



FACULTAD DE DERECHO (ICADE)

# LA NOCIÓN DEL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN EL DERECHO EUROPEO Y ESTADOUNIDENSE

**Autor: Loreto Camarena Martínez**  
Tutor: Dr. Bruno Martín Baumeister

Madrid  
Abril 2014

Loreto  
Camarena  
Martínez

LA NOCIÓN DEL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN EL  
DERECHO EUROPEO Y ESTADOUNIDENSE



## **0. RESUMEN**

El presente trabajo analiza en profundidad la noción de abuso de posición de dominio, señalando las principales diferencias entre la regulación otorgada por el Derecho estadounidense y por el europeo. El derecho antimonopolístico moderno surgió a finales del siglo XIX en Estados Unidos, en una época en la que se multiplicaron las políticas proteccionistas que favorecían la aparición de cárteles y monopolios. Con documentos tan importantes como la *Sherman Act* de 1890, lograron inspirar al resto de países para que contasen con una regulación parecida en sus ordenamientos. Dentro del Derecho de la competencia, el abuso de posición de dominio se presenta como una de sus materias más importantes, y aunque han sido numerosas las leyes y los pronunciamientos de tribunales que han tratado de acotar el término, lo cierto es que este término sigue generando dudas para las empresas, que no conocen con certeza el límite entre un comportamiento legal y uno ilegal. En el presente documento trataremos de despejarlas en la medida de lo posible, aunque consideramos que resulta necesario una delimitación más concreta sobre el término por parte de los tribunales. Asimismo, se acabará justificando porque la regulación europea es más estricta que la estadounidense.

**Palabras clave:** Derecho de la competencia, Estados Unidos, *Sherman Act*, Unión Europea y Abuso de posición de dominio.

## **ABSTRACT**

The following project analyses in depth the concept of abuse of dominant position, pointing out the main differences in the regulation established by European and by American laws. Modern antitrust laws appeared towards the end of the nineteenth century in United States of America, in a time where protectionist policies were encouraging the appearance of cartels and monopolies. With documents as important as the Sherman Act of 1890, they managed to inspire the regulation of these types of laws in other countries. The abuse of dominant position appears as one of the most important topics in the field of antitrust laws. Even though multiple laws and judges have tried to define it with precision, this term continues to generate doubts within companies, which do not clearly understand the limit between a legal and an illegal behaviour. In the following document, we will try to solve these doubts, even

though we believe that courts still have to delineate the concept better. Furthermore, we will justify why the European regulation of the concept is stricter than the American one.

**Key words:** Antitrust law, United States of America, Sherman Act, European Union and abuse of dominant position.

# Índice

Abreviaturas .....	IV
<b>1.Introducción .....</b>	<b>1</b>
<b>2.Derecho de la Competencia .....</b>	<b>4</b>
<b>2.1. Derecho de la competencia en Estados Unidos.....</b>	<b>6</b>
2.1.1. Primera etapa (1890-1914) .....	8
2.1.2 Segunda etapa (1915-1936) .....	9
2.1.3 Tercera etapa (1936-1973) .....	9
2.1.4 Cuarta etapa (1972-1991) .....	10
2.1.5 Quinta etapa (1992 en adelante).....	10
<b>2.2. Derecho de la competencia en Europa.....</b>	<b>11</b>
<b>3.Noción de abuso de posición de dominio .....</b>	<b>13</b>
<b>3.1.Evolución normativa del concepto.....</b>	<b>14</b>
<b>3.2.Instituciones encargadas de aplicar la normativa.....</b>	<b>17</b>
<b>3.3.Abuso deposición de dominio en el Derecho español .....</b>	<b>20</b>
<b>3.4.Influencia de la jurisprudencia del Derecho europeo sobre la noción del término de abuso de posición de dominio en el derecho comparado .....</b>	<b>21</b>
<b>4. Concepto de posición de dominio.....</b>	<b>23</b>
<b>4.1 Factores importantes a tener en cuenta a la hora de determinar la posición de dominio.....</b>	<b>26</b>
4.2.1 Mercado relevante .....	27
4.2.2 La cuota de mercado.....	31
4.2.3. Concentración de mercados .....	34
4.2.4. Las barreras de entrada .....	35
<b>5.El concepto de abuso y sus tipos .....</b>	<b>37</b>
<b>5.1.Acuerdos explotativos .....</b>	<b>39</b>
5.1.1 La fijación de precios excesivamente altos .....	40
<b>5.2.Acuerdos de exclusión.....</b>	<b>41</b>
5.2.1 Vinculación de productos .....	42
5.2.1 La fijación de precios predatorios .....	44
<b>6.¿Reforma o revisión del artículo 102 TUE?.....</b>	<b>47</b>
<b>7. Conclusiones.....</b>	<b>49</b>
<b>8. Bibliografía .....</b>	<b>54</b>
<b>9. Anexos.....</b>	<b>65</b>
<b>Anexo #1: Prueba de la existencia de precios excesivos .....</b>	<b>65</b>
<b>Anexo # 2: Test para establecer la existencia de precios predatorios en EEUU y en la UE. ....</b>	<b>66</b>

## ABREVIATURAS

CNC: Comisión Nacional de la Competencia

CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia

*DOJ: Department of Justice*

EEMM: Estados Miembros

EEUU: Estados Unidos

*FTC: Federal Trade Commission*

*HHI: Índice Herfindahl-Hirschman*

LDC: Ley de Defensa de la Competencia.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

PYMES: Pequeñas y Medianas Empresas

TDC: Tribunal de Defensa de la Competencia

TFUE: Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea

TG: Tribunal General

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TUE: Tratado Constitutivo de la Unión Europea

UE: Unión Europea

## 1.INTRODUCCIÓN

La regulación del abuso de posición de dominio es una de las más importantes de cualquier mercado, pues la integridad de este último sólo puede ser garantizada a través de una legislación estricta que asegure la competencia. Todas las empresas funcionan en un mercado en el que a través del juego de las leyes de la oferta y la demanda, llegan a un precio y a un volumen de bienes y servicios que se intercambian entre los distintos agente económicos. Es muy importante favorecer la competencia entre las empresas a fin de que aquellos bienes que ofrecen a los consumidores sean lo más adecuados posibles a sus necesidades y a unos precios realistas, y el citado abuso es precisamente una de las prácticas que mas restringen la ansiada competencia.

Por ello siguiente trabajo de fin de grado tiene por objeto explicar el concepto de abuso de posición de dominio, tratándose de un término sumamente complejo dentro del mundo del Derecho. En concreto, pertenece a la rama del Derecho de la competencia, dentro del Derecho mercantil. Tanto la normativa española, como la europea y la estadounidense se muestran muy restrictivas en cuanto a la tolerancia de estas prácticas limitadoras de la competencia, y existen pocas, por no decir ninguna, exención a las mismas en sus legislaciones.

Este tipo de regulación, conocida a nivel mundial como leyes competitivas, varían de país a país. No obstante, en este trabajo no se van a analizar desde un punto de vista global, sino que se va a centrar la atención en dos zonas, a saber, la Unión Europea y Estados Unidos. Asimismo, se comprobará que los pronunciamientos de los tribunales de ambos territorios no han sido uniformes y generan, cuanto menos, dudas a cerca de qué comportamientos pueden calificarse como abusivos.

La primera parte de esta investigación versará acerca de los orígenes del Derecho de la competencia, así como de la evolución experimentada por el mismo con el paso de los años. De aquí, se pasará a una segunda sección en la que se analizará el concepto de abuso de posición de dominio en abstracto, haciendo referencia tanto la evolución de su normativa, como a las instituciones encargadas de aplicarlas. Asimismo, se hará una breve reseña del concepto en el Derecho comparado. De la mano de esta explicación, se continuará exponiendo los distintos factores que contribuyen a la determinación de una posición de dominio, así como los

comportamientos que constituyen un abuso y se analizarán los más frecuentes a modo de ejemplo. Finalmente, se hablará acerca de si es necesario modificar la legislación en el mercado europeo y se expondrán las conclusiones acerca de la materia investigada.

El objetivo general de este trabajo es poner de manifiesto que el tratamiento del abuso de posición de dominio no es homogéneo, sino que recibe distinto trato dependiendo del lugar en el que nos encontremos, por lo que se tratarán de señalar las principales diferencias existentes entre la regulación europea y la estadounidense.

Con el objetivo de proceder a realizar la siguiente investigación, se partirá de una hipótesis inicial, consistente en que la legislación europea del abuso de posición de dominio es mucho más estricta, justa y clara que la estadounidense. A nuestro juicio, la justificación del planteamiento de esta hipótesis radica en que han sido numerosos los esfuerzos de la UE en regular las materias que más afectan al comercio entre estados, velando siempre por la libre circulación de mercancías. Por ello, consideramos que la legislación de esta materia será mucho más completa en la esfera europea.

Dentro de los objetivos particulares que nos ayuden a formular las conclusiones, se podrían citar los siguientes:

- Lograr determinar cuál es el origen del Derecho de la competencia y la evolución del mismo.
- Conseguir explicar con claridad el término de abuso de posición de dominio, tratando de entender las justificaciones económicas de la necesidad de su regulación.
- Tratar de identificar los principales criterios de los que disponen ambos mercados para determinar cuándo existe una posición de dominio y cuando la actuación llevada a cabo por una empresa constituye un abuso.

Con el fin de cumplir los objetivos propuestos *supra*, accederemos a numerosas bases de datos científicas, entre las que se encuentran *Ebsco Host*, *Dialnet* y *Business Source Complete*, a una gran variedad de literatura y de revistas y artículos que versen sobre los temas centrales de este trabajo, así como a números compendios legales y sentencias. A través esta técnica, lograremos obtener información de calidad que otorgue a esta investigación mayor seriedad y profesionalidad.



Por ello, daremos un enfoque inductivo a este trabajo, en el que comenzaremos por recolectar toda la información disponible sobre el tema, de manera que tras un estudio exhaustivo sobre la misma, llegaremos a plantear nuestras conclusiones.

Se trata, por tanto, de un tema novedoso sobre el que no existen muchos estudios en la actualidad, por lo que consideramos que este trabajo será de gran utilidad, a parte de para la comunidad científica, para aquellas empresas que se encuentren tanto en EEUU como en la UE realizando negocios. Tras la lectura del mismo, se entenderá con mayor claridad la noción de abuso de posición de dominio, y podrá servir a las empresas como una guía para medir la legalidad de las actuaciones que tomen en ambos mercados. Asimismo, será de gran utilidad para las empresas que decidan realizar operaciones en un mercado distinto al habitual, a fin de que no sean sorprendidas por los tribunales de los mismos al realizar prácticas que puedan resultar ser restrictivas de la competencia.

## 2.DERECHO DE LA COMPETENCIA

Suele decirse que el Derecho de la competencia moderno realmente surgió a finales del siglo XIX en EEUU, desde donde fue propagándose al resto del planeta, aunque realmente fueron sus vecinos los canadienses los pioneros. Tras la Segunda Guerra Mundial, sólo las grandes economías fueron capaces de dotarse de una legislación similar, entre ellas la europea. En un momento posterior, otras economías en desarrollo se unieron a este movimiento, regulando el Derecho de la competencia dentro de sus países como un complemento a las políticas de liberalización y a la apertura de mercados.<sup>1</sup>

Las condiciones socioeconómicas estadounidenses fueron las que favorecieron el desarrollo de legislación en este tipo de materia. La aparición de concentración de poder económico en manos de pocos a través de los conglomerados industriales hizo que los americanos lo percibiesen como una amenaza para la democracia y la libertad que habían conseguido con el paso de los años.<sup>2</sup> Proliferaban los pactos de precios entre las grandes empresas y los cárteles, ganándose poco a poco la desconfianza de los ciudadanos del gran continente.<sup>3</sup> En este contexto se firmó la *Sherman Act*<sup>4</sup>, considerado el primer documento en materia de defensa de la competencia<sup>5</sup>, tal y como se explicará posteriormente.

*A sensu contrario*, el contexto socioeconómico en Europa no era tan propicio como el americano para la aparición de esta regulación. Tengamos en cuenta que esta zona estaba continuamente siendo devastada no sólo por las guerras mundiales, sino también por guerras civiles y los numerosos conflictos que existían en el interior de sus fronteras.<sup>6</sup>

Dentro de Europa, una de las primeras regulaciones de este tipo la encontramos en Alemania. Se trata de la “Ordenanza contra el abuso de las posiciones

---

<sup>1</sup> ORTIZ BLANCO, L., *Manual de Derecho de la Competencia*, en A.A.V.V., Tecnos, Madrid, 2008, p. 20.

<sup>2</sup> ORTIZ BLANCO, L., *op. cit.*, p. 19.

<sup>3</sup> MIRANDA LONDOÑO, A., y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, J. D., “Fundamentos económicos del Derecho de la Competencia: los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia”, en *Revista de Derecho Competencia*, 2 (2), 2006, pp. 269-400.

<sup>4</sup> *The Sherman Antitrust Act* de 1890 (15 U.S.C.A. §§ 1 et seq.)

<sup>5</sup> ORTIZ BLANCO, L., *op. cit.* pp. 20-21

<sup>6</sup> ORTIZ BLANCO, L., *op. cit.*, p. 21.

de poder económico”<sup>7</sup> de 1923, que aunque no prohibía los cárteles, establecía un control estatal sobre los mismos. Sin embargo, fue el proceso de integración Europea el que finalmente impulsó la regulación del derecho de la competencia europeo<sup>8</sup>. Pero, ¿en qué consiste esta competencia?

Toda competencia se basa en la existencia de una libertad de decisión de aquellas partes que participan en un mercado, tanto del punto de vista del productor como desde el del consumidor, en una situación en la que las reglas de funcionamiento del mismo quedan claras para todos y son cumplidas por los sujetos intervinientes.<sup>9</sup>

Como ya sabemos, una de las principales razones por las que existen nuestros mercados es porque es en ellos donde se puede lograr una distribución eficiente de unos recursos que, en cualquier caso, son limitados.<sup>10</sup> No obstante, el cumplimiento de esas reglas de competencia son decisivas a la hora de decidir si, efectivamente, esa asignación eficiente de recursos se logra. Cuando dichas reglas son respetadas, los recursos son empleados de una manera que permiten la producción y comercialización de un mayor volumen de bienes y servicios que satisfacen en última instancia las necesidades de los consumidores y usuarios a un precio justo.<sup>11</sup>

Un mercado en el que rige la competencia perfecta es el mercado ideal y deseado. Competencia perfecta implica que es el juego de la oferta y de la demanda el que indica el precio y el volumen de los bienes y servicios que se intercambian en una economía, de manera que no existen otros factores capaces de influir en la determinación de los precios. Para que se de, además, deben existir muchos oferentes y demandantes en un mercado en el que hay transparencia de información y existe libertad de entrada y salida del mismo.<sup>12</sup>

Siendo realistas, esta situación no se puede dar en ninguna economía al cien por cien, pues siempre existirá una empresa que tendrá un mínimo de poder sobre el resto que la haga más atractiva a los consumidores. No obstante ello, la mayoría de las economías tratan de acercar el mercado real al mercado ideal en la medida de lo

---

<sup>7</sup> *Verordnung gegen Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen*, de 2 de noviembre de 1923, también conocida como *Kartellverordnung*.

