

SANTIAGO MARTÍNEZ LAGE
AMADEO PETITBÒ JUAN
(Directores)

EL ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO

FUNDACIÓN RAFAEL DEL PINO

MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
MADRID 2006 BARCELONA

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
INTRODUCCIÓN DE LOS DIRECTORES DE LA OBRA	11

LA NOCIÓN DE DOMINIO

Una racionalización económica del concepto de posición de dominio, <i>por Inmaculada Gutiérrez y Jorge Padilla</i>	15
Dificultades para la definición del mercado relevante, <i>por Fernando Jiménez Latorre y Enrique Cañizares Pacheco</i>	33
Cuota de mercado y poder de mercado, <i>por Cani Fernández</i>	61
La posición de dominio colectiva: estado actual de una larga evolución, <i>por Jaime Folguera Crespo y Borja Martínez Corral</i>	75

LA NOCIÓN DE ABUSO

Un enfoque económico del artículo 82, <i>por Patrick Rey, Jordi Gual, Martín Hellwit, Anne Perrot, Michele Polo, Klaus Schmidt y Rune Stenbacka</i>	99
El abuso y sus efectos. Modernización del artículo 82 TCE: revisión o reforma, <i>por Rafael Allendesalazar Corcho.....</i>	155
Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio, <i>por Jesús Alfaro Águila-Real</i>	193
Regulación pública y abuso de posición de dominio, <i>por Lluís Cases ...</i>	227

Pág.**ABUSOS MEDIANTE PRECIOS**

Abusos mediante precios: los precios excesivos, <i>por Fernando Díez Estella</i>	251
Precios predatorios (Principalmente en el sector aéreo), <i>por Antonio Creus</i>	273
La discriminación de precios como abuso de posición dominante, <i>por Oriol Armengol i Gasull</i>	299
Los descuentos y su problemática, <i>por Javier Ruiz Calzado</i>	313

ABUSOS NO RELACIONADOS CON PRECIOS

La negativa de suministro y figuras afines, <i>por Helmut Brokelmann</i>	341
La vinculación de productos. Referencia al asunto Microsoft, <i>por Miguel Odriozola Alén y Begoña Barrantes Díaz</i>	367
El posible abuso de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Captura de estándares y abuso de acuerdos para el establecimiento de estándares, <i>por Pedro Callol García</i>	391
Otras formas de abuso de posición dominante (con especial mención al abuso de situación de dependencia económica), <i>por Luis Berenguer Fuster</i>	415
ANEXO	437

INTRODUCCIÓN DE LOS DIRECTORES DE LA OBRA

De acuerdo con su decisión de organizar, con periodicidad anual, un Seminario de Derecho y Economía de la Competencia, tras la celebración del primer Seminario dedicado a *La modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea*, la **Fundación Rafael del Pino** ha organizado el segundo Seminario dedicado a *El abuso de la posición de dominio* cuya dirección, de nuevo, nos ha sido encomendada.

Si en el primer año decidimos abordar un campo tan amplio como la reforma y modernización de la regulación de la competencia en España y en Europa, en la segunda convocatoria decidimos enfocar el objetivo hacia un aspecto mucho más concreto pero de inequívoca actualidad y no exento de complejidades. El alcance de la cuestión se pone de relieve si, como punto de partida, se considera que su tratamiento exige combinar, sobre la base de los oportunos conocimientos, los principios del Derecho de la competencia y los correspondientes al análisis económico de los mercados. Y es justamente esta complejidad lo que concede interés al tema elegido.

Pero, por otra parte, el asunto estudiado también es objeto de discusión en la Unión Europea. Al efecto, valga como referencia el “Discussion Paper” publicado por la Comisión en diciembre de 2005.

El Seminario se organizó con un reparto de 16 temas que consideramos cubrían los aspectos fundamentales de la figura de abuso de posición de dominio. Se han analizado los conceptos básicos y las conductas que configuran el núcleo de la cuestión. También se ha abordado la regulación al respecto y la oportuna jurisprudencia, tanto española como

comunitaria. El debate, de acuerdo con su complejidad, se ha desarrollado en términos jurídicos y económicos. Todo ello ha sido un magnífico prelude que ha indicado claramente el camino por el que discurrirán las discusiones sobre el abuso de posición de dominio en los próximos años. En definitiva, el resultado, plasmado en el libro que recoge las distintas aportaciones, esperamos que constituya una referencia inexcusable para todo aquel que esté interesado, por una u otra razón, en el análisis del abuso de posición de dominio.

