia regulada: el servicio es esencial y

¹⁰⁷¹ Las empresas que prestan este tipo de servicios tienen un régimen particular, entre otros, en lo que respecta a la aplicación del Derecho de la competencia. Se puede dispensar a la empresa de la aplicación del Derecho de la competencia si, además de prestar la misma un SIEG, la prestación efectiva del mismo sea incompatible con la sujeción a la libre competencia. Este tipo de actividades tiene la característica de que debe quedar garantizada su prestación, incluso cuando el mercado no lo haga. Se trata de actividades regidas por principios ajenos a la lógica del mercado, entre los que se encuentra, el acceso universal, la igualdad entre los beneficiarios, continuidad de la prestación, y, sobre todo, la exigencia de una contraprestación asequible. DÍEZ PICAZO, L.M., “Los servicios de interés económico general en el ordenamiento comunitario”, *op.cit.*, pág. 413.

se presta a través de extensas redes¹⁰⁷², cuya duplicación por operadores del mercado puede resultar ineficiente o, incluso, imposible (principio de red única). La existencia de esta red y la imposibilidad de evitarla constituyen algunas de las peculiaridades del sistema eléctrico, que exige que los productores estén unidos a los consumidores a través de estas estructuras de transporte y distribución.

Asimismo, es notable la intensa volatilidad del mercado, que genera excedentes estructurales de la capacidad o que, en ocasiones, es incapaz de responder a una fuerte demanda que determina la necesidad de recurrir al mercado de restricciones técnicas. Así, la demanda aumenta y desciende de forma notable, aunque previsible, en las distintas franjas del día y año (día/noche, invierno y verano/primavera y otoño), resultando en períodos en los que se alcanzan importantes picos de precios, pero que sólo difícilmente pueden controlarse dada la dificultad de almacenaje.

El sector eléctrico ha tenido un intenso recorrido en España, cambiando en varias ocasiones la titularidad –pública o privada- de los medios de producción y transporte.

La historia del sector eléctrico español como tal comienza en los años 40, tras la Guerra Civil, donde empresarios y políticos llegan al convencimiento de que el sector requiere una mejora de la coordinación de forma que se pueda crear un verdadero sector eléctrico donde sólo existía un

¹⁰⁷² BEL, G., CALZADA, J., ESTRUCH MANJÓN, A., “Economía y regulación de los servicios de red”, en AAVV., *Regulación. Fundamentos e instituciones de la regulación*, dir. S. Muñoz Machado, J. Esteve Pardo, Iustel, 2009, Madrid, págs.. 707- 757, pág. 710 ss. Los autores explican que las industrias de red tienen ciertas peculiaridades que hacen que la liberalización haya fracasado porque permanecen los fallos de mercado, siendo uno de esos fallos las externalidades de red.

conglomerado de empresas eléctricas” que desarrollaban su actividad “sin una conexión estrecha entre ellas, en los diferentes territorios españoles”¹⁰⁷³.

A los efectos de armonización de la interconexión de ambas funciones se crea UNESA (asociación de las grandes empresas eléctricas). Así, los inicios del sector nacional son los propios de un sector regulado, en el que los medios son privados, pero están sujetas las empresas privadas a una intensa regulación, donde se prevén incluso tarifas tope unificadas.

Se inicia, con estas reformas, una época en la que se trata de unificar el sistema para perfeccionar el modelo de producción y permitir la transferencia de energía a las diferentes zonas del territorio. Mientras el resto de países europeos tenía nacionalizado el mercado, en España se mantiene un régimen privado de producción y transporte de electricidad.

El sistema descrito se conserva hasta la Ley 49/1984 sobre explotación unificada del Sistema eléctrico Nacional, aprobada por el gobierno socialista. En la citada ley se declaraba la actividad de explotación de las redes de alta tensión como “servicio público de titularidad estatal”. Así, se obligó a los titulares del servicio a cederlo a la empresa estatal Red Eléctrica de España (REE), que fue posteriormente privatizada, aunque se mantuvo controlada por el Estado a través de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI). Esta Sociedad Estatal ha mantenido el 20% del capital tras la salida a bolsa en el 2000. Asimismo, la gestión del sistema se atribuye a una sociedad anónima participada por el estado en más de un 50% (REDESA).

Así, la red de alta tensión se convierte en pública y la empresa mixta REDESA se ocupa de la gestión de la misma. No obstante, esta

¹⁰⁷³ MUÑOZ MACHADO, S., “Introducción al sector energético: regulación pública y libre competencia” en AAVV., *Regulación. Fundamentos e instituciones de la regulación*, dir. S. Muñoz Machado, J. Esteve Pardo, Iustel, 2009, Madrid, págs. 16-51, pág. 19.

nacionalización no afecta al resto de actividades de producción, transporte y distribución, que siguen prestándose por empresas privadas.

Tras la liberalización del sector (1997, LSE), se le dotó de una extensa regulación, que ha ido evolucionando desde 1994, y que deberá seguir vigente durante el período de transición del mismo hacia un mercado competitivo o contestable, objetivo final del proceso –que no acto- de liberalización.

En la configuración del marco regulatorio del mercado eléctrico se ha optado por un sistema que pone énfasis, prioritariamente, en la eliminación de las barreras de entrada¹⁰⁷⁴, en lugar de los resultados, precisamente porque el objetivo principal es generar un mercado suficientemente competitivo o contestable, que permita que el mercado eléctrico sea capaz de auto-gestionarse. A este fin, la posibilidad de acceso al mismo ha sido considerada fundamental y la misma se ha configurado a través de la *essential facility doctrine* y la *third party access doctrine*¹⁰⁷⁵ Por otra parte, se ha obligado, aunque de una forma en la que la utilidad de la norma queda en entredicho, a separar las actividades de producción y distribución, al menos a nivel contable.

No obstante, en ocasiones, sobre todo en los inicios del proceso, y actualmente de forma restringida debido al escaso número de clientes que se

¹⁰⁷⁴ Que se presentan de forma especialmente intensa, de la mano de grandes inversiones financieras en centrales de generación y en redes de transporte y distribución, Así, se trata de un sector intensivo en capital con largos períodos de maduración de las inversiones. Asimismo, se requieren innumerables licencias urbanísticas y de seguridad o medio ambiente para las instalaciones. DE LA CRUZ FERRER, J., “El funcionamiento del sistema eléctrico. Sujetos. Separación de actividades. Planificación”, *op.cit.*, pág. 285.

¹⁰⁷⁵ LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., ARIÑO ORTIZ, G., *Derecho de la competencia en sectores regulados. Fusiones y adquisiciones. Control de empresas y poder político*, *op.cit.*, pág. 22.

encuentran acogidos a la misma¹⁰⁷⁶, la regulación también ha afectado a la formación o el nivel de los precios del servicio, es decir, a la configuración de unos precios regulados.

1.3.1. El precio regulado en el sector de la electricidad

Pese a la fijación artificial e impuesta de un régimen tarifario en aquéllas primeras fases de la liberalización¹⁰⁷⁷, se ha partido de la base, y era al objetivo al que se aspiraba, de que la formación competitiva de precios es más conveniente y acertada que el cálculo de costes marginales que pueda realizar la autoridad regulatoria. Ello, no obstante, dadas las circunstancias presentes en tales mercados, se ha debido recurrir a la regulación de los mismos en algunos supuestos¹⁰⁷⁸.

El hecho de regular esta materia es posible que en ocasiones colisione con una de las libertades reconocidas a las empresas gestoras de tales servicios de interés económico general, a saber, la facultad de operar según principios comerciales, y quedar vinculadas únicamente a los mismos límites o restricciones que obligan a otros operadores de mercados libres. Esta libertad se extiende también a la fijación de precios a los clientes o consumidores en aquellos ámbitos donde exista un margen mínimo de competencia y éstos tengan la posibilidad de optar entre varias ofertas¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷⁶ TORNOS MAS, J., “Regulación de precios y tarifas” en AAVV., *Regulación. Fundamentos e instituciones de la regulación*, dir. S. Muñoz Machado, J. Esteve Pardo, Iustel, 2009, Madrid, págs. 537- 575, pág. 538. El autor mantiene que la intervención administrativa fijando los precios de bienes o tarifas de servicios prestados por particulares se ha reducido considerablemente. Los bienes con precios regulados son cada vez menos.

¹⁰⁷⁷ Los campos donde se sigue aplicando un régimen tarifario se han ido reduciendo enormemente, porque, donde las autoridades regulatorias entiendan que existe competencia, ya sea ésta real o potencial (por haber eliminado las barreras de entrada), no va a recurrirse a la tarificación pública y sólo el acceso universal y el acceso a las redes estará regulado. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., ARIÑO ORTIZ, G., *Derecho de la competencia en sectores regulados*, op.cit, 2001, págs. 37

¹⁰⁷⁸ *Ibidem*, pág. 24.

¹⁰⁷⁹ *Ibidem*.

Ahora bien, no en cualquier caso ni en todas las fases del sector (producción, venta mayorista y minorista) los precios de las prestaciones y servicios en los sectores referidos estarán regulados. En determinados casos, se permitirá la libre determinación de precios por las fuerzas de mercado y, en otros, se fijará un precio por el Estado, en función de si existe o no competencia real o potencial.

La razón de mantener en ciertas ocasiones los precios bajo el control regulatorio se debe a la conceptualización del servicio de suministro de energía como de interés económico público. El hecho de haber abierto el mercado a la competencia conlleva la pérdida de la potestad de fijar tarifas en el sentido técnico. Sin embargo, este proceso de liberalización no conlleva que los anteriores servicios públicos hayan perdido su vinculación al interés general. Lo único que ha cambiado es la técnica para alcanzar ese objetivo.

Precisamente por ello, cuando se constata que el proceso liberalizador no elimina todas las posiciones de dominio que impiden el libre funcionamiento del mercado, se ha optado por recurrir a un poder de intervención pública en el mercado de comercialización con el objetivo de fijar el precio en el mismo hasta el momento en el que el mercado pueda actuar plenamente como un mercado libre y competitivo.

Asimismo, y dada la característica del principio de red única que rige en el mercado eléctrico, también se ha configurado como precio regulado aquél que deben abonar los competidores por la interconexión a la red del operador, que es el titular de la misma. Y éste se ha mantenido regulado por el gobierno en lo que se conoce como “peajes”.

En los siguientes apartados estudiaremos las dos actividades en las que se ha dividido el sector y los precios regulados en las mismas: en primer lugar, el sector de la producción y comercialización, donde aparece el precio

regulado que afecta más directamente a los consumidores (el PVPC) y, en segundo lugar, el mercado de transporte y distribución, en el que se ha fijado un precio de acceso a la red dirigido a evitar los abusos excluyentes en los mercados de energía eléctrica.

1.3.1.1. El mercado de comercialización: PVPC

En 1997 se publica la Ley del Sector Eléctrico¹⁰⁸⁰, con la que se comienza el proceso de liberalización¹⁰⁸¹, tanto del sector mayorista como del minorista, pasando de un régimen de tarifas reguladas a uno de libre mercado. Sin embargo, al establecer este nuevo régimen, se hizo una pequeña reserva en el sector minorista, generando, de forma paralela a los precios de libre fijación, lo que se conocía como una tarifa de último recurso (TUR), que, de acuerdo con la exposición de motivos, tenía por objeto la protección de determinados consumidores¹⁰⁸². Esta parcela a salvo del libre mercado se salvaguardó por la convicción de que los consumidores no mostrarían una actitud activa en el mercado de comercialización y no podrían reaccionar en

¹⁰⁸⁰ Aunque la disposición adicional 10ª de la ley 40/1994, de 30 de diciembre de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional ya contenía la actividad de comercialización de electricidad como actividad susceptible de ser regulada por el gobierno, previo informe de la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional. En la disposición de establecía que la comercialización podría ser llevada a cabo por sociedades que reunieran las características señaladas, aunque no ejercieran la actividad de distribución.

¹⁰⁸¹ No condicionaba ya, como en la ley del 94, la creación de los comercializadores al ejercicio subsiguiente de tal potestad discrecional por el gobierno.

¹⁰⁸² LACASTA, E., “La actividad del comercializador. El paso de la tarifa regulada al suministro de último recurso. La Oficina de cambios de suministrador” en AAVV., *Regulación. Fundamentos e instituciones de la regulación*, dir. S. Muñoz Machado, J. Esteve Pardo, Iustel, 2009, Madrid págs. 775-810, pág. 768. Y LÓPEZ JURADO ESCRIBANO, F.B., “Comentario del artículo 45 de la Ley 54/1997” en AAVV., *Comentarios a las leyes energéticas*, dir. V. López Ibor Mayor y J.M., Beneyto Pérez, Thomson Civitas, Madrid, 2006, págs.. 676 y ss.

el mismo para moderar el consumo en función de las subidas de precio, dada la inelasticidad de la demanda¹⁰⁸³.

Si en la mayoría de los restantes sectores liberalizados los precios están sometidos únicamente a la disciplina del mercado, el sector eléctrico parece ser uno de los últimos reductos de control de precios en las actividades de comercialización, situación ésta que determina que el mercado de la electricidad esté configurado como un mercado mixto, un paso intermedio hacia la liberalización total del mercado¹⁰⁸⁴.

La completa liberalización de los mercados no se limita exclusivamente a la obligación de abrir los mismos al sector privado, sino que conlleva igualmente la redacción de una regulación de control y supervisión. Pese a que esta regulación se centra especialmente en los abusos excluyentes, se incluyen determinadas consideraciones respecto de un sistema tarifario nacional. La razón del establecimiento de este margen de regulación es el reconocimiento de que en el mercado eléctrico subsisten ciertas obligaciones derivadas de la noción de servicio público: las relativas a la seguridad del suministro y la existencia de unas tarifas razonables¹⁰⁸⁵.

En la actualidad¹⁰⁸⁶, en el mercado eléctrico, pese a la derogación del sistema TUR¹⁰⁸⁷ en 2013, sigue existiendo un precio regulado: la tarifa PVPC

¹⁰⁸³ DE LA CRUZ FERRER, J., “El funcionamiento del sistema eléctrico. Sujetos. Separación de actividades. Planificación”, *op.cit.*, pág. 320.

¹⁰⁸⁴ Algunos autores entienden que la liberalización total del mercado equivale a la liberalización del consumo, es decir, el derecho de todos los consumidores a elegir su suministrador, se inició en 2003. LACASTA, E., “La actividad del comercializador. El paso de la tarifa regulada al suministro de último recurso. La Oficina de cambios de suministrador”, *op.cit.*, pág. 770. Algunos autores incluso sostienen que la aplicación de esta tarifa es meramente marginal y excepcional. MUÑOZ MACHADO, S., “Introducción al sector energético: regulación pública y libre competencia”, *op.cit.*, pág. 41.

¹⁰⁸⁵ LACASTA, E., “La actividad del comercializador. El paso de la tarifa regulada al suministro de último recurso. La Oficina de cambios de suministrador”, *op.cit.*, pág. 788.

¹⁰⁸⁶ En respuesta a la previsión de la desaparición paulatina del sistema tarifario a partir del 1 de enero de 2009, previsto en la ley 17/2007.

o precio de venta al pequeño consumidor, que afecta a más de 11 millones de clientes en España ¹⁰⁸⁸ (y, entre ellos, la mayor parte de clientes domésticos¹⁰⁸⁹).

No obstante, también es notable el dato relativo al número de los consumidores acogidos al sistema de precios regulados. Éste ha experimentado un decrecimiento desde la introducción del nuevo régimen en 2013. Ese mismo año, 2.1 millones de consumidores cambiaron al precio del libre mercado, debido a la reducción de costes derivados del cambio. Adicionalmente, en 2014, abandonaron el sistema de precio regulado 1.7 millones¹⁰⁹⁰.

Y la caída del número de consumidores que se encuentran en el régimen de precio regulado se ha producido pese a que, como demuestra la CNMC en su informe de 2016 (Informe de supervisión de las ofertas del mercado minorista de gas y electricidad para consumidores domésticos y PYMES), “si se agrupan las ofertas por tipo de comercializadora, se observa que las ofertas a precio fijo de las comercializadoras de referencia son, en promedio, las más caras para el consumidor con derecho a PVPC”¹⁰⁹¹.

La CNMC interpreta que esta paradójica situación puede deberse a tres explicaciones distintas. En primer lugar, puede entenderse como resultado de una muestra de fidelidad al suministrador de referencia. En segundo, podría poner de manifiesto la dificultad que encuentra el

¹⁰⁸⁷ Transponiendo la directiva 53/2004/CE del Parlamento y del Consejo de 26 de junio de 2003 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, a través de la Ley 17/2007.

¹⁰⁸⁸ En datos de la CNMC a 17 de enero de 2017, el 46,3% de clientes están siendo abastecidos con esta tarifa regulada. <https://www.cnmc.es/sites/default/files/1506042.pdf>.

¹⁰⁸⁹ <http://www.minetad.gob.es/es-ES/GabinetePrensa/NotasPrensa/2013/Paginas/npreformaenergetica120713.aspx>.

¹⁰⁹⁰ CNMC, Informe anual para la Comisión Europea sobre la situación del mercado de electricidad y gas en España, 2015, pág. 36.

¹⁰⁹¹ CNMC, Informe de supervisión de las ofertas del mercado minorista de gas y electricidad para consumidores domésticos y PYMES, 2016, pág. 25, pág. 34 y págs. 41-43.

consumidor eléctrico en comparar los productos existentes en el mercado. Por último, podría atribuirse al hecho de que la existencia de estas ofertas alternativas favorezca la proliferación de productos en el mercado que se publicitan destacando importantes descuentos sobre dichas ofertas, lo que pudiera en algún caso, confundir al consumidor¹⁰⁹².

El régimen jurídico del PVPC está recogido en Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo, por el que se establece la metodología de cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor de energía eléctrica y su régimen jurídico de contratación, que remite al artículo 17 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. En la norma se establece cuál es el nivel máximo de los precios que pueden obtener los suministradores de los consumidores que cumplan los requisitos previstos en la Ley y se acojan voluntariamente a la misma¹⁰⁹³.

El sistema de precio regulado en el sector de la energía radica en establecer, por parte del Gobierno, un precio no sometido directamente a la libre competencia para un grupo concreto de consumidores y la determinación de cuya cuantía se realiza a través de un cálculo, donde se tienen en cuenta varios factores: el coste de la energía, los peajes de acceso, cargos que correspondan y los costes de comercialización en el sector

¹⁰⁹² CNMC, Informe de supervisión de las ofertas del mercado minorista de gas y electricidad para consumidores domésticos y PYMES, 2016, pág. 35.

¹⁰⁹³ Consumidores deben estar conectados en baja tensión (<1 kV) y tener una potencia contratada inferior o igual a 10 kW. La familia media española (hogar con dos hijos) suelen tener contratado 4,4, KW. <http://www.elmundo.es/economia/2014/01/14/52d508ece2704ed44a8b456c.html>. ElPaís, en una noticia del 13 de noviembre de 2015, sugería que “Entre los encuestados, el 38% de los hogares afirma que tiene contratada una potencia eléctrica de entre 4 y 6 kilovatios (kW) y el 27,2% asegura que tiene menos de 4 kW. Sin embargo, uno de cada cuatro hogares desconoce cuál es su potencia contratada, lo que puede suponer un elevado gasto adicional”. http://economia.elpais.com/economia/2015/11/13/actualidad/1447409892_014125.html.

mayorista, que determinan que el PVPC no sea fijo, sino variable dependiendo de los resultados del mercado mayorista.

Adicionalmente, y en muy restringidas ocasiones ¹⁰⁹⁴, cabe la posibilidad de acogerse a lo que se ha denominado “bono social”, conforme al cual se les aplicará a los consumidores acogidos a la misma una tarifa de último recurso calculada con un descuento del 25% en todos los términos del PVPC.

Pese a esta intensa regulación, se ha producido un aumento constante del precio de la luz desde 2013, cuando se fijaron las nuevas tarifas eléctricas, que pretendían evitar el desequilibrio en el sistema eléctrico¹⁰⁹⁵ (a cambio de aumentar un 19% la tarifa del consumidor doméstico¹⁰⁹⁶) y garantizar el suministro al consumidor al menor precio posible.

Ahora bien, siendo ésta la intención del gobierno al modificar la tarifa, no podemos olvidar que este precio regulado al que nos estamos refiriendo, como se ha indicado, se obtiene en función del coste de la energía, por lo que sigue en su mayor parte determinado por los resultados de la

¹⁰⁹⁴ Tienen derecho al bono social eléctrico las personas físicas en su vivienda habitual que teniendo derecho a la TUR, cumplan alguno de los siguientes requisitos: a) clientes domésticos con una potencia contratada inferior a 3 KW, b) pensionistas con prestaciones mínimas; c) familias numerosas y d) hogares en los que todos sus integrantes se encuentren en situación de desempleo.

¹⁰⁹⁵ El déficit de tarifa aparece en el año 2000, consecuencia de los aumentos en la demanda de electricidad y de los precios del petróleo, en concurrencia con una tendencia a la baja de las tarifas en ejercicios anteriores. El desequilibrio de produce como consecuencia de la diferencia entre el coste de producción para el cálculo de la tarifa y el coste real de adquisición en el mercado de producción. Como las tarifas no cubren los costes, es complicado para las comercializadores ser competitivas, ya que el coste de producir es superior al de las tarifas impuestas. Para ampliación de información sobre el déficit tarifario, véase LAVILLA RUBIRA, J.J., “El déficit tarifario en el sector eléctrico”, en AAVV., *Regulación. Fundamentos e instituciones de la regulación*, dir. S. Muñoz Machado, J. Esteve Pardo, Iustel, 2009, Madrid, págs. 937-974.

¹⁰⁹⁶ Subida que, sin embargo, y en datos del gobierno, habría sido de un 42%. El reparto del desequilibrio del sector asciende a 4.500 millones y el reparto de la asunción del mismo fue, en datos del gobierno, el siguiente: 2.700 millones serían asumidos por las compañías a través de modificaciones en sus retribuciones, 900 millones de euros, por el Estado a través de los Presupuestos Generales y los 900 millones de euros restantes debían ser asumidos por los consumidores a través de una subida de peajes.

compra de energía alcanzados en el mercado mayorista, a los que se ha llegado tras una subasta, donde la Operador del Mercado Ibérico de Energía (OMIE)¹⁰⁹⁷ casa oferta y demanda en distintas franjas temporales, entre los productores y los distribuidores de energía (*pool*).

Este dato contribuye a explicar el porqué de las subidas del precio de la luz, en el segmento regulado, en los últimos tiempos. Para ello, es necesario presentar de forma sucinta el funcionamiento del mercado de comercialización de energía eléctrica en España.

El mercado mayorista de energía eléctrica funciona, a su vez, en varios mercados distintos, que se organizan por el sistema de subastas (el *pool* eléctrico): el mercado diario, el mercado de restricciones técnicas¹⁰⁹⁸, el mercado intra-diario, los servicios complementarios y la gestión de desvíos.