<sup>8</sup> ORTIZ BLANCO, L., *op. cit.*, pp. 21-22

<sup>9</sup> GUINDO, C. A., "La evolución de la política de defensa de la competencia" en *Información comercial española (ICE) n° 826*, 2005, p. 245.

<sup>10</sup> MANKIW N.W., *Economics*, en A.A.V.V., 2ª edición, Cengage learning, Reino Unido, 2012, p. 108.

<sup>11</sup> GUINDO, C. A., *op. cit.*, p. 245.

<sup>12</sup> MANKIW N.W., *op. cit.*, p. 192.

posible (excluimos de estas intenciones algunas economías como las comunistas, en las que existe cierta fijación de precios por parte de las autoridades).<sup>13</sup>

Dicho esto, resulta interesante poner de manifiesto que algunos autores como Herrera González no ven el modelo de competencia perfecta como algo deseable. Lejos de ello, lo ven como algo contrario al bienestar social porque los bienes y servicios que ofrecerían no estarían diferenciados, no tendrían en cuenta las distintas preferencias de los consumidores, los costes serían demasiado elevados al no permitir las economías de escalas y además habría una ausencia de innovación, de inversiones (al estar todas ya hechas) y de publicidad. Bajo su punto de vista, lo deseable no sería la regulación extensiva del mercado, sino la eliminación de las barreras legales de entradas.<sup>14</sup>

Por consiguiente, se afirma que la libre competencia entre empresas implica una incentivo muy importante para las empresas, a saber, la innovación, pues promueve la lucha de los comercios por obtener una cuota de mercado lo más amplia posible. Esto admitirá que algunas instituciones empresariales se permitan tanto la reducción de sus costes y el aumento de la calidad o volumen de los bienes y servicios, como el lanzamiento de nuevos productos que sean innovadores y que permitan adoptar a las empresas una posición pionera en el mercado, incrementando considerablemente sus beneficios.<sup>15</sup>

## **2.1. Derecho de la competencia en Estados Unidos**

Como ya mencionamos anteriormente, el primer documento que se puede considerar como el precursor del Derecho de la competencia lo encontramos en EEUU. Los comienzos de la aplicación de este documento redactado por el senador John Sherman en Ohio, a saber, la *Sherman Act* de 1890<sup>16</sup>, dejaron mucho que desear. Bien es cierto que ilegalizaba conductas contrarias a la restricción del comercio, pero no precisaba cuáles eran las actividades que quedaban prohibidas ni creaba o designaba a un órgano competente para investigar y resolver esta clase de conflictos.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> CASTRO, A., ALBERTO, J., AND CÓRDOVA, E., "Discriminación de precios y competencia imperfecta en los mercados electrónicos." en *Revista Venezolana de Gerencia*, 6(14), 2001, p. 259

<sup>14</sup> HERRERA GONZÁLEZ, F., "El mito del poder de mercado en el mercado libre" en *Revista De Economía Y Derecho* n°10.37, 2013, pp 30-32.

<sup>15</sup> GUINDO, C. A., *op. cit.*, pp. 245

<sup>16</sup> *The Sherman Antitrust Act* de 1890 (15 U.S.C.A. §§ 1 et seq.)

<sup>17</sup> CLARKSON, K.W., *Business Law: Text and Cases*, en A.A.V.V., 9ª edición, Cengage Learning, Ohio, 2009, p. 934.

De la mano de la *Federal Trade Commission Act* de 1914<sup>18</sup> y de la *Clayton Antitrust Act* de 1914<sup>19</sup>, aprobadas por el Congreso Estadounidense para complementar la *Sherman Act*, llegamos a una regulación mas efectiva de la competencia. En la primera de ellas se establecía la *Federal Trade Commission*, un órgano compuesto por cinco miembros que serían apuntados por el Presidente de los Estados Unidos por periodos de siete años<sup>20</sup>; mientras que en la segunda se establecía una enumeración detallada de las mayores ofensas al derecho de la competencia, entre las que se incluían la discriminación de precios, las prácticas de exclusión, las fusiones y las relaciones entre empresas que comparten directivos entre sí que creasen un obstáculo importante a la competencia, entre otras. Desde la promulgación de estos dos últimos actos, el congreso americano ha realizado numerosas modificaciones sobre los mismos, tratando de ampliar y de fortalecer su contenido, pues se presentan como dos de los documentos más relevantes dentro del Derecho estadounidense en el campo de la defensa de la competencia. A estos documentos se le añaden otro dos, por un lado la *Robinson- Patman Act* de 1936<sup>21</sup>, que introducía modificaciones a la *Sherman Act*; y por otro lado la *Celler-Kefauver Antimerger Act*<sup>22</sup>, cuyo fin principal era prohibir la fusión de aquellas empresas que tuviesen fines monopolísticos.<sup>23</sup>

El acercamiento del derecho americano a los comportamientos monopolísticos ha cambiado considerablemente en las últimas décadas. De los primeros casos de competencia estadounidenses, como *United States v. Aluminium Co. of America*<sup>24</sup> y *United States v. Griffith*<sup>25</sup>, parecía desprenderse la idea de que cualquier conducta que tuviese un efecto de exclusión de los competidores actuales o potenciales de un mercado, a no ser que se pudiese demostrar que constituía un comportamiento justificable y legal dentro de la industria.<sup>26</sup>

En los últimos años, los jueces americanos se han apartado un poco de dicha visión tan estricta y vienen aceptando que las empresas alcancen o defiendan una

---

<sup>18</sup> *The Federal Trade Commission Act* de 1914 (15 U.S.C.A. §§ 41-58)

<sup>19</sup> *The Clayton Antitrust Act* de 1914 (15 U.S.C.A. § 12-27, 29 U.S.C. § 52-53)

<sup>20</sup> FEDERAL RESERVE. “*Federal Trade Commission Act, Section 5: Unfair or Deceptive Acts or Practices*”. Extraído el 11 de febrero de 2014 desde <http://www.federalreserve.gov/boarddocs/supmanual/cch/ftca.pdf>

<sup>21</sup> *The Robinson- Patman Act* de 1936 (15 U.S.C.A. § 13 et seq.)

<sup>22</sup> *Celler-Kefauver Antimerger Act* de 1950.

<sup>23</sup> CLARKSON, K. W., *op. cit.* p. 138.

<sup>24</sup> Sentencia del Segundo Circuito estadounidense: *United States v. Aluminum Co. of America* (148 F.2d 416, 2nd Cir., 1945)

<sup>25</sup> Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense: *United States v. Griffith* (334 U.S. 100, 1948)

<sup>26</sup> FOX, E. M., “*US and EU Competition Law: a comparison global competition policy*” en GRAHAM E. M. y RICHARDSON (Dir.), *Global Competition Policy*, Massachusetts, 1997, p. 343.

posición competitiva, siempre que lo hagan a través de un comportamiento que sea en última instancia competitivo<sup>27</sup>, tal y como se infiere de casos como *Telex Corp v. IBM*<sup>28</sup>.

Los profesores americanos Kovacic y Shapiro,<sup>29</sup> proponen cinco etapas dentro de la evolución del derecho de la competencia americano, que se explicarán en detalle en los siguientes apartados.

### **2.1.1. Primera etapa (1890-1914)**

La primera de ellas se desarrolla desde 1890 a 1914, tras el debate iniciado con la *Sherman Act*. Dicho acto fue rigurosamente criticado, pues se le tachaba no ser lo suficientemente eficaz como para detectar conductas anticompetitivas. A mayor abundamiento, los primeros jueces que aplicaron los contenidos de la misma señalaban que producían un resultado negativo en la competitividad de los mercados al reducir la eficacia de las empresas que operan en el mismo.<sup>30</sup>

El Tribunal Supremo americano se mostró muy permisivo en temas de monopolios en sus comienzos, tal y como se pone de manifiesto en *United States v. E.C. Knight Co.*<sup>31</sup>, en la que se admitió la creación de una serie de fusiones que otorgó a *Sugar Trust* el control del noventa y ocho por cien de la capacidad de refinar azúcar. Dicha posición inicial fue rectificada en el caso *Northern Securities v. United States*<sup>32</sup> en 1904, permitiendo al tribunal impedir las fusiones que condujeran al monopolio. Este nuevo papel otorgado al Tribunal Supremo puede observarse en casos como el de *Standard Oil Co. v. United States*<sup>33</sup>, en el que *Standard Oil Co.*, propiedad de la célebre familia americana *Rockefeller* poseía una cuota de mercado del noventa por cien y fue obligada a escindirse en treinta y cuatro empresas para cumplir con la *Sherman Act*. De dicho caso se desprende la conocida *rule of reason*, mediante la cual los jueces decidirían caso por caso la existencia de un comportamiento abusivo. A pesar de los avances explicados, se consideró que los

---

<sup>27</sup> FOX, E. M., *ob.cit.*, p. 343

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense: *Telex Corp. v. IBM* ( 367 F. Supp. 258, N.D. Okla. 1973, rev. *Per curiam* 510 F2d 894, 10th Cir., cert. dismissed, 423 U.S. 802, 1975).

<sup>29</sup> KOVACIC, W.E., y SHAPIRO, C., “Antitrust Policy: A century of Economic and Legal Thinking”, en *Competition Policy Center UC Berkley*, 1999, pp.2-16

<sup>30</sup> KOVACIC, W.E., y SHAPIRO, C., *op.cit.*, pp. 2-5

<sup>31</sup> Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense: *United States v. E.C. Knight Co.* 156 U.S. 1 (1895)

<sup>32</sup> Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense: *Northern Securities v. United States* 193 U.S. 197 (1904)

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense: *Standard Oil Co. v. United States* 221 U.S. 1 (1911)

jueces tenían demasiada discreción en temas de competencia y para reducirla, la *Clayton Act* de 1914 y la *Federal Trade Commission Act* de ese mismo año fueron promulgadas.<sup>34</sup>

### **2.1.2 Segunda etapa (1915-1936)**

La segunda de las etapas, según Kovacic W.E y Shapiro, C. discurre de 1915 a 1936 y no se considera que en la misma se hiciera una aplicación rigurosa de la ley de la competencia. Las razones de esto eran tanto económicas como políticas. Por un lado, la Primera Guerra Mundial provocó una fuerte colaboración entre el mercado y el gobierno, no solo en tiempos de guerra, sino también en los años posteriores. Por otro, muchos autores señalaron que los orígenes de la gran depresión de EEUU se encontraban en la libre competencia que reinaba en el mercado.<sup>35</sup>

Por estas dos razones, se volvieron a incrementar las políticas intervencionistas y proteccionistas en la economía, e incluso se suspendió la aplicación de la *antitrust law* temporalmente tras la entrada en vigor de la *National Industrial Recovery Act*<sup>36</sup> (Ley de Recuperación de la Industria Nacional), que poco después fue declarada contraria a derecho. En esta etapa también se aprobó la *Robinson-Patman Act* en 1936 que modificaba la *Clayton Act* prohibiendo la discriminación de precios con fines monopolísticos.<sup>37</sup>

### **2.1.3 Tercera etapa (1936-1973)**

La tercera etapa discurre de 1936 a 1973, tras los acuerdos del *New Deal*, momento en el gobierno de *Roosevelt* quiso reformar la economía, velando por una mayor defensa de la libre competencia en manos de jueces tan importantes como Larend Hand. El Tribunal Supremo creó *una regla per se*, equivalente a una presunción de derecho por la que se reduce la carga probatoria por parte del Estado y determina que en el caso de que se de una conducta lesiva de la competencia que se ajuste a un supuesto de hecho de una regla será declarada ilegal, quedándole al infractor únicamente, como medio de defensa, la prueba de que no se produjo el acto denunciado.<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> KOVACIC, W.E., y SHAPIRO, C., *op.cit.*, pp. 2-5.

<sup>35</sup> KOVACIC, W.E., y SHAPIRO, C., *op.cit.*, pp. 5-9.

<sup>36</sup> *National Industrial Recovery Act* de 1933

<sup>37</sup> KOVACIC, W.E., y SHAPIRO, C., *op.cit.*, pp. 5-9.

<sup>38</sup> KOVACIC, W.E., y SHAPIRO, C., *op.cit.*, pp. 9-12

En esta etapa se volvió a reforzar el control por parte de los jueces a través del *Celler-Kefauver Act*, haciéndose visible en casos como *Brown Shoe Co. v. United States*<sup>39</sup> de 1962, que declaraba contraria a derecho una concentración empresarial que únicamente incrementaba la cuota de mercado de la empresa resultante en un cinco por ciento. Para determinar la concentración en un mercado comenzó a analizarse el mercado relevante. Finalmente, el Departamento de Justicia formuló en 1968 las *Merger Guidelines*<sup>40</sup> para aclarar a las empresas la normativa sobre fusiones y adquisiciones contenidas en la séptima sección de la *Clayton Act*.<sup>41</sup>

#### **2.1.4 Cuarta etapa (1972-1991)**

La cuarta etapa se desarrolla de 1972 a 1991 y se caracteriza por la influencia de la nueva Escuela de Chicago, que con estudiosos tan importantes como Bork, R. Y Posner, R., hizo que los esfuerzos de la *antitrust law* se centrasen en buscar el bienestar de los consumidores, creándose así el criterio de la eficiencia que abogaba por la condena de monopolios únicamente cuando éstos creasen ineficiencias que perjudicasen a consumidores y a la economía en su conjunto.<sup>42</sup>

Además, en esta etapa la mayor parte de las investigaciones iniciadas a empresas por temas de abuso de posición de dominio acababan dando la razón a los investigados, promoviéndose así las integraciones de empresas justificadas en razones de eficiencia y expidiéndose otras *Merger Guidelines* en 1982 para facilitarle la vida a las empresas.<sup>43</sup>

#### **2.1.5 Quinta etapa (1992 en adelante)**

Finalmente, y continuando con el análisis de Kovacic W.E y Shapiro, C., llegamos a la quinta etapa que viene teniendo lugar desde 1992 hasta la fecha, donde se ha adoptado un criterio intermedio entre la *rule of reason* y la *per se rule*, que se hizo constar en el caso *California Dental Association v. Federal Trade Commission*<sup>44</sup>. El Tribunal Supremo ha intentado buscar un balance entre los beneficios y los efectos

---

<sup>39</sup> Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense: *Brown Shoe Co. v. United States* 310 U.S. 294 (1962).

<sup>40</sup> *USDOJ: Antitrust Division, "1968 Merger Guidelines"*. Extraído el 17 de febrero de 2014 desde <http://www.justice.gov/atr/hmerger/11247.pdf>.

<sup>41</sup> KOVACIC, W.E., y SHAPIRO, C., *op.cit.*, pp. 9-12.