Y si el primer libro de la serie ha sido un instrumento adecuado y una referencia oportuna en el proceso de reelaboración de nuestra Ley de Defensa de la Competencia, parece evidente que este segundo libro también ofrece indicaciones útiles que, sin duda, serán tomadas en consideración por las autoridades y los jueces a la hora de aplicar las prohibiciones contenidas en los arts. 81 del Tratado CE y 6 de la LDC (que pronto se convertirá en el art. 2 de la nueva Ley, si prospera parlamentariamente el anteproyecto de ley en su última estructura).

Al Seminario fueron invitados, y asistieron, los expertos que figuran en la relación que se incluye en las páginas anteriores. Se trata de profesores y autoridades, magistrados y jueces, abogados, economistas y consultores, todos ellos profesionales de probado y reconocido prestigio en nuestra especialidad y auténticos actores del desarrollo y aplicación del análisis económico y jurídico de la competencia. La meditada selección de los participantes nos ha permitido asegurar que los distintos problemas han sido estudiados con el pertinente enfoque multidisciplinar y el completo tratamiento apoyado en las distintas especialidades y aproximaciones de acuerdo con la especialidad concreta de los participantes.

En el anexo publicamos las instrucciones impartidas a los participantes para que los lectores conozcan cómo se han elaborado los textos que nos honramos en prologar.

Si el primer Seminario pretendía iniciar un proceso, con la edición de este segundo libro estamos convencidos de que asistimos a la consolidación de una iniciativa que contribuirá a hacer de nuestra especialidad una disciplina cada vez más madura y consolidada en nuestro país.

Santiago MARTÍNEZ LAGE
Amadeo PETITBÒ JUAN
Co-Directores de la obra

UNA RACIONALIZACIÓN ECONÓMICA DEL CONCEPTO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Inmaculada GUTIÉRREZ
Jorge PADILLA
Economistas LECG Europa

El concepto de posición de dominio es una pieza crucial en cualquier sistema de defensa de la competencia europeo, puesto que constituye un pre-requisito para establecer la existencia de abuso. Por otra parte, la influencia de este concepto ha desbordado el ámbito de la normativa de competencia y ha invadido el terreno regulatorio, donde se emplea para delimitar qué operadores deben encontrarse sujetos a obligaciones especiales.

Cualquiera esperaría que viniera definido en la norma un concepto que puede determinar importantes límites a la actuación de las empresas y sobre el que se fundamenta una parte sustancial de la política de competencia. Sin embargo, por chocante que parezca, no es así. No encontramos una definición de posición de dominio ni en los textos legislativos españoles ni en los comunitarios. Como es bien sabido, para interpretar este concepto hay que recurrir a la jurisprudencia.

A esta indefinición sin duda ha contribuido la falta de una traducción inmediata al lenguaje económico de lo que es la posición de dominio. Se trata de un concepto ajeno a la teoría microeconómica y ésta, por lo tanto, no ha podido aportar una definición explícita del mismo.

Pero que los manuales de teoría económica no incorporen tal definición de la posición de dominio no impide que no aporten instrumentos para su detección y análisis dentro del marco definido por la jurisprudencia. El análisis económico nos ofrece instrumentos útiles que ayudan a identificar cuándo un operador puede calificarse de dominante e, incluso, a reunir evidencia empírica al respecto, en particular a través del concepto poder de mercado.

En esta ponencia examinamos la relación entre posición de dominio y poder de mercado y profundizamos en el significado de esta última, deteniéndonos especialmente en el análisis de sus características desde el lado de la oferta en el mercado y, en particular, en la existencia de barreras a la entrada y a la expansión de la producción.

En la sección 1 repasamos los conceptos de poder de mercado y posición de dominio, con especial atención a los límites implícitos y explícitos en la definición de dominancia. En la sección 2 repasamos los elementos que caracterizan la posición de dominio. En la 3 nos centramos en las características por el lado de la demanda y en la 4 en los factores de oferta. Por último, concluimos en la sección 5 recordando que al aplicar estos instrumentos de análisis no se deben perder de vista los objetivos y límites intrínsecos al concepto de dominancia expuestos en la sección 1.