En el mercado diario se producen la mayor parte de intercambios entre los operadores. En él, las subastas se celebran para que la transferencia de la energía tenga efecto el día siguiente de la transacción. Cada suministrador ofrece una cantidad de energía a un precio para cada hora del día y los demandantes presentan ofertas por franja horaria. El operador de mercado (OMIE) puede así casar oferta y demanda. El sistema funciona de forma que todas las centrales de generación de energía, las oferentes en el mercado, son retribuidas con un sistema ciertamente peculiar que puede dar lugar a determinadas manipulaciones, sobre todo a la vista del verdadero número de operadores en el mercado oligoplístico. El sistema es de precio único, se les compensa al precio determinado la última central necesaria para

¹⁰⁹⁷ Es el operador del mercado, a quien encomienda el ejercicio de las funciones necesarias para realizar la gestión económica del sistema referida al eficaz desarrollo del mercado de electricidad

¹⁰⁹⁸ El mercado de restricciones técnicas aparece configurado como mercado independiente ya en el “Energy Sector Enquiry” (2007).

cubrir la demanda de forma total o parcial¹⁰⁹⁹, con importantes beneficios para las productoras de energía nuclear.

Asimismo, en nuestra opinión, es especialmente interesante poner de relieve cómo funciona el mercado de ajuste de las restricciones técnicas, que ha sido objeto de diversas decisiones de la CNMC en los últimos tiempos.

Este mercado, pese a su importancia, registra un volumen de contratación relativamente menor a otros mercados de generación al por mayor, como por ejemplo el mercado diario (en 2014, los precios del mercado de restricciones técnicas representaron el 10% sobre el precio medio anual del MWh, frente al 79% del mercado diario¹¹⁰⁰). No obstante, puede tener un impacto dirimente en los precios de la energía, sobre todo ante la presencia de determinadas conductas de los operadores dominantes en los mismos, que elevan los precios por encima de un nivel competitivo, de forma que se produce un perjuicio para los consumidores, en este caso, de aquéllos acogidos al precio regulado¹¹⁰¹.

Las restricciones técnicas en el mercado de energía eléctrica son incidencias que se producen en situaciones en las que la oferta casada en el mercado eléctrico a nivel nacional al precio fijado por el mercado no es capaz de hacer frente a la demanda de ciertas áreas geográficas, bien por falta de capacidad de generación, bien por otros fallos, normalmente de transporte. Estas situaciones se producen, en gran parte, por las características del

¹⁰⁹⁹ Los agentes cuyas ofertas de venta y compra resulten casadas serán retribuidos con arreglo al precio único resultante de la casación (y no con arreglo al precio concreto de la oferta de cada uno). RAMOS GIL, R., “La producción de energía eléctrica en régimen ordinario. El mercado diario e intradiario de electricidad y su gestión económica por OMEL” en AAVV., *Regulación. Fundamentos e instituciones de la regulación*, dir. S. Muñoz Machado, J. Esteve Pardo, Iustel, 2009, Madrid págs. 333-380, pág. 342.

¹¹⁰⁰ CNMC, Informe anual para la Comisión Europea sobre la situación del mercado de electricidad y gas en España, 2015, pág. 23.

¹¹⁰¹ Los consumidores acogidos al precio libre contratan libremente el precio a pagar por la energía de forma anual con la compañía eléctrica y, de esta forma, pueden abstraerse, en principio, de las fluctuaciones de precios del mercado.

sistema eléctrico, que no permite, por cuestiones de seguridad y técnicas¹¹⁰², almacenar grandes cantidades de energía. Así, la demanda de los consumidores debe atenderse a tiempo real¹¹⁰³.

Hasta 2005, se impedía que los operadores realizaran dos ofertas distintas en el mercado de restricciones técnicas y en el mercado diario, con lo que se obligaba a las empresas a competir necesariamente en el mercado diario si querían acceder al de restricciones técnicas, siendo retribuidas al nivel ofrecido en el mercado diario en el caso de ser casada su oferta en el de restricciones técnicas. Posteriormente, si embargo, se les ha permitido pujar en los dos mercados con ofertas distintas o, incluso, sólo pujar en alguno de los dos.

Durante 2013 se produjeron varias incidencias en las que algunos de los competidores en el mercado abusaron de la posición de dominio que poseían con el objetivo de fijar precios excesivos en las subastas de restricciones¹¹⁰⁴. Sin embargo, este mercado mayorista está y estaba sometido a la disciplina del Derecho de la competencia. Por lo que los resultados producidos con ocasión de una práctica anticompetitiva, no se convalidaron

¹¹⁰² DE LA CRUZ FERRER, J., “El funcionamiento del sistema eléctrico. Sujetos. Separación de actividades. Planificación”, *op.cit.*, pág. 284.

¹¹⁰³ La imposibilidad de almacenar la electricidad determina que los costes de producción varíen significativamente. Esto significa que deben construirse centrales de energía que funcionen solamente unas horas al año. La inexistencia de traslado a tiempo real a los consumidores obliga a que el coste de mantener las centrales de generación se reparta entre todos los consumidores y no necesariamente se asigne a quienes realizan el consumo a tales horas. La energía, ciertamente, es un producto no diferenciable, fungible, pero en su precio existen importantes variaciones dependiendo del momento en el que se utiliza. Los consumidores que realizan el consumo a horas punta financian al resto de consumidores que también utilizan energía a horas punta. Una persona que pone la lavadora a las 7 de la tarde está financiando la piscina climatizada de su vecino a esa misma hora.

¹¹⁰⁴ Las restricciones técnicas se producen en áreas geográficas determinadas. Dada la complicación del transporte de la energía, este tipo de problemas se suele solucionar a cargo de la generadora de energía más cercana al problema. Así, aunque en general no se pueda predicar que una centrar posee una posición de dominio en el mercado diario, en el caso de restricciones técnicas, las necesidad y limitaciones características del mismo hace que pueda configurarse como posición de dominio.

por la CNMC, debiéndose fijar un precio de referencia por el propio Gobierno.

Pese a los múltiples expedientes sancionadores iniciados por la CNMC (la CNC y TDC) en supuestos de eléctricas, han llegado al Tribunal Supremo sólo unas pocas sentencias en la materia¹¹⁰⁵. En las mismas se han establecido los criterios a tomar en consideración para poder establecer la existencia de un ilícito del artículo 2 LDC en este tipo de mercados.

En primer lugar, el hecho de que una central de electricidad ofrezca precios elevados en el mercado diario y de restricciones técnicas no constituye en sí mismo una conducta anticompetitiva (en el régimen previo a 2005, donde deseaban quedarse fuera del mercado diario y entrar en el de restricciones, que iba a ser mucho más rentable), ya que lo que llevan a cabo es una apuesta legítima por parte de las generadoras de energía sobre el sistema eléctrico para el que pueden tener que producir, asumiendo determinados riesgos (quedarse fuera del mercado diario y que no se requiera el recurso al de restricciones técnicas) a la hora de enviar sus ofertas.

En segundo lugar, el análisis de concurrencia del ilícito del artículo 2 LDC consistente en un abuso de posición de dominio por precios excesivos en los mercados de restricciones técnicas, debe tener en cuenta los costes a los que efectivamente han producido las centrales que han suministrado en el mercado de restricciones técnicas y no los costes en otros escenarios. En caso de no poder obtener tales costes, la autoridad de la competencia puede recurrir a ciertas presunciones, como la comparación de los precios en el período de restricciones con otros parámetros. A partir de esta comparación se puede deducir una conducta de explotación abusiva. Entre otros, los

¹¹⁰⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) Sentencia de 28 enero 2010, Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) Sentencia de 27 enero 2010, Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) Sentencia de 30 enero 2012 y Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) Sentencia de 22 mayo 2013.

precios de referencia podrían ser: los ofertados por la central imputada en momentos anteriores (lo que revela sus costes variables), los de casación del mercado diario en el período analizado, los ofertados por otras centrales con una tecnología de producción similar en otras zonas competitivas.

Si tras este análisis es posible concluir la existencia de indicios de un abuso de posición de dominio, la central, en virtud de la aproximación más económica, tiene la posibilidad de desvirtuar tales presunciones probando sus costes reales que pongan de relieve la naturaleza no excesiva de los beneficios márgenes obtenidos. Además de la justificación objetiva, es posible alegar explicaciones alternativas que justifiquen el comportamiento de la planta de producción. Según el Tribunal el hecho de que la central no aporte ningún tipo de explicación alternativa es un argumento importante que apoya la existencia de abuso de su posición de dominio.

1.3.1.2. El mercado de distribución: tarifas de acceso a la red

Como se ha mencionado, en el sector de la electricidad participan dos operadores principales que interactúan con los consumidores¹¹⁰⁶: los comercializadores y los distribuidores. En el apartado precedente se ha analizado el precio regulado al que están sometidas las comercializadoras respecto de determinados tipos de consumidores.

En el presente apartado se pretende estudiar el papel de la distribuidora de energía, que participa en un mercado regulado (art. 8.2 RD 2013¹¹⁰⁷). Este operador pasa a menudo desapercibido para los consumidores

¹¹⁰⁶ Los productores sólo participan en los mercados mayoristas, en los que no intervienen consumidores, a excepción de los consumidores directos de mercado, que adquieren energía directamente en el mercado de producción.

¹¹⁰⁷ “La operación del sistema, la operación del mercado, el transporte y la distribución de energía eléctrica tienen carácter de actividades reguladas a efectos de su separación de otras

porque no contratan directamente con él, sino que su elección contractual se limita a la comercializadora. En España existen 4 grandes distribuidoras que operan según las zonas geográficas que tienen asignadas y dependiendo de dónde se ubique el consumidor, la comercializadora que le venda energía deberá contratar con la distribuidora de su zona.

Las circunstancias que definen el mercado de electricidad, como se ha visto, se refieren, entre otras, a la prestación del servicio a través de un sistema de red única. Este mercado –operación del sistema, transporte y distribución- tiene carácter de actividad regulada y queda sometido a un régimen que impone, entre otros, su gestión separada, la separación entre la propiedad y el uso abierto a todos los operadores, la eliminación de los derechos de exclusiva, la planificación vinculante de las extensiones y, en lo que aquí interesa, la regulación económica de las tarifas de acceso¹¹⁰⁸, que ha sido objeto de varias disposiciones enfocadas a corregir el desajuste entre ingresos y costes del sector eléctrico, en las que se establecieron medidas que modificaron la metodología de retribución de la actividad de transporte ejercida por Red Eléctrica¹¹⁰⁹. Actualmente, el Real Decreto 1047/2013, elaborado por el Ministerio de Industria, establece un nuevo modelo para el cálculo de la retribución de la actividad de transporte de energía eléctrica en España.

A estas tarifas se las denomina “peajes de acceso” y los costes de las redes se repercuten a los consumidores, independientemente de que se encuentren en el mercado regulado de comercialización de energía o en el mercado libre. Se trata de peajes fijados, sujetos a una revisión anual (aunque

actividades, y su régimen económico y de funcionamiento se ajustará a los previsto en la presente ley”

¹¹⁰⁸ DE LA CRUZ FERRER, J., “El funcionamiento del sistema eléctrico. Sujetos. Separación de actividades. Planificación”, *op.cit.*, pág. 295.

¹¹⁰⁹ Real Decreto-ley 13/2012 de 30 de marzo, Real Decreto-ley 20/2012 de 13 de julio, Real Decreto-ley 2/2013 de 1 de febrero y Real Decreto-ley 9/2013 de 12 de julio.

cabe la posibilidad de aumentar tal frecuencia)¹¹¹⁰. Se trata de peajes únicos para todo el territorio, independientemente de las especificidades económicas y geográficas de las redes donde se ubican los consumidores, y se calculan para cubrir los costes del sistema (a excepción del coste derivado de la producción de la energía y el de la gestión del comercializador).

Estas tarifas se fijan en función de dos variables: la potencia que el consumidor tenga contratada y el consumo de energía que haya realizado.

Así, las circunstancias de este mercado de distribución de energía (limitación de participantes derivado de el sistema o principio de red única) hace que se haya considerado oportuno introducir unas tarifas en este mercado constituido por un monopolístico natural como forma de controlar los potenciales abusos de forma *ex ante* en lugar de *ex post*.

2. PROPIEDAD INTELECTUAL

En los supuestos donde se producen precios excesivos en mercados de propiedad intelectual estaremos en escenarios particulares, donde la mera posesión de un derecho de esta clase se constituye en un monopolio o, al menos, en una posición de dominio. Esta posición de poder se otorga la mera posesión o propiedad de la una tecnología (se encuentre ésta registrada o no), permitiendo que el titular de la misma pueda obtener beneficios supra-competitivos a costa de tal recurso.

Evidentemente no todos los casos de propiedad de un derecho de propiedad inmaterial se genera de forma automática un monopolio. Sólo en supuestos muy concretos –por ejemplo por la producción de un salto

¹¹¹⁰ Actualmente, se encuentran en vigor las relativas al año 2017, recogidas en Orden ETU/1976/2016, de 23 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso de energía eléctrica para 2017.

tecnológico significativo o la existencia de una posición de dependencia que, por circunstancias específicas que pondremos de relieve más adelante, se transforman en posición de dominio- estaremos hablando de la posesión de una auténtica posición de dominio en el sentido del Derecho de la competencia. En el resto de situaciones, la competencia sigue pudiendo ser real o, al menos, potencial.

Pese a ser el mercado de la tecnología un mercado que no se encuentra dentro de aquéllos liberalizados y sujetos a regulación, es decir, que estamos ante un supuesto de mercado “libre”, esto no significa que en los mismos no exista ningún control *ex ante*, especialmente, en lo que concierne a los precios. Muy al contrario, existen dos escenarios, aunque bastante específicos y residuales, que conllevan que la fijación de precios esté sujeta a un cierto control, aunque indirecto e indeterminado, a diferencia de lo que sucede en los mercados regulados.

La concreta área en las que puede observarse esta suerte de matizado control *ex ante* ejercido por el poder público es el supuesto en el que se permite acudir a las licencias obligatorias de patentes¹¹¹¹. En segundo lugar, aunque no se trate estrictamente de una situación de vigilancia *ex ante* ejercida por el Estado, sino un caso de auto regulación entre privados, no podemos resistir la referencia a las cláusulas FRAND en los casos de consorciación de tecnología.

Esta particular y restringida forma de vigilancia y control previo en los casos de propiedad inmaterial puede explicarse por la reticencia de las autoridades a intervenir en una materia tan sensible a los incentivos que genera la actividad regulatoria, como es la tecnología y la innovación.

¹¹¹¹ CARBAJO GASCÓN, F., “Obligación de explotar. Licencias obligatorias” en AAVV., *La nueva ley de patentes*, dir. A. Bercóvitz Rodríguez Cano, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 401-432, pág. 407, pág. 426.

La actual corriente ideológica imperante en materias de control *ex post* y *ex ante* está dominada por aquéllos que sostienen que el mejor incentivo para las empresas en materia de innovación tecnológica necesariamente pasa por generar un espacio libre de intervención donde las mismas puedan obtener los beneficios suficientes que las empujen a continuar innovando a la expectativa de un lucro superior y que hagan que terceros operadores a la vista de los beneficios, sin tener en cuenta que esta situación de desregulación puede generar también cierta inseguridad jurídica, que desaliente la inversión en innovación.

2.1. LICENCIAS OBLIGATORIAS

2.1.1. Notas introductorias

En ciertas ocasiones, una empresa puede ser titular de una tecnología que presente una brecha tecnológica respecto del resto de tecnologías a disposición de los consumidores y clientes en el mercado y que, por tanto, conlleva la desaparición de la competencia.

Evidentemente, la exclusividad de explotación de tal tecnología puede derivar de dos fuentes distintas: el secreto o la titularidad de un derecho de propiedad intelectual, es decir, la concesión de un derecho de exclusiva al titular de la misma.

Ahora bien, la tecnología que produce el salto tecnológico que genera la posición de dominio tiene una duración potencial indeterminada. En los casos de secreto, ésta se prolongará mientras el titular pueda mantener fuera del alcance público los pormenores de la invención. En cambio, el sistema ordinario de propiedad radica precisamente en hacer pública la invención a cambio de la concesión por parte del Estado de un derecho de exclusiva (con

una duración diferente, dependiendo del tipo de derecho que se haya obtenido). En estos últimos casos, la invención se hace pública, por lo que el resto de competidores potenciales en el mercado la tienen a su disposición para investigación y mejora. A cambio, al titular del derecho se le otorga una serie de acciones que garantizan la pacífica explotación exclusiva del derecho mismo por el inventor (o el titular del derecho). A cambio, este *ius prohibendi* tiene un plazo de duración, al final del cual la invención pasará a dominio público y podrá ser explotada económicamente por cualquiera en el mercado.

Es durante la vigencia del derecho de exclusiva cuando el titular puede tratar de explotar de forma excesiva su derecho aprovechando determinadas circunstancias¹¹¹², con la intención de obtener unas regalías excesivas a cambio de las licencias de la tecnología que tiene patentada, aprovechando alguna coyuntura que le permita obtener un poder de negociación desequilibrado respecto del licenciataria.

En este punto, también es necesario, quizás, recordar que los supuestos en los que vamos a centrarnos son aquéllos en los que el abuso está dirigido a la explotación, no a la de exclusión. Efectivamente, como ya se ha apuntado en ocasiones anteriores¹¹¹³, en los mercados de tecnología existen, normalmente varios niveles de mercados dependientes de aquél en el que el objeto de comercio es la tecnología en sí misma. Además del mercado primario, concurren, por debajo o “aguas abajo”, otros mercados en los que se incorpora la tecnología a un bien y éste se pone en circulación con la tecnología integrada. En el supuesto de que el titular de la tecnología posea una posición de dominio en el mercado “aguas arriba” y participe, asimismo,

¹¹¹² El régimen es tan restrictivo que el mismo apenas ha tenido aplicación práctica. CARBAJO GASCÓN, F., “Obligación de explotar. Licencias obligatorias”, *op.cit.*, pág. 407.

¹¹¹³ RODILLA MARTÍ; C., *Consortios de estandarización, patentes esenciales y cláusulas FRAND*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

en mercados dependientes del mismo, es muy posible que opte por una estrategia de exclusión de los mercados “aguas abajo”, en los que aun no tiene posición de dominio para eliminar a los competidores. Una de las opciones a su alcance para llevar a cabo esta estrategia pasa por exigir una contraprestación muy elevada a cambio de la licencia con el objetivo de que sea inasumible (una forma sutil de negativa a licenciar) y adquirir una posición de dominio en los mercados donde inicialmente no la tenía.

Existiendo la opción que acabamos de presentar de abuso a través de los precios, es necesario descartarla dado el objeto de este estudio. En los apartados subsiguientes haremos exclusiva referencia a aquellos supuestos en los que los precios se elevan con el objetivo de explotar a la contraparte.

2.1.2. Concepto y características de las licencias obligatorias

Aclarada la cuestión previa, podemos afirmar que en estos mercados – los mercados de tecnología- no existe ninguna regulación *ex ante* a la que el licenciatario pueda acogerse que esté directamente dirigida a controlar los precios de los productos puestos a disposición de los consumidores, como sucede en alguno de los mercados regulados.

Lo que sí existe, en cambio, es la previsión de que cuando en presencia de una serie de circunstancias, la legislación – con ocasión del interés público presente en los derechos de exclusiva - posibilite la opción de recurrir al régimen de licencias obligatorias contenido en la ley de patentes¹¹¹⁴.

La ley española de patentes no define el concepto de la licencia obligatoria. Sin embargo, la doctrina lo configura como uno de los límites al

¹¹¹⁴ La Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes, que en breve dejará de estar en vigor y será sustituida por la ley 24/2015 de 24 de julio de patentes, tienen recogido el régimen de licencias obligatorias en los artículos 86 y siguientes y 90 y siguientes respectivamente.

derecho de patente, más específicamente, como límite que actúa sobre la facultad otorgada administrativamente al titular de libertad de contratar.

Se han configurado en la ley diversos límites legales a las facultades del titular de la patente, que tienen como elemento común la tutela de un interés público, ya sea éste la efectiva explotación de la patente, como sucede en el caso de la licencia obligatoria respectivamente, ya sea la de la preservación de una competencia efectiva en el mercado, como sucede en el caso de las restricciones derivadas del Derecho de la competencia¹¹¹⁵.

En este sentido, se puede afirmar que la licencia obligatoria se configura como un mecanismo para alcanzar, de forma artificial, un adecuado equilibrio entre el interés privado y el público, ante determinadas circunstancias previamente definidas por el legislador en la Ley. No obstante, también puede responder a otros intereses como, por ejemplo, impedir los abusos de los derechos y promover el interés público en sentido amplio¹¹¹⁶.

La concesión de una licencia obligatoria se refiere a un uso de la patente, que es soportado por el titular en contra de su voluntad, aunque con autorización judicial¹¹¹⁷ o administrativa. Esta licencia se concede sin contar con el consentimiento estricto del titular de la misma y se otorga, no por éste, sino por la autoridad pública competente en la materia (los tribunales o la

¹¹¹⁵ ULLRICH, H., “Mandatory licensing under patent law and competition law: different concern, complementary roles” en AA.VV., *Compulsory Licensing. Practical Experiences and ways forward*, ed. Hilty, R. M., Liu, K.C., Springer, Munich, 2015, págs. 333-375. El autor sostiene en su trabajo que existe una diferencia fundamental en estos dos sistemas: uno —el sistema de licencias obligatorias— sirve al objetivo de proteger la patente como un mecanismo que incentiva la innovación. En el caso de las licencias concedidas como consecuencia de la aplicación del Derecho de la Competencia, en cambio, se corrige una restricción no justificada de la competencia. Ambos sistemas son complementarios, pero cumplen distintos objetivos.

¹¹¹⁶ OMPI, Informe sobre las “Excepciones y limitaciones a los derechos conferidos por las patentes: licencias obligatorias y/o explotación por el gobierno (parte I)”, 2014, pág. 2.

¹¹¹⁷ BOTANA AGRA, M., “Efectos de la patente”, *op. cit.*, pág. 181.

OEPM), quien determinará tanto la remuneración como las garantías que el titular pudiera recibir a cambio¹¹¹⁸.

La licencia obligatoria de patente “implica la intervención de la Administración pública que impone el deber de contratar a una de las partes”¹¹¹⁹, es decir, es unilateralmente forzosa, pues sólo a una de las partes se le obliga a actuar en contra de su voluntad, tolerando que un tercero realice actos de explotación o utilización de la invención objeto de la patente¹¹²⁰.