<sup>42</sup> KOVACIC, W.E., y SHAPIRO, C., *op.cit.*, pp. 12-16

<sup>43</sup> KOVACIC, W.E., y SHAPIRO, C., *op.cit.*, pp. 12-16

<sup>44</sup> Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense: *California Dental Association v. Federal Trade Commission* 526 U.S. 756, (1999)



restrictivos de la competitividad. Para ello, se viene empleando la teoría de los juegos de John Nash y Jhon Von Neumann<sup>45</sup> para evaluar las consecuencias de este tipo de acciones teniendo en cuenta la incertidumbre. Asimismo, se han centrado los esfuerzos de las investigaciones en analizar las consecuencias económicas de las fusiones y adquisiciones.<sup>46</sup>

## 2.2. Derecho de la competencia en Europa

Durante el siglo XX podemos afirmar que el modelo de legislación en materia de competencia en Europa se encuentra en Alemania. En este país proliferaron múltiples cárteles tras la Primera Guerra Mundial, eliminando la competencia de los mercados. Incluso el nacionalsocialismo alemán llegó a imponer la formación de cárteles obligatorios en 1933. Este hecho disparó las alarmas internacionales, pues los aliados, sobre todo EEUU, sentían la necesidad de acabar con el poder económico alemán, por lo que en 1945 se firmó el Acuerdo de Postdam, y el 1 de enero de 1958 entró en vigor la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB)<sup>47</sup>, que traducimos a nuestra lengua como Ley contra las restricciones de la competencia.<sup>48</sup>

Tras la Segunda Guerra Mundial, aparecieron tres tipos de comunidades, a saber, la Comunidad del Carbón y del Acero de 1951, la Comunidad Europea de Energía Atómica de 1957 (EURATOM), y la Comunidad Económica Europea, creada por el Tratado de Roma en ese mismo año<sup>49</sup>. Es en éste último donde podemos afirmar que nace el Derecho de la competencia de la ahora llamada UE. En el artículo 3 de dicho tratado se prevé: “Crear un sistema de garantías contra el falseamiento de la libre competencia del Mercado Común”. Los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma<sup>50</sup> encuentran su inspiración en la *Sherman Act* norteamericana, y a día de hoy se corresponden con el 101 y 102 del TFUE.<sup>51</sup>

---

<sup>45</sup> Esta teoría implica que al ser sujetos racionales, debemos adoptar decisiones en situaciones de incertidumbre teniendo en cuenta qué es lo que harán los demás sujetos. Aparece explicada en su libro *The Theory of Games and Economic Behaviour* de 1944.

<sup>46</sup> KOVACIC, W.E., y SHAPIRO, C., *op.cit.*, pp. 16-18

<sup>47</sup> Auto contra las restricciones de la competencia alemán.

<sup>48</sup> GUINDO, C. A., *op. cit.*, p. 247.

<sup>49</sup> GUZMÁN, J. y RALLO, A., *Estructura económica mundial*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p.175.

<sup>50</sup> Coinciden con los art. 101 y 102 del TFUE.

<sup>51</sup> ORTIZ BLANCO, L., *op. cit.*, p. 22-23.

A partir del 1 de diciembre de 2009, con el Tratado de Lisboa, empezamos a hablar de Derecho de la competencia de la Unión Europea, dejando atrás la antigua Comunidad Económica Europea.<sup>52</sup>

A pesar de que las primeras disposiciones legales europeas aparecieron en el Tratado de Roma, a día de hoy contamos con toda la materia de Derecho de la competencia en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. A este respecto, la participación del Consejo Europeo en la creación normativa ha sido bastante menor que la de la Comisión, institución a la que se atribuyeron las funciones de aplicar y ejecutar las reglas de competencia.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> JONES, A y SUFRIN, B., *op. cit.*, p. 100

<sup>53</sup> JONES, A y SUFRIN, B., *op. cit.*, p. 98

### 3. NOCIÓN DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Las restricciones al comportamiento de las empresas adoptado para alcanzar o mantener una posición de dominio es una rama muy importante a regular en cualquier economía, y de ello es consciente tanto la política competitiva de EEUU como la de la UE.

Las políticas de competencia en ambos regímenes parecen seguir objetivos comunes, pues tratan de velar por los intereses de los consumidores y por la protección de la libre circulación de bienes en la economía. Asimismo, tratan de proteger el acceso de competidores en el mercado, asegurar cierta libertad de elección por parte de los consumidores y cierto poder de decisión por parte de las empresas.<sup>54</sup>

Los más afectados por el ejercicio de un abuso de posición de dominio son los consumidores y empresas de los países que actualmente se encuentran en desarrollo, ya que en ellos las grandes empresas ejercen prácticas que restringen la competitividad, bloqueando el acceso a mercados de otras empresas que comercializan los mismos bienes y servicios de primera necesidad al establecer precios muy por encima de los que permite al resto de empresas competir eficientemente en el mercado. Precisamente para evitar este resultado, intervienen los organismos defensores de la competencia, con el fin de promover, entre otras cosas, la existencia de PYMES, la reducción de la pobreza, el acceso a la sanidad, y en última instancia, el desarrollo local.<sup>55</sup>

En la teoría, la noción de abuso de posición de dominio parece quedar clara. Cualquier conducta de una empresa que tenga un poder de mercado significativo que suponga un obstáculo a la competencia podrá ser condenada por los tribunales. Sin embargo, en la práctica se ha puesto de manifiesto que no resulta tan fácil determinar qué comportamientos de las empresas quedan prohibidas a tenor. Es más, la posible intervención de las autoridades encargadas de regular la competencia en el mercado puede llegar a disuadir la toma de decisiones de importancia considerable por las empresas que poseen mayor cuota de mercado.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> FOX, E. M., *op. cit.*, p.339

<sup>55</sup> NACIONES UNIDAS, “Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo de 2008: abuso de la posición dominante”, extraído el 15 de febrero de 2014 desde [http://unctad.org/es/docs/c2clpd66\\_sp.pdf](http://unctad.org/es/docs/c2clpd66_sp.pdf).

<sup>56</sup> GUTIÉRREZ, I., y PADILLA, J., “Una racionalización económica del concepto de posición de dominio”, en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETIBÒ JUAN, A. (Dirs.), *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons, Barcelona, 2006, pp. 15-31.

Al prohibir este abuso, se obliga a empresas con posición de dominio a abstenerse de realizar determinadas actuaciones que mejorarían su posición en el mercado por el simple hecho de tener esa posición de dominio, pero a otras empresas que no la tienen sí que se les permite realizarlas.<sup>57</sup>

En la otra cara de la moneda, encontramos que si admitiésemos este tipo de conductas, podríamos desincentivar la competitividad en los mercados, pues las empresas con mayor poder de mercado poseen más margen para reaccionar ante determinadas conductas que otras empresas cuyo poder es menor y que al mínimo cambio en el mercado se ven obligadas a salir del mismo.<sup>58</sup>

### 3.1 Evolución normativa del concepto

Como ya hemos mencionado *supra*, los inicios de la regulación del *antitrust law* se encuentran en la *Sherman Act* de 1890, y hasta la fecha, sigue siendo donde se contiene la mayor parte de la regulación. Tras más de un centenario de continuas modificaciones, la ley americana mantiene su estructura original, contando con dos secciones. La primera de ellas prohíbe los contratos y otras acuerdos que restrinjan el intercambio o el comercio; mientras que la segunda prohíbe la monopolización, los intentos de monopolización y la conspiración para conseguirlo.<sup>59</sup>

Se observa que existe un espejo entre la legislación europea y la norteamericana. Mientras que el artículo 101 del TFUE (antiguo artículo 81 del TUE) encuentra su reflejo en la sección primera de la *Sherman Act*, el artículo 102 del TFUE (antiguo artículo 82 del TUE) replica lo contenido en la segunda sección del citado acto. Sin embargo, no podemos afirmar que estas disposiciones sean idénticas, pues el artículo 102 TFUE contiene una clara prohibición del abuso de posición de dominio, mientras que no encontramos tal prohibición de manera expresa en la legislación americana.

Por consiguiente, el abuso de posición de dominio solo puede ser penalizado en Estados Unidos si la acción de una empresa es considerado como una violación de

---

<sup>57</sup> GUTIÉRREZ, I., y PADILLA, J., *op. cit.*, p. 15.31.

<sup>58</sup> GUTIÉRREZ, I., y PADILLA, J., *op. cit.*, p. 15.31.

<sup>59</sup> GOLDBERG, A. M. y KRUTH, C., “*Abuse of Dominant position*” *Law: Towards a More Level Global Playing Field*” *I en The Journal of Global Business Issues*, 6(1), 2012, p. 15-16

una prohibición explícita del derecho norteamericano, es decir, si se encuentra una prohibición implícita semejante a la de abuso de posición de dominio que encontramos en el Derecho europeo. Los documentos legales a los que suelen acudir los americanos para denunciar este tipo de situaciones, a parte de la *Sherman Act*, son la *Clayton Act* y la *Robert-Pattman Act*.<sup>60</sup>

*A sensu contrario*, en el Derecho europeo la prohibición del abuso de posición de dominio quedó regulado por primera vez a nivel europeo en el artículo 86 del Tratado de Roma<sup>61</sup>. Años más tarde se incluyó en el artículo 82 del antiguo TUE, y en la actualidad ha sido reemplazado por el artículo 102 del TFUE. Dicho artículo dispone lo siguiente:

Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición de dominio en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.[...]

En el contenido de este artículo no encontramos una definición exacta del término. Es por ello que para conseguir delimitar el concepto tenemos que acudir tanto a las decisiones y pronunciamientos de la Comisión como a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que han tratado la cuestión en numerosos casos que han llegado a sus tribunales.

La UE ejerce un fuerte seguimiento y control de este tipo de actividades, pues como sabemos, pueden tener efectos devastadores dentro del mercado tanto nacional como internacional. Ante todo, debe quedar claro que lo que se prohíbe no es la posición de dominio en sí sino el abuso en sí mismo<sup>62</sup>, tal y como se determina en el caso *Michelin*<sup>63</sup>. La justificación de esto reside en que es inevitable que existan grandes multinacionales que cuenten con la lealtad de sus clientes porque éstos consideren que es la mejor empresa que oferta ese tipo de producto o servicio. El problema llega cuando esa empresa se aprovecha de esa posición de “superioridad”

---

<sup>60</sup> GOLDBERG, A. M. y KRUTH, C., *op. cit.*, p. 16

<sup>61</sup> Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas de 1957

<sup>62</sup> SÁNCHEZ GRAELLS, A., “Protección del mercado y defensa de la competencia” en VEIGA COPO (Coor.). *Fundamentos de Derecho Empresarial. Empresario, Empresa y Mercado*. Tomo 1, Thomson Reuters, 2011, Navarra, p. 306.

<sup>63</sup> Sentencia del TJUE, de 9 de septiembre de 1983, en el asunto 322/81, *Michelin* c. la Comisión. Asimismo, este caso también hizo alusión a la especial responsabilidad de las empresas con posición dominante en respetar las condiciones competitivas del mercado en el que operan.

y realiza acciones que restrinjan la competencia y la viabilidad de un mercado eficiente.<sup>64</sup>

Estas empresas que cuentan con una posición de dominio tienen necesariamente la responsabilidad de no distorsionar la competencia, y cuando lo hacen, las autoridades de defensa de la competitividad han de intervenir. Si admitiéramos este tipo de acciones evidentemente los consumidores se verían afectados pues el acceso a determinados bienes y servicios sería costoso, produciéndose una eliminación gradual y definitiva de los consumidores en el mercado. Sin embargo, estas acciones no solo afectan negativamente a los consumidores, sino que también perjudican a competidores y proveedores.

Uno de los casos más notorios del abuso de posición de dominio en los que se demuestra que la regulación de estas acciones también pretende proteger a los competidores puede observarse en el caso de 2007 de *British Airways plc v. la Comisión*.<sup>65</sup> En el mismo se puso de manifiesto que la aerolínea *British Airways* poseía una posición de mercado dominante en Reino Unido, y ofreció durante un tiempo *bonus* a las agencias de viajes que consiguieran el volumen de ventas de billetes de avión deseado para la aerolínea. *Virgin Atlantic Airways*, uno de sus principales competidores, denunció esto ante la Comisión Europea. En la sentencia se afirmó que *British Airways* estaba abusando de su posición de dominio al ofrecer esos pagos extras a los agentes de viajes, provocando discriminación entre los mismos. Asimismo, certificó que esta conducta tenía como único objetivo excluir a sus competidores del mercado británico de transporte aéreo. Se observa que en este caso, las prácticas de *British Airways* no tenían efectos adversos en el mercado, ni en los consumidores, sino que afectaba principalmente a los competidores de la famosa aerolínea, motivo por el cual fue condenada a pagar una multa de 6,8 millones de euros.

Encontramos un caso parecido en el escenario norteamericano, *Virgin Atlantic Airways Limited v. British Airways PLC*<sup>66</sup>. En el mismo, *Virgin Atlantic Airways* alegaba que *British Airways* realizaba acuerdos con sus clientes y agencias de viajes ofreciendo vuelos con precios por debajo de costes con el fin de atraer a pasajeros de

---

<sup>64</sup> GUTIÉRREZ, I. y PADILLA, J., *op. cit.* p. 18.

<sup>65</sup> Sentencia de TJCE, de 15 de marzo de 2007, en el asunto 95/04, *British Airways plc c. Comisión de las Comunidades Europeas*.

<sup>66</sup> Sentencia del Segundo Circuito estadounidense: *Virgin Atlantic Airways Limited v. British Airways PLC*, 257 F. 3d 256 (2nd Cir. 2001).

vuelos transatlánticos a su compañía. Dichas pérdidas eran recuperadas con otros billetes en los que podía subir su precio al ejercer un poder monopolístico.

En ausencia de una prohibición específica del abuso de posición de dominio, el Segundo Circuito estadounidense se vio forzado a buscar una prohibición explícita dentro del *antitrust law* americano, y por lo que hizo uso de la prohibición de precios discriminatorios y de la sección segunda de la *Sherman Act* en relación al intento de monopolización. Para ello debían demostrar que los precios habían sido fijados en función de los costes de los competidores, y que la competencia contaba con un peligro a la hora de recuperar la inversión inicial si tomaba una posición parecida en cuanto a la fijación de los precios de la empresa en cuestión.<sup>67</sup> El Segundo Circuito terminó sentenciando que *Virgin* no demostró suficientemente que la existencia de estas prácticas afectarían a la competitividad en el mercado de tráfico aéreo. No obstante, nosotros consideramos que en el mismo caso bajo las directrices de nuestro Derecho europeo, se habría identificado con un abuso de posición de dominio por parte de *British Airways*.

Por último, resulta necesario mencionar que tanto en EEUU como en la UE coexiste normativa estatal/nacional y normativa federal/europea, por lo que existe una necesidad de cooperación mutua entre las distintas instituciones.<sup>68</sup>

### **3.2 Instituciones encargadas de aplicar la normativa**

A nivel europeo, en cuanto surgen sospechas relacionadas con un caso de abuso de posición de dominio, se inician investigaciones, o bien por parte de la Comisión, o bien por parte de las autoridades de los EEMM encargadas de ello, ya sea de oficio o a instancia de parte. Aunque antes de proceder a esta investigación, es necesario que existan indicios suficientes que la justifiquen, y en el caso de que existan, la decisión será comunicada a los accionistas de la empresa en cuestión y publicado en los diarios oficiales de la Unión Europea, junto con una publicación en algún periódico. En cuanto a las sanciones, se podrá imponer una multa que no podrá exceder el 10 por cien de la facturación de la empresa del año inmediatamente anterior.