1. POSICIÓN DE DOMINIO Y PODER DE MERCADO

Desde la ya consagrada sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto *United Brands v Commission*¹, la posición de dominio se define por las autoridades comunitarias como²:

«...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 independencia de sus competidores, clientes y, en última instancia, de los consumidores».

¹ Caso 27/76 *United Brands Co and United Brands Continental BV v Commission* [1978] ECR 207: «relates to a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers».

² El Tribunal ha ratificado esta visión en sentencias sucesivas, incluida la popular, *Hoffman-LaRoche*. Case 85/76 *Hoffman-La Roche v Comisión* [1979] ECR 461. No obstante, en esta sentencia como en otras posteriores (*AKZO*), la Comisión ha matizado el papel de las cuotas de mercado en la determinación de la existencia de dominancia. Como manifiesta Cani FERNÁNDEZ, puede hablarse en estas sentencias de una presunción de dominancia basada en las cuotas de mercado. Ver C. FERNÁNDEZ, *Cuota de mercado y poder de mercado*, Segundo Seminario de Derecho y Economía de la Competencia, 2005.

Luego, un elemento definitorio de la posición de dominio es la capacidad de la empresa para comportarse con independencia de los competidores, proveedores y consumidores. Este elemento se encuentra también presente en la interpretación que sobre la posición de dominio realiza el Tribunal de Defensa de la Competencia español³:

«Así, se diría que una empresa disfruta de posición de dominio en un 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».

¿Qué quiere decir comportarse con independencia? El Tribunal se refiere a la capacidad de ofertar al mercado un *output* en condiciones tales que permitan a la empresa en cuestión ganar un beneficio superior al que obtendría en condiciones de competencia. En términos del análisis económico, esta interpretación guarda íntima relación con lo que se denomina *poder de mercado*.

Pensemos en una empresa que opera en un determinado mercado y que consigue aumentar sus beneficios sustancialmente al elevar sus precios de manera significativa. Lo que la teoría económica nos dice es que, en ausencia de obstáculos, otras empresas se sentirán atraídas por la oportunidad de hacer negocio en ese mercado, vendiendo sus productos a precios más bajos que la empresa instalada. La amenaza de perder clientes y ver deteriorada su posición evita que la empresa pueda sostener en el tiempo un comportamiento no competitivo. Por ello, se dice que una empresa tiene poder de mercado cuando puede elevar sus precios por encima de los que prevalecerían en condiciones competitivas y es capaz de sostener esta estrategia de forma rentable a largo plazo. La idea de independencia de comportamiento, por tanto, resulta asimilable a la noción de poder de mercado de la teoría económica.

La definición citada anteriormente puntualiza que la dominancia requiere que el comportamiento independiente a) lo sea en grado suficiente y b) obstaculice el desarrollo de la competencia efectiva, esto es, impida la existencia de competidores presentes o potenciales que supongan una amenaza para su negocio⁴. En definitiva, se limita el ámbito de lo que se entiende por dominancia. Cabe preguntarse, primero, por qué la doctrina considera necesario cualificar cuándo la independencia en el

³ Tribunal de Defensa de la Competencia. Expte. R 362/99, Bacardí, 30 de septiembre de 1999. Párrafo 6 de los Fundamentos de Derecho.

⁴ «*Dominance is a position of considerable economic power held for a period of time by a firm/s over customers and/or suppliers in a market. More specifically, it is the ability of a firm/s to restrict output and thus raise prices above the level that would prevail in a competitive market, without existing rivals or new entrants in due time taking away its customers*». Ver J. FAULL y A. NIKPAY, *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, 1999, párrafo 3.25.

comportamiento —o el poder de mercado— constituye una posición de dominio y, segundo, si los criterios que emplea son los adecuados.

Acerca de la primera cuestión, no se puede perder de vista que la definición de dominancia no es un fin en sí mismo, sino un ejercicio instrumental. Este ejercicio está supeditado al objetivo inmediato de determinar si un operador está en posición de cometer un abuso y, en todo caso, al fin último de la normativa de competencia, que es perseguir y prevenir aquellas conductas de las empresas que, al restringir la competencia en el mercado, reducen el bienestar de los consumidores ⁵.