El carácter forzado de la licencia obligatoria conlleva que no podamos afirmar que se trate de un contrato al uso, siendo que carece de un verdadero acuerdo de voluntades¹¹²¹. En cambio, nace de un acto emanado del organismo de la Administración competente en el que se tratará de mantener, no obstante, el equilibrio de derechos a través de la previsión de una “remuneración adecuada” en las condiciones fijadas¹¹²².

Respecto del canon que se debe abonar en contraprestación a la explotación de la patente, el art. 100 LP sólo contiene una mención, que, aunque no es exactamente concreta, sí da una clara directriz para la determinación de la cuantía: “remuneración adecuada según las circunstancias propias de cada caso, habida cuenta de la importancia económica de la invención”. Por lo tanto, la OEPM, en defecto de acuerdo

¹¹¹⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Notas sobre las licencias obligatorias de patentes”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 20, 1999, págs. 55-64, pág. 56.

¹¹¹⁹ GÓMEZ SEGADE, J.A., *La ley de patentes y modelos de utilidad*, *op. cit.*, pág. 132.

¹¹²⁰ BOTANA AGRA, M., “Efectos de la patente”, *op. cit.*, pág. 181.

¹¹²¹ No estaremos ante una licencia obligatoria cuando haya algún tipo de oferta o consentimiento del titular, aunque éste haya sido con el único fin de impedir la aplicación de alguna sanción (caducidad) o la obligación de entrar en una licencia obligatoria o sanciones vinculadas al derecho de la competencia. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Notas sobre las licencias obligatorias de patentes”, *op. cit.*, pág. 55. BOTANA AGRA, M., “La patente como objeto del Derecho de propiedad”, págs. 195-212, en AA.VV., *Manual de la Propiedad Industrial*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 202..

¹¹²² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Notas sobre las licencias obligatorias de patentes”, *op. cit.*, pág. 55.

entre licenciante y licenciataria debe tener presente, en la fijación del canon una única circunstancia, a saber, la importancia económica de la invención. No se refiere la ley a la inversión necesaria que llevó a la obtención de la tecnología, sino a la relevancia que la misma tiene. Es decir, es posible que, la innovación no hubiese requerido una importante inversión en investigación y que, sin embargo, por el motivo que sea, la misma haya alcanzado una relevancia extraordinaria. El precio, pues, se fijará dependiendo de la relevancia de la misma y no del valor objetivo de la patente, cuestión que, como hemos expuesto en la parte III del trabajo, puede llevar a resultados peligrosos.

2.1.3. Supuestos de licencias obligatorias

Los supuestos que recoge la Ley de 2015 se refieren, en primer lugar, a la falta o insuficiencia de explotación de la invención (restricción de *output* con el objetivo de aumentar el precio del producto que lleva incorporada la patente); en segundo, a la dependencia entre las patentes (que puede utilizarse para exigir un canon excesivo, dada la necesidad de explotar la patente anterior para poder ejercer el derecho del cual se es titular y en el que se ha realizado una inversión económica y en investigación); en tercer lugar, el legislador recoge la necesidad de poner término a prácticas abusivas que una decisión administrativa o jurisdiccional firme haya declarado contrarias a la legislación nacional o comunitaria de defensa de la competencia (supuesto en el que haremos hincapié a continuación); por último, se podrá recurrir al régimen de licencia obligatoria en los casos de fabricación de productos farmacéuticos destinados a la exportación en determinadas circunstancias (específicamente cuando se trate de la exportación de tales medicamentos a países con problemas de salud pública, supuesto de necesidad que puede explotarse para obtener beneficios excesivos por el titular de la patente). Por

fin, la legislación abre el listado a través de la cláusula general del “motivo de interés público”¹¹²³.

2.1.3.1. Licencia obligatoria en casos de infracción del derecho de la competencia

2.1.3.1.1. Contenido del supuesto

Respecto de la causa relativa al Derecho de la competencia, el Informe del Proyecto normativo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia sobre el Anteproyecto de Ley de Patentes¹¹²⁴ ya subrayaba que la nueva ley de patentes debía recoger en su articulado los avances que se habían producido en el ámbito del derecho de la competencia recaídos en materia de derechos de propiedad industrial y defensa de la competencia a nivel europeo.

Con esta mención, la CNMC se refiere a las sentencias relativas, sobre todo a los aspectos de abusos de exclusión, que se fallaron en los casos Magill, IMS Health, Bronner y Astra Zeneca¹¹²⁵. En ellas se debate la cuestión de si la negativa a licenciar un derecho de propiedad intelectual

¹¹²³ En la ley de 1986, los casos previstos eran distintos: falta o insuficiencia de la invención patentada, necesidad de exportación, dependencia de patentes, desabastecimiento del mercado de exportación por insuficiencia de la protección, provocando con ello un grave perjuicio para el desarrollo tecnológico y económico del país y cuando, por motivo de interés público se requiriera someter a la patente a tal régimen.

¹¹²⁴

<https://www.cnmc.es/es-es/promoción/informessobrenormativa.aspx?num=IPN%2FDP%2F0004%2F14&ambito=Informes+de+Propuestas+Normativas&b=&p=30&ambitos=Informes+de+Propuestas+Normativas&estado=0§or=0&av=0>.

¹¹²⁵ SsTJUE de 6 de abril de 1995, asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91P Magill, de 29 de abril de 2004, asunto C-418/01 IMS Health, STPI de 17 de septiembre de 2007, Asunto T-201/04, Microsoft c. Comisión, STJUE de 6 de diciembre de 2012, Asunto C-457/10P Astra Zeneca, Además de las sentencias, la Comisión ha adoptado una serie de compromisos de los que también se puede extraer doctrina, en materia de Derecho de la competencia y propiedad industrial: los compromisos en los casos Samsung y Motorola. Situaciones en las que se recoge la utilidad de recurrir a una licencia obligatoria para los supuestos de violación del Derecho de la competencia consistentes en no licencias injustificadamente

constituye un abuso de derecho suficiente como para entender infringida la propiedad industrial.

No obstante, el TJUE también ha dictado sentencias en supuestos de fijación de precios excesivos con el objetivo de explotar –en el caso Huawei y el compromiso alcanzado en el caso Rambus-¹¹²⁶, cuya doctrina debe ser incorporada en la ley de patentes y, sobre todo, en su aplicación.

Pese a las críticas vertidas en tal informe respecto a la utilidad de las licencias obligatorias en países desarrollados –y sólo reconocer su relativa utilidad para países en desarrollo como estímulo a la innovación-, la experiencia ha desmentido tal afirmación.

Como herramienta de estímulo a la innovación, es ciertamente poco útil en los mercados de países más desarrollados, que precisamente no están carentes de motivos y medios para innovar. No obstante, el sistema de licencias obligatorias continúa siendo útil en los mismos como herramienta de lucha de prevención contra el ejercicio antisocial de los derechos de patente que pueden colisionar con intereses de salud pública y, en ocasiones constituir un obstáculo a la innovación y la libre competencia en el mercado.

Estas últimas áreas pueden verse afectadas, entre otros, a través de una conducta ilícita de imposición de un precio excesivo o la producción de otro tipo de prácticas, estrechamente relacionadas con el Derecho de la competencia, como pueden ser la generación de *patent thickets*¹¹²⁷, *patent trolls*¹¹²⁸, etc.

¹¹²⁶ STJUE de 16 de julio de 2015, Asunto C-170/13 Huawei c. ZTE y los compromisos en los casos Rambus.

¹¹²⁷ Marañas de patentes. SHAPIRO, C., “Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard Setting” en AAVV., *Innovation Policy and the Economy*, ED. Adam B. Jaffe, Josh Lerner and Scott Stern, MIT Press, pÁgs. 119 – 150.

¹¹²⁸ Véase, MARTÍNEZ PÉREZ, M., “Los patent trolls y los abusos del derecho a litigar y de procedimiento como conductas anticompetitivas”, LaLeydigital, nº 1410, 2017, págs. 1-15.

En cualquier caso, y pese al escaso uso que se le ha dado al régimen presentado¹¹²⁹, la mera existencia de la regulación *ex ante* conlleva que los titulares de las patentes tengan una inclinación hacia la negociación de licencias de forma que sigan teniendo cierto control sobre las condiciones en las que se va a producir la contratación.

2.1.3.1.2. *Procedimiento de obtención*

El art. 94 de la LP desarrolla el supuesto recogiendo el procedimiento a seguir. En primer lugar, se requiere que exista una resolución administrativa o jurisprudencial en la que se declare la violación del Derecho de la competencia a través de un ejercicio abusivo de la patente. Este pronunciamiento debe comunicarse a la OEPM y, en tal comunicación debe concretarse si en la resolución puesta en conocimiento de la OEPM se ha ordenado la sujeción de la patente al régimen de licencia obligatoria, tramitándose la misma de conformidad con tal procedimiento. De esta forma, al interesado se le posibilita evitar la acreditación de que ha existido un intento previo de obtención de una licencia contractual.

No obstante, en el art. 97.2 LP se recogen dos posibilidades distintas. En primer lugar, se prevé la opción recogida en el art. 94, a saber, que la propia resolución administrativa o judicial que declare la ilicitud *antitrust* de un comportamiento basado en el uso de una patente decreta directamente la sujeción de la patente al régimen de licencias obligatorias. En segundo lugar, existe la opción de que la resolución notificada a la OEPM se limite a declarar el carácter anticompetitivo, sin decretar, sin embargo, la medida de sujeción a licencias obligatorias. En este último supuesto, se seguirá la

¹¹²⁹ Versando la mayor parte de los casos sobre cuestiones de negativa a licenciar como ilícito de derecho de la competencia. CARBAJO GASCÓN, F., “Obligación de explotar. Licencias obligatorias”, *op.cit.*, pág. 407.

tramitación ordinaria que existe para los supuestos generales de solicitud de licencia obligatoria ante la OEPM, es decir, los interesados pueden solicitar la concesión de la licencia a la OEMP, quien podrá invitar a las partes a mediación y, si no hubiera acuerdo, decidir sobre el contenido de la licencia.

En estos casos, la propia ley de patentes de 2015 concede a la OEMP la facultad de corregir las prácticas anticompetitivas en la determinación del canon. Una frase ambigua que la doctrina ha interpretado como la posibilidad de una mayor discrecionalidad a la hora de establecer el precio de la regalía (por ejemplo, fijando durante un tiempo un precio inferior al valor de mercado para compensar las posibles prácticas)¹¹³⁰.

En nuestra opinión, esta frase no debería interpretarse así porque la sanción impuesta a consecuencia de la infracción del Derecho de la competencia se absorberían por el licenciatario exclusivamente, a suerte de compensación de daños sufridos y ya hemos apuntado en el capítulo anterior que la jurisprudencia española ha considerado que ésta no es la función de la aplicación pública del Derecho de la competencia, que tiene como objetivos centrales desincentivar la infracción del mismo y devolver al mercado a la situación en el que se encontraba previa comisión del ilícito.

2.2. LA AUTO REGULACIÓN: CONDICIONES FRAND

En el presente apartado se va a presentar brevemente un caso que se ha puesto en uso en los supuestos de consorcios de tecnología, especialmente en aquéllos casos cuyo objetivo se refiere a la estandarización o normalización de tecnología, escenario que plantea una problemática en lo relativo al contenido de las licencias de la misma.

¹¹³⁰ CARBAJO GASCÓN, F., “Obligación de explotar. Licencias obligatorias”, *op.cit.*, pág. 427.

El caso que va a analizarse a continuación no pertenece, *stricto sensu*, al ámbito de la regulación específica de mercados, porque no se ha producido desde el Estado¹¹³¹, con un poder de imposición y sanción propio. En cambio, se trata de una solución arbitrada por los propios particulares privados que participan en estos procesos de normalización y que consiste en la obligación de adopción necesaria de unas cláusulas (FRAND), si se desea ser parte de ese proceso a través de la inserción de la que se es titular en la norma.

Ante la inexistencia de una solución pública a la problemática¹¹³² que presentan estos procesos, que afectan tanto a las empresas como al interés público, las propias empresas, conscientes de los peligros derivados de la posición de fuerza generada a raíz de la titularidad de una patente esencial inserta en un consorcio de estandarización, han importado de Estados Unidos –donde no tienen reconocido un control *ex post* de los precios excesivos en su legislación (parte I)- un instrumento que consiste en una regulación voluntaria y autónoma¹¹³³. El objetivo de la misma se dirige a aliviar los posibles perjuicios (tanto para los terceros licenciarios, los titulares de tecnología incluida en el *pool* o consorcio y el bienestar general) derivados de la dependencia de una norma estandarizada extremadamente bien acogida en el mercado.

¹¹³¹ Aunque en ocasiones se haya podido adoptar en un reglamento una auto regulación que ha sido originada en el seno de negociación entre empresas privadas. O, incluso, la iniciativa surgiera del sector público y se ordenara a las empresas que lo llevaran a cabo, para después adoptarlo en un reglamento.

¹¹³² El artículo 7 del Reglamento sobre normalización europea recuerda a los Estados Miembros que deben promover la participación de las autoridades públicas, incluidas las autoridades de supervisión del mercado, en las actividades nacionales de normalización orientadas a la elaboración o revisión de normas que encargue la Comisión.

¹¹³³ DARNACULLETA I GARDELLA, M.M., “La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía” en AAVV., Regulación. Fundamentos e instituciones de la regulación, dir. S. Muñoz Machado, J. Esteve Pardo, Iustel, 2009, Madrid, págs. 631-667, pág. 648 ss.

La solución a los precios excesivos que adicionan, al valor del derecho de propiedad industrial el valor derivado de estar incluido en un estándar, pasa por obligar a todos aquéllos que quieran participar en el consorcio a someterse al compromiso de licenciar sus derechos en condiciones FRAND (*fair, reasonable and non discriminatory*). Así, en las licencias, se elimina el segundo de los componentes del poder de negociación de la empresa –el hecho de estar inserto en un estándar de normalización–, permitiendo al titular aprovechar y explotar únicamente el valor intrínseco del derecho de exclusiva.

Como ya se ha apuntado¹¹³⁴, los organismos de estandarización¹¹³⁵ contienen en su gran mayoría una cláusula FRAND en sus estatutos¹¹³⁶, más específicamente, inserta en las *IP policies*¹¹³⁷, con la que pretenden dar solución al problema de *hold up* (problema de bloqueo), latente en este tipo

¹¹³⁴ RODILLA MARTÍ, C., *Consortios de estandarización, patentes esenciales y cláusulas FRAND*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 153 y ss. LUNDQVIST, B., *Standardization under EU Competition rules and US antitrust Laws. The rise and limits of self regulation*, Edward Elgar, Cheltenham, 2014.

¹¹³⁵ Existen tres organismos independientes reconocidos oficialmente por la Unión Europea y por la EFTA como sujetos responsables del desarrollo y definición de estándares voluntarios a nivel comunitario: el European Committee for Standardization (CEN), European Committee for Electrotechnical Standardization (CENELEC) y European Telecommunications Standards Institute (ETSI). Los mismos están enumerados en el REGLAMENTO (UE) No 1025/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de octubre de 2012 sobre la normalización europea, por el que se modifican las Directivas 89/686/CEE y 93/15/CEE del Consejo y las Directivas 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/23/CE y 2009/105/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se deroga la Decisión 87/95/CEE del Consejo y la Decisión no 1673/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, considerandos 2, 4.

¹¹³⁶ GERADIN, D. Y RATO, M., “Can Standard-Setting lead to Exploitative Abuse? A Dissonant View on Patent Hold-Up, Royalty Stacking and the Meaning of FRAND”, *European Competition Journal*, vol. 3, nº 2, págs. 101-162, pág. 110. Normalmente estas políticas tartan dos asuntos fundamentales para el consorcio: la obligación de información con respect al consorcio y las obligaciones de licenciar el derecho que se ha añadido al grupo.

¹¹³⁷ Estas políticas se pueden dividir normalmente en tres secciones: las reglas referidas a la transparencia o el deber de información, las obligaciones de negociación de las licencias y las condiciones en las que éstas se llevarán a cabo y, por último, las disposiciones relativas a la transmisión de los derechos de propiedad industrial.

de organizaciones. Con el mismo nos referimos a aquella situación en la que, ante la presencia de una norma implantada en el mercado, aquella parte que está buscando la licencia de todos los activos esenciales de propiedad industrial, se vea en una situación de franco desequilibrio de negociación cuando, tras haber acordado todos los contratos de licencia a falta de uno, éste último exige unas regalías excesivas.

En estos supuestos existen dos problemas: aquél derivado de la estandarización y aquél derivado de la contratación independiente de todas las licencias. El segundo de los dos se puede solucionar tanto con la licencia en bloque de un paquete de derechos, como con la aplicación de la cláusula FRAND. El primero de los dos puede evitar exclusivamente de la mano del compromiso de las empresas pertenecientes a la norma de no aprovechar su pertenencia a la misma para explotar a los licenciarios obligándose a conceder licencias equitativas, razonables y no discriminatorias (FRAND).

Evidentemente, esta imposición no se hace desde una perspectiva altruista, sino que es una obligación de contención de los royalties que evita e impide los comportamientos *free riders* de los miembros del consorcio. Si uno de ellos, aprovechando el efecto *lock in*¹¹³⁸ o *holdup* decidiera aumentar los precios a un nivel supra competitivo, podrían producirse perjuicios para el resto de titulares de patentes insertas en tal organismo, esencialmente derivados del desistimiento del licenciario de los contratos ya adquiridos por imposibilidad de hacer frente a las regalías exigidas en el último contrato de licencia (dado que todas son necesarias y esenciales para poder producir el

¹¹³⁸ Se trata del efecto bloqueo, en el que quedan los clientes o consumidores derivados de la adopción de la tecnología como estándar. Se sostiene que en los supuestos en los que el mercado no ofrezca alternativa porque recurrir a otro estándar sacaría a la empresa del mercado por ser poco competitiva o cuando resulte demasiado oneroso para la empresa hacer frente a los costes derivados de un cambio a otro estándar, la empresa víctima se encontrará atrapada en la tecnología abusiva.

bien) y de la pérdida de poder del estándar en pro de algún otro más económico, si el mismo existiera. En lugar de compensar tal subida desproporcionada en la exigencia de las regalías de la mano de una rebaja en las regalías de las otras patentes, se obliga a todos los miembros a moderarse de forma independiente.

La cuestión por la que sostenemos que este control o vigilancia *ex ante* es indirecto y poco estricto y que supone el problema fundamental de la cláusula a la que estamos haciendo referencia es el relativo a la indefinición y vaguedad de los términos utilizados en la misma.

En las políticas de IP de los organismos de estandarización no se detalla el contenido concreto de la misma. Sin embargo, esto no quiere decir que no exista la regulación *ex ante* en materia de precios a la que nos referimos, sólo que la misma, en lugar de especificar el régimen tarifario de forma concreta y pormenorizada en las propias reglas del estándar, estará sometido a unas reglas flexibles, que serán variables para cada caso en concreto y que, no obstante, no son arbitrarias.

Y, pese a que en determinadas ocasiones los titulares de patentes esenciales se ha sugerido que se sometían a las condiciones con la expectativa de que la propia vaguedad de las normas las volviera impracticables¹¹³⁹, en la realidad se han encontrado con ciertas sentencias (entre otras, la sentencia Huawei), donde se ha fallado en el sentido de que las mismas eran vinculantes para quienes se habían sometido a ellas.

¹¹³⁹RYSMAN, M., SIMCOE, T., “A NAASTy alternative to RAND pricing commitments”, *Telecommunications Policy*, nº 35, 2011, págs. 1010–1017, pág. 1012.

3. CONCLUSIONES

La pregunta a la que se pretendía dar respuesta se refiere a si es más conveniente preferir un remedio *ex ante* a los remedios *ex post* para tratar con el concreto problema de los precios excesivos, tanto en los mercados regulados como en los mercados de tecnología. Y esta pregunta es conveniente por los dos motivos apuntados al inicio del trabajo: por el nuevo giro regulatorio que está adoptando la Comisión y ciertas autoridades de la competencia nacionales en la solución de los problemas relativos a los precios excesivos, sobre todo en lo que respecta a los mercados regulados, y, en segundo, por el argumento esgrimido por el sector no intervencionista en materia de precios excesivos como ilícito del Derecho de la competencia, que apuntaba a los órganos reguladores y el Derecho regulatorio como las instancias más apropiadas (por la proximidad, dominio del mercado y legitimidad) para lidiar con los precios excesivos.

Pese a que, como ya se ha apuntado, en mercados regulados existe una experiencia histórica en cuestiones de fijación de precios por parte del Estado, al menos, en las primeras etapas de la regulación, y que esta experiencia sea inexistente en los mercados de tecnología, donde nunca ha existido una regulación de precios, las soluciones aportadas por las autoridades de la competencia *ex post* han sido las mismas para los dos casos: remedios de comportamiento consistentes en fijar un precio, acompañadas, en algunas ocasiones, de otro tipo de medidas, como sanciones económicas.

En nuestra opinión, la respuesta a la pregunta de si se debe preferir la regulación *ex ante* a la competencia *ex post* debía ser tratada de forma distinta en ambos mercados estudiados, independientemente de que la respuesta a las dos situaciones haya sido la misma por parte de las autoridades de la

competencia. En primer lugar se tratará el mercado de la energía eléctrica y, en segundo, se tratará la cuestión en los mercados de tecnología.

Evidentemente, para poder responder a esta pregunta no es posible ignorar la política de liberalización de mercados seguida en los últimos treinta años en la mayor parte de mercados controlados inicialmente por el Estado, en concreto, aquéllos que se corresponden con los SIEGs. Una de las primeras cuestiones que debe hacerse el investigador es si las subidas en los precios de la energía eléctrica se deben a un problema estructural, que es el ámbito donde la regulación *ex ante* encuentra su mejor acomodo.

Los mercados regulados, en especial, el mercado eléctrico, reúnen unas características muy específicas que afectan a la organización del mercado. Es necesario recordar que provienen de un monopolio público, con unas infraestructuras complejas de replicar (principio de red única) y con una especial inercia de los consumidores hacia los operadores que más conocen, pese a no ser la mejor opción en términos de precio.

En nuestra opinión, la regulación *ex ante* puede utilizarse con dos objetivos distintos: en primer lugar, generar, artificialmente, las condiciones competitivas convenientes en el mercado. En segundo lugar, mientras tal configuración no pueda generar resultados competitivos, la regulación *ex ante* puede asegurar resultados competitivos que, de no formzarse, no se obtendrían naturalmente.

Particularmente en España, tras el proceso de liberalización en el mercado de la energía, se ha configurado un fuerte oligopolio que impide la formación de precios competitivos ¹¹⁴⁰. Ciertamente, hasta que las

¹¹⁴⁰ Esta configuración del mercado tendente a la concentración horizontal se ha producido en los mercados de producción y comercialización en la mayor parte de países europeos donde se mantiene el dominio del mercado de generación y comercialización las antiguas empresas que operaban en régimen de monopolio. DE LA CRUZ FERRER, J., “El funcionamiento del sistema eléctrico. Sujetos. Separación de actividades. Planificación”, op.cit., pág. 286.

condiciones no sean las de un mercado, al menos, contestable, es necesario mantener la política de precios regulados, de forma paralela a los esfuerzos de organización del mercado.