---

<sup>67</sup> Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense: *Brooke Group Ltd. V. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 222 (1993)

<sup>68</sup> GUINDO, C. A., op. cit., p. 245-247.

Empero, los artículos 101 y 102 TFUE gozan de efecto directo, de manera que puede ser aplicado también por órganos jurisdiccionales a nivel nacional, e incluso por autoridades nacionales de defensa de la competencia. De manera que si al aplicar dichas cuestiones se plantean dudas en cuanto a su funcionamiento o alcance, los EEMM tendrán la posibilidad de elevar una cuestión prejudicial al TJUE, tal y como se desprende del artículo 267 TFUE.

La Comisión, a través de las decisiones, es la principal institución encargada de aplicar la normativa relacionada con el Derecho europeo de la competencia. Los recursos judiciales más frecuentes en estos casos son los recursos directos, quedando el Tribunal General encargado de evaluar las actuaciones de aquella institución a través del control de legalidad de sus decisiones. Por otro lado, el TJUE gozará de competencia para conocer los asuntos en tanto en cuanto es presenten cuestiones prejudiciales<sup>69</sup> por parte de los EEMM o recursos de casación<sup>70</sup> contra las sentencias del TG<sup>71</sup>. No obstante ello, la mayoría de los casos se sustancian ante el TG, institución que juzgó setenta y nueve casos relacionados con la defensa de la competencia en el año 2010 vía recurso directo, frente a las cinco cuestiones prejudiciales y trece recursos de casación que juzgó el TJUE.<sup>72</sup>

El Reglamento 1/2003<sup>73</sup> es considerado el primer reglamento del consejo para la aplicación de las normas de competencia. En el apartado tercero de su primer artículo se dispone lo siguiente: “la explotación abusiva de una posición de dominio contemplada en el art.82 del Tratado está prohibida, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto”, quedando en manos de la autoridad que acuse de dicha acción la carga de la prueba.

En su tercer artículo se habla acerca de la concurrencia de aplicación del derecho europeo y el nacional de los EEMM, autorizando a los EEMM de la UE a tener una legislación interna más estricta que aquella contenida en el artículo 102 TFUE, siempre que se refiera a comportamientos unilaterales de los EEMM y que no contradiga a lo dispuesto en la normativa europea. Así, una conducta puede resultar

---

<sup>69</sup> Quedan limitado a la revisión de la cuestión planteada.

<sup>70</sup> Quedan limitado a la revisión de cuestiones de Derecho.

<sup>71</sup> FERNÁNDEZ VICIÉN, C., y LÓPEZ GARRIDO, T., “Procedimiento en material de derecho de la competencia ante los Tribunales de la Unión Europea” en MOREIRO GONZÁLEZ, C. J. (Dir.), Procedimientos administrativos y judiciales de la Unión Europea, Madrid, 2012. p. 2.

<sup>72</sup> Memorias anuales del TJUE y el TG del año 2010

<sup>73</sup> Reglamento 1/2003 del Consejo, de 6 de febrero de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, *DO L 1*, de 2003.



legítima respecto al artículo 102 del TFUE pero a la vez ser sancionada por el derecho interno si incumple una de las disposiciones del mismo.

De todo lo expuesto, se observa que las competencias entre la Comisión y las autoridades nacionales son concurrentes. Sin embargo, poseen primacía las decisiones de la primera. Por consiguiente, resulta necesario cierta cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los EEMM, tal y como se infiere de artículo 11 del citado reglamento.

Por otro lado, el sistema legislativo estadounidense en materia de competencia es complejo y está orientado hacia la jurisprudencia. Las leyes escritas con las que cuentan son, en la mayoría de los casos, concisas al haber sido elaboradas tras siglos de interpretación. No obstante ello, las posibilidades con las que cuenta el gobierno federal para crear leyes o ajustar las políticas en materia de competencia son muy limitadas.<sup>74</sup>

El mayor problema con el que cuenta EEUU en esta materia es la escasa regulación y fuentes disponibles. A nivel federal son dos las agencias que velan por el cumplimiento de la ley en materia de competencia, a saber, la *Division of the Department of Justice* y la *Federal Trade Commission (FTC)*. Ambos organismos comparten jurisdicción en este ámbito, aunque la FTC no tiene competencia en materia criminal y las políticas que se desprenden de estas agencias no siempre son congruentes.<sup>75</sup>

Tanto los Estados como los particulares que se vean perjudicados por prácticas restrictivas de la competencia también tienen acceso a los juzgados, y en la mayor parte de las ocasiones se presentan con casos que exceden el contenido de las políticas federales, por lo que observamos que la eficiencia en este sistema no alcanza un nivel óptimo.<sup>76</sup>

Por último también resulta necesario mencionar que las políticas competitivas también se encuentran inspiradas e influenciadas en numerosas ocasiones por los esfuerzos proteccionistas de el Departamento de Comercio (*Department of Commerce*) y la Comisión Internacional de Comercio (*International Trade Commission*), así como por las regulaciones que encuentran su origen en una variedad de departamentos y agencias, *i.e* la Comisión Federal de Comunicación (*Federal*

---

<sup>74</sup> FOX, E. M., *op. cit.*, p.340-141.

<sup>75</sup> FOX, E. M., *op. cit.*, p.341

<sup>76</sup> FOX, E. M., *op. cit.*, p.341-342.

*Communications Commission*), que influye en todo aquello relacionado con las telecomunicaciones.

### 3.3 Abuso deposición de dominio en el Derecho español

El ordenamiento jurídico español queda condicionado por el Derecho europeo desde la entrada de nuestro país en la Unión Europea en 1986. De manera que las disposiciones europeas en esta materia vincularán a España. Pero además, el artículo 2 de la LDC<sup>77</sup> reza lo siguiente: “Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional”. A continuación procede a establecer de forma ejemplificativa un listado de conductas que podrían calificarse como abusivas.

A nuestro juicio, este artículo completa la efectiva defensa de la competencia, pues mientras que el artículo 102 del TFUE prohíbe el abuso entre EEMM, esta disposición lo prohíbe dentro del territorio español, y al igual que la europea, no prohíbe la posición de dominio sino su abuso. Además la estructura de ambos artículos es muy parecida, al prohibir primero el abuso de posición de dominio, y a continuación establecer una lista *numerus apertus* sobre conductas que podrían identificarse con tales situaciones.<sup>78</sup>

El artículo 86 ter 2. F) de la LOPJ<sup>79</sup> dispone que los Juzgados de lo Mercantil conocerán dentro de la jurisdicción civil, de los “procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y su derecho derivado, así como los procedimientos de aplicación de los artículos que determine la Ley de Defensa de la Competencia.”

En cuanto al órgano encargado de la aplicación del Derecho de competencia en España, se señala a la Comisión Nacional de los Mercados tal y como se extrae del art. 1.2 de la Ley 3/2013<sup>80</sup>. Este órgano viene a sustituir a la antigua Comisión Nacional de la Competencia que aparecía como competente en esta materia en el

---

<sup>77</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia. Publicada en el BOE núm. 159 de 04 de Julio de 2007, pp. 28848 a 28872.

<sup>78</sup> SÁNCHEZ GRAELLS, A., *op. cit.*, p. 307.

<sup>79</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Publicada en el BOE núm. 157 el 2 de julio de 1985, pp. 20632 a 20678.

<sup>80</sup> Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

derogado artículo 12 de la LDC, que a su vez integraba a los antiguos Servicio de Defensa de la Competencia y al Tribunal de Defensa de la Competencia.<sup>81</sup>

Aunque inicialmente el TDC aplicó el abuso de posición de dominio en situaciones en las que la competencia era casi inexistente, a partir de la Resolución Tecnotron<sup>82</sup> adoptó una posición más parecida a la mantenida en el ámbito europeo, señalando la importancia de la independencia a la hora de instituir la posición de dominio de una empresa.<sup>83</sup> El Tribunal Supremo también se pronunció acerca de la cuestión en la sentencia relativa al asunto “planes claros”<sup>84</sup>, indicando que para sancionar a una empresa por este tipo de prácticas habrá que tener en cuenta tanto el carácter objetivo como el subjetivo de la actuación de la empresa.

Por último, cabe mencionar que atendiendo a lo dispuesto en el artículo 16 de la LDC, todo auto de admisión a trámite de demandas y sentencias relacionadas con los artículos 101 y 102 del TFUE o con los artículos 1 y 2 de la LDC serán comunicados a la CNMC a tenor de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>85</sup>, y a su vez, la CNMC expedirá una copia de la sentencia que en su caso se dicte en relación a los artículos 101 y 102 del TFUE a la Comisión Europea.

### **3.4 Influencia de la jurisprudencia del Derecho europeo sobre la noción del término de abuso de posición de dominio en el derecho comparado**

En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo de 2008 se recopilaron una serie de definiciones de distintos países de la geografía del término investigado en este trabajo. La mayoría de ellos indican que fueron inspirados en la jurisprudencia del TJUE. Ejemplo de ello podemos encontrarlo en Eslovaquia, país en el que se define como “la detentada por una o varias empresas que no están sujetas a una competencia sustancial o que pueden actuar independientemente gracias a su poder económico”; o en Sudáfrica, donde se dispone que es “la capacidad de una

---

<sup>81</sup> COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, *¿Qué es la CNC?*. Extraído el 27 de marzo de 2014 <http://www.cncompetencia.es/Inicio/ConocerlaCNC/QueeslaCNC/tabid/77/Default.aspx>

<sup>82</sup> Resolución del TDC, de 3 de febrero de 1992, *Tecnotron*, Expte. A 16/91

<sup>83</sup> ORTIZ BLANCO, L., *op. cit.*, p. 193-194

<sup>84</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de junio de 2006 (RJ 3542)

<sup>85</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

empresa de controlar los precios, de excluir a sus competidores o de actuar con un grado considerable de independencia de sus competidores, clientes o proveedores”.<sup>86</sup>

En otros países, como en Indonesia, se acercan a esta posición determinante desde únicamente índices numéricos; y por último existen acercamientos al término desde tanto indicios estructurales, como desde determinados comportamientos, como en Egipto, donde la posición de dominio se da cuando una empresa “posee una cuota superior al 25% de dicho mercado ejerce una influencia efectiva en los precios o el volumen de la oferta, sin que sus competidores puedan limitarla”.<sup>87</sup>

---

<sup>86</sup> NACIONES UNIDAS, “Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo de 2008: abuso de la posición dominante”, extraído el 15 de febrero de 2014 desde [http://unctad.org/es/docs/c2clpd66\\_sp.pdf](http://unctad.org/es/docs/c2clpd66_sp.pdf) p. 7-8

<sup>87</sup> NACIONES UNIDAS, “Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo de 2008: abuso de la posición dominante”, extraído el 15 de febrero de 2014 desde [http://unctad.org/es/docs/c2clpd66\\_sp.pdf](http://unctad.org/es/docs/c2clpd66_sp.pdf) p. 8

#### 4. CONCEPTO DE POSICIÓN DE DOMINIO

A pesar de que la mayoría de los países cuentan con algún tipo de ley que prohíbe el abuso de posición de dominio, lo cierto es que no en todas ellas la definición de posición de dominio es la misma. En consecuencia, variarán mucho de un país a otro el tipo de conductas de empresas que quedan prohibidas.

No obstante ello, gracias al Derecho europeo contamos con numerosas definiciones de dicho concepto realizadas tanto por Comisión, como por el TJUE que permiten tener a todos los países de la UE un marco de referencia a la hora de adaptar su legislación nacional a las exigencias europeas, dotando a toda la zona de cierta homogeneidad, aunque no sea absoluta. Algunos de estos pronunciamientos serán analizados a continuación.

Cuando hablamos de posición de dominio, lo primero que nos imaginamos es que se trata del poder económico que tiene una empresa sobre los precios a los que oferta sus productos en un mercado. Sin embargo, tal y como se pondrá de manifiesto a continuación, el concepto es mucho más amplio y complejo.

El primer tratado que se firmó en el ámbito de la UE fue el tratado de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero<sup>88</sup> (CECA)<sup>89</sup>, y en el apartado 7 de su artículo 66 ya definía la posición de dominio como aquella “que sustrae a la empresa que la ocupa a una competencia efectiva en una parte importante de mercado común.” A nuestro juicio, no se trata de una definición eficaz por su falta de concreción, por lo que debemos acudir otros pronunciamientos a fin de poder entender el concepto en mayor profundidad.

El primer acercamiento a dicha definición por parte de la Comisión lo podemos encontrar en el asunto *Continental Can*<sup>90</sup>, en el que la Comisión determinó que las empresas están en posición de dominio cuando tienen capacidad para actuar en el mercado con independencia del resto de las empresas que operan en él, de manera que pueden obrar sin tomar en consideración ni a sus competidores, ni a sus proveedores ni a sus clientes.<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, firmado en París el 18 de abril de 1951.

<sup>89</sup> GUZMÁN, J. y RALLO, A., *op. cit.*, p. 175

<sup>90</sup> Decisión 72/21/CEE de la Comisión del 9 de diciembre de 1971, en el asunto *Continental Can Company*.

<sup>91</sup> AROSEMENA ROMERO, M., “El Abuso de Posición Dominante desde el Derecho Europeo de la Competencia: Una aproximación para las compañías ecuatorianas” en *Artículos destacados Romero Menendez*, Madrid, 2005, p.8

Asimismo, encontramos aproximaciones al término por parte del TJUE, como puede derivarse del caso *Société Sirena*<sup>92</sup>, en la que el tribunal hizo referencia a la posición de dominio como aquel poder de una empresa capaz de impedir la competencia efectiva en un mercado, teniendo en cuenta la existencia de otras empresas que ofertan mercancías que son similares e incluso sustituibles.

Incluso podemos encontrar una definición más precisa en el caso *United Brands* en la que se define de la siguiente manera: “aquella situación de fortaleza económica de la que disfruta una firma y que le permite actuar, hasta cierto punto, al margen de sus competidores, clientes y, en última instancia, de los consumidores”<sup>93</sup>. Aunque es cierto que ninguna empresa puede ser al cien por cien independiente del resto de agentes que participan en una economía, sí que es verdad que algunas empresas tienen *de facto* una mayor libertad a la hora de decidir sobre precios, cantidades, innovaciones de los productos, entre otros aspectos, que el resto de instituciones que carecen de poder de decisión o no pueden seguir las prácticas establecidas por aquella que se presenta como dominante, por lo que puede llegar a lograr la quiebra y cierre de estas empresas más pequeñas y con menor poder de influencia.

De manera que uno de los principales elementos de una posición de dominio es precisamente esa capacidad que ostenta una empresa para actuar de manera independiente respecto al resto de consumidores, competidores y proveedores. Esta independencia también es puesta de manifiesto por TDC, al afirmar que una empresa disfruta de posición de dominio 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 de los consumidores”<sup>94</sup>.