Por ello, al definir la posición de dominio el Tribunal trata de establecer criterios que identifiquen a aquellos operadores que realmente tengan una posición susceptible de restringir la competencia y detraer excedente de los consumidores ⁶. Desde un punto de vista administrativo, no sería eficaz establecer una definición excesivamente amplia que llevara a calificar como dominantes a operadores que tuvieran una probabilidad baja de afectar de manera significativa al bienestar de los consumidores. Ello multiplicaría la carga administrativa, ocasionaría costes innecesarios a las empresas y se alejaría de los fines de la ley.

Por otra parte, hay que tener presente que la normativa española y la comunitaria dan un tratamiento muy severo al abuso de posición de dominio: esta figura no admite posible defensa de eficiencias, ni exención. Además, la calificación como dominante tiene importantes implicaciones y costes para los operadores, porque por el mero hecho de serlo vienen sujetos a obligaciones especiales que limitan su comportamiento frente a competidores, proveedores y clientes. Por todo ello, resulta racional que para calificar a un operador de dominante se tengan que dar ciertos requisitos exigentes.

En cuanto a los requisitos definidos, la doctrina ha tratado de establecer aquellos que sirven a los fines inmediatos y últimos anteriormente enunciados: la independencia de comportamiento debe ser *suficiente* para *obstaculizar la competencia efectiva*.

El poder de mercado puede ser mayor o menor y más o menos estable en el tiempo. Al aludir a que se tenga una independencia de comportamiento *suficiente* se está pidiendo que los operadores para ser domi-

⁵ Podría introducirse aquí el debate sobre si la política de competencia debe atender al bienestar general (*total welfare*) o al de los consumidores (*consumer welfare*). Pero escapa a los objetivos de este artículo.

⁶ Cuanto más laxo sea el criterio, más operadores serán sometidos a escrutinio, lo que supone mayores costes al sistema y a las empresas. También se puede incrementar la probabilidad de error. Todo ello con operadores que tienen menos posibilidades de poder afectar negativamente al bienestar del consumidor. En cambio, el coste de ese error puede ser grande, en la medida en que limita seriamente la capacidad de actuación de la empresa frente a competidores y clientes.

nantes tengan un poder de mercado grande y estable. Como explicábamos antes, se quiere así minimizar el riesgo de cometer errores por calificar de dominantes a operadores que realmente pueden ver restringido su comportamiento en un cierto plazo de tiempo por la acción de la competencia, presente o potencial.

Podría discutirse si la manera en la que se determinan los límites al concepto de dominancia es la mejor, tanto desde el punto de vista teórico como pragmático. Desde este último, la alusión a *suficiencia* y a *obstaculizar la competencia efectiva* adolece de los problemas tradicionales en la definición de *test* sustantivos en esta materia: resultan poco administrables y concretos a la hora de aplicar la norma, lo que deja un amplio margen a la interpretación. Este amplio margen para la interpretación genera el peligro de que, desvirtuando tanto los fines últimos como los inmediatos a que sirve este concepto, se definan posiciones de dominio de forma un tanto laxa, lo cual puede tener serias implicaciones. El excesivo recurso a las cuotas de mercado como forma de definir la dominancia tiene mucho que ver con este problema.

Por otro lado, la capacidad de *obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva* puede no ser la referencia más oportuna. Plantea problemas con aquellas situaciones donde el grado de concentración en el mercado es grande o se incrementa, pero pese a ello el resultado es eficiente y/o un mayor número de competidores no aseguraría más ventajas para los consumidores. Sería más lógico establecer que la independencia de comportamiento sea *suficiente* para estar en condiciones de reducir el bienestar de los consumidores. Esta delimitación resultaría a nuestro entender más acorde con el objetivo último de la ley y más racional desde el punto de vista económico, lo que favorecería el desarrollo de *test* sustantivos más claros y consistentes.

En todo caso, es importante no perder de vista que la doctrina cualifica cuándo el poder de mercado constituye dominancia y con ello impone límites a este concepto. Lo contrario puede llevarnos a definir dominancia de una manera que no sirva al objeto de la norma ni al interés general que la misma protege.

2. ELEMENTOS DEL ANÁLISIS DE DOMINANCIA

La cuota de mercado de una empresa proporciona información, desde un punto de vista estático, de la participación de dicha empresa en el conjunto del mercado en el que opera, medida habitualmente en términos de volumen de ventas o de unidades físicas comercializadas (producción) o comercializables (capacidad).