En el escenario actual del mercado de la energía eléctrica en España, los precios son altamente variables y dependen de la volatilidad del mercado mayorista de electricidad. Pocos consumidores parecen dispuestos a asumir tal variabilidad de los precios y han estado dispuestos, como muestran las estadísticas de la CNMC a cambiar a los precios de libre mercado (que normalmente se fijan por el plazo de un año) pese a que se puede afirmar que las tarifas reguladas son en general más rentables para los consumidores. El hecho de que los consumidores estén dispuestos a sacrificar unos precios más bajos de media a cambio de la certeza de saber que durante un tiempo determinado pagarán un precio fijo y predecible, sea éste plazo anual, trimestral o mensual, hace necesario replantearse lo conveniente de configurar el precio regulado como un precio variable.

En segundo lugar, además del hecho de que el funcionamiento de un mercado oligopolístico distorsione gravemente el mercado mayorista diario, ha provocado también ciertas deficiencias en el mercado de restricciones técnicas. Como ya se ha puesto de relieve, en numerosas ocasiones ha sido necesaria la intervención de la CNMC para revisar la fijación de los precios del mercado de restricciones y esto se produce sólo y porque la estructura del mercado permite ese tipo de comportamiento.

En nuestra opinión, además de la escasa introducción de energías verdes que han ido abaratando su coste gracias a la curva de aprendizaje, y la dependencia de países vecinos en el suministro de determinadas fuentes de energía, el mercado de energía eléctrico español cuenta con una característica

que supone el mayor obstáculo para la obtención de resultados competitivos: el mercado de electricidad es oligopolístico.

En los últimos datos del informe de 2015 enviados a la UE, se puede apreciar la existencia de 5 competidores principales (Endesa, Iberdrola, Gas Natural Fenosa, EDP Hidrocantábrico y E.On Viesgo), con unas cuotas que apenas han variado en los últimos años (quedando en 2014, en 32%, 24%, 21,9%, 8% y 7,9% respectivamente)¹¹⁴¹. Los niveles de concentración de las 5 empresas más grandes en España se concentran en un 70%, 60% y 90, en los sectores de mercado minorista, en el mercado de los clientes no domésticos y en el mercado de los clientes domésticos, respectivamente. Pese a que los precios de las eléctricas tradicionales se encuentran entre los más elevados para el pequeño consumidor, las cifras de concentración del mercado se mantienen estables, indicando la existencia de fallos que hacen que el mercado no es capaz de auto regularse de forma eficaz. Una de las razones que pueden explicar el fenómeno es la falta de transparencia y, la otra, las prácticas agresivas y engañosas llevadas a cabo por alguna de las empresas participantes en el mercado.

Así, es necesario el mantenimiento o la mejora de una intensa regulación y supervisión del funcionamiento del mercado, tanto *ex ante*, como por supuesto *ex post*. Pero, sobre todo, y como se ha puesto de relieve, es importante el mantenimiento de un aspecto concreto de esta regulación, los PVPC como precios regulados, hasta que las condiciones cambien y peritan que los operadores puedan obtener resultados competitivos.

Por lo tanto, en lo que concierne a los mercados regulados, nuestra opinión se dirige a dos cuestiones: en primer lugar, es necesario una fuerte regulación del mercado de la energía en lo que concierne a la generación de

¹¹⁴¹CNMC, Informe anual para la Comisión Europea sobre la situación del mercado de electricidad y gas en España, 2015, pág. 25.

las condiciones que permitan la competencia suficiente como para que los precios sean competitivos y la calidad del servicio mejore. Éste debe ser el punto fuerte de la regulación, dado que es su función esencial. No obstante, en segundo lugar, y mientras las circunstancias del mercado no permitan los resultados deseados, es necesario regular *ex ante* los precios. Sin embargo, la regulación debe hacerse de forma que genere seguridad y certidumbre a los consumidores, de una manera que les permita obtener con la suficiente anticipación a cuánto ascenderá el precio de la factura de la luz.

En segundo lugar, en lo que se refiere a los mercados de tecnología, es necesario, en primer lugar, reconocer la especificidad de los mismos. En esencia, los mercados de tecnología son sensibles a la regulación y a los incentivos de inversión. Éste es el motivo principal por el que las autoridades, tanto las de competencia como las regulatorias, se han mantenido ciertamente poco invasivas –como se observa del hecho del poco uso de las licencias obligatorias y del hecho de que se haya tenido que recurrir a la autorregulación en los consorcios de patentes-. No obstante, también parece que la política FRAND está dando buenos resultados en los escenarios de consorciación, permitiendo llegar a acuerdos a las empresas y controlarse entre ellas, y con pocos supuestos de litigación, supuestos en los que, no obstante, los jueces reconocen y aplican la política de licencia en términos FRAND.

En general, no obstante, en nuestra opinión, el recurso a un instrumento transversal como el derecho de la competencia cuenta con importantes ventajas respecto de la exclusiva utilización de la regularización de mercados.

En primer lugar, la regulación es una solución sectorial. Con esto nos referimos a que la problemática en relación con los precios excesivos se

soluciona, en el mejor de los casos, exclusivamente para un mercado concreto. Los precios excesivos, como se ha podido apreciar, se sancionan, en la mayor parte de ocasiones, en unos mercados determinados, ahora bien, esto no quiere decir que no puedan surgir en otros mercados. Solucionar, de forma inmovilista, como sucede con la regulación, la cuestión de los precios excesivos, no se extiende al resto. Se trata de una solución parcheada no uniforme para cada sector.

Ahora bien, la parte positiva es que, como cada sector tiene su problemática distinta y la posición de dominio proviene, en cada caso de un origen y circunstancias distintas. En este sentido, una regulación pormenorizada que tenga en cuenta las circunstancias particulares de cada mercado puede ser en extremo efectiva.

En segundo lugar, en nuestra opinión es mejor optar por una solución del problema a través del derecho de la competencia –que se abstenga de implementar medidas regulatorias - porque regular los precios de los mercados significa, a la postre, imponer un precio máximo a los productos o servicios que se ofrecen en un determinado mercado. La consecuencia perjudicial que puede producirse es que este precio máximo fijado a través de regulación se convierta en “el precio”. Así, ninguna de las empresas va a competir en el mercado en precios porque todas las empresas van a, de forma automática, alinearse en ese precio, eliminando el parámetro de la competencia. En cambio, en el Derecho de la competencia se busca mantener esta variable también dentro de aquéllas por las que se compite, de forma que se beneficie al consumidor a través de unos precios competitivos bajos.

|

CONCLUSIONES FINALES

La investigación que se ha llevado a cabo ha conducido a la obtención de los resultados, que hemos ido presentando desgajados temáticamente a lo largo del trabajo en torno a las diferentes cuestiones problemáticas que han ido apareciendo en el estudio sistemático de los precios excesivos por explotación.

No obstante, consideramos conveniente hacer una síntesis de las mismas en este apartado final, que sea capaz de resumir los resultados más significativos.

1. La aplicación del art 102 TFUE a las conductas de *precios excesivos por explotación* no respeta el principio de legalidad, exigido en materia de Derecho punitivo, ya sea éste Derecho penal como, en lo que aquí nos interesa, Derecho administrativo sancionador.

La conducta de precios excesivos por explotación ha sido incardinada por la jurisprudencia del TJUE en la cláusula general del art. 102 a TFUE relativo a los precios y condiciones no equitativas y no en la cláusula general del precepto.

Efectivamente, para cumplir con el principio de legalidad, es posible alegar que basta con que sea deducible de la jurisprudencia que tal práctica está prohibida. Ésta es una cuestión verdaderamente problemática en los precios excesivos. Jurisprudencialmente, el ilícito ha tenido un reflejo escaso, incluso, podríamos decir, testimonial. Asimismo, en las sentencias dictadas en la materia, los tribunales se han referido al mismo de forma inconcreta y con una multiplicidad conceptos jurídicos

indeterminados (excesivo, abusivo, no equitativo, etc.), que hacen complicado entender el contenido de la prohibición.

La existencia de este tipo de conceptos en absoluto debería ser causa de descalificación del artículo. Numerosas ramas del Derecho cuentan con este tipo de técnica legislativa que permite una superior flexibilidad y adaptación a las circunstancias concretas del supuesto. No obstante, a esta flexibilidad debe reconocérsele un límite, que se encuentra donde se hace incomprensible para quienes están sujetos al Derecho conocer las restricciones a las que están sometidos, así como la sanción que conlleva el incumplimiento del ilícito.

Las interpretaciones de los conceptos jurídicos son la clave que permitiría superar esta cuestión tan problemática, sin embargo, las mismas presentan una dudosa validez. Así, el TJUE ha sido incapaz de concretar el contenido del ilícito en la jurisprudencia, utilizando, en ocasiones, la interpretación económica y, en otras, la regulatoria, entre otras, que hace imposible deducir el contenido específico del ilícito.

2. A diferencia de cuanto ocurre con el art. 102 TFUE respecto al cual la interpretación histórica tiene una relevancia y utilidad muy limitada, la interpretación histórica de su letra a puede considerarse clara.

La interpretación del artículo 102 TFUE en virtud de los fines perseguidos por el legislador no parece clara. Carecemos de la certidumbre necesaria como para afirmar que puedan aportar alguna luz a la interpretación de la prohibición aquí estudiada.

El ilícito fue configurado en una época en la que los Estados Fundadores tenían unas preocupaciones de base nacional que se reflejaron

en la configuración del ilícito. Francia deseaba poner bajo control la potente industria que se estaba generando en Alemania, buscando prohibir la posición de dominio. Ésta última, por su parte, defendía el interés de sus empresas, que cada vez tenían una mayor importancia en la economía de la zona, de forma que no se prohibiera la posición de dominio.

Así, el artículo es el resultado de un consenso entre luchas por el poder político y económico tras la Segunda Guerra Mundial. Por este motivo, resulta ciertamente complicado identificar un bien jurídico único desde la perspectiva del legislador. Es más, la jurisprudencia histórica del TJUE y sus antecesores respecto a cuál bien jurídico protegido por el precepto ha señalado diversos bienes jurídicos distintos, en ocasiones contradictorios entre sí.

En lo que respecta al ilícito concreto de los precios excesivos, parece poder afirmarse, en cambio, que desde el inicio ha tenido un corte esencialmente *consumerista* y de protección del bienestar del consumidor, dado que el legislador europeo, atendiendo al análisis llevado a cabo, estaba clara y unánimemente preocupado por el mantenimiento de los precios bajos, de forma que la mayor parte de consumidores pudieran acceder a los bienes en el mercado.

3. El *more economic approach* no supone una revolución en la aplicación de los precios excesivos.

Esta nueva forma o tendencia en la aplicación del Derecho de la competencia, instigada por la Comisión, no afecta formalmente a los abusos por explotación. Sin embargo, la *vis expansiva* de esta forma de aplicar el Derecho afecta ciertamente, aunque sea de forma indirecta, a la aplicación del artículo.

Las consecuencias básicas de la tendencia se refieren, en primer lugar, a la importancia que ha adquirido un bien jurídico en particular: el bienestar del consumidor, a través del funcionamiento eficiente. En segundo lugar, la aproximación más económica se refleja en la cuestión de la prueba del daño que sufre el consumidor, ya sea éste directo o indirecto, real o potencial, reduciendo los ilícitos por objeto a su mínima expresión.

Los precios excesivos, por su naturaleza, cuadran perfectamente con esta nueva aproximación. Lo esencial en los mismos es la protección del consumidor en sentido amplio (clientes incluidos) a través de la eficiencia. En segundo lugar, respecto de la evidencia del daño, es extremadamente sencillo probar el mismo, siendo que la propia práctica supone la producción de un daño: el pago de un precio supra-competitivo.

Ahora bien, la introducción de la aproximación más económica ha venido acompañada de lo que se conoce como “la defensa de la eficiencia”. En virtud de la misma, se permite compensar el perjuicio real causado con una eficiencia que la conducta sea capaz, asimismo, de producir. No obstante, como hemos puesto de manifiesto en la primera parte del trabajo, en el supuesto particular estudiado de los precios excesivos, será extremadamente complicado aportar unas eficiencias suficientes como para poder compensar los perjuicios ciertos y reales, que se corresponden con el pago del precio monopolístico. Así, la única posibilidad podría venir de la mano de la mejora tecnológica y en innovación que, inherentemente, se refiere al futuro incierto. Cuanto más alejada se encuentre la eficiencia alegada temporalmente del perjuicio y más incierta sea ésta, menos peso tendrá en el balance final de la conducta.

En conclusión, el análisis a través del *more economic approach* no conlleva cambios radicales que afecten a la interpretación de la finalidad perseguida por la norma, sino estrictamente metodológicos

4. Es preciso realizar una aproximación holística al fenómeno de los precios excesivos por explotación que contemple la incidencia en su regulación de las distintas ramas del ordenamiento jurídico y, en particular, del Derecho regulatorio.

Esta práctica –los precios excesivos- no sólo es sancionable en sede de Derecho de la competencia, sino que la regulación, la legislación sobre consumidores y la propia legislación de competencia desleal han tratado de dar solución a este problema cuando se cumplan los requisitos exigidos por cada una de ellas, que esencialmente se refieren al origen de la práctica.

La exigencia esencial para la aplicación de cualquier de estas legislaciones es la ausencia de consentimiento. Adicionalmente, cuando exista una posición de dominio, y ésa sea la causa de la imposición del precio, el mismo se sancionará a través de la Defensa de la competencia. A una solución similar se llegará cuando, de no existir posición de dominio, se afecte a un interés de orden público económico, cuando se aplicará la Ley de defensa de la competencia española. Si el precio viene, en cambio, impuesto por una empresa con una posición de dominio relativa, el ilícito se sancionará sólo en sede de compensación civil de daños. Asimismo, si se infringe la regulación de un mercado donde se han fijado tarifas, el Derecho regulatorio será al que se recurra. Por último, precio traiga causa de un desequilibrio informativo y afecte a los consumidores, se puede acudir a la TRLGDCU.

5. No se debe exigir una posición de dominio cualificada para sancionar por precios excesivos.

La posición de dominio es uno de los requisitos clave para aplicación del precepto. El precio en sí mismo no es causa de sanción, pero el precio excesivo sin posición de dominio no puede sancionarse por vía del Derecho de la competencia, dejando a salvo la especialidad española.

Existen varias técnicas para determinar la existencia de una posición de dominio. La jurisprudencia y doctrina mayoritarias siguen inclinándose por adoptar el método tradicional basado, esencialmente, en las cuotas de mercado de las empresas. Tal posición de dominio no tiene una naturaleza modulable: se tiene o no.

Esta aproximación tan estricta ha dado lugar al miedo de los errores tipo I, que adjudican una responsabilidad especial a las empresas que no se encuentran en posición de dominio. Especialmente en lo que respecta a los precios excesivos, como existe cierta reticencia a su aplicación, el miedo se ha intensificado, exigiendo, por cierto sector doctrinal, la concurrencia de determinados requisitos adicionales a la simple posición de dominio. Tal pretensión implica la inadecuada utilización de un instrumento jurídico para resolver un temor que debe ser diluido mediante otro tipo de medios.

Sugerimos que las medidas tendentes a diluir la desconfianza se canalice a través de otras fórmulas que también eviten la sanción de empresas que no se encuentran en posición de dominio, como el desarrollo de técnicas más ajustadas de determinación de posición de dominio o la instauración de un sistema efectivo de revisión plena de las decisiones

tomadas por parte de la Comisión, que resultan más apropiadas sin generar el riesgo de imposibilitar el uso de la prohibición del art. 102 a respecto de los precios excesivos por explotación.

6. La concurrencia del ilícito de precios excesivos por explotación no puede apreciarse con carácter objetivo, en el sentido de la Sentencia Hoffmann LaRoche, como consecuencia de la jurisprudencia del TEDH y del TS español.

Es necesario tener en cuenta que se aplican al Derecho de la Competencia los principios del Derecho Penal, entre los cuales se encuentra el principio de culpabilidad. Este principio exige que la conducta se haya llevado a cabo de forma dolosa o, al menos, negligentemente. De este requisito puede deducirse que, para sancionar la conducta, las empresas deberían haber conocido que tal práctica estaba prohibida. Así, uno de los problemas que surgen en torno a la regulación de los precios excesivos radica en que, cuanto más compleja sea una regulación, más complejo resultará que las empresas, con medios razonables, puedan entender cuándo una conducta está prohibida, situación que se agrava desde la introducción de la aproximación más económica que requiere la prueba de efectos negativos en el bienestar del consumidor.

Como se ha sugerido a lo largo del trabajo, el ilícito de los precios excesivos es, de la forma que se ha tratado hasta el momento, una práctica cuya existencia es compleja de determinar. De hecho, el propio TJUE ha dejado claro en alguna ocasión que el test utilizado producía incertidumbre.

Así, debería desarrollarse una jurisprudencia donde se desarrollen teorías del daño o metodologías lo suficientemente razonables para poder evitar cualquier tipo de error sobre el ilícito o desconocimiento por parte de las empresas que impida que se les adjudique la responsabilidad.

En cualquier caso, esta situación de incertidumbre viene, en parte, compensada por la elevación del estándar de diligencia propio de las empresas que se encuentran en posiciones de dominio.

7. El daño producido por los precios excesivos debe ser probado, ya sea su efectiva causación o la aptitud para causarlo.

Como hemos señalado al inicio de las conclusiones, una de las consecuencias más reseñables de la aproximación más económica que, parece, haberse instaurado en la actualidad, es la exigencia de la producción de unos efectos nocivos en el bien jurídico protegido, en este caso, como se ha puesto de manifiesto, el bienestar del consumidor.

En cualquier caso, hemos reconocido que el daño no necesita actualizarse para poder entenderse cumplido el requisito. Es viable sostener que existe una práctica de precios excesivos ilícita y sancionar a la empresa en una fase previa a la de la producción efectiva del daño. Sin embargo, la aptitud o habilidad de causar tal perjuicio en bienestar del consumidor no puede ser entendido de forma tan amplia que quepa cualquier tipo de razonamiento. Así, es indispensable poder aportar pruebas, ya consistan éstas en hechos como en teorías económicas, con unos estándares mínimos de seguridad, de que la conducta irá razonablemente ligada a la producción de algún daño.

Aunque, en nuestra opinión, el ilícito de los precios excesivos es una infracción por objeto tal y como se ha aplicado jurisprudencialmente,

anticipando que la aproximación más económica que no ha afectado formalmente a los precios excesivos sí lo hará materialmente, hemos desarrollado dos teorías del daño dirigidas a proporcionar la evidencia del mismo.

Los dos posibles tests del daño a los que se puede recurrir son el *consumer harm test* y el *efficient competitor test*. El primero de los dos pone de relieve que el bienestar del consumidor sufre un daño a través de tres vías distintas: aumento de precios, disminución de la gama o reducción de la innovación. En nuestra opinión, en el caso concreto de los precios excesivos basta con demostrar un perjuicio: el pago de un precio monopolístico. Respecto del segundo test, se trata de poner de relieve, de una forma indirecta, que el precio daña al consumidor, dado que el mismo podría haber sido más reducido, a través de la comparación de la cantidad fijada con aquélla impuesta por una empresa eficiente.

Se hace necesario recordar que, asimismo, este daño demostrado a través de las teorías del daño, puede ser compensado a cargo de una eficiencia repercutida en el consumidor. No obstante, cuando mayor sea la prueba del mismo o más cercana en el tiempo, de más peso deberá ser la eficiencia aportada y más garantías se deberán aportar respecto de su futura hipotética producción.

8. Los precios excesivos por explotación deben ser impuestos de forma unilateral y no consensuada.

Aunque se haya dispuesto por el TJUE que el consentimiento no es un aspecto a tener en cuenta en la declaración del ilícito, en precios excesivos el mismo parece tener una relevancia notable.

En nuestra opinión, ante la presencia de consentimiento no viciado por la parte adquirente en una práctica de precio excesivo por explotación, será complicado sostener que estamos ante un supuesto de abuso. Así, el verdadero acuerdo de voluntades y no exclusivamente el acuerdo formal elimina el ilícito. El planteamiento es totalmente distinto en cualquier otro escenario donde, aunque sea el consumidor la contraparte contractual, el abuso no lo sufre directamente o a corto plazo, por lo que el TJUE ha querido tutelar su bienestar, o el bienestar grupal, de forma independiente.

Sin embargo, en precios excesivos, será necesario diferenciar los casos en los que el consumidor voluntariamente ha decidido adquirir el bien a tal precio y cuando lo ha hecho en contra de su voluntad, sea ésta manifiesta o no. Indicios de existencia de consentimiento son: presencia de alternativas, posibilidad de no adquirir el bien sin sufrir perjuicios derivados de tal decisión e, incluso, la prueba de una negociación seria previa.

En este sentido, se trata de poner de relieve que el Derecho protege a quien lo necesita.

9. La introducción de criterios de apreciabilidad en el ilícito de precios excesivos produce consecuencias cuestionables.

Somos conscientes, al igual que en la introducción de criterios de apreciabilidad en la determinación de la existencia de una posición de dominio, cuáles son las causas que motivan tal elevación del estándar. En supuestos poco claros, como los precios excesivos, los tribunales prefieren mantener una aproximación conservadora de forma que se controlen los posibles errores tipo I. Así, la solución alcanzada es un refuerzo de los requisitos que permite eliminar los supuestos grises en los que el ilícito ha

tenido una vida corta o en los que los precios no tienen una relación razonable con el valor del bien pero éste no es exagerado.

Sin embargo, como ya hemos sugerido en anteriores ocasiones, ésta no parece ser una vía jurídicamente viable y, sobre todo, coherente para alcanzar el objetivo perseguido. En cambio, podemos entender que se trate de circunstancias que puedan rebajar la cuantía de la multa si la duración de la práctica ha sido especialmente fugaz o si el precio, pese a ser no equitativo, no es excesivamente desorbitado.

Así, sugerimos, como en el supuesto anterior, introducir un buen sistema de revisión judicial de las decisiones administrativas donde se condene a una empresa por precios excesivos permitiendo que se supere el examen de legalidad para pasar a operar un análisis material de los hechos. De esta forma, se pone a prueba la validez de la decisión de la Comisión y lo ajustada que la misma se encuentra a las teorías económicas y jurídicas.

10. El test de *United Brands* para la detección de los precios excesivos es útil, pero mejorable.

Este test debe entenderse como el punto de partida de la elaboración de teorías que permitan detectar los precios excesivos, no como una herramienta definitiva. Como ha puesto de relieve el propio TJUE, es necesario poner tanto énfasis en la mejora del mismo como en buscar soluciones más económicamente apropiadas para resolver la cuestión.