Dicha independencia implica la capacidad de ofrecer a los consumidores un producto o servicio en unas condiciones determinadas que impliquen un beneficio notablemente mayor por dicha empresa en comparación con aquél que obtendría siguiendo las líneas generales de competitividad del mercado. Pero para que podamos

---

<sup>92</sup> Sentencia del TJCE del 18 de febrero de 1971, en el asunto 40/70, *Société Sirena SRL* contra *Société EDA SRL, Mme Florenza Ferrari, Mme Formaggia, M. Peitro Grugni, M. Mario Biraghi, M. Natalie Mappi, M. Sergio Pappo, Société Novimpex SRL*.

<sup>93</sup> Sentencia de TJCE, de 14 de febrero de 1978, en el asunto 27/76, *United Brands Company and United Brands Continentaal BV c. Comisión* ([1978] ECR 207), párrafo 65.

<sup>94</sup> Resolución del TDC, de 30 de septiembre de 1999, Bacardí, Expte. R 362/99. Párrafo 9 de los fundamentos de derecho.

afirmar que una empresa se comporta con independencia se tienen que cumplir los siguientes criterios<sup>95</sup>:

a) En primer lugar, que dicho comportamiento lo sea en un grado suficiente. Es decir, no tendrían tal consideración aquellas empresas que tomaren decisiones tales que no influyeran de manera significativa a la competitividad de forma negativa.

b) En segundo lugar, que dicha acción impida el desarrollo de la competencia efectiva. En otras palabras, que los actos de la empresa en cuestión imposibiliten la existencia de otros competidores reales que pudieran poner en entredicho el dominio absoluto de mercado de la empresa en cuestión.

Pongamos como ejemplo el de una conocida empresa X que opera en el mercado español ofreciendo auriculares. Situémonos en el supuesto de que X tiene una cuota de mercado bastante elevada, ofreciendo su producto al mercado por 50€ y tras hacer un exhaustivo estudio de mercado dicha empresa decide reducir el precio de sus productos en 1€.

A priori, este acto parece puede situar a la empresa en una situación de abuso de posición de dominio, pues la empresa X posee una cuota de mercado bastante amplia y parece aprovecharse de eso reducir el precio de su producto, suponiendo que el resto de los competidores no podrá hacerlo. Sin embargo, deberíamos analizar los distintos requisitos que afirmarían la ilegalidad de la actuación.

No podemos argumentar que se cumpla el primero, pues no se puede afirmar que por reducir en una unidad monetaria el precio de sus productos, se influya de manera significativa en la competitividad del mercado español de los auriculares. Atendiendo a un artículo de la revista Forbes, una de las empresas líderes del mercado tecnológico, a saber, Apple, ofrece auriculares por \$30, mientras que otras más sofisticadas como Bowers & Wilkins los ofrecen por \$400.<sup>96</sup> Por consiguiente, no podemos justificar que por pasar de 50€ a 49€ se cumpla el primero de los requisitos, ya que se trata de un precio que sigue encontrándose en la media de precio del mercado de los auriculares.

El segundo de los requisitos tampoco se cumple, puesto que no podemos concluir que por el hecho de bajar el precio en esa cantidad se esté afectando negativamente al desarrollo de la competitividad efectiva. Como hemos mencionado,

---

<sup>95</sup> GUTIÉRREZ, I. y PADILLA, J., *op. cit.*, pp. 16-19

<sup>96</sup> MORRISON, G., “*Are expensive headphones worth it?*”, recuperado el 12 de febrero de 2014 desde <http://www.forbes.com/sites/geoffreymorrison/2013/06/19/are-expensive-headphones-worth-it/>

el precio sigue encontrándose en la media de los precios del mercado y no se presenta como algo desorbitado que impida la existencia de otras empresas. Los consumidores no sólo se mueven por el precio de las cosas a la hora de elegir entre un producto u otro, se mueven también por los gustos, por las modas, por la calidad... De manera que esta ligera reducción del precio por parte de la empresa X podría no solo no afectar de manera negativa a la competencia, sino promover la competencia efectiva del mercado, actuando como un incentivo para las demás empresas del sector en tanto en cuanto que pueden mejorar sus productos e incluso incrementar su cuota de mercado si introducen las innovaciones adecuadas en sus productos que satisfagan en mayor medida las necesidades de sus clientes.

No obstante, más tarde se puso de manifiesto que tanto en EEUU, como en la UE, no basta con mirar a un único factor a la hora de determinar la existencia de una posición de dominio. Dicha afirmación se desprende del caso *Image Technical Services Inc v. Eastman Kodak Co US Court of Appeals (9th circuit)*<sup>97</sup>. En él, el juez concretó que para poder alegar la existencia de una posición de mercado dominante, el demandante deberá definir el mercado relevante, demostrar que la acusación posee una cuota de mercado considerable y aclarar que existen barreras de entrada relevantes en el mercado, impidiendo el crecimiento de sus competidores.

Por último, cabe señalar que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 102 del TFUE, es que se puede tener una posición de dominio tanto de forma individual, como de forma colectiva, al indicar “la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición de dominio”. Es decir, podrán ser consideradas contrarias a derecho las acciones ejercidas por una sola empresa con posición de dominio, o la adoptada por un conjunto de ellas.

#### **4.1 Factores importantes a tener en cuenta a la hora de determinar la posición de dominio**

No podemos determinar la existencia de una posición de dominio mirando a un único factor, sino que, tanto en la normativa europea como en la estadounidense es menester evaluar numerosos factores y sacar conclusiones sobre nuestro estudio. Entre ellos podemos encontrar la cuota de mercado, el mercado relevante, las barreras

---

<sup>97</sup> Sentencia del Circuito Noveno estadounidense: *Image Technical Services Inc v. Eastman Kodak Co US Court of Appeals (9th circuit)* 504, U.S. 451 (1992)



de entrada y de salida en un mercado, la capacidad financiera de una empresa, el número de competidores y la cuota de mercado de los mismos, entre otros.

En las jurisdicciones de algunos países se especifican cuáles son los factores a examinar, pero en muchos otros no se especifican.<sup>98</sup> Si nos fijamos en el Derecho de la competencia alemán, destaca el acto en contra de las restricciones de la competencia, conocido como *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB). Su sección 19 prohíbe el abuso de posición de dominio en su primer apartado, y en su segundo apartado procede a proporcionar un listado de factores que deben observarse para determinar la posición de dominio. En primer lugar determina que ha de tratarse de una empresa que no posee competidores efectivos, y a continuación pasa a indicar los factores que se deben examinar, entre los que se encuentran la cuota de mercado, la capacidad financiera, el acceso a provisiones o mercados, las conexiones con las gestión de otras empresas, los barreras físicas y legales de acceso al mercado, la competición actual o potencial en el mercado, la capacidad de trasladar la demanda o la oferta hacia otros bienes o servicios comerciales y la capacidad de la competencia de recurrir a otras empresas.

La lista de factores que en general afectan a la determinación de una posición de dominio es muy extensa. No obstante ello, no analizaremos todos ellos sino que únicamente nos centraremos en los más relevantes.

#### ***4.2.1 Mercado relevante***

La posición de dominio de una empresa debe estar necesariamente referida a un determinado mercado. Es por ello que uno de los primeros pasos a la hora de poder afirmar la existencia de una posición de dominio, incluso antes de determinar la cuota de mercado, es delimitar cuál es el mercado concreto en el que opera una determinada empresa.

En líneas generales, con el fin de poder analizar el mercado relevante, debemos tener en cuenta los siguientes elementos<sup>99</sup>:

- El mercado de productos, compuesto por el conjunto de bienes y servicios que los consumidores en general consideran que son intercambiables, tanto por las

---

<sup>98</sup> NACIONES UNIDAS, “Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo de 2008: abuso de la posición dominante”, extraído el 15 de febrero de 2014 desde [http://unctad.org/es/docs/c2clpd66\\_sp.pdf](http://unctad.org/es/docs/c2clpd66_sp.pdf) p. 7.

<sup>99</sup> CREUS, A., “Exenciones por categorías (acuerdos verticales)”, en CREUS, A. (Dir.), “Código de Derecho de la Competencia”, Wolters Kluwer España, Madrid, 2006, p. 685

peculiaridades de los mismos, como por los precios y las utilidades que se le puedan dar .

- El mercado geográfico, a saber, el espacio en el que operan la demanda y oferta de los bienes y servicios a los que nos referimos en el apartado anterior, contando con condiciones de competencia homogéneas, de manera que se pueda separar de otras zonas en las que éstas condiciones son heterogéneas.

Asimismo, también sería interesante examinar el mercado temporal, concepto a menudo olvidado por la Comisión. Justificación de esto lo encontramos en el caso *United Brands*<sup>100</sup>, existían indicios para demostrar que la demanda de plátanos variaba de temporada en temporada, dependiendo de la existencia y disponibilidad de otras frutas. En el caso *ABG Oil*<sup>101</sup>, la comisión tuvo en cuenta el tiempo, al únicamente considerar el mercado del petróleo en periodo de la crisis de la OPEC de los años 70.<sup>102</sup>

Encontramos una definición de mercado relevante en la decisión de la Comisión en el caso *AKZO*<sup>103</sup>, en la que se dispone lo siguiente : “constituye un área de negocio en la que se tiene que juzgar el vis-á-vis el poder económico de la empresa en cuestión con el de sus competidores”.

En el escenario americano destaca caso *Columbia Steel*<sup>104</sup> de 1948 , al ser la primera vez que un tribunal americano hacía alusión al mencionado mercado relevante.<sup>105</sup>

Para facilitar la delimitación del mercado relevante se viene empleando el *SSNIP test*. Esta prueba fue empleada por primera vez por el *DOJ* y por la *FTC*<sup>106</sup>, y posteriormente fue empleado por *TJUE* en el caso *United Brands* en 1978..<sup>107</sup>

En él se comprueba si una empresa con un hipotético monopolio sobre un grupo de bienes o servicios es capaz de implementar un pequeño pero significativo

---

<sup>100</sup> Sentencia de TJCE, de 14 de febrero de 1978, en el asunto 27/76, *United Brands Company and United Brands Continentaal BV c. Comisión*, p. 22.

<sup>101</sup> Sentencia del TJUE, de 29 de junio de 1978, en el asunto 77/77, *Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV c. Comisión*.

<sup>102</sup> JONES, A. y SUFRIN, B., *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, 4ª Edición, Oxford University Press, Nueva York, 2011, p. 321-320.

<sup>103</sup> Decisión 85/609/EEC de la Comisión, de 14 de diciembre de 1985 (IV/30.698 – ECS/AKZO), D.O.C.E. L374/1, de 31.XII.1985.

<sup>104</sup> Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense: *United States v. Columbia Steel Co.*, 334 U.S. 495 (1948)

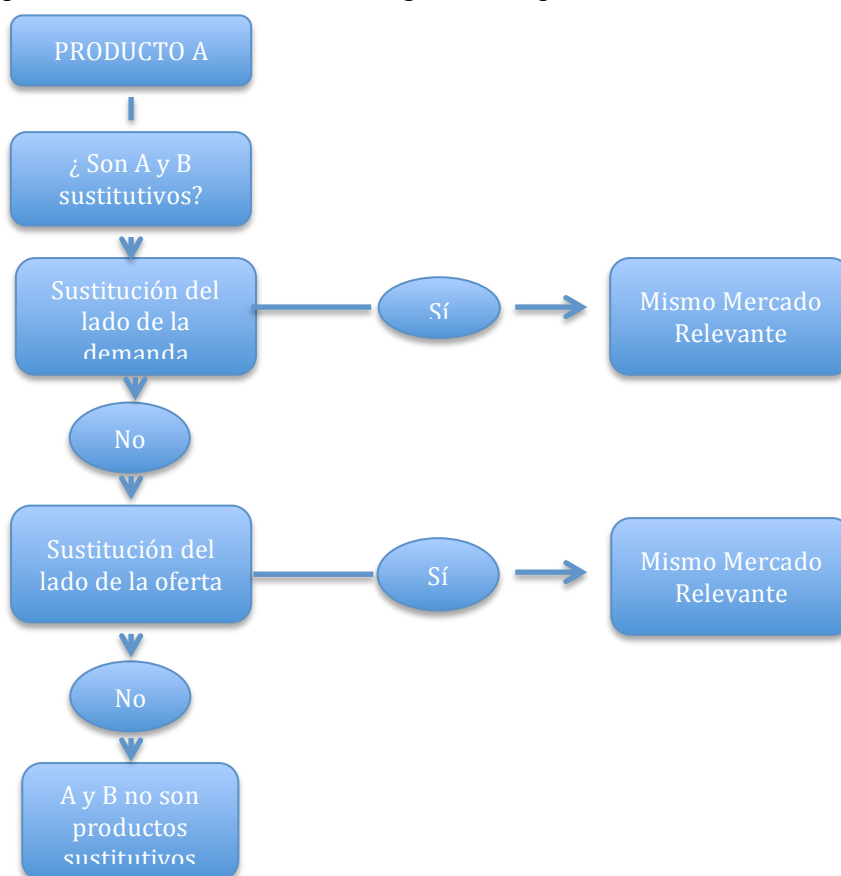
<sup>105</sup> HOVEENKAMP, H. "Markets In Merger Analysis." en *Antitrust Bulletin* 57.4 , 2012, 892-894

<sup>106</sup> Fue incluido en 1992 en sus *Horizontal Merger Guidelines* (Guía para fusiones horizontales).

<sup>107</sup> GORE, D., *The economic Assesment of Mergers under European Competition Law*, en A.A.V.V., Cambridge University Press, Nueva York, 2012, p. 33

incremento no transitorio en sus precios<sup>108</sup>, de entre el cinco y el diez por cien, que a su vez sea rentable para la empresa en cuestión.<sup>109</sup> De manera que el mercado relevante estaría definido por el conjunto de productos más elemental sobre el cual la empresa es capaz de imponer ese incremento sobre el precio competitivo del mercado.<sup>110</sup>

Aunque originalmente fue diseñado únicamente para precios, se puede aplicar esta prueba sobre otros elementos de los bienes y servicios, como podría ser la calidad del mismo. Por consiguiente, una empresa suspendería la prueba de *SSNIP* en el caso de que, tras subir el precio de sus productos, una porción elevada de sus clientes pasase a comprar los productos de otras empresas, lo que se conocería como “sustitución del lado de la demanda”; o alternatively, que apareciesen en el mercado nuevos competidores que produjesen productos similares con los mismos precios, lo que se trataría de una “sustitución del lado de la oferta”.<sup>111</sup> Podríamos resumir el proceso del *SSNIP Test* en el siguiente esquema:



<sup>108</sup> SSNIP: *Small but significant non-transitory increase in price*

<sup>109</sup> GUTIÉRREZ, I., “ VI escuela iberoamericana de defensa de la competencia”, recuperado el 28 de marzo de 2014 desde:

[http://www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=44086&Command=Core\\_Download&Method=attachment](http://www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=44086&Command=Core_Download&Method=attachment) , p.10

<sup>110</sup> GORE, D., op. cit., pp. 33-36

<sup>111</sup> GORE, D., op. cit., p. 35

Fuente: GUTIÉRREZ, I., “ VI escuela iberoamericana de defensa de la competencia”, recuperado el 28 de marzo de 2014 desde: [http://www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=44086&Command=Core\\_Download&Method=attachment](http://www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=44086&Command=Core_Download&Method=attachment)

Asimismo, goza de importancia considerable el caso estadounidense *du Pont de Nemours*<sup>112</sup>. *Du Pont de Nemours* era una empresa a la que se le acusaba violar la segunda sección del *Sherman Act* al incrementar el precio de sus bienes, lo que hizo que sus clientes se vieran obligados a acudir a otro tipo de embalajes sustitutos. Esta empresa producía casi el setenta y cinco por cien del celofán venido en EEUU, que a su vez constituía menos del veinte por cien de mercado de embalajes flexibles de productos de EEUU. Pero, ¿cuál de éstos constituía el mercado relevante de la empresa? El Tribunal Supremo americano sentenció que el mercado relevante de *du Pont de Nemours* era el de envoltorios flexibles, por lo que se acabó desestimando la demanda. Asimismo, en la página 251 de la sentencia se determinó que el mercado relevante estaría constituido por todos aquellos productos que fueran razonablemente intercambiables entre los consumidores, por lo que al ser el celofán intercambiable con otros materiales flexibles era éste último su mercado relevante.

Así las cosas, al tomar el *SSNIP test* como punto de referencia la rentabilidad de la empresa a la hora de subir sus precios por encima del precio competitivo del mercado, esa empresa puede elevar sus precios a tal nivel que cualquier incremento posterior deje de ser rentable, viéndose la definición de mercado relevante distorsionada por este hecho. Esto se debe a que se podrían considerar sustitutos bienes que no lo serían a precios competitivos, por lo que el mercado relevante sería demasiado amplio. Esto es lo que se conoce por “falacia del celofán”, que se extrajo de aplicar el *SSNIP* en el caso de *du Pont de Nemours*.<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense: *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377 (1956)

<sup>113</sup> GUTIERREZ, I., *op. cit.*, p. 16.

#### 4.2.2 La cuota de mercado

Se define como el porcentaje de ventas de un producto o servicio que tiene una empresa en un mercado, teniendo en cuenta todos los que compiten en el mismo. Así, cada competidor que ofrezca un bien sustitutivo o similar tendrá una cuota de mercado, y todas juntas alcanzarán el cien por cien.<sup>114</sup>

Por consiguiente, si este indicador es elevado, podemos concluir que la empresa tiene una aceptación bastante amplia en el mercado, y los consumidores suelen preferir los productos de esta unidad sobre aquellos que oferta a otras empresas.<sup>115</sup> No obstante, el hecho de que una empresa cuente con una cuota de mercado elevada puede incitarla a llevar prácticas restrictivas de la competitividad, aprovechándose de su situación de superioridad. Por ello, consideramos que es un criterio fundamental a tener en cuenta.

La importancia de dicho término ya fue subrayado en el asunto europeo *Hoffmann-La Roche*<sup>116</sup>, en la que se afirmó que la cuota de mercado siempre es uno de los factores más importantes a la hora de determinar la posición de dominio de una empresa, aunque siempre teniendo en cuenta las características y el contexto de cada mercado en cuestión. En este caso en concreto, las cuotas eran del cuarenta y siete, del sesenta y siete y del noventa y cinco por cien, y el tribunal dio más importancia a la diferencia de cuotas que había entre la que menos tenía y las demás, así como a las respectivas ventajas tecnológicas. Una cuota lo suficientemente elevada, salvo en circunstancias determinadas, indicaría por sí mismo un indicio para estudiar la existencia de un posible abuso de posición de dominio. Además el tribunal dio un paso más estimando que aquellas empresas que contasen con una cifra igual o superior al ochenta por cien de cuota de mercado quedaban directamente acusadas de tener una posición de dominio.

Dentro del Derecho europeo, podemos identificar tres escenarios posibles:<sup>117</sup>

- a) Una empresa con una cuota de mercado igual o inferior al veinticinco por cien. Esto no suele disparar las alarmas de existencia de posición de dominio, por lo que lo identificaríamos con un semáforo en verde.

---

<sup>114</sup> MANKIW, N. G., *op. cit.*, p. 222.

<sup>115</sup> MANKIW, N. G., *op. cit.*, p. 223.

<sup>116</sup> Sentencia del TJUE, de 13 de febrero de 1979, en el asunto 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Comisión*.

<sup>117</sup> GUTIÉRREZ, I. y PADILLA, J., *op. cit.* Pp. 20-21

- b) Una entidad empresarial con una cuota igual o inferior al cuarenta o al cuarenta y cinco por cien. No suele plantear el análisis de la existencia de una posición de dominio, pero genera al menos ciertas dudas, por lo que podemos asimilarlo a un semáforo en ámbar. Aquí podemos hacer referencia al caso *United Brands*<sup>118</sup>, dónde se concluyó que una empresa con una cuota entre el cuarenta y cuarenta y cinco por cien tenía posición de dominio, aunque tendría que justificarse con la concurrencia de otros factores.
- c) Aquellas empresas con una cuota por encima del cincuenta por cien. Son indicativas de la existencia de dominancia, a no ser que existan otros datos que demuestren lo contrario. Esto se infiere del caso *AKZO*<sup>119</sup>, caso posterior al de *Hoffmann-La Roche*. Cuando esto ocurre la luz roja del semáforo se enciende y es la empresa acusada la que tiene que demostrar que dicha cuota no significa la existencia de posición de dominio en ese supuesto en concreto. De esta sentencia también se infiere que una cuota duradera es aquella que excede los tres años. Lo expuesto por esta sentencia ha sido criticado por numerosos estudiosos, que consideran que el cincuenta por cien que establece como regla a la hora de determinar la posición de dominio debería ser elevado a un setenta y cinco por cien, pues conduciría a un menor número de prácticas abusivas por parte de las empresas que tengan una cuota de mercado amplia. A pesar de ello, las instituciones europeas no han mostrado interés en rechazar la cuota establecida en *AKZO*<sup>120</sup>, ni se pronuncian acerca de la misma en las del artículo 102<sup>121</sup>. Asimismo, se presume que las empresas con más de un ochenta por cien de cuota ostentan una posición de superdominio<sup>122</sup>.

De lo anterior, concluimos que la cuota de mercado es indicativa de la posible existencia de un abuso de posición de dominio siempre y cuando sea superior o igual

---

<sup>118</sup> Sentencia de TJCE, de 14 de febrero de 1978, en el asunto 27/76, *United Brands Company and United Brands Continentaal BV c. Comisión*

<sup>119</sup> Decisión 85/609/EEC de la Comisión, de 14 de diciembre de 1985, el asunto *ACS/AKZO*.

<sup>120</sup> WHISH, R. & BAILEY, D., *op. cit.*, pp. 182-183.

<sup>121</sup> Guía sobre prioridades de aplicación del art. 102 TFUE a las prácticas abusivas de exclusión realizadas por empresas en posición dominante ([2009] DO c45/7).

<sup>122</sup> Conclusión del Abogado General Fenelly en el caso de *Compagnie marine belge transport*. LOPEZ MIÑO, A., "Abuso de posición de dominio" en *Noticias de la Unión Europea*, 330, 2012, p. 37.

al cincuenta por cien<sup>123</sup>. No obstante, vemos como el propio TJUE hizo la primera y única excepción a esta regla en el caso *British Airways plc c. la Comisión*<sup>124</sup>, en el que el tribunal identificó la existencia de una empresa con posición de dominio con una cuota inferior al cuarenta por cien<sup>125</sup>, apoyándose en el décimo párrafo de la guía de prioridades de aplicación del artículo 102 TFUE. *British Airways* contaba con una cuota del treinta y nueve con siete por cien, pues esta cuota era considerablemente superior a la de sus competidores. Otra vez, se presenta como una decisión que no queda libre de críticas, pues se demanda la existencia de una cuota de mercado prefijada se impida la identificación de cualquier posición de dominio.<sup>126</sup>

Las cuotas de mercado que disparan las alarmas en el mercado americano son similares a las existentes en la UE. No obstante, son ligeramente superiores. Se considera que existe poder monopolístico cuando se controla aproximadamente dos tercios o más de el mercado relevante. De manera que en aquellos casos en los que la cuota se entre cuarenta y cincuenta por ciento, resultaría muy poco probable la existencia de una posición de dominio.<sup>127</sup>

Sin embargo, aunque sea un criterio importante a la hora de analizar el abuso de posición de dominio, no es del todo fiable. Pongamos como ejemplo la posibilidad de que exista una empresa pequeña que sea capaz de constituir una amenaza al adentrarse en un mercado que impida la subida de precios de una empresa que ya se encuentre presente en el mismo y posean una cuota de mercado amplia. Por otra parte, debemos rechazar este criterio como determinante también en aquel caso en que una empresa efectivamente posea una cuota de mercado elevada pero de un producto que es muy heterogéneo, susceptible de una diferenciación considerable, o que las barreras de entrada en el mercado sean casi inexistentes.<sup>128</sup>

---

<sup>123</sup> En concreto, contaba con un treinta y nueve con siete por cien de cuota de mercado.

<sup>124</sup> Sentencia de TJCE, de 15 de marzo de 2007, en el asunto 95/04, *British Airways plc c. Comisión de las Comunidades Europeas*.

<sup>125</sup> Un treinta y nueve con siete.

<sup>126</sup> WHISH, R. & BAILEY, D., *op. cit.*, p. 183

<sup>127</sup> FOX E.A. “The Market Power Element of Abuse of Dominance – Parallels and Differences in Attitudes – US and EU”, en *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*, forthcoming, 2008., p.6

<sup>128</sup> FERNÁNDEZ, C., “Cuota de mercado y poder de mercado”, en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETIBÒ JUAN, A. (Dirs.), *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons, Barcelona, 2006, pp 70-72.

### 4.2.3. Concentración de mercados

En ocasiones, no debemos mirar únicamente a las cuotas de mercado por separado, sino que tenemos que tener en cuenta el grado de concentración empresarial que exista dentro del mercado, pues a mayor concentración, mayor preocupaciones en cuanto a las comportamientos que pueden restringir la competencia. Una de las herramientas más útiles para analizar esto es el índice *Herfindahl-Hirschman*<sup>129</sup>.

Lo que hace el HHI es sumar los cuadrados de las cuotas de empresas que operen en un mercado relevante, por lo que a más elevado el resultado, más elevado el grado de concentración.<sup>130</sup> Es decir, se emplea la siguiente fórmula:

$$\text{HHI} = n^{\circ} \text{ competidores} \times \text{cuotas de mercado}^2$$

Atendiendo a lo dispuesto por las directrices de fusión horizontal norteamericanas<sup>131</sup> y las directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales europeas<sup>132</sup>, se obtienen las siguientes conclusiones sobre los resultados del HHI:

- Cuando el resultado sea inferior a 1.000 en la UE e inferior a 1.500 en EEUU, la concentración será baja, lo cual no dará problemas.
- Si el resultado está entre 1.000 y 1.800 en la UE y entre 1.500 y 2.500 en EEUU existe un grado de concentración moderado, lo cual puede conducir a identificar una posición de dominio.
- Finalmente, si el HHI es superior a 1.800 en la UE y a 2.500 en EEUU, el grado de concentración es amplio, por lo que existirán grandes indicios de que el comportamiento adoptado por la empresa que cuente con una cuota elevada de mercado se pueda identificar con un abuso de posición de dominio.

Pongamos un ejemplo para poder entender el *HHI* en mayor profundidad. Si existiese un mercado con 3 competidores que tuviesen un 33,3% de cuota, el  $\text{HHI} = 3 \times 1108,89 = 3326,67$ , lo cual indicaría un grado de concentración elevado, disparando

<sup>129</sup> WHISH, R. & BAILEY, D., *op. cit.*, p. 43

<sup>130</sup> WHISH, R. & BAILEY, D., *op. cit.*, p. 43

<sup>131</sup> *Horizontal Merger Guidelines* § 5.3, *USDOJ y FTC*, de 19 de agosto de 2010.

<sup>132</sup> Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas [2004, DO c31], párrafos 16-21.



las alarmas de existencia de empresa con posición de dominio. En el caso de que existiesen 20 competidores con un 5%, el  $HHI=20 \times 25= 500$ , la concentración sería muy baja y desestimaríamos la existencia de indicios de posición de dominio.

#### **4.2.4. Las barreras de entrada**

Una vez analizada la cuota de mercado en el mercado relevante, tenemos que pasar a analizar existencia de barreras como indicador de posición de dominio, pues las condiciones futuras de competencia de un mercado dependen en gran medida de las mismas. Entendemos por las mismas el conjunto de dificultades que posee una empresa para competir en un mercado nuevo o para salir del mismo, en función de si estamos hablando de barreras de entrada o de salida.<sup>133</sup>

Podemos distinguir tres tipos de barreras de entrada en un mercado, a saber las naturales, legales y las creadas por las empresas. Dentro del primer grupo encontramos aquellas barreras creadas por la existencia de competidores en un mercado que perjudica a los competidores potenciales por razones como las grandes inversiones que deben efectuar, el acceso a créditos, las licencias, la existencia de economías de escala... Dentro del segundo grupo se incluyen las barreras que limitan el comercio creadas por las instituciones nacionales o supranacionales en el ejercicio de su competencias, entre las que se encuentran los derechos de propiedad industrial, los obstáculos arancelarios y los no arancelarios.)<sup>134</sup>

Por último, las barreras creadas por las empresas son barreras artificiales de carácter ilimitado, cuya legalidad quedará subordinada a varios factores, entre los que destacan principalmente la posición en mercado de la empresa creadora de las mismas. Se trata de las más problemáticas desde el punto de vista del abuso de posición de dominio.<sup>135</sup>

---

<sup>133</sup> PRIETO KESSLER, E., "La política de defensa de la competencia en la Unión Europea." en *Información comercial española (ICE)*, nº 820, 2005, p. 102.

<sup>134</sup> URIBE PIEDRAHITA, C.A., "Evaluación de la posición de dominio en el derecho europeo de la competencia." *Revista de la Maestría en Derecho Económico* 2(2), 2013, pp 37-39

<sup>135</sup> URIBE PIEDRAHITA, C.A., *ob.cit.*, p. 45

No obstante ello, podemos hacer una clasificación alternativa de las barreras de entradas existentes en un mercado de la siguiente manera<sup>136</sup>:

- Barreras impuestas por los competidores actuales. La existencia de un monopolio en un mercado es raro, salvo en aquellos casos en los que son concedidos por los Estados, por lo que cuando el monopolio no se haya constituido de esta manera, la cuota de mercado se convertirá en un factor de gran importancia para analizar la existencia posición de dominio, teniendo en cuenta todos los competidores de ese mercado en concreto.<sup>137</sup>
- Barreras impuestas a los competidores potenciales. Dentro de este grupo, podemos encontrar barreras legales, ventajas económicas, costes y limitaciones de comunicación que impiden cambiar de proveedores, así como el comportamiento de la propia empresa con posición de dominio.<sup>138</sup>
- Barreras impuestas por el poder de los compradores. Este poder puede venir determinado por el tamaño del comprador (*i.e.* imaginemos aquellos casos en que el Estado es el único comprado en caso de tanques del ejército); o por la importancia que tiene desde el punto de vista económico para la empresa dominante. No obstante ello, no tendrá la consideración de una barrera lo suficientemente anticompetitiva cuando únicamente asegura la protección de un segmento de consumidores concreto del poder de mercado del proveedor. Al igual que en el caso anterior, tendremos en consideración las barreras legales, las ventajas específicas de dicha empresa, los costes y otros impedimentos, así como la conducta de la empresa dominante en cuanto a la celebración de contratos de exclusividad a largo plazo.<sup>139</sup>

---

<sup>136</sup> Guía sobre prioridades de aplicación del art. 102 TFUE a las prácticas abusivas de exclusión realizadas por empresas en posición dominante Párrafo 17 guía de interpretación ([2009] DO c45/7), párrafo 12.