Así, nos unimos a la opinión de aquéllos que han sugerido tests alternativos que pueden ofrecer alguna ventaja sobre el existente de *United Brands*, como, por ejemplo, la teoría del *dual entitlement*, la acumulación de pruebas (*predominance of evidences*), la *efficient demand benchmark*,

la aproximación estructural y, finalmente, la traslación del cálculo de daños en aplicación privada.

No obstante, también queremos resaltar la relativa relevancia que tiene esta cuestión formal en la detección de un precio excesivo. El problema de los tests, del tipo de test que sea, es que no dejará de ser ciertamente arbitrario porque la línea divisoria entre el precio lícito y el ilícito se fija de forma cuasi caprichosa. El hecho de vestir tal situación con un traje de complejos y pretendidamente exactos datos matemáticos para poder llevar a cabo este tipo de análisis es sencillamente esconder tal naturaleza. Se pueden proponer tests más o menos ajustados a la realidad económica, pero no va a encontrarse una fórmula que permita dividir la fijación de un precio de forma razonada.

Por esa situación, entendemos que es necesario realizar un esfuerzo de abstracción, de alejamiento de los datos concretos, y analizar la realidad del mercado. Fuera de los casos donde existe una clara descompensación entre el coste y el precio, donde no se debería requerir la prueba de un análisis económico pormenorizado, existen otro tipo de situaciones, donde el precio no es claramente inequitativo. En estos casos, se trata de optar por un análisis sencillo, aunque atento, de la realidad, con un estudio de la posición de negociación de las partes desde una perspectiva más regulatoria que, quizás, *eficientista*.

11. Las posturas no intervencionistas no están basadas en hechos incontrovertibles, sino en hipótesis teóricas sobre modelos que pocas veces se cumplen.

Existe una tensión entre dos posturas de aproximación a los precios excesivos: la intervencionista y la no intervencionista. Uno de los

problemas principales que presentan las teorías no intervencionistas es que las mismas no parecen estar basadas en hechos reales. El argumentario consistente en que el mercado se organiza más eficientemente de forma autónoma, la justa remuneración a las empresas dominantes o las posibles e hipotéticas repercusiones en la eficiencia dinámica son razones más que cuestionables para hacer una dejación del deber de intervenir ante un ilícito de precios excesivos.

Además de ser moralmente cuestionable la idea de tratar de fomentar la competencia a través de recompensar a las empresas a cargo de la explotación a los consumidores, existen otros argumentos de tipo técnico que reducen la viabilidad de tal aproximación al ilícito. En primer lugar, parece cierto que los mercados en los que exista una empresa en posición de dominio (con barreras de entrada elevadas) difícilmente podrán regularse a sí mismos, al menos, a corto plazo. Las empresas dominantes cuentan una autonomía de comportamiento que les permite elevar los precios para obtener beneficios monopolísticos sin apenas sufrir las consecuencias de tal política. Así, en estos casos, no existirá la entrada de competidores necesaria para reducir los precios. De igual forma, aunque esta situación se produjera, a un operador racional no se le atraerá al mercado con el nivel de precios de un mercado monopolístico, sino con la certeza de que será capaz de competir con la dominante cuando los precios se reduzcan. Finalmente, las supuestas consecuencias negativas sobre la eficiencia dinámica no tendrán un distinto impacto en la misma dependiendo del ilícito. Cualquier práctica que recorte la libertad del operador por tratarse de un abuso, en teoría, podría tener la misma consecuencia de desincentivar la inversión y la mejora.

12. Los compromisos no son sustitutivos de las decisiones de sanción.

Por atractiva que parezca la solución del problema a través de compromisos, éstos presentan, al menos en la materia de los precios excesivos, más inconvenientes que ventajas.

Se ha puesto de manifiesto que actualmente existe una marcada tendencia a resolver la existencia de un posible precio excesivo a través de esta herramienta. Sin embargo, somos de la opinión de que, pese a que la técnica jurídica lo permita, este ilícito no debería ser tratado a través de los compromisos por varias razones.

En primer lugar, los precios excesivos son un ilícito infra desarrollado con una jurisprudencia interpretativa prácticamente inexistente. El recurso a los compromisos respecto del mismo impide que la doctrina lo clarifique y aporte seguridad jurídica. En segundo lugar, los compromisos, aunque no supongan la introducción de una sanción económica drástica, prohíben, igual que las decisiones, la conducta, tras un análisis de la teoría del daño más que defectuoso. Esto conlleva que exista un riesgo aumentado de errores tipo I, que hacen más ineficiente al mercado. Finalmente, las medidas que se imponen en el compromiso han llegado a ser, en ocasiones, ciertamente innecesariamente invasivas a través de medidas estructurales, hasta el punto de que se conoce la tendencia al recurso a los mismos como el Derecho de la competencia regulatorio. La consecuencia derivada de un incumplimiento también ha resultado conflictiva, en el sentido de que el mero incumplimiento del compromiso supone la imposición directa de una sanción, sin comprobar siquiera si se produce un resultado anticompetitivo, lo cual no resulta muy coherente desde la perspectiva del *more economic approach*.

13. Existen mercados que exigen un cuidado, *ex ante*, además del *ex post*.

Existen mercados especialmente afectados por la práctica de los precios excesivos: los mercados regulados y los mercados de tecnología estandarizada. En nuestra opinión, las características que presentan estos mercados se deben tanto a carencias estructurales como a su propia naturaleza tendente al monopolio.

En primer lugar, pese a la obviedad de la cuestión, debemos poner de manifiesto que los dos tipos de control (Derecho de la competencia y regulación) no son excluyentes entre sí y controlan distintas cuestiones aplicándose, por lo tanto, de forma y en momentos diferentes. Así, el hecho de que exista una regulación en el mercado no impide la posibilidad de controlar los resultados competitivos arrojados por las transacciones en el mismo.

Entendemos que en los mercados aludidos no es suficiente la intervención *ex post* para asegurar que la práctica no se produce, sino que es necesario introducir un control previo, que cuide los precios impuestos en tales mercados por los intereses en juego (esencialmente SIEG – servicios de interés económico general- y mercados de tecnología, al tratarse de sectores clave). Ahora bien, en nuestra opinión, la regulación debe dirigirse principalmente a generar o devolver las condiciones que permitan el funcionamiento de un mercado competitivo y no a controlar los precios por varios motivos. En primer lugar, parece que ésta sea una forma de desarticular la prohibición *ex post* de los precios excesivos en todos los sectores. En segundo lugar, porque los precios fijados se

convertirán, *de facto*, en el precio fijo, extrayéndose tal parámetro de la competencia.

En el presente trabajo se ha estudiado específicamente el mercado de la energía eléctrica por ser particularmente ilustrador de la problemática de los precios excesivos y haber presentado recientes disfunciones, concluyendo que la configuración oligopolística del mismo propicia la aparición de precios excesivos difíciles de controlar. Así, se propone el mantenimiento, hasta que las condiciones se hagan competitivas, de una regulación que fije los precios a los que se suministra este bien esencial pero sobre todo se propone que el eje central de la regulación se dirija al fin de hacer más competitivo al mercado a través de la eliminación de las barreras de entrada.

En segundo lugar, el mercado de la tecnología estandarizada, pese a no contar con regulación pública, se ha dotado de un esquema autorregulatorio, inspirado en aquél instaurado en los EEUU: las cláusulas FRAND –cláusulas *fair, reasonable and non discriminatory*-. Esta introducción denota la existencia de unas necesidades no tratadas por el poder público, a las que se ha debido dar solución desde instancias privadas: las propias empresas del sector.

|

BIBLIOGRAFÍA

ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *Market Power Handbook. Competition Law and Economic Foundations*, ed. P. Nelson, 2005.

ABRIL FERNÁNDEZ, E., RUBIO HERNÁNDEZ SAMPELAYO, G., “Problemas derivados de la necesidad de interpretar en fase de vigilancia lo dispuesto en la resolución sancionadora previa” en AAVV., *Problemas prácticos y de actualidad del Derecho de la competencia*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2016, págs. 71-87.

ACKERMANN, T., “Excessive pricing and the goals of competition law” en AAVV., *The Goals of Competition Law*, Ed. Zimmer, D., Edward Elgar, Cheltenham, 2012, págs. 349-370.

ADAMS, G. B., “European and American antitrust regulation of pricing by monopolists”, *Reprint Antitrust Law and Economics*, nº. 22, pág. 1993.

AHLBORN, C., EVANS, D., PADILLA, J., “Prácticas unilaterales, normas de competencia, y revisión judicial: una primera mirada desde la EU” en AAVV., *El derecho de la Competencia y los jueces*, dir. S. Martínez Lage y A. Petitbo, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 157-178.

AKMAN, P., “Searching for the long-lost Soul of Article 82 EC”, *Oxford Journal of legal studies*, vol. 29, nº 2, 2009, págs. 267-303.

AKMAN, P., “The reform of the application of the article 102 TFEU: misión accomplished?”, *forthcoming in Antitrust Law Journal*, 2015.

AKMAN, P., “The role of intent in the EU case law on abuse of dominance”, *European Law Review*, vol. 39, nº 3, 2014, págs.. 316-337.

AKMAN, P., GARROD, L., “When are excessive prices unfair?”, *Journal of Competition Law and Economics*, nº7, vol. 2, 2011, págs. 403-426.

AKMAN, P., *The concept of abuse in EU Competition Law. Law and economic approaches*, Hart Publishing, Oxford, 2012.

ALFARO ÁGUILA REAL, J., “Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio” en AAVV., *El abuso de la posición de dominio*, Martínez Lage, S. y Petibò Juan, A. (dirs.), El abuso de la posición de dominio, Marcial Pons, Barcelona, 2006. Marcial Pons, Barcelona, 2006, págs. 193-226.

ALLENDE SALAZAR CORCHO, R., “El abuso y sus efectos. Modernización del art. 82 TCE” en AAVV., *El abuso de la posición de dominio*, dir. Martínez Lage, S. y Petitbò Juan, A., Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 155-192.

ALLENDE SALAZAR, R., “Can we finally say farewell to the “special responsibility” of dominant companies?” en AAVV., *European Competition Law Annual 2007. A reformed approach to article 82 EC*, ed. Ehlerman, K.D., Marquis, M., Hart Publishing, Oxford, 2008, págs. 319-326.

ALLENDE SALAZAR, R., “Posibles reacciones frente a eventuales restricciones de la competencia” en AAVV., *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia*, S. Martínez Laga, A. Petitbo Juan, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 17-37.

ALONSO SOTO, R., “Las relaciones entre los Derechos comunitario europeo y español de la competencia” en AAVV. *Tratado de Derecho de la competencia*, dir., J.M Beneyto Pérez, coord.. J. Maillo González Orús, Bosch, Barcelona, 2005, págs. 59-107.

ALVIN SNG, Y. H., “The distinction between "object" and "effect" in EU competition law and concerns after Groupement des cartes bancaires (C-

67/13P)”, *European competition law review*, vol. 37, nº 5, 2016, págs. 179-185.

AMATO, G., *Antitrust and the bounds of power. The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*, Hart Publishing, Oxford, 1997.

ARAUJO BOYD, M., “Error de prohibición y confianza legítima en la imposición de sanciones por violación de la competencia” en AAVV., *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la competencia*, coord. M.A. Recuerda Giruela, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, págs. 159-176.

ARAUJO, M. LABRADOR, M.A., “La relevancia del error de prohibición en el derecho de defensa de la competencia” en AAVV., *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia*, dir. J. Guillén Caramés, M. Cuerdo Mir, Civitas Thomson Reuther, Cizur Menor, 2015, págs. 139-163.

AREZZO, E., “Is there a Role for Market Definition and Dominance in an effects-based Approach?” en AAVV., *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?*, eds. Mackenrodt, M-O., Conde Gallego, B., Enchelmaier, S. Springer, 2008, págs. 21- 54.

ARHURST, “Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules. Comparative report”, 2004.

ARMENGOL I GASULL, O., “Las decisiones sobre compromisos del artículo 9 del Reglamento 1/2003” en AAVV., *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia*, S. Martínez Laga, A. Petitbo Juan, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 149-163.

ARPÓN DE MENDÍVIL Y DE ALDAMA, A., “Exclusionary conducts and consumer welfare: effects in competition, justifications and efficiencies. What is the right balance?” en AAVV., *International*

Antitrust Law and Policy, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 2008, págs. 1-26.

AUDRETSCH, D. B., “Small firms, innovation and competition” en AAVV, *The international handbook of competition*, ed. Neuman, M., Weigand, J., Edward Elgar. Cheltenham, 2004, págs. 88-114.

AZEVEDO, J.P., WALKER, M., “Dominance: meaning and measurement”, *European Competition Law Review*, vol 23, n°. 4, 2012, págs. 363-367.

AZGAD-TROMER, S., “A Hierarchy of Markets: How Basic Needs Induce a Market Failure”, *DePaul Business & Commercial Law Journal*, n° 14, págs. 1-43.

BAENA ZAPATERO, R., “Derechos Fundamentales, Derecho Administrativo sancionador e infracciones por objeto” en AAVV., *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia*, dir. J. Guillén Caramés, M. Cuerdo Mir, Civitas Thomson Reuther, Cizur Menor, 2015, págs. 335-363.

BAILEY, D., “Presumptions in EU Competition Law”, *European Competition Law Review*, Vol. 31, n°. 9, 2010, págs. 362-369.

BAKER, J., “Preserving a political bargain: the political economy of the non-interventionist challenge to monopolization enforcement”, *Antitrust Law Journal*, n° 76, 2009-2010, págs. 605-652.

BAKHOUM, M., “Abuse without Dominance in Competition Law: Abuse of Economic Dependence and its Interface with Abuse of Dominance”, *Draft paper prepared for the 2015 ASCOLA Conference*, 2015, págs. 1-25.

BANDERA, M., *Abuso di posizione dominante e rifiuto di concedere in licenza diritti di proprietà intellettuale*, 2009, a disposición para descargar

en <https://www.openstarts.units.it/dspace/handle/10077/3158> (Repositorio publico de la Universidad de Trieste).

BAÑO FOS, J.M., “El principio de culpabilidad y las eximentes por amparo legal, confianza legítima o interpretación razonable de la norma: un análisis de la sentencia de la Audiencia Nacional en el cártel del Mosto de Jerez a la luz de la jurisprudencia comunitaria”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, Nº 32, 2013, págs. 46-60.

BAÑO LEÓN, J. M., “La discrecionalidad administrativa en las sanciones del Derecho de la competencia” en AAVV., *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia*, dir. J. Guillén Caramés, M. Cuerdo Mir, Civitas Thomson Reuther, Cizur Menor, 2015, págs. 467-487.

BAÑO LEÓN, J. M., “Los acuerdos sobre infracción de las normas de competencia” en AAVV., *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en el Derecho de la Competencia*, dir. J. Guillén Caramés, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, págs. 255-267.

BARNIKEL, H. H., “Abuse of power by dominant firms: application of the German law”, *The Antitrust Bulletin*, nº.14, 1969, págs. 221-248.

BAUMOL, W. J., BATEY BLACKMAN. S. A., *Mercados perfectos y virtud natural. la ética en los negocios y la mano invisible*, Colegio de economistas de Madrid, Madrid, 1991.

BECHTOLD, BOSCH, BRINKER, “AEUV art. 102 (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung)”, *EU Kartellrecht*, 2014, Rn. (marg). 34-36.

BECKER, R., BESSOT, N., DE SMITGER, E., “El Libro Blanco sobre las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas

comunitarias de defensa de la competencia”, *LaLey*, nº 5, 2008, págs. 71-81.

BECKER; G. S., “Crime and Punishment: An Economic Approach” en AAVV., *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, ed. G.S. Becker, W.M. Landes, Columbia Univ Press, New York, 1974, págs. 1-54.

BEL, G., CALZADA, J., ESTRUCH MANJÓN, A., “Economía y regulación de los servicios de red”, en AAVV., *Regulación. Fundamentos e instituciones de la regulación*, dir. S. Muñoz Machado, J. Esteve Pardo, Iustel, 2009, Madrid, págs.. 707- 757.

BELLAMY, CHILD, *European Union Law of Competition*, Oxford, 2013.

BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., “Libro verde sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”, *Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor*, tomo 26, 2005-2006, págs. 397-415.

BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, A., “Nociones introductorias” en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Competencia desleal*, dir. A. Bercovitz Rodriguez Cano, Cizur Menor, 2011, págs. 39-74

BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, A., *Apuntes de Derecho Mercantil: Derecho Mercantil, Derecho de la competencia y propiedad industrial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

BERNARD, K., “The AstraZeneca decision in the General Court: Some basic observations and a few interesting questions”, *CPI Antitrust Journal*, 2010, págs. 1-7.

BLAIR, R.D., CARRUTHERS, C.K., “The economics of monopoly power in antitrust” en AAVV., *Antitrust Law and Economics*, ed. K. N. Hylton, Edward Elgar, Northampton, págs. 64-82.

BLOCH, R. E., KAMANN, H.G., BROWN, J.S., SCHMIDT, J.P., “A Comparative Analysis of Article 82 and Section 2 of the Sherman Act”, *Business Law International*, vol. 7, nº 2, 2006, págs. 136-183.

BOTTA, M., HARSDORF, N., FREWEIN, K., “Poena sine culpa? Comment on Schenker”, *European Law Review*, vol. 39, nº 14, págs. 553-566.

BOTTEMAN, Y., PATSA, A., “Towards a more sustainable use of commitment decisions in Article 102 TFEU cases”, *Journal of Antitrust enforcement*, vol. 1, nº 2, 2013, págs. 347-374.

BOURGEOIS, H., “The chilling effects of article 82 enforcement” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 2008, págs. 349-384.

BRANDENBURGER, R., MCFADDEN, A. N., WEINSTEIN, S. N., “Fact finding in administrative and judicial proceedings: perspectives of the US Department of Justice” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 2011, págs. 149-174.

BRINKER, I., HOLZÜLLER, T., “The 2007 amendments to the German rules against anti-competitive unilateral conduct”, *Competition Law International*, nº4, 2008, págs. 34-39.

BROKELMANN, H., “La responsabilidad civil por infracción de las normas de defensa de la Competencia” en AAVV., *Competencia y acciones de indemnización*, dir. Font i Ribas, A., Gómez Trinidad, S., Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 101-123.

BUTTIGIEG, E., *Competition Law: safeguarding the consumer interest. A comparative analysis of US Antitrust Law and EC Competition Law*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2009.

CACHAFEIRO GARCÍA, F., “El volumen de negocios como criterio para graduar las sanciones en el derecho de la competencia”, *Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor*, nº 34, 2013-2014, págs.. 153-176.

CACHAFEIRO GARCÍA, F., “Por las buenas o por las malas: ¿en qué casos puede la autoridad de la competencia acordar la terminación convencional del expediente sancionador?”, *Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor*, nº. 36, 2015-2016, págs. 331-340.

CALCAGNO, C., WALKER, M., “Excessive pricing: towards clarity and economic coherence”, *Journal of Competition Law & economics*, vol. 6 nº 4, págs. 891-919.

CALGANO, C., WALKER, M., “Excessive pricing: towards clarity and economic coherence”, *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 6., nº 4, 2010, pág. 891-910.

CALLOL, P., “Presente y futuro de la disuasión de los cartels y otras prácticas anticompetitivas en España a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo enjuiciando el método de cálculo de multas de la CNMC” en AAVV., *Problemas prácticos y de actualidad del Derecho de la competencia*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2016, págs. 285-303.

CALVIÑO, N., “La aplicación práctica del Derecho de la competencia: el efecto disuasorio de las sanciones” en AAVV., *1989-2007. Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia*, Círculo de empresarios, Madrid, 2008, págs. 23-53.

CALVO DÍAZ, G., RAMOS DE MOLINS SAÍNZ DE BARANDA, A., “Derecho de la competencia y sectores regulados” en AAVV., *Tratado de Derecho de la Competencia*, coord. D. Loma Osorio, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 589-654.

CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M., “La regulación como finalidad distinta al derecho de la competencia” en AAVV., *Derecho de la Competencia y Regulación en la actividad de las administraciones públicas*, dir. J. Guillén Caramés, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 87-105.

CANEDO, M. P., “Análisis del principio de proporcionalidad como presupuesto para calcular las sanciones en Derecho de competencia” en AAVV., *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia*, dir. J. Guillén Caramés, M. Cuervo Mir, Civitas Thomson Reuther, Cizur Menor, 2015, págs. 59-119.

CANOY, M., REY, P., VAN DAMME, E., “Dominance and monopolization” en AAVV, *The international handbook on competition*, ed. M. Neumann, J. Weigand, Edward Elgar, 2004, págs. 210- 288.

CAÑIZARES PACHECO, E., DOMÍNGUEZ MUÑOZ, D., “Remedios estructurales en control de concentraciones: un análisis coste-beneficio” en AAVV., *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia*, S. Martínez Lage, A. Petitbo Juan, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs.179-204.

CARBAJO GASCÓN, F., “Obligación de explotar. Licencias obligatorias” en AAVV., *La nueva ley de patentes*, dir. A. Bercóvitz Rodríguez Cano, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 401-432.

CARPAGNANO, M., “Competition law litigation: the Italian perspective (1990-2010)” en AAVV., *Private enforcement of competition law*, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 81-101.

CARPAGNANO, M., “El private enforcement del derecho comunitario de la competencia en acción: Análisis crítico de la decisión del Tribunal de

Justicia en los asuntos acumulados C 295-298/04”, *InDret*, nº 1, 2007, págs. 1-21.

CASES, L., “Regulación y competencia. Límites y conexiones”, en AAVV., *Regulación. Fundamentos e instituciones de la regulación*, dir. S. Muñoz Machado, J. Esteve Pardo, Iustel, 2009, Madrid, págs.. 425- 462.

CASES, L., MENOR, J., “Reacción ante los incumplimientos de compromisos y soluciones. La valoración a posteriori de la efectividad de los remedios” en AAVV., *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia*, S. Martínez Laga, A. Petitbo Juan, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 319-341.

CASINO RUBIO, M., “El discutido cálculo de las multas en materia de defensa de la competencia”, *Revista de administración pública*, nº 199, 2016, págs. 155-170.

CAVICCHI, P., “The European Commission's discretion as to the adoption of Article 9 commitment decisions: Lessons from Alrosa”, *Discussion Paper Europa Kolleg Hamburg*, nº 3, 2011, págs. 1-15.

CENGIZ, F., “Alrosa v. Commission and Commission v. Alrosa: Rule of Law in Post-Modernisation EU Competition Law Regime”, *TILEC Discussion Paper*, DP 2010-033, 2010, págs. 1-34.

CHIRITA, A.D., “The EC commission's guidance paper on the application of article 82 EC: an efficient means of compliance for Germany?”, *European Competition Journal*, vol. 5, nº 3, 2009, págs. 677-700.

CHONÉ, A. S., *Les abus de domination. Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, Recherches juridiques, Economica, Paris, 2010.

CNMC, Informe anual para la Comisión Europea sobre la situación del mercado de electricidad y gas en España, 2015.

CNMC, Informe de supervisión de las ofertas del mercado minorista de gas y electricidad para consumidores domésticos y PYMES, 2016.

COBREROS MENDAZONA, E., “El reconocimiento al denunciante de la condición de interesado en el procedimiento sancionador” en AAVV., *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI : homenaje al Dr. D. Ramón Martín Mateo, coord. F. Sosa Wagner*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 1437-1468.

COMISIÓN EUROPEA, “Commission closes formal proceedings against Qualcomm”, MEMO/09/516, 24 November 2009, a disposición en http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-09-516_en.htm.

COMISIÓN, DG COMPETITION *Best Practices on the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU*, en http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_best_practices/best_practice_articles.pdf.

COMISIÓN, *Manual of procedures*, en http://ec.europa.eu/competition/antitrust/antitrust_manproc_3_2012_en.pdf.

COMMISSION, Energy Sector Enquiry, 2007.

COMPETITION LAW FORUM'S ARTICLE 82 REVIEW GROUP, “The reform of article 82: comments on the DG-Competition discussion paper on the application of article 82 to exclusionary abuses”, *European Competition Journal*, vol. 1. Nº 1, 2006.

Competition Law Guideline
(www.oft.gob.uv/sharedoft/businessleaflets/competitionlaw/oft424a.pdf)

COSTAS COMESAÑA, J., “Prohibición de falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal” en AAVV., *Derecho de la*

libre competencia comunitario y español, dir. M.P. Bello Martín Crespo, F. Hernández Rodríguez, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, págs. 213-231.

CRAMPTON, P., “Abuse of dominance and exploitative conduct-lessons from the Canadian experience” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 2008, págs. 525-560.

CRAMPTON, P., “Abuse of dominance and exploitative conduct-lessons from the Canadian experience” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 2008, pag. 525-560.

CRANE, D. A., “The economics of antitrust enforcement” en AAVV., *Antitrust Law and Economics*, ed. K. N. Hylton, Edward Elgar, Northampton, 2010, págs. 1-23.

CREUS, A., AMADOR, O., “Procedimientos administrativos ante la Comisión Europea y control jurisdiccional del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas” en AAVV., *Tratado de Derecho de la competencia*, dir. J. M., Beneyto Pérez, Bosch, Barcelona, 2005, págs. 751-833.

CUERDO MIR, M., BRIONES ALONSO, J., “Análisis económico de la imposición de multas en expedientes sancionadores de Derecho de la competencia” en AAVV., *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia*, dir. J. Guillén Caramés, Thomson Reuther Civitas, Cizur Menor, 2013, págs. 299-333.

DARNACULLETA I GARDELLA, M.M., “La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía” en AAVV., *Regulación. Fundamentos e instituciones de la regulación*, dir. S. Muñoz Machado, J. Esteve Pardo, Iustel, 2009, Madrid, págs. 631-667.

DAS NAIR, R., “Measuring excessive pricing as an abuse of dominance – an assessment of the criteria used in the Harmony Gold/ Mittal Steel complaint”, *SAEJMS*, vol. 11, nº 3, 2008, págs. 279-291.

DASKALOVA, V., “Consumer welfare in EU Competition Law: what is it (not about)?”, *The competition law review*, vol. 11, nº. 6, págs.. 133-162.

DAVIS, P., “"Facts" and the estimation of damages in competition cases”, *European Competition Law Review*, vol. 33, nº 8, 2012, págs. 339-346.

DE ÁLVARO MONTERO, A., “El régimen sancionador en la Ley de defensa de la competencia” en AAVV., *Derecho de la competencia. Estudios sobre la ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la competencia*, dirs. L. Parejo Alfons, A. Palomar Olmeda, La Ley, Madrid, 2008, págs. 381-440.

DE LA CRUZ FERRER, J., “El funcionamiento del sistema eléctrico. Sujetos. Separación de actividades. Planificación” en AAVV., *Regulación. Fundamentos e instituciones de la regulación*, dir. S. Muñoz Machado, J. Esteve Pardo, Iustel, 2009, Madrid págs. 277-331.

DE LA MANO, M., NAZZINI, R., ZENGER, H., “Article 102” en AA.VV., *The EU Law of Competition*, ed. Faull, J., Nikpay, A., Oxford University Press, London, 2014, págs. 329-539.

DE LA VEGA GARCÍA, F., “Daños privados y derecho de defensa de la competencia (especialidades y técnicas de cuantificación)” en AAVV., *Estudios de Derecho mercantil. Liber amicorum profesor dr. Francisco Vicent Chulià*, dir. Cuñat Edo, V., Massaguer, J., Alonso Espinosa, F. J., Gallego Sánchez, E., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 753-773.

DELGADO, J., PÉREZ ASENJO, E., “Economic evidence and the quantification of damages in competition cases in Spain” en AAVV.,

|
Private enforcement of competition law, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 205-215.

DETHMERS, H., ENGELLEN, F., “Fines under article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union”, *European Common Law Review*, vol. 32, nº 2, 2011, págs. 86-98.

DIBADJ, R., “Article 82: gestalt, myths, questions”, *Santa Clara Computer and High Tech Law Review*, vol. 23, 2007, págs. 615-641.

DÍEZ ESTELLA, F., “Remedios, condiciones y obligaciones impuestas al término de un expediente sancionador” en AAVV., *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia*, S. Martínez Laga, A. Petitbo Juan, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 103-135.

DIEZ ESTELLA, F., ESTRADA MERAYO, C., “Las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos en España: análisis de la jurisprudencia reciente”, *Revista de la Competencia y la distribución*, nº 15, 2014, págs. 189-200.

DIEZ ESTELLA, F., ESTRADA MERAYO, C., “Las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos en España: análisis de la jurisprudencia reciente” en AAVV., *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia*, dir. J. Guillén Caramés, M. Cuerdo Mir, Civitas Thomson Reuther, Cizur Menor, 2015, págs. 261-281.

DÍEZ PICAZO, L.M., “Los servicios de interés económico general en el ordenamiento comunitario”, en AAVV., *Regulación. Fundamentos e instituciones de la regulación*, dir. S. Muñoz Machado, J. Esteve Pardo, Iustel, 2009, Madrid, págs. 409- 424.

DREXL, J., KERBER, W., y PODSZUN, R. *Competition Policy and the Economic Approach: Foundations and Limitations*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2011.

DUNNE, N., “Commitment decisions in EU Competition Law”, *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 10, nº 2, 2014, págs.. 399-444.

EAGCP, "An Economic Approach to Article 82", Brussels (2005), available via [http://europa.eu.int/conn/competition/antitrust/others/article-82 review.html](http://europa.eu.int/conn/competition/antitrust/others/article-82%20review.html).

EASTERBROOK, F., “Limits of antitrust”, *Texas Law Review*, vol. 63, nº 1, 1984, págs. 1-40.

EBERHARD, A., “European Competition Law: A Critical Analysis of the Process Employed by the Commission to Assess Dominance under Article 82 EC”, *Hanse Law Review*, vol.2 nº 2, 2006, págs. 221-227.

ELHAUGE, E., GERARDIN, D., *Global Competition Law and Economics*, Hart publishing, Oxford, 2011.

EMPARANZA SOBEJANO, L., *El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia*, Civitas, Madrid, 2000.

ESTEVAN DE QUESADA, C. “La doble regulación del abuso de una situación de dependencia económica”, *Revista de derecho Mercantil*, nº. 257, 2005, págs. 1079-1130.

ESTEVAN DE QUESADA, C., “Abuso de posición dominante” en AAVV., *Derecho Europeo de la competencia. Proyecto Europeo Training of national judges in EU competition law*, dirs. C. Estevan de Quesada, J. I. Ruiz Peris, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 101-134.

ESTEVAN DE QUESADA, C., “El abuso de dependencia económica en las redes de distribución” en AAVV., *Hacia un derecho para las redes*

empresariales, Dir. Ruiz Peris, J.I., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 187-223.

ESTEVAN DE QUESADA, C., “Franquicia y abuso de dependencia económica”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 26, 2005-2006, págs. 145-170.

EUROPEAN COMMISSION, “To commit or not to commit? Deciding between prohibition and commitments”, *Competition Policy Brief*, Issue 3, 2013.

EVANS, D. S., PADILLA, J., “Excessive prices: using economics to define administrable legal rules”, *CEMFI Working paper*, nº 0416, 2004, págs. 1-33.

EVANS, D. S., SCHMALENSEE, R., “Some economic aspects of antitrust analysis in dynamically competitive industries”, en AAVV., *Innovation policy and the economic*, ed. Jaffe, A. B., Lerner, J., Stern, S., MIT Press, 2002, págs. 1-50.

EZRACHI, A., *EC Competition Law. An analytical guide to the leading cases*, Hart Publishing, Oregon, 2008.

EZRACHI, A., GILO, D., “Are excessive prices really self-correcting?”, *Journal of Competition Law and Economics*, 2008, págs. 1-18, a disposición para descargar en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1237802 (version SSRN).

EZRACHI, A., GILO, D., “Excessive pricing, entry, assessment, and investment: lessons from the Mittal litigation”, *Antitrust Law Journal*, vol. 76, 2009-2010, págs. 873-898.

EZRACHI, A., GILO, D., “The darker side of the moon: assessment of excessive pricing and proposal for a post-entry price-cut benchmark” en

AAVV., *Article 82 EC: Reflections on its recent evolution*, ed. Ezrachi, a., Hart Publishing, Oregon, 2009, págs. 169-186.

FEDERAL TRADE COMMISSION, *Investigation of gasolina price manipulation and post- Katrina gasoline price increases*, 2006, págs. 190 y 191 a disposición para descargar en <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/federal-trade-commission-investigation-gasoline-price-manipulation-and-post-katrina-gasoline-price/060518publicgasolinepricesinvestigationreportfinal.pdf>.

FEDERAL TRADE COMMISSION, *Investigation of gasolina price manipulation and post- Katrina gasoline price increases*, 2006, a disposición para descargar en <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/federal-trade-commission-investigation-gasoline-price-manipulation-and-post-katrina-gasoline-price/060518publicgasolinepricesinvestigationreportfinal.pdf>.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., “Algunas consideraciones sobre la determinación del abuso de posición de dominio, con especial referencia a la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia”, *Anuario de la competencia*, nº 1, 1999, págs. 121-154.

FERNÁNDEZ NÓVOA, C., COSTAS COMESAÑA, J., “Derecho de la competencia y propiedad industrial, comercial o intelectual” en AAVV., *Tratado de Derecho de la competencia*, dir., J.M Beneyto Pérez, coord.. J. Maillo González Orús, Bosch, Barcelona, 2005, págs. 513-628.

FERNÁNDEZ NÓVOA RODRIGUEZ, C., “Caso 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG contra la Comisión de las Comunidades Europeas. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979: Significación y delimitación del mercado relevante”, *Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor*, Tomo 6, 1979-1980, págs. 261-276.

FERNÁNDEZ VICIÉN, C., MORENO-TAPIA, I., “El artículo 102 TFUE: un recorrido por la interpretación jurisprudencial de los conceptos de posición dominante y abuso” en AAVV., *El Derecho Europeo de la Competencia y su aplicación en España. Liber amicorum homenaje a Santiago Martínez Lage*, coord. Pedraz Calvo, M. y Ordóñez Solís, D., Wolters Kluwer, La Ley, Madrid, 2014, págs. 189-210.

FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, C., *Derecho de la Competencia. Comunidad Europea y España*, Aranzadi, Pamplona, 1994

FERNÁNDEZ, C., “La regulación ex ante y el remedio ex post” en AAVV., *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia*, S. Martínez Laga, A. Petitbo Juan, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 57-75.

FJELL, K., SORGARD, L., “How to test for abuse of dominance?”, *European Competition Journal*, vol. 2, 2006, págs. 69-84.

FLETCHER, A., JARDINE, A., “Towards an appropriate policy for excessive pricing” en AAVV., *European Competition Law Annual 2007. A reformed approach to article 82 EC*, ed. Ehlerman, K.D., Marquis, M., Hart Publishing, Oxford, 2008, págs. 533-546.

FOLGUERA CRESPO, J., MARTÍNEZ CORRAL, B., “Defensa de la competencia y seguridad jurídica en la actuación empresarial” en AAVV., *1989-2007: Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia*, Círculo de Empresarios, Madrid, 2008, págs. 75-102.

FONT GALÁN, J. I., MIRANDA SERRANO, L. M., “Defensa de la competencia y competencia desleal: conexiones funcionales y disfuncionales” en AAVV., *Estudios de Derecho de la Competencia*, coord. Font Galán, J.I., Pino Abad, M., Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 9-49.

FONT GALÁN, J. I., MIRANDA SERRANO, L. M., *Competencia desleal y antitrust*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

FORRESTER, I., “Sector specific price regulation or antitrust regulation- A plague on both your houses” en AAVV., *European Competition Law Annual 2007. A reformed approach to article 82 EC*, ed. Ehlerman, K.D., Marquis, M., Hart Publishing, Oxford, 2008, págs. 547-574.

FORRESTER, I.S., “Article 82: remedies in search of theories”, *Fordham International Law Review*, vol. 28, 2004-2005, págs. 919-951.

FOX, E. M., “Abuse of a dominant position under the Treaty of Rome-a comparison with US Law” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 1983, págs. 367-423.

FOX, E. M., *Cases and material son US Antitrust in global context*, Thomson Reuters, US, 2004.

FOX, E., “Monopolization and dominance in the United States and the European Community: efficiency, opportunity and fairness”, *Notre dame law review*, 1986, págs. 981-1020.

FRIEDERISZICK, H. W., GRATZ, L., “Hidden efficiencies: the relevance of business justification in abuse of dominance cases”, *Journal of Competition Law & economics*, vol. 11. N°.3, págs. 671-700.

FRIGNANI, A., “Abuso de posición dominante”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 261, 2006, págs. 859-944.

FURSE, M., “Excessive prices, unfair prices and economic value: the law of excessive pricing under article 82 EC and the chapter II prohibition”, *European Competition Law Journal*, vol. 4, nº 1, 2008, págs. 59-83.

GAL, M., “Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: two systems of belief about monopoly?”, *The Antitrust Bulletin*, vol 49, 2004, págs. 343- 395.

GARCÍA ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 2015.

GARCÍA VALDECASAS Y FERNÁNDEZ, R., “La revisión judicial de los remedios y compromisos en procedimientos sancionadores” en AAVV., *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia*, S. Martínez Laga, A. Petitbo Juan, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 299-319.

GAULTIER, A., PETIT, N., “Optimal enforcement of competition policy: the commitments procedure under uncertainty”, 2015, págs. 1-36, a disposición para descargar en http://unice.fr/laboratoires/gredeg/contenus-riches/documents-telechargeables/seminaires/gautier_petit_2016.

GAVIL, A.I., “Exclusionary distribution strategies by dominant firms: striking a better balance”, *Antitrust Law Journal*, vol. 72, nº 1, 2004-2005, págs 3-81.

GERARD, D. M. B., “Negotiated remedies in the modernization era: the limits of effectiveness”, que aparecerá próximamente en AAVV., *European Competition Law Annual 2013: Effective and Legitimate Enforcement*, ed. Lowe, Marquis, Hart Publishing, Oxford, 2016. A disponibilidad para descargar en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2395414, págs. 1-37.

GERADIN, D. Y RATO, M., “Can Standard-Setting lead to Exploitative Abuse? A Dissonant View on Patent Hold-Up, Royalty Stacking and the Meaning of FRAND”, *European Competition Journal*, vol. 3, nº 2, págs. 101-162.

GERADIN, D., “Abusive pricing in an IP licensing context: an EC Competition Law analysis” en AAVV., *European Competition Law*

Annual 2007: a reformed approach to article 82 EC, Hart Publishing, Oxford, 2008, págs. 1-31.

GERADIN, D., “European Union Competition Law, Intellectual Property law and Standardization” , a disposición para descargar en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2765549, págs. 1-25.

GERADIN, D., “Pricing abuses by essential patent holders in a standard-setting context: a view from Europe”, *Antitrust Law Journal*, vol. 76, nº 1, 2009, págs. 329-357.

GERADIN, D., “The necessary limits to the control of “excessive” prices by competition authorities – A view from Europe”, *TILEC Discussion paper*, 2010, págs. 1-44.

GERBER, D.J., “Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the “new Europe””, *American Journal of Comparative Law*, vol. 42, 1994, págs. 25-84.

GERBER, D.J., “The future of article 82: Dissecting the conflict” en AAVV., *European Competition Law Annual 2007 A reformed Approach to article 82 EC*, ed. Ehlermand C.D., Marquis, M., Hart Publishing, Oxford, 2008, pág. 50-51.

GERBER, D.J., “The goals of European competition law: some distortions in the literature – comment on Parret” en AAVV., *The Goals of Competition Law*, ed. D. Zimmer, Edward Elgar, Cheltenham, 2012, págs. 85-95.

GILO, D., SPIEGEL, Y., “Excessive price regulation”, *Extended abstract submitted to 1st Conference of the Research Network on Innovation and Competition Policy: Modern Approaches in Competition Policy Excessive*, págs.1-5.

GINSBURG, D. H., WRIGHT, J. D., “Antitrust Settlements: The Culture of Consent”, 2013, a disposición para descargar en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2225894.

GIPPINI-FOURNIER, E., “The modernization of European Competition Law: a first experiences with regulation 1/2003”, community report to the FIDE Congress 2008 a disposición para consultar en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1139776>, págs. 1-135.

GÓMEZ ASENSIO, C., “The December 2009 European Commission study for quantifying antitrust damages” en AAVV., *Private enforcement of competition law*, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 229-244.

GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la administración*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

GÓMEZ TOMILLO, M., SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte general : teoría general y práctica del derecho penal administrativo*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común : (ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Civitas, Madrid, 2007.

GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., “Los interesados en el ejercicio de la potestad administrativo sancionadora y los denunciantes de las infracciones administrativas (¿tutela judicial efectiva de las víctimas en la última jurisprudencia contencioso-administrativa?)” en AAVV., *Administración y justicia : un análisis jurisprudencial : Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, coord., E. García Enterría, R., Alonso García, Cívitas, Cizur Menor, 2012, págs. 1389-1436.

GOYDER, J., ALBORS LLORENS, A., *Goyder's EC Competition Law*, Oxford, 2009.

GREEN, N., "Problems in the identification of Excessive prices: the United Kingdom experience in the Light of Napp" en AAVV., *European Competition Law Annual 2003: What is an abuse of a dominant position?*, ed. C.D. Ehlermann, Atanasiu, Hart Publishing, Oxford, 2006, págs. 79-90.

GUERRA FERNÁNDEZ, A., CALVET BADEMUNT, J., "Consecuencias jurídicas en España de la infracción de los artículos 1 y 2 de la Ley de defensa de la competencia y de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea" en AAVV., *Problemas prácticos y de actualidad del Derecho de la competencia*, dir. M.A., Recuerda, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2016, págs. 19-36.

GUTIERREZ, A., "Artículo 2: Abuso de posición dominante", en AAVV, *Comentarios a la Ley de Competencia*, Dir. Masaguer, J., Folgera, J., Sala Arquer, J.M., Gutierrez, A., Thomson Civitas, Madrid, 2008, págs. 111-197.

GUTIÉRREZ, A., "Comentario al art. 2 de la LDC. Posición dominante" en AAVV., *Defensa de la Competencia*, Aranzadi, Cizur Menor, dirs. J. Folguera Crespo, A., Gutiérrez Hernández, J. Massaguer Fuentes, J.M., Sala Arquer, 2012, págs. 117-213.

GUTIÉRREZ, I, PADILLA, J., "Una racionalización económica del concepto de posición de dominio" en AAVV., *El abuso de la posición de dominio*, dir. Martínez Lage, S. y Petitbò Juan, A., Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 15-31.

GUTIÉRREZ, I, PADILLA, J., “Economía de la competencia” en AAVV. *Tratado de Derecho de la competencia*, dir., J.M Beneyto Pérez, coord.. J. Maillo González Orús, Bosch, Barcelona, 2005, págs. 1-57.

GUZMÁN ZAPATER, C., “Acuerdos de terminación convencional y vigilancia de los mismos” en AAVV., *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en el Derecho de la Competencia*, dir. J. Guillén Caramés, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, págs. 267-275.

GUZMÁN ZAPATER, C., FORNELLS DE FRUTOS, J., “La terminación convencional en la Ley 15/2007 de defensa de la competencia a la luz de la comunicación de la CNC”, *Working paper IE Law School*, AJ8-197, 2013, págs. 1-49.

GYLESEN, L., “Abuse of monopoly power within the meaning of article 86 of the ECC treaty: recent developments” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 1989, págs. 597-650.

HAWK, B., *Law and Commerce in pre-industrial societies*, Brill Nijhof, Boston, 2016,

HERGUERA, I., PETIBÓ, A., “La determinación del mercado relevante y de las barreras de entrada, piezas clave del Derecho de la competencia”, *Anuario de la competencia*, nº 1, 2000, págs. 53-78.

HERNANDEZ RODRIGUEZ, F., “Prohibición de abuso de posición dominante en el mercado” en AAVV., *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, dir. M.P. Bello Martín Crespo, F. Hernández Rodríguez, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, págs. 113-141.

HERRERA ANCHUSTEGUI, I., “Competition Law through an Ordoliberal Lens”, *Oslo Law Review*, 2015, Issue 2, 139-174.

HERRERA ANGUSTEGUI, I., *Buyer power in EU Competition law*, Thesis for the degree of philosophiae doctor, University of Bergen, 2017.

HERRERO SUÁREZ, C., “La transposición de la Directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de ley de transposición de la Directiva”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, nº 1, 2016, págs. 150-183.

HERRERO SUÁREZ, C., “La "passing-on defence, ¿un falso dilema?” en AAVV., *La aplicación privada del derecho de la competencia*, dirs., L. A. Velasco San Pedro, C. Alonso Ledesma, J. Aitor Echebarría Sáenz, C. Herrero Suárez, J. Gutiérrez Gilsanz, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 593-604.

HERRERO SUÁREZ, C., “La excepción de eficiencia económica (efficiency defense) en el control de la concentración empresarial (análisis comparado entre el Derecho Antitrust estadounidense y el Derecho de la Competencia comunitario europeo)”, *Revista de derecho mercantil*, nº 242, 2001, págs. 1943-1968.

HILDEBRANDT, D., *The role of economic analysis in the EC Competition Rules*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2002.