<sup>137</sup> WHISH, R. & BAILEY, D., *op. cit.*, p. 181-183.

<sup>138</sup> Guía sobre prioridades de aplicación del art. 102 TFUE a las prácticas abusivas de exclusión realizadas por empresas en posición dominante Párrafo 17 guía de interpretación ([2009] OJ c45/7), párrafo 17.

<sup>139</sup> WHISH, R. & BAILEY, D., *op. cit.*, p. 45

## 5. EL CONCEPTO DE ABUSO Y SUS TIPOS

Una vez analizados y explicados los distintos tipos de factores que determinan la posición de dominio, debemos proceder a examinar si la conducta de la empresa que posee esa posición de dominio puede calificarse como abusiva. La explicación que subyace al hecho de tener que analizar si la empresa posee una posición de dominio antes de analizar la existencia de un abuso es que ciertas conductas si serán permitidas a empresas que no la posean, pero a su vez, esas mismas conductas quedarán prohibidas a aquellas empresas que sí posean esa posición de dominio.

El Derecho norteamericano no trata con tanta profundidad el abuso de posición de dominio como tal, pues en EEUU lo que se prohíbe es la monopolización y sus intentos, quedando prohibido dicho abuso en la sección segunda de la *Sherman Act*.<sup>140</sup> A *sensu contrario*, en el Derecho europeo sí tenemos muchas más referencias legislativas.

El artículo 102 del TFUE no menciona lo que constituye un abuso, aunque si dispone una serie de ejemplos de conductas *numerus apertus* que podemos considerar abusivas, que son las siguientes:

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

Podemos agrupar los ejemplos que se recogen en el artículo 102 en cuatro categorías<sup>141</sup>.

- Los de la letra a) podemos nombrarlos como abusos explotativos, pues tienen como fin crear un perjuicio para el consumidor aprovechándose de su posición de superioridad en el mercado para fijar condiciones inamovibles que resultan cuanto menos muy gravosas para el mercado (i.e. elevando los precios sin justificación racional alguna).

---

<sup>140</sup> GOLDBERG, A. M. y KRUTH, C., *op. cit.*, p. 18

<sup>141</sup> DIEZ ESTELLA, F., “*El Discussion Paper* de la Comisión Europea: reformas en la regulación del artículo 82 del Tratado CE?” en *Gaceta Jurídica de la UE y la Competencia*, nº 242, 2006, p. 4.

- En la letra b) nos encontramos con abusos de exclusión que también tienen como fin perjudicar al consumidor, pues al estar limitando la capacidad que tienen los competidores para entrar en el mercado o incluso impidiéndoles el acceso, afecta negativamente a la oferta eficaz y justa de bienes y servicios destinados a satisfacer las necesidades del mercado.
- En la siguiente letra nos encontramos con los abusos discriminatorios, que siendo menos efectiva que la cláusula contenida en la *Robinson Patman Act*, ha sido empleada en numerosas ocasiones por los tribunales europeos. Lo que intenta conseguir es evitar que se traten algunos contratos de forma desigual que conduzcan a la pérdida de ventajas competitivas por estos. Prohíbe la discriminación tanto destinada a los consumidores como la creada entre competidores.
- Por último, la cuarta cláusula de este artículo recoge los denominados abusos de vinculación. Estos abusos se dan cuando se obliga a los consumidores que compran un determinado producto o servicio denominado principal, a la compra de otro complementario, denominado secundario, de la misma compañía, eliminando la facultad de decisión del consumidor.

Mientras que algunos autores como Diez Estella agrupan los abusos en estas cuatro categorías y consideran que forman parte de un todo, existen otros que no opinan de la misma manera, pues estiman que resulta necesario analizarlos cada uno por separado al contar cada uno de ellos con su propia autonomía.<sup>142</sup> Entre ellos se encuentran Temple Lang y O'Donoghue, quienes además consideran que los esfuerzos de las instituciones europeas a la hora de definir los abusos de forma generalizada han fracasado, y solo han logrado hacerlo para los sectores postal y de las telecomunicaciones.<sup>143</sup>

Realmente podemos agrupar, tanto desde el punto de vista europeo como desde el norteamericano, los abusos en dos grandes grupos atendiendo a los efectos económicos que se derivan de los mismos, que serán los acuerdos explotativos, con efectos negativos sobre los consumidores, y los de exclusión, con los efectos

---

<sup>142</sup> DIEZ ESTELLA, F., “El *discussion paper*...”, *op. cit.*, pp. 4-5.

<sup>143</sup> TEMPLE LANG, J. y O'DONOGHUE, R., “*Defining legitimate competition: how to clarify pricing abuses under Article 82 EC*”, en *Fordham International Law Journal* 83, 2002. P 84

negativos para los competidores en general.<sup>144</sup> Asimismo, podemos afirmar que la mayor parte los abusos que se han dado han sido los excluyentes.<sup>145</sup>

Todos estos abusos pueden darse tanto de manera independiente como de manera simultánea. No obstante, siguiendo lo expuesto por la jurisprudencia, son más notorios los casos en los que se producen de manera conjunta.<sup>146</sup> Pongamos como ejemplo aquella acción por parte de una empresa X con posición de dominio, fabricante de auriculares y proveedora de los mismos a otras empresas que se encargan de la venta de auriculares, entre los que se encuentra Y. Si X ofrece un precio injustificadamente alto a Y, mientras que al resto de sus clientes se lo deja relativamente bajo, lo que está haciendo sería tratar de mantener o incluso de ganar su cuota de mercado, dificultando la viabilidad económica de la Y, pues X también ofrece los auriculares a sus consumidores en sus establecimientos. En este supuesto se estaría dando un simultáneamente un abuso discriminatorio y otro de exclusión, creando una situación mucho más cuestionable desde el punto de vista legal.

Asimismo, la legislación europea y americana difieren en que esta última requiere un nexo de causalidad entre la conducta de mercado y el poder de mercado, mientras que en la europea no existe tal necesidad causal.<sup>147</sup>

## 5.1 Acuerdos explotativos

Este tipo de acuerdos tiene como finalidad el ataque a los intereses de la de consumidores, clientes o proveedores. Se hacen aprovechándose de la posición de superioridad con la que cuenta la empresa. A modo de ejemplo, se procede a exponer un listado de conductas que se incluirían bajo este epígrafe:<sup>148</sup>

- Fijación de precios excesivos.
- Discriminación entre clientes con ausencia de justificación objetiva.

---

<sup>144</sup> Dicha clasificación se puso de manifiesto en el asunto *Continental Can*, donde se precisó que el artículo 102 TFUE no sólo prohibía los acuerdos explotativos, sino que también los de exclusión.

<sup>145</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio” en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETIBÓ JUAN, A. (Dirs.), *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons, Barcelona, 2006, pp. 226.

<sup>146</sup> ROJAS, J. F., “El abuso de la posición de dominio en el mercado en la legislación nacional”, en *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual* 1(2), 2002, p 99. Esta afirmación, en el ámbito europeo, se recoge en el asunto *Michelin* ( 333/81). Posteriormente, en el considerando 55 de la sentencia de TJUE, de 16 de marzo de 2002, en el asunto 395-296, *Compagnie maritime belge Transports* c. la Comisión, el tribunal determinó que al no existir vínculo lo suficientemente fuerte, no existía abuso de posición de dominio. Sin embargo, el TJUE no se ha vuelto a pronunciar sobre la necesidad, o no, del nexo causal.

<sup>147</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *op. cit.*, p. 201.

<sup>148</sup> BUGALLO, B. “Abuso de posición Dominante: derecho comparado y derecho uruguayo vigente”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 60, 2012. p. 17

- Pago de suministros a precios exageradamente bajos

### 5.1.1 La fijación de precios excesivamente altos

Los mercados en los que se dan este tipo de conductas suelen caracterizarse por tener barreras de entrada elevadas que impiden en la mayoría de los casos que las empresas con menores cuotas de mercado puedan seguir operando en el mercado.<sup>149</sup> En la sentencia de *General Motors Continental N.V. c. Comisión*.<sup>150</sup>, el TJUE declaró que se apreciaría la existencia de un precio excesivo en aquellos casos en los que éste fuera demasiado elevado en comparación con el valor económico del bien, restringiendo a su vez a la competencia o explotando a los clientes. Asimismo, en el caso *United Brands c. la Comisión* <sup>151</sup>se hizo una definición parecida al puntualizar que un precio recibiría la calificación de excesivo cuando se pudiese justificar objetivamente a través de la comparación entre el precio y el coste del bien o servicio en cuestión, teniendo en cuenta los costes de la empresa dominante y los precio existente en otros mercados geográficos. En cualquier caso, hay que cerciorarse de que la elevación de los precios no responde a ninguna causa justificada.

La clasificación de este abuso como explotativo se debe a los efectos negativos que causa sobre el bienestar de los consumidores al obligarles a pagar un precio superior al que realmente correspondería si el mercado estuviese funcionando correctamente y por el efecto de exclusión del mercado que causa sobre aquellos individuos que tengan menor capacidad adquisitiva. *A sensu contrario*, hay quienes clasifican este tipo de abuso como “de exclusión”, pues si una empresa dominante es intermediara de otras y el precio de sus bienes es excesivo, hará que esas otras empresas trasladen al precio de sus productos finales ese incremento del productor, o se vean forzadas a abandonar el mercado.<sup>152</sup>

---

<sup>149</sup> DÍEZ ESTELLA, F., “Abusos mediante precios: los precios excesivos” en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETIBÒ JUAN, A. (Dir.), *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons, Barcelona, 2006. pp. 254.

<sup>150</sup> Sentencia del TJCE, de 13 de noviembre de 1975, asunto 26/75, *General Motors Continental N.V. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, párrafo 12.

<sup>151</sup> Sentencia del TJCE, de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76 *United Brands Company and United Brands Continental BV c. Comisión de las Comunidades Europeas*, párrafos 251 y 252.

<sup>152</sup> DÍEZ ESTELLA, F., “Abusos mediante precios: los precios excesivos” en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETIBÒ JUAN, A. (Dir.), *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons, Barcelona, 2006. pp. 254-255

Acreditar la existencia de precios abusivos puede ser bastante complicado, pues ni si quiera la jurisprudencia europea ha sido capaz de establecer un criterio único y absoluto al respecto, como se muestra en la tabla del Anexo 1.

Por el contrario, EEUU representa un ejemplo de país no intervencionista en el ámbito de los precios excesivamente altos. Así, existen numerosas sentencias de su Tribunal Supremo, como *Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.*<sup>153</sup>, *Blue Cross & Blue Shield United v. Marshfield Clinic*<sup>154</sup> o *Verizon communications Inc. v Trinco*<sup>155</sup>, en los que se afirma que el Derecho de la competencia americano no se preocupa de prohibir a las empresas cobrar precios altos por sus bienes y servicios, por lo que el la aplicación de precios excesivamente elevados por parte de una empresa con posición de dominio no violaría ninguna ley en el terreno norteamericano.<sup>156</sup> Pero en cualquier caso, tenemos que tener muy presente que tras el huracán Katrina de 2005, 29 estados pasaron leyes que prohibían los precios excesivos de ciertos productos y servicios en periodos de anormalidad, imponiendo penas tanto a empresas con posición de dominio como a aquellas que no la posean.<sup>157</sup>

## 5.2 Acuerdos de exclusión

Bajo esta categoría incluiríamos toda adopción de acuerdos que tengan como finalidad reducir la competencia efectiva en un mercado, tratando de impedir la entrada o la existencia de competidores en el mismo.<sup>158</sup> Entre este tipo de comportamientos, encontramos los siguientes:

- Acuerdos de exclusividad
- Discriminación
- Vinculación de productos
- Negativa de suministros
- Precios Predatorios.

---

<sup>153</sup> *Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 603 F.2d 263, 274 n.12 (2d Cir. 1979);

<sup>154</sup> Sentencia del Séptimo Circuito estadounidense: *Blue Cross & Blue Shield United v. Marshfield Clinic*, 65 F.3d 1406, 1413 (7th Cir. 1995)

<sup>155</sup> Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense: *Verizon communications Inc. v Trinco* 540 U.S. 398 (2004)

<sup>156</sup> GILO, D. Y SPIEGEL, Y. , “Ecessive Price regulation”, recuperado el 5 de marzo de 2014 desde <ftp://ftp.zew.de/pub/zew-docs/veranstaltungen/rnic/papers/YossiSpiegel.pdf>

<sup>157</sup> THE ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPEMENT, “Policy roundtable: excessive prices“, recuperado el 22 de febrero de 2014 desde <http://www.oecd.org/competition/abuse/49604207.pdf>

<sup>158</sup> BUGALLO, B. *Op. cit.* p. 17

Como es de suponer, dichas conductas pueden ser en perjuicio de consumidores, de proveedores y de competidores actuales o potenciales. Con el fin de saber si una actuación es abusiva, las empresas tienen a su disposición tanto la ley, como la jurisprudencia, comunicaciones y directrices de la comisión, y las “cartas de orientación” sobre cuestiones nuevas relacionados con los arts. 101 y 102 del TJUE.<sup>159</sup> A continuación, procederemos a analizar los abusos que más eco hacen en los tribunales que velan por la competitividad de los mercados.

### 5.2.1 Vinculación de productos

La vinculación de productos en EEUU distingue entre “tying” y “product bundling”.<sup>160</sup> La primera de ellas fue definida por el Tribunal Supremo en el caso estadounidense *Northern Pacific Railway Co. et al. v. United States*<sup>161</sup> como la situación en la que una de las partes acuerda vender un producto con la única condición de que el comprador adquiera un producto distinto, o al menos acuerde no comprar ese producto en ningún otro establecimiento. Además en el mismo, determinaba que dicho acuerdo es irrazonable *per se* bajo la *Sherman Act* cuando afecte a la competencia del mercado del bien en cuestión.