HINDS, A. L., EATON, S., “Commitment issues - anew developments in EU and Irish competition law”, *European Competition Law Review*, vol. 35, nº 1, 2014, 34-40.

HINDS, A.L., *Essential Law Texts. Competition Law*, Thomson Round Hall, 2006.

HOU, L., “Excessive prices within EU Competition Law”, *European Competition Journal*, vol 7, nº 1, 2011, pags. 47-70.

HOWARTH, D., “Pricing Abuses. Unfair and predatory pricing under article 82 EC: From Cost-price comparisons to the search for strategic

standards” en AAVV., *EC Competition Law. A critical assessment*, ed. Ehlermann, C.D., Amato, G., Hart Publishing, Oxford, 2007, págs. 249-295.

HUBERT, P., COMBET, M. L., “Exploitative abuse: The end of the Paradox?”, *Concurrences Revue des droits de la concurrence*, nº 1, 2011, págs. 44-51.

HUERGO LORA, A., “La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen”, *Revista de la Administración Pública*, nº 137, págs. 189-238.

HUERTA TROLEZ, J., “La terminación convencional y vigilancia de las resoluciones de la CNC” en AAVV., *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en el Derecho de la Competencia*, dir. J. Guillén Caramés, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, págs. 243-255.

IBAÑEZ COLOMO, P., “Restrictions on innovation in EU competition law”, *European Law Review*, vol. 41, nº 2, 2016, págs. 201-219.

IBÁÑEZ-COLOMO, P., “Three shifts in EU competition policy: towards standards, decentralization, settlements”, *Maastricht Journal of European and Competition law*, vol. 20, nº 3, 2013, págs. 363-384.

IGARTUA ARREGUI, I., “Interés público como requisito de aplicación del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia” en AAVV., *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia*, Civitas, Cizur Menor, 2014, págs. 177-195.

JENNY, F., “Abuse of dominance by firms charging excessive or unfair prices: an assessment”, 2016, a disposición para descargar en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2880382 (version SSRN)

JENNY, F., “Worst decision of the EU court of justice: the Alrosa judgment in context and the future of commitment decisions”, *Fordham international law journal*, vol. 38, 2015, págs. 701-770.

JIMÉNEZ LATORRE, F., PRIETO KESSLER, E., “Eficiencia y seguridad jurídica” en AAVV., *1989-2007 Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia*, Círculo de empresarios, Madrid, 2008, págs. 137-160.

JIMÉNEZ LATORRE, F., PRIETO KESSLER, E., “Remedios estructurales en casos de abuso de posición de dominio” en AAVV., *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia*, S. Martínez Laga, A. Petitbo Juan, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 135-149.

JIMÉNEZ LATORRE, F., PRIETO KESSLER, E., DOMÍNGUEZ, D., “El análisis económico en el razonamiento judicial: la valoración de los daños” en AAVV., *Prácticas unilaterales, normas de competencia, y revisión judicial: una primera mirada desde la EU*, ed. Santiago Martínez Laga y Amadeo Petitbo, Marcial Pons, Madrid, 2007, Madrid, págs. 75-94.

JOLIET, R., *Monopolization and abuse of dominant position. A comparative study of the American and European approaches to the control of economic power*, Liege Faculte de droit, La Haye, 1970.

KAHNEMAN, KNECHT, THALER, “Fairness as a constraint in profit seeking”, *American Economic Review*, vol. 76, nº 1, págs. 728-741.

KALLAUGHER, J., WEITBRECHT, A., “Developments under the Treaty on the Functioning of the European Union, articles 101 and 102, in 2008/2009”, *European Competition Law Review*, vo. 31, nº 8, 2010, págs. 307-317.

KAROVA, R., BOTTA, M., “Sanctioning excessive energy prices as abuse of dominance — are the EU Commission and the National Competition Authorities on the same frequency?” en AAVV., *Abuse of Dominance in EU Competition Law. Emerging Trends*, eds. P. L. Parcu, G. Monti, M. Botta, Edward Elgar, Cheltenham, 2017, págs. 169-184.

KAULLA, R., *The theory of the just price. A historical and critical study of the concept of economic value*, George Allen and Unwin Ltd., London, 1940.

KAUPER, T. E., “Article 86, excessive prices, and refusals to deal”, *Antitrust Law Journal*, nº 59, 1991, págs. 441-456.

KAUPER, T. E., “Whither article 86? Observations on excessive prices and refusals to deal” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 1989, págs. 651-686.

KELLERBAUER, M. “The Commission's new enforcement priorities in applying article 82 EC to dominant companies' exclusionary conduct: a shift towards a more economic approach?”, *European Competition Law Review*, vo. 31, nº 5, 2010, págs. 175-186.

KING, S., “How appreciable is object? The de minimis doctrine and Case C-226/11 Expedia Inc v Autorité de la concurrence”, *European Competition Journal*, vol. 11, nº 1, págs. 1-25.

KLICK, J., “The value of training in quantitative methods for judges” en AAVV., *Economic Evidence in EU Competition Law*, eds. M. Kovac, A. S. Vandenberghe, Intersentia, Cambridge, 2016, págs. 43-51.

KOKKORIS, I., *A gap in the enforcement of article 82*, British Institute of international and comparative Law, London, 2009.

KON, S., TURNBULL, S., “Pricing and the dominant firm: implications of the Competition Commission Appeal Tribunal's judgment in the Napp case”, *European Competition Review*, vol. 24, nº 2, 2003, págs. 70-86.

KORAH, V., *An introductory guide to EC competition law and practice*, Hart Publishing, 2007.

KORAH, V., “A comment on professor Fox’s paper on article 86” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 1983, pag. 423-432.

KOVACIC, B., “Designing antitrust remedies for dominant firm misconduct”, *Connecticut Law review*, n. 38, 1999, págs. 1285-1292.

KOVACIC, W., “Competition policy in the European Union and the United States: convergence or divergence in the future treatment of dominant firms?”, *Competition law Internacional*, 2008.

KRAJEWSKA, E., “Lack of a Price Reduction Despite a Decrease in Service Quality as an Unfair Price and Abuse of a Dominant Position. Case Comment to the Judgment of the Supreme Court of 13 July 2012, Autostrada Malopolska (Ref. No. III SK 44/11)”, *Yearbook of antitrust and regulatory studies*, vol. 6, nº 8, 2013, págs. 245-250.

KROES, N., “Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82”, *Speech at the Fordham Corporate Law Institute*, New York, 2005.

KROES, N., “Tackling exclusionary practices to avoid exploitation of marker power: some preliminary thoughts on the policy review of article 82”, en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 2005, págs. 381-392.

KROES, N., “Introductory remarks on Final Report of Energy Sector Competition Inquiry”, 2007

LACASTA, E., “La actividad del comercializador. El paso de la tarifa regulada al suministro de último recurso. La Oficina de cambios de suministrador” en AAVV., *Regulación. Fundamentos e instituciones de la regulación*, dir. S. Muñoz Machado, J. Esteve Pardo, Iustel, 2009, Madrid págs. 775-810.

LAGUNA DE PAZ, J. C., “Regulation and competition law”, *European competition law review*, vol. 33, nº 2, 2012, págs.- 77-83.

LAGUNA DE PAZ, J.C., “Criterios para la fijación de las sanciones en materia de defensa de la competencia impuestas por las autoridades españolas. A propósito de la STS de 29 de enero de 2015 (rec. Núm. 2872/2013)”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, nº 16, 2015, págs.. 1-15.

LAGUNA DE PAZ, J.C., “La aplicación del derecho de la competencia a los servicios de interés económico general” en AAVV., *Derecho de la Competencia y Regulación en la actividad de las administraciones públicas*, dir. J. Guillén Caramés, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 153-179.

LAMALLE, M., LINDSTRÖM-ROSSI, L., TEIXERA, A. C., “Two important rejection decisions on excessive pricing in the port sector”, *Competition Policy Newsletter*, vol. 3, págs. 40-43.

LANGENFELD, J, BLITZER, M. W., “Is competition policy the last thing Central and Eastern Europe need?”, *American University International Law and Policy*, vol 6.

LAROCHE, P., SCHINKEL, P. M., “Continental drift in the tratment of dominant firms: article 102 TFEU in contrast to 2 Sherman Act”, *TILEC Discussion paper DP 2013-020*, 2013, págs. 1- 32.

LASSERRE, B., ESTEVA MOSSO, C., HEITZER, B., WINCKLER, A., “Le consommateur et son bien-être au coeur de la mise en oeuvre des règles de concurrence”, *Speech at Competition Day, Paris*, 18 November 2008.

LAURENT, P., “El abuso de posición dominante mediante los precios”, *noticias CEE*, nº 34, 1987.

LAVILLA RUBIRA, J.J., “El déficit tarifario en el sector eléctrico”, en AAVV., *Regulación. Fundamentos e instituciones de la regulación*, dir. S. Muñoz Machado, J. Esteve Pardo, Iustel, 2009, Madrid, págs. 937-974.

LEWIS, D., “Exploitative abuses-a note on the harmony gold v. Mittal Steel excessive pricing case” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 2008, págs. 581-610.

LIANOS, I., “The Principle of Effectiveness, Competition Law Remedies and the Limits of Adjudication”, *Centre for Law, Economics and Society (CLES) research papers 6/2014*, págs. 1-30.

LIBRO VERDE DE LA COMISIÓN, Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, 2005.

LILLO ÁLVAREZ, C., “La Audiencia Nacional ante las sanciones impuestas por la CNMC en aplicación de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y la distribución*, nº 15, 2014, págs. 1-26.

LOBILLO MÁRQUEZ, P., “Falseamiento de la libre competencia por actos desleales” en AAVV., *Estudios de Derecho de la Competencia*, coord. Font Galán, J.I., Pino Abad, M., Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 217-229.

LOEWENTHAHL, P. J., “The Defence of “Objective Justification” in the Application of Article 82 EC”, *World Competition*, vol. 28, nº 4, 2005, pags. 455-477.

LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., ARIÑO ORTIZ, G., *Derecho de la competencia en sectores regulados. Fusiones y adquisiciones. Control de empresas y poder político*, Comares, Granada, 2001.

LÓPEZ MIÑO, A., “Abuso de posición de dominio”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 330, 2012, págs. 27- 46.

LÓPEZ MIÑO, A., “El abuso de posición de dominio en los mercados de servicios de interés económico general. El caso de la compresión de márgenes (“price squeeze”) en AAVV., *Derecho de la Competencia y Regulación en la actividad de las administraciones públicas*, dir. J. Guillén Caramés, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 241-285.

LÓPEZ VALLES, J., “Los precios excesivos como abuso de posición de dominio: el caso Canarias de explosivos”, *Anuario de la competencia*, Nº 1, 2007, págs. 361-376.

LORENTE HURTADO, F., “La terminación convencional en los procedimientos sancionadores nacionales” en AAVV., *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia*, S. Martínez Laga, A. Petitbo Juan, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs.163-179.

LOVDAHL GORMSEN, L., “Are Anti-competitive Effects Necessary for an Analysis under Article 102 TFEU?”, *World Competition*, vol. 36, nº 2, 2013, págs. 223-246.

LOVDAHL GORMSEN, L., “The conflict between economic freedom and consumer welfare in the modernisation of article 82 EC”, *European Competition Journal*, vol. 3, nº 2, 2007, págs. 329-344.

LOVDAHL GORMSEN, L., “Article 82 EC: Where are we coming from and where are we going to?”, *The Competition Law Review*, vol. 2, nº 2, 2006, págs. 5-25.

GORMSEN, L., “Article 82 EC: Where are we coming from and where are we going to”, *The Competition Law Review*, vol 2, 2005, págs. 5-25.

LOWE, P., “Consumer Welfare and efficiency- New Guiding Principles of Competition Policy?”, Munich, Germany 13th International Conference on Competition and 14th European Competition Day, págs. 1-9.

LOWE, P., “How different is EU antitrust ? A route map for advisors. An overview of EU competition law and policy on commercial practices”, *Conferencia de otoño de la American Bar Association*, 2003.

LOWE, P., “The Design of Competition Policy Institutions for the 21st Century—The Experience of the European Commission and DG Competition”, *Competition Policy Newsletter*, vol. 3, 2008, págs. 1-11.

LOZANO CUTANDA, B., “El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad”, *Revista de Administración Pública*, nº 161, 2003, págs. 83-121.

LUGARD, P., MOLLMANN, M., “The European Commission’s practice under article 9 Regulation 1/2003: A Commitment a day keeps the Court away”, *CPI Antitrust Chornicle*, 2013, págs.. 1-11.

LUNDQVIST, B., *Standardization under EU Competition rules and US antitrust Laws. The rise and limits of self regulation*, Edward Elgar, Cheltenham, 2014.

LYONS, B., “The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse”, en AAVV., *The pros and cons of high prices*, Konkurrensverket Swedish Competition Authority, 2007, págs. 65-87.

MACCULLOCH, A., *Competition Law and policy in the EC and UK*, Routledge Cavendish, 2009.

MAIER-RIGAUD, F., “On the normative foundations of competition law – efficiency, political freedom and the freedom to compete” en AAVV., *The Goals of Competition Law*, ed. D. Zimmer, Edward Elgar, Cheltenham, 2012, págs.132-169.

MANZINI, P., “European Antitrust in search of the perfect fine”, *World Competition*, vol. 31, nº 1, 2008, págs. 3-17.

MARCOS, F., “Competition Law private litigation in the Spanish courts (1999-2012)” *Working paper IE Law School AJ8-202*, 2013.

MARCOS, F., “Diminishing enforcement: negative effects for deterrence of mistaken settlements and misguided competition promotion and advocacy” en AAVV., *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en el Derecho de la Competencia*, dir. J. Guillén Caramés, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, págs. 275-299.

MARINELLO, M., “Commitments or prohibition? The EU antitrust dilemma”, *Bruegel policy brief*, vol. 1, 2014, págs. 1-8.

MARKERT, K., “S. 20 GWB” en AAVV., *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, coord. Immenga, U Mestmäker, E.J.,mCH. Beck, München, 2001, págs. 749-918.

MARSDEN, P., “The Emperor’s Clothes Laid Bare: Commitments Creating the Appearance of Law, While Denying Access to Law”, *CPI antitrust chronicle*, 2013, págs. 1-11.

MARTIN, S., “Globalization and the natural limits of competition”, en AAVV, *The international handbook of competition*, ed. Neuman, M., Weigand, J., Edward Elgar. Cheltenham, 2004, págs. 16-65.

MARTÍNEZ PÉREZ, M., “Los patent trolls y los abusos del derecho a litigar y de procedimiento como conductas anticompetitivas”, *LaLeydigital*, nº 1410, 2017, págs. 1-15.

MARTORELL ZULUETA, P., “Prueba del daño y aplicación privada de la competencia” en AAVV., *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la directiva 2014/104/UE. Directiva y propuesta de transposición*, dir. J. I. Ruiz Peris, Thomson Reuter Aranzadi, Cizur Menor, 2016, págs. 303-320.

MASSAGUER, J. “La explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal” en AAVV., *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Manuel Broseta Pont*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 2203-2268.

MASSAGUER, J., “Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales” en AAVV., *Comentario a la ley de defensa de la competencia*, ed. Massager, J. et al., Thomson Civitas, Madrid, 2008, págs. 197-222.

MATEUS, A. M., “Predatory pricing: a proposed structured rule of reason”, *European Competition Journal*, vol. 7, 2011, pág. 245-268.

MAXWELL, S., “Rule-based price fairness and its effect on willingness to purchase”, *Journal of economic psychology*, vol. 23, nº 2, 2002, págs. 191-212.

MCDERMOTT, W., *The ordoliberal tradition in the European Union , its influence on Article 82 EC and the IBA ' s comments on the Article 82 EC Discussion Paper*,

MCMAHON, K., “A reformed approach to article 82 and the special responsibility not to distort competition” en AAVV, *Article 82 EC: reflections on its recent evolution*, ed. Ezrachi, A., Hart Publishing, Oregon, 2009, págs. 121-146.

MEIJ, A. W. H., BAUMÉ, T., “Object and effects-based approaches in identifying abuses of a dominant position under article 82 EC” en AAVV., *EU Competition Law in context. Essays in honour of Virpi Tiili*, ed. Heikki Kanninen, N., Rosas, K., y Rosas, A., Hart Publishing, USA, 2009, págs. 97-116.

MESTMÄCKER, E. J., “Die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Artikel 86 des EWG-Vertrags” en AAVV., *Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union*, 2006.

MONTERO, C. M., “El efecto disuasorio de los instrumentos de defensa de la competencia. Una visión en el ámbito del Derecho Administrativo” en AAVV., *1989-2007 Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia*, Círculo de empresarios, Madrid, 2008, págs. 179-212.

MONTI, G., “Article 82 EC: What Future for the Effects-Based Approach?”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 1, n.º. 1, 2010, págs. 2-11.

MONTI, G., “DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses (December 2005)”, a disposición para consultar en <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/065.pdf>.

MONTI, G., “The concept of dominance in article 82”, *European Competition Journal*, vol 2, 2006, págs. 31-52.

MONTI, G., *EC Competition Law*, Cambridge University Press, 2012.

MOTTA, M., DE STREEL, A., “Excessive pricing in competition law: Never say never” en AAVV., *The pros and cons of high prices*, Konkurrensverket Swedish Competition Authority, 2007, págs. 14-46.

MOTTA, M., DE STREEL, A., “Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law” en AAVV., *European Competition Law annual 2003*, ed. Ehlerman, C.D., Atanasiu I., Hart Publishing, Oxford, 2006

MOTTA, M., STREEL, A., “Excessive pricing and price squeeze under EU Law” en AAVV., *European Competition Law Annual 2003: What is an abuse of a dominant position?*, ed. C.D. Ehlermann, Atanasiu, Hart Publishing, Oxford, 2006, págs. 91-126.

MOULLET, P., “How should undertakings approach commitment proposal in antitrust proceedings?”, *European Competition Law Review*, vol. 34, nº 2, 2013, págs. 86-100.

MUÑOZ MACHADO, S., “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica” en AAVV., *Regulación. Fundamentos e instituciones de la regulación*, dir. S. Muñoz Machado, J. Esteve Pardo, Iustel, 2009, Madrid, págs. 15-243.

MUÑOZ MACHADO, S., “Introducción al sector energético: regulación pública y libre competencia” en AAVV., *Regulación. Fundamentos e instituciones de la regulación*, dir. S. Muñoz Machado, J. Esteve Pardo, Iustel, 2009, Madrid, págs. 16-51.

MUÑOZ, E., ZOIDO, E., “Precios excesivos y discriminatorios en el expediente televisiones: un enfoque económico”, *Anuario de la competencia*, nº 1, 2006, págs. 401-418.

MURRAY, G., “In search of the obvious: Groupement des cartes bancaires and "by object" infringements under EU competition law”, *European Competition Law Review*, vol. 36, nº 2, 2015, págs. 47-51.

NAVARRO RODRIGUEZ, P., “El régimen de revisión de actos de la CNMC” en AAVV., *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia*, dir. J. Guillén Caramés, M. Cuerdo Mir, Civitas Thomson Reuther, Cizur Menor, 2015, págs. 517-529.

NAZZINI, R., “Abuse beyond exclusion: exploitation and discrimination under article 102 TFEU” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 2012, págs. 459-492.

NAZZINI, R., *The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102*, Oxford Scholarship Online, 2012.

NIETO, A., *El Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2012.

O’DONOGHUE, R., PADILLA, A. J., *The Law and Economics of article 82 EC*, Hart Publishing, Oxford, 2006.

ODUDU, O., “Interpreting article 81 (1): object as subjective intention”, *European Law Review*, vol. 26, n. 1, 2001, págs. 60-75.

OECD, “Excessive prices”, *Policy roundtables*, 2011, a disposición para descargar en <http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49604207.pdf>.

OECD, Remedies and sanctions in abuse of dominance cases, 2006.

OLIVER, P., “The concept of "abuse" of a dominant position under article 82 EC: recent developments in relation to pricing”, *European Competition Journal*, vol. 1, nº.2, 2005, págs. 315-339.

OMPI, Informe sobre las “Excepciones y limitaciones a los derechos conferidos por las patentes: licencias obligatorias y/o explotación por el gobierno (parte I)”, 2014.

ORÓ MARTÍNEZ, C., “Las reclamaciones por daños derivados de una infracción del Derecho de la competencia de la UE: primeras

observaciones sobre la Directiva 2014/14/UE”, *La Ley Unión Europea*, nº 22, págs. 28-34.

ORTIZ BAQUERO, I., “La aplicación privada del derecho antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la libre competencia”, *e mercatoria*, vol. 7, nº 1, 2008, págs. 1-62.

ORTIZ BAQUERO, I., *La aplicación privada del Derecho de la competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia*, La Ley, Madrid, 2011.

OSTERUND, E., *Identifying exclusionary abuses by dominant undertakings under EU competition law : the spectrum of tests*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2010.

OXERA, “Assessing profitability in competition policy analysis”, Economic Discussion Paper 6, 2006, a disposición para descargar en <http://www.oxera.com/Oxera/media/Oxera/downloads/reports/OFT-Assessing-profitability.pdf?ext=.pdf>.

OXERA, “Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts”, 2009, a disposición para descargar en http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf.

PACE, L.F., , *Derecho Europeo de la Competencia. Prohibiciones antitrust, control de las concentraciones y procedimientos de aplicación*, Marcial Pons, 2007.

PACHECO CAÑETE, M., “El abuso de la posición dominante en el sector de la telefonía fija”, en AAVV., *Estudios de Derecho de la Competencia*, Cord. Font Galán, J.I., Pino Abad, M., Marcial Pons, Madrid, 2005.

PADILLA, J. ZOIDO, E., “El papel disuasorio de las sanciones: una reflexión motivada por las nuevas directrices comunitarias” en AAVV.,

Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia, S. Martínez Laga, A. Petitbo Juan, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 37- 57.

PALACIOS LLERAS, A., “The Uneasy Case for Enforcing Competition Law Provisions Related with Excessive and Unfair Prices in Developing Countries”, *Revista de la Maestria en Derecho Económico*, Nº. 6, 2010, págs. 457-489.

PALOMAR OLMEDA, A., “Los procedimientos administrativos en la Ley de Defensa de la Competencia” en AAVV., *Derecho de la competencia. Estudios sobre la ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la competencia*, dirs. L. Parejo Alfons, A. Palomar Olmeda, La Ley, Madrid, 2008, págs. 309-380.

PANNEL DISCUSSION, “Policy objectives, enforcement tools and actors, types of abuses, the case of excessive pricing” en AAVV., *European Competition Law Annual 2003: What is an abuse of a dominant position?*, ed. C.D. Ehlermann, Atanasiu, Hart Publishing, Oxford, 2006, pags. 3- 50.

PAPADOPOULOS, A. S., *The international dimension of EU competition law and policy*, Cambridge University Press, 2010.

PARRET, L., “The multiple personalities of EU competition law: time for a comprehensive debate on its objectives” en AAVV., *The Goals of Competition Law*, ed. D. Zimmer, Edward Elgar, Cheltenham, 2012, págs. 67-84.

PASCUAL PONS, C., “Proporcionalidad y disuasión en las multas de competencia”, *Papeles de economía española*, nº 145, 2015 , págs. 71-80.

PASCUAL Y VICENTE, J., “Prohibiciones del abuso de posición dominante” en AAVV., *Tratado de Derecho de la competencia*, dir., J.M

Beneyto Pérez, coord.. J. Maillo González Orús, Bosch, Barcelona, 2005, págs. 455-511.

PAULIS, E., “Article 82 and exploitative conduct”, en AAVV., *European Competition Law Annual 2007. A reformed approach to article 82 EC*, ed. Ehlerman, K.D., Marquis, M., Hart Publishing, Oxford, 2008, págs. 515-524.

PEDRAZ CALVO, M., “El régimen sancionador europeo de protección de Defensa de la Competencia” en AA.VV., *El Derecho Europeo de la Competencia y su aplicación en España. Liber amicorum homenaje a Santiago Martínez Lage*, coord, Pedraz Calvo, M. y Ordóñez Solís, D., Wolters Kluwer, La Ley, Madrid, 2014, pags. 235-260.

PEEPERKORN, L., “Price discrimination and exploitation” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 2008, págs. 611-634.

PELLISÉ CAPELL, J., *La “explotación abusiva” de una posición dominante (arts. 82 TCE y 6 LEDC)*, Civitas, Madrid, 2002.

PERA, A., AURICCHIO, V., “Consumer welfare, standard of proof and the objectives of competition policy”, *European Competición Journal*, vol. 1, nº 1, 2005, págs. 153-176.

PERELLÓ DOMÉNECH, I., “Derecho administrativo sancionador y jurisprudencia constitucional”, *Jueces para la democracia*, Nº 22, 1994, págs. 76-81.

PERITZ, R. J. R., *Competition Policy in America, 1888-1992. History, Rhetoric, Law*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

PETIBÓ, J., “Barreras de entrada y competencia”, *Anuario de la Competencia*, nº1, 2003, págs. 185-206.

PIJNACKER JORDIJK, E., “Excessive pricing under EC Competition Law: an update in the light of “Dutch Developments” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 2002, págs. 463-496.

PINON, R., FERNANDEZ, L., “Are fairness constraints on profit seeking important?”, *Journal of economic psychology*, n. 16, 1995, págs. 73-96.

PRIETO KESSLER, E., “Principales problemas de la regulación del abuso de posición de dominio”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, vol. 205, 2000, págs. 22-32.

RAMOS GIL, R., “La producción de energía eléctrica en régimen ordinario. El mercado diario e intradiario de electricidad y su gestión económica por OMEL” en AAVV., *Regulación. Fundamentos e instituciones de la regulación*, dir. S. Muñoz Machado, J. Esteve Pardo, Iustel, 2009, Madrid págs. 333-380.

RAPP, R., “The misapplication of the innovation market approach to merger analysis”, *Antitrust law journal*, 64, 1995.

REBOLLO PUIG, M., “Control judicial del no ejercicio de la potestad sancionadora” en AAVV., *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia*, dir. J. Guillén Caramés, M. Cuerdo Mir, Civitas Thomson Reuther, Cizur Menor, 2015, págs. 407-467.

REQUEJO, A., “La cuantificación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia: comentarios al Libro Blanco de la Comisión Europea”, *LaLey*, nº 5, 2008, págs. 51-57.

RICÓN GARCÍA LOYGORRI, A., “Las conductas prohibidas” en AAVV., *La nueva Ley de Defensa de la Competencia. Análisis y*

comentarios, dir. J.M. Beneyto, J. Maillo, Bosch, Barcelona, 2009, págs. 151-189.

ROBERTS, S., “Assessing excessive pricing –the case of flat Steel in South Africa”, *Competition Law & Economics*, vol. 4, nº 3, 2008, págs. 871-891.

ROBLES MARTÍN LABORDA, A., “Exploitative prices in European Competition Law”, págs. 1-20, a disposición para descargar en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2660956 (versión SSRN).

ROBLES MARTÍN LABORDA, A., “Las reclamaciones de daños y perjuicios causados por infracciones de Derecho de la Competencia. Comentario de la STS de 23 de noviembre de 2013, Sala de lo Civil en el Asunto Cártel del Azúcar”, *Actas de Derecho Industrial y Derechos de autor*, nº 34, 2013-2014, págs. 519-534.

ROBLES MARTÍN LABORDA, A., “Libre competencia y competencia desleal: de Nuevo sobre el artículo 7 LDC” en AAVV., *Estudios de Derecho de la Competencia*, coord. Font Galán, J.I., Pino Abad, M., Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 235-248.

ROBLES MARTÍN LABORDA, A., “Los precios excesivos como supuesto de abuso de posición dominante”, *Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor*, n.35, 2015, págs. 533- 536.

ROBLES MARTÍN LABORDA, A., *Libre competencia y competencia desleal*, LaLey, Madrid, 2001.

RODGER, B., MACCULLOCH, A., *Competition Law and policy in the EC and UK*, Routledge Cavendish, 2009

RODILLA MARTÍ, C., “La defensa de los derechos de patente como ilícito en el derecho de la competencia o la "compulsory license defense" a

propósito del caso Huawei/ZTE”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, nº 39, 2016, págs. 175-200.

RODILLA MARTÍ, C., “La flexibilización de la culpa en precios excesivos”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, nº. 18, 2016.

RODILLA MARTÍ, C., “La more economic approach del derecho de la competencia en los litigios sobre consorcios de patentes: el caso de los compromisos”, *LaLey mercantil*, nº 30, 2016, págs. 7

RODILLA MARTÍ, C., *Consortios de estandarización, patentes esenciales y cláusulas FRAND*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

RODRIGUEZ MATAS, M.J. Y VEGA PENICHER, L., “Las situaciones de dependencia económica en las leyes reguladoras de la competencia. Requisitos de aplicación y acciones posibles”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, nº 243, 2006, págs. 77-91.

RODRIGUEZ NATAL, M., ARANDA CARLES, B., PASTOR RUIZ, F., “Abuso de posición de dominio” en AAVV., *Tratado de Derecho de la Competencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 171-228.

ROJAS AMANDI, V. M., “La interpretación del Derecho de la Unión europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº4, 2003, págs. 47-64.

RÖLLER, L-H., “Exploitative abuses”, en AAVV., *European Competition Law Annual 2007. A reformed approach to article 82 EC*, ed. Ehlerman, K.D., Marquis, M., Hart Publishing, Oxford, 2008, págs. 525-532.

ROSE, I., NGWE, C., “The ordoliberal tradition in the European Union, its influence on Article 82 EC and the IBA's comments on the Article 82 EC Discussion Paper”, *Competition law Internacional*, vol. 3, 2007, págs. 8-12.

ROUSSEVA, E., “Abuse of dominant position defences” en AAVV., *EC Competition Law. A critical assessment*, ed. Amato, I., Ehlermann, C.D., Hart Publishing, Oxford, 2007, págs. 377-431.

ROUSSEVA, E., “Modernizing by eradicating: how the Commission’s new approach to article 81 EC dispenses with the need to apply article 82 to vertical restraints”, *Common market law review*, vol. 42, nº 3, 2005, págs. 587-638.

ROUSSEVA, E., “The Concept of ‘Objective Justification’ of an Abuse of a Dominant Position: Can it help to Modernise the Analysis under Article 82 EC?”, *Competition Law Review*, vol 2, nº 2, 2005, págs. 27-72.

ROY PÉREZ, C., “La cuantificación de los daños por infracción de las normas de defensa de la competencia: la experiencia judicial en España” en AAVV., *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, eds. Font i Ribas, A., Vilà Costa, B., Marcial Pons, Madrid, 2012, págs. 225-265.

RUIZ DE ANGULO GÓMEZ, E., BAYO ÁLVAREZ, R., COSTAS COMESAÑA, J., “Las experiencias nacionales en la aplicación privada del Derecho de la Competencia (España)” en AAVV., *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, dir. Velasco San Pedro, L.A., Alonso Ledesma, C., Echevarría Sáñez, J., Herrero Suárez, C., Gutierrez Gilsanz, J., Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 137-149.

RUIZ PERIS, J. I., “Determinación de la cuantía de la indemnización por incumplimiento de las normas de defensa de la competencia”, *Derecho de los negocios*, nº 217, 2008, págs. 1-11 (versión electrónica).

RUIZ PERIS, J. I., “El abuso de dependencia económica en el Derecho de defensa de la competencia en el marco de la lucha contra las conductas abusivas” en AAVV., *Derecho de la Competencia y la Gran Distribución*,

coord. F. Cachafeiro, R. García, M. López, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, págs. 31-55.

RUIZ PERIS, J. I., “Tiempos de cambio: del monopolio de la aplicación pública del derecho de la competencia a la responsabilidad compartida” en AAVV., *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la directiva 2014/104/UE. Directiva y propuesta de transposición*, dir. Juan Ignacio Ruiz Peris, Thomson Reuter Aranzadi, Cizur Menor, 2016, págs. 15-52.

RUIZ PERIS, J.I., “Business networks as a legal explanatory framework”, en *Festschrift Fur Klaus J. Hopt Zum 70. Geburtstag Am 24. August 2010: Unternehmen, Markt Und Verantwortung*. Vol II. De Gruyter, págs. 2901-2917.

RUIZ PERIS, J.I., “Mercado relevante” en AAVV., *Derecho Europeo de la competencia. Proyecto Europeo “Training of national judges in EU competition law”*, dirs. C. Estevan de Quesada, J. I. Ruiz Peris, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 37-56.

RUPPELT, H.J., “Abuse control: objectives, restrictive practices and institutions” en AAVV., *European Competition Law Annual 2003: What is an abuse of a dominant position?*, ed. C.D. Ehlermann, Atanasiu , Hart Publishing, Oxford, 2006, págs. 135-145.

RYSMAN, M., SIMCOE, T., “A NAASTy alternative to RAND pricing commitments”, *Telecommunications Policy*, nº 35, 2011, págs. 1010–1017.

SACRISTÁN REPRESA, M., “Abuso de posición dominante” en AAVV., *Derecho Europeo de la Competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, Lex Nova, Valladolid, 2005, págs. 309-362.

SADOWSKA, M., “Energy liberalization: excessive pricing actions dusted off?”, *European Competition Law Review*, núm. 32, vol. 9, 2011, págs. 471-477.

SALOP, S. C., “The controversy over the proper antitrust standard for anticompetitive exclusionary conduct” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 2006, págs. 477-505.

SALVADOR ROLDÁN, R., “La reclamación de daños y perjuicios por infracción de Derecho de la competencia en Europa: ¿una aproximación al modelo americano?”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 226, 2003, págs. 71- 81.

SANCHO GARGALLO, I., “Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia”, *InDret*, nº 1, 2009, págs. 1-35.

SARMIENTO, D., “La recepción en el Derecho de la Unión Europea”, en AAVV., *Regulación. Fundamentos e instituciones de la regulación*, dir. S. Muñoz Machado, J. Esteve Pardo, Iustel, 2009, Madrid, págs. 245- 291.

SCHELLINGERHOUT, R., CAVICCHI, P., “Patent ambush in standard-setting: the Commission accepts commitments from Rambus to lower memory chip royalty rates”, *Antitrust press release*, nº 1, 2010, 32-36.

SCHWEITZER, H., “Commitment Decisions under Article 9 of Regulation 1/2003: The Developing EC Practice and Case Law”, *EUI Working Paper LAW No. 22*, 2008.

SCHWEITZER, H., “Principles of Section 2 Sherman Act and article 82 EC” en AAVV., *European Competition Law Annual 2007*, pag. 138-140.

SCHWEITZER, H., “The history, interpretation and underlying principles of section 2 Sherman Act and article 82 EC” en AAVV., *European*

Competition Law Annual 2007 A reformed Approach to article 82EC, ed. Ehlermand C.D., Marquis, M., Hart Publishing, Oxford, 2008.

SCHWEITZER, H., BAY, M., “Commitments and settlements – benefits and risks”, *23rd St. Gallen International Competition Law Forum ICF*, 2016, págs. 1-6.

SHAVEL, S., “Sharing information prior to settlement or litigation”, *Rand Journal of Economics*, vol. 20, nº 5, 1989, págs. 183-195.

SINCLAIR, D., “Abuse of dominance at a crossroads - potential effect, object and appreciability under Article 82 EC”, *European Competition Law Review*, vol. 25, nº 8, 2004, págs. 491-501.

SIOTIS, G., CAÑIZARES, E., “El estándar de prueba en las acciones de reclamación de daños” en AAVV., *1989-2007 Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia*, Círculo de Empresarios, Madrid, 2008, págs. 363-395.

SMITH, M., “Judges, ex ante decisions evidence and proof” en AAVV., *Economic Evidence in EU Competition Law*, eds. M. Kovac, A. S. Vandenberghe, Intersentia, Cambridge, 2016, págs. 127-135.

SOAMES, T., “Towards a “smart” article 82” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 2005, págs. 457-493.

SORIANO GARCÍA, E. J., “Límites al poder sancionador de los órganos nacionales de competencia (el mercado geográfico como coordinada jurídica básica para establecer el importe de las multas impuestas por el Tribunal de Defensa de la Competencia. ¿Es Goliat siempre culpable?)”, *Revista de Derecho mercantil*, nº 252, 2004, págs. 533-568.

SORIANO GARCÍA, E. J., “Régimen sancionador: peculiaridades en el ámbito del Derecho de la competencia” en AAVV., *Estudios sobre la*

potestad sancionadora en Derecho de la competencia, dir. J. Guillén Caramés, M. Cuervo Mir, Civitas Thomson Reuther, Cizur Menor, 2015, págs. 31-59.

STEPHANOV GEORGIEV, G., “Contagious efficiency: the growing reliance on u.s.-style antitrust settlements in EU law”, *Utah Law Review*, nº 4, 2007, págs. 971-1037.

SUBIOTTO, R., LITTLE, D., LEPETSKA, R., “The application of article 102 TFEU by the European Commission and the European Courts”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 7, nº 4, 2016, págs.. 288-296.

SUBIOTTO, R., MALONE, F., LITTLE, D. R., DE BROSSES, C., SUCIU, S., “Recent EU Case Law Developments: Article 102 TFEU”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 2, nº 2, págs.. 138-147.

SVETLICINII, A., BOTTA, M., “Article 102 TFEU as a tool for market regulation: “excessive enforcement” against “excessive prices” in the new EU member states and candidate countries”, *European Competition Journal*, vol. 24, 2012, págs. 473-496.

TAJANA, A., “If i had a hammer... structural remedies and abuse of dominant position”, *Competition & Reg. Network Indus*, 2006

TEMPLE LANG, J. F., “Anticompetitive abuses under article 82 involving intellectual property rights” en AAVV., *European Competition Law Annual 2003: what is an abuse of dominant position?*, ed. CD Ehlermann y Atanasiu, Hart Publishing, 2006.

TEMPLE LANG, J., “Commitment decisions under regulation 1/2003” en AAVV., *Alternative enforcement techniques in EC competition law:*

|

settlements, commitments and other novel instruments, ed. C. Gheur, N. Petit, Bruylant, 2009, págs. 121-145.

TERHECHTE, J. P., “Excessive pricing and the goals of competition Law: an enforcement perspective-comment on Ackermann” en AAVV., *The Goals of Competition Law*, Ed. Zimmer, D., Edward Elgar, Cheltenham, 2012, págs. 371-378.

TERRIEN, V., “European competition rules and the European Court of Justice” en AAVV., *Derecho Europeo de la competencia. Proyecto Europeo “Training of national judges in EU competition law”*, dirs. C. Estevan de Quesada, J. I. Ruiz Peris, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 17-37.

TOBÍO RIVAS, A. M., “Interpretación de los criterios para la imposición de sanciones por las autoridades españolas de competencia: el porcentaje del volumen de negocios total”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, tomo 35, 2014-2015, págs 529-532.

TOBÍO RIVAS, A. M., “Interpretación de los criterios para la imposición de sanciones por las autoridades españolas de competencia: el porcentaje del volumen de negocios total” , *Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor*, nº 35, 2015-2016, págs. 529-532.

TORNOS MAS, J., “El concepto de servicio público a la luz del Derecho comunitario”, *Revista de Administración Pública*, nº 200, 2016, págs.. 193-211.

TORNOS MAS, J., “Regulación de precios y tarifas”, en AAVV., *Regulación. Fundamentos e instituciones de la regulación*, dir. S. Muñoz Machado, J. Esteve Pardo, Iustel, 2009, Madrid, págs. 537- 575.

TUDOR, E. C., *Acciones de indemnización por ilícitos competitivos y cuantificación de daños*, La Ley, Madrid, 2016.

ÚBEDA TARAJANO, F. E., “Algunas consideraciones en torno a la aplicación de los principios rectores del derecho penal al ámbito administrativo sancionador”, *Actualidad administrativa*, nº 16, 2008, págs. 1834-1858.

VAIDYANATHAN, R., AGGARWAL, P., “Who is the fairest of them all? An attributional approach to price fairness perceptions”, *Journal of business review*, nº 56, 2003, págs. 453-463.

VALENZUELA CARACH, J. “Relaciones entre la obstaculización de la Competencia y el concepto de posición dominante” en AAVV., *Estudios de Derecho de la Competencia*, Cord. Font Galán, J.I., Pino Abad, M., Marcial Pons, Madrid, 2005

VALGIURATA, L. Z., “Price discrimination under article 86 of the E.E.C. Treaty: the United Brands case”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 31, nº1, 1982, págs. 36-58.

VAN BAEL, BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, 2005.

VAN DEN BERG, R., “The more economic approach in European Competition Law: is more too mucho or not enough?” en AAVV., *Economic Evidence in EU Competition Law*, eds. M. Kovac, A. S. Vandenberghe, Intersentia, Cambridge, 2016, págs. 13-43.

VAN DER VIJVER, T., “Article 102 TFEU: How to Claim the Application of Objective Justifications in the Case of prima facie Dominance Abuses?”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 4, n. 2., 2013, págs. 121-133.

VAN HOOK. J.C., *Rebulding Germany. The Creation of the Social Market Economy, 1945-1957*, Cambridge University Press, UK, 2004.

VAZQUEZ RUANO, T., “La desconcentración empresarial como medida correctora de situaciones de abuso de la posición de dominio. El caso “United States v. Microsoft Corp.””, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, vol. 25, 2004-2005, págs. 785-808.

VELASCO SAN PEDRO, L.A., “Las barreras de entrada y su relevancia para el derecho de la competencia”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, nº 6., 2010, págs. 163-176

VÉRGEL MUÑOZ, C., LATORRE ZANÓN, A., “Alcance del control jurisdiccional de las resoluciones administrativas en procedimientos sancionadores de Derecho de la competencia” en AAVV., *Problemas prácticos y de actualidad del Derecho de la competencia*, dir. M.A. Recuerda, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2016, págs. 339-363.

VESTAGER, “Protecting consumers from exploitation”, a disposición para consultar en http://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/protecting-consumers-exploitation_en.

VESTEDORF, B., “Article 102 TFEU and sanctions appropriate when?”, *European Competition Law Review*, vol. 32, nº 11, 2011, págs. 573-579.

VESTERDORF, J., “Article 82 EC – When is a price so high that it becomes abusive? – An appreciation of a particularly subjective character” en AAVV., *EU Competition Law in context. Essays in honour of Virpi Tiili*, Ed. Heikki Kanninen, N., Rosas, K., y Rosas, A., Hart Publishing, USA, 2009, págs. 85-96.

VICKERS, J., “Market power in competition cases”, *European Competition Journal*, vol. 2, 2006, págs. 3-14.

VOGELENZANG, P., “Abuse of a dominant position in article 86, the problem of causality and some applications”, *Common market law review*, vol 13, nº1, 1976, págs. 61-78.

WAELEBROCK, M., FRIGNANI, A., *European Competition Law*, Transnational Publishers, New York, 1999.

WAELEBROECK, M., “Annual review of ECC Competition cases 1988-1989” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 1989, págs. 181-202.

WAGNER VON PAPP, F., “Best and even better practices in commitment procedures after Alrosa: the dangers of abandoning the “struggle for competition law””, *Common Market law review*, nº 49, 2012, págs. 929-970.

WAHL, N., “Exploitative high prices and European competition law – a personal reflection” en AAVV., *The pros and cons of high prices*, Konkurrensverket Swedish Competition Authority, 2007, págs. 47-64.

WERDEN, G. J., “Identifying single-firm exclusionary conduct: from vague concepts to administrable rules” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 2006, págs. 509-540.

WERDEN, G.J., “Monopoly pricing and competition policy: divergent paths to the same destination?” en AAVV., *International Antitrust Law and Policy*, ed. Hawk, B., Fordham, New York, 2008, págs. 649-664.

WILLIAMS, M., “Excessive Pricing” en AAVV., *The pros and cons of high prices*, Konkurrensverket Swedish Competition Authority, 2007, págs. 128-154.

WILLS, W.P.J., “Optimal antitrust fines: theory and practice”, *World competition*, vol. 29, nº 2, 2006, págs. 183-208.

WILS, W., “Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No 1/2003”, *World Competition*, vol. 29, nº 3, 2006, págs.1-25.

WILS, W., “Ten years of commitment decisions under article 9 of Regulation 1/2003: too much of a good thing?”, *paper presented at New Frontiers of antitrust. Concurrences Journal 6th international conference*, 2015, a disposición para descargar en <http://ssrn.com/author=456087>.

WILS, W., “The use of Settlements in Public antitrust enforcement: objectives and principles”, *World Competition*, vol 31, n° 3, 2008, pág. 335-352.

WILS, W.P.J., “The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review, and the European Convention on Human Rights”, *World Competition*, Volume 33, No. 1, 2010, págs 1- 32.

WISH, R., BAYLEY, D., *Competition Law*, Oxford University Press, New York, 2012

WOOD, D., SEIKYTE, S., “Article 82 and cost allocation. The Scandlines decision”, *Competition Law Antitrust law and policy in a global market inside*, 2006, págs. 13-15, a disposición para consultar en http://www.gibsondunn.com/fstore/documents/pubs/CLI_03142006_82costallocation_DWood.pdf.

ZABALETA DÍAZ, M., “La dependencia económica del proveedor en la gran distribución” en AAVV., *Derecho de la Competencia y la Gran Distribución*, coord. F. Cachafeiro, R. García, M. López, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, págs. 57-92.

ZENGER, H., WALKER, M., “Theories of harm in european competition law: a progress report”, págs. 1-29, a disposición para consultar en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2009296.