Por otro lado, el *product bundling* ocurre cuando existen dos o más productos cuyo precio conjunto resulta más atractivo que el precio de cada uno de ellos por separado, por lo que se está induciendo al consumidor a adquirirlos conjuntamente aunque no se le está obligando a hacerlo.<sup>162</sup>

En sus comienzos, tal y como se demuestra en el caso *Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 v. Hyde*<sup>163</sup>, la jurisprudencia estadounidense consideraba este tipo de acuerdos como ilegales *per se*, pero a partir de este caso, se empezó a distinguir entre acuerdos “buenos” y “malos”, cancelando la regla propuesta y llegando a la *rule of reason* (regla de razón) presente en el caso Microsoft del que hablaremos a continuación.<sup>164</sup>

---

<sup>159</sup> ORTIZ BLANCO, L., *op. cit.*, p. 161-163.

<sup>160</sup> NALEBUFF, B., “Bundling, Tying and Portfolio Effects” en *DTI Economics Paper* No. 1, Part 1, 2003, p.12.

<sup>161</sup> Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense: *Northern Pacific Railway Co. et al. v. United States*, 356 U.S. 1, 5-7(1958)

<sup>162</sup> NALEBUFF, B., *op. cit.* p.13.

<sup>163</sup> Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense: *Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 v. Hyde* 466 U. S. 26-29 (1984).

<sup>164</sup> NALEBUFF, B., *op. cit.*, p. 15



*United States v. Microsoft (District of Columbia)*<sup>165</sup> es uno de los casos más polémicos en relación a las *antitrust laws*. En el mismo, la controversia se originó debido a una serie de prácticas restrictivas de los competidores a través del motor de búsqueda de *Microsoft* conocido como *Netscape Corporation's Navigator*. Estas prácticas estaban destinadas a proteger el monopolio creado por *Microsoft Windows* de los sistemas operativos compatibles con *Intel* para evitar que cualquier otro *software* o PC evitara el tener que utilizar *Windows*.<sup>166</sup>

No era la primera vez que se investigaba en EEUU a esta conocida multinacional<sup>167</sup> por realizar prácticas anticompetitivas. De 1991-1993 y de 1993-1994 tuvieron lugar las investigaciones de la FTC acabaron sin ninguna denuncia. En 1994 volvió a ser investigada por el Departamento de Justicia de Estados Unidos (*United States Department of Justice*), donde llegaron a la limitación de varios acuerdos cuestionables desde el punto de vista competitivo por parte de *Microsoft*.<sup>168</sup> Pero en el caso en concreto sobre el que estamos hablando se acusaba a *Microsoft* de monopolizar el mercado de sistemas operativos de PCs, de llegar a acuerdos anticompetitivos con distribuidores y productores y de tratar de monopolizar ilegalmente el mercado de buscadores de Internet, todas prácticas sancionables bajo la sección segunda de la *Sherman Act*.<sup>169</sup>

En esta sentencia se determinaron que estos acuerdos solo serán ilegales cuando los productos fueran claramente diferenciados, la empresa tuviese una posición de dominio en el producto que se está vinculando, obligando al consumidor a adquirir el segundo producto, y en consecuencia, se limite una cantidad de comercio sustancial.<sup>170</sup>

En el derecho europeo no se hace una distinción entre los dos tipos de acuerdos, sino que ambos caen bajo la denominación de acuerdos de vinculación. Uno de los casos que más eco ha hecho en el espacio europeo fue el de *Microsoft v. La*

---

<sup>165</sup> Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense: *United States v. Microsoft (District of Columbia)* 253 F.3d 34 (2001).

<sup>166</sup> MCCOY, J., *Using ArcGIS Spatial Analyst*. Esri Press, Tejas, 2004, pp. 63-64

<sup>167</sup> ECONOMIDES, N., "United States v. Microsoft: A Failure of Antitrust in the New Economy" en *UWLA L. REV.*, 32, 2001, pp. 5-7.

<sup>168</sup> Ilegalizaron la formación de ciertos acuerdos tanto verticales como horizontales, entre los que se encontraban la prohibición de ligar el pago de los productores de ordenadores (*Original Equipment Manufacturers*) al número total de PCs que fabricaran; y la prohibición de crear *product bundling*.

<sup>169</sup> ECONOMIDES, N., *op. cit.*, pp. 5-12

<sup>170</sup> *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 85

Comisión<sup>171</sup>, en el que tras cinco años de investigación, se determinó que Microsoft había constituido un abuso de posición de dominio. La multinacional estaba llevando a cabo, entre otros<sup>172</sup>, acuerdos de vinculación al incluir en la venta del Sistema Operativo *Windows* su propio reproductor multimedia conocido como *Windows Media Player*. La Comisión pidió a la multinacional acabar con este acuerdo de vinculación, imponiéndole una multa de cuatrocientos setenta y nueve millones de euros.<sup>173</sup> Sin embargo, desde la posición estadounidense nos damos cuenta que el resultado fue muy distinto, aunque el comportamiento de la empresa fuera parecido.

### **5.2.1 La fijación de precios predatorios**

Se trata de la fijación de precios excesivamente bajos durante un tiempo, para luego proceder a elevarlos posteriormente con fin de compensar el dinero perdido en el periodo anterior. Con la presión ejercida al rebajar los precios a un nivel que condiciona la supervivencia en el mercado, pueden llegar a conseguir eliminar a la competencia existente en el mismo.<sup>174</sup> ¿Pero cuáles son los elementos que determinan la existencia de este tipo de abuso?

A nivel europeo, en el caso AKZO<sup>175</sup> una empresa dedicada a la fabricación de un blanqueador de harina y plásticos, únicamente tenía una posición de dominio en el mercado de los blanqueadores de plásticos, y la acusación alegaba que estaba estableciendo precios predatorios con el objetivo de eliminar la competencia a través de la realización de ofertas selectivas a sus clientes. De este asunto llega a nuestras manos el test AKZO, en el que se determinan dos métodos para analizar si una empresa está llevando a cabo la práctica de precios predatorios; a saber, si los precios son inferiores a la media de los costes variables (se presumirá que el único objetivo es la eliminación de la competencia, por lo que la conducta será abusiva); y si los precios son inferiores a la media de los costes totales y superiores a los medios, se presumirá

---

<sup>171</sup> Sentencia del TJCE, de 17 de septiembre de 2007, asunto t-201/04, *Microsoft corp. v. Comisión de las Comunidades Europeas*.

<sup>172</sup> También se le acusaba de la negativa a entregar a *Sun Microsystems* la información necesaria para que el servidor pudiese operar con ordenadores que tuviesen instalado el Sistema Operativo *Windows*, creando así una barrera de entrada al mercado y una negativa a negociar con efectos restrictivos de la competencia que perjudicaban en última instancia al consumidor, al poner un obstáculo al desarrollo tecnológico. En este aspecto, la comisión solicitó la posible venta de dicha información a la competencia a un precio razonable.

<sup>173</sup> En años posteriores fue multado en numerosas ocasiones por no cumplir estrictamente con lo sentenciado en ese año.

<sup>174</sup> URIBE PIEDRAHITA, C.A., *ob.cit.*, p. 48.

<sup>175</sup> Decisión 85/609/EEC de la Comisión, de 14 de diciembre de 1985, el asunto *ACS/AKZO*.

la existencia de una intención exclusivada, pero debiéndose probar que esta política está respaldada por el deseo de eliminar a los competidores<sup>176</sup>. Asimismo, en el caso *Compagnie maritime belge transports c. la Comisión*, el TJUE determina que en caso de empresa superdominante, existirá abuso cuando el precio sea inferior al precio medio de mercado.

En la sentencia *Tetra Pak Internacional c. la Comisión de las Comunidades Europeas*<sup>177</sup>, esta empresa dedicada a la fabricación de envases asépticos y no asépticos para comida y líquidos, fue acusada de crear contratos de exclusiva que ocasionaban una política de precios predatorios. De esta sentencia recibimos el legado jurisprudencial de que no resulta necesario probar la posibilidad de recuperación del negocio perdido con la política en cuestión, y de que la posición de dominio en un mercado puede ampliarse a otro mercado en el que la presencia de la empresa en cuestión sea baja.

Dicha práctica también queda prohibida en el Derecho norteamericano tanto por la segunda sección de la *Sherman Act* de 1890 (al prohibir ésta los monopolios y constituir los precios predatorios una forma de conseguirlo), como por la *Clayton Act* de 1914<sup>178</sup>. Los jueces americanos se han ido mostrando poco a poco más intransigentes en la aceptación de los precios predatorios con el paso de los años, aunque el alcance del concepto a día de hoy no queda tan claro como sería deseable, ya que resulta difícil es distinguir los precios competitivos de los precios predatorios.<sup>179</sup>

En la Sentencia *William Inglis & Sons Baking Co. v. ITT Continental Baking Company, Inc.*,<sup>180</sup> se alegaba que ITT había abusado de su posición de dominio al bajar los precios de manera predatoria de su pan con el objetivo de eliminar a sus competidores del mercado, incrementando así su cuota de mercado considerablemente. El tribunal determinó que para que los precios predatorios constituyesen un intento de monopolio, y por lo tanto fueran sancionables bajo la segunda sección de la *Sherman Act*, debían darse varios elementos, a saber, que

---

<sup>176</sup> Párrafo 41 de la sentencia *Tetra Pak Internacional SA v. Comisión de las Comunidades Europeas*

<sup>177</sup> Sentencia del TJUE, de 14 de noviembre de 1996, asunto 333/94, *Pak Internacional SA v. Comisión de las Comunidades Europeas*

<sup>178</sup> Se prohíbe por esta ley una vez modificada por la *Robinson-Patnam Act* de 1911.

<sup>179</sup> GIOCOLI, N., "When Low Is No Good: Predatory Pricing And U.S. Antitrust Law (1950–1980)" en *European Journal Of The History Of Economic Thought* 18(5), 2011, pp. 777-806.

<sup>180</sup> *William Inglis & Sons Baking Co. v. ITT Continental Baking Company, Inc.* 526 F. 2D 86 (9th cir. 1975)

existiera una intención de controlar los precios en el mercado o de tratar de destruir la competencia; que la defensa aporte suficiente evidencia que indique la conducta anticompetitiva de la acusación y la existencia de una probabilidad elevada de que la empresa con posición de dominio acabe restringiendo significativamente la competitividad en el mercado.<sup>181</sup>

No obstante ello, otros autores como recuerdan la crítica a los precios predatorios expuesta por John McGee en su artículo de 1958, en el que defendía que la existencia de precios predatorios era irracional por tres motivos. En primer lugar, debido a la cuota de mercado tan amplia con la que cuenta una empresa con posición de dominio, las pérdidas económicas sufridas por el que realizase dicho abuso serían mucho mayor en comparación con aquella que podría sufrir la competencia. En segundo lugar, el resto de competidores podrían sobrevivir en ese contexto en el corto plazo porque el mercado de capitales les proveería de los recursos económicos necesarios para ello. En tercer lugar, se critica porque aunque alguna o todas las empresas de la competencia se vieran obligadas a cerrar sus negocios en el corto plazo, podrían volver a reabrirlo una vez la empresa con posición de dominio decidiera volver a subir sus precios.<sup>182</sup>

En la sentencia *Brooke Group LTD v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, se estableció un test algo distinto al AKZO y Tetra Pak que mencionamos *supra*, en el que se debía demostrar que la empresa cuestionada fija el precio de sus bienes por debajo de “an *appropriate measure of cost*”, que se traduce al español como una medida apropiada de costes, y que además existen probabilidades peligrosas (*dangerous probability*) de que la empresa pueda recuperar las pérdidas con posterioridad (*reocupement*). En dicha sentencia, el tribunal no determinó el coste estándar a aplicar. No obstante, se ha venido practicando el *Areeda-Turner test*, que tiene en cuenta el “*average variable cost*”, que se traduce al castellano como coste variable medio.<sup>183</sup>

Para un mayor análisis de las diferencias que existen en la determinación de precios predatorios entre el Derecho europeo y el estadounidense, acudir al ANEXO #2.

---

<sup>181</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo en 1911 de escindir el *Standard Oil Trust* fue argumentada tomando como base la formación de la misma.

<sup>182</sup> DALTON, J. Y LOUIS, E., “*Standard Oil And Predatory Pricing: Myth Paralleling Fact*” en *Review Of Industrial Organization* 38.3, 2011, pp. 246-247

<sup>183</sup> CREUS, A., “Precios predatorios (principalmente en el sector aéreo”, en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETIBÒ JUAN, A. (Dirs.), *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons, Barcelona, 2006

## 6.¿REFORMA O REVISIÓN DEL ARTÍCULO 102 TUE?

Mario Monti, comisario europeo de la competencia de 1999 a 2005 recibió un intenso legado en relación al artículo 102 del TUE de su predecesor, y desde sus pronunciamientos a cerca del mismo, se ha abierto un debate acerca del la revisión o reforma que debería de adoptarse.<sup>184</sup>

Las críticas que ha recibido esta regulación son descritos con gran exhaustividad por Martínez Lage. Podemos resumirlos en los siguientes apartados:<sup>185</sup>

- El artículo 102 TFUE no se ha adaptado eficazmente al proceso de modernización presente en el Derecho europeo. Mientras otras partes del Tratado, *i.e.* el artículo 101, se han adaptado a dicho proceso, analizando tanto las consecuencias económicas como las jurídicas de dichas prácticas teniendo en cuenta el contexto en el que se desarrollan, el artículo 82 TCE mantiene una posición estática y basada en criterios excesivamente formalistas.
- En consecuencia al punto anterior, surge la necesidad de acabar con las incoherencias que existen entre el artículo 101 y el 102 del TFUE. La razón de esto radica en que se podría dar la situación en que una determinada operación de una empresa con una cuota menor al treinta por cien sea contraria a la competitividad del mercado, encontrando cobijo legal en el artículo 101, y a la vez contraria al 102 si la cuota fuese ligeramente superior.
- Es preciso otorgar mayor coherencia a los principios inspiradores del controvertido artículo. No queda lo suficientemente claro en los textos legislativos lo que constituye un abuso de posición de dominio, por lo que resulta necesario acudir a los pronunciamientos de la Comisión y del TJUE, lo que dará lugar a soluciones dispares. *i.e.* el TJUE estima la existencia de precios predatorios en función de su relación con los costes<sup>186</sup>, mientras que la Comisión entiende que estamos en presencia de precios predatorios cuando se

---

<sup>184</sup> EHLERMANN, C. E., y RATLIFF, J., “Mario Monti’s Legacy for Competition Policy in Article 82”, en *Competition Policy International*, 1 (1), 2005, p. 80

<sup>185</sup> ALLENDESALAZAR CORCHO, R., “ El abuso y sus efectos. Modernización del artículo 82 TCE: revisión o reforma en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETIBÒ JUAN, A. (Dir.), *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons, Barcelona, 2006

<sup>186</sup> Decisión 85/609/EEC de la Comisión, de 14 de diciembre de 1985, el asunto ACS/AKZO, p. 44.

establecen en reacción a la entrada de un competidor nuevo en el mercado, con independencia del umbral establecido por el TJUE.<sup>187</sup>

- Debería tratar de armonizarse este artículo con las legislaciones del derecho comparado, además de con las legislaciones internas de algunos EEMM con las que choca en numerosas ocasiones. Pongamos como ejemplo el caso de *Microsoft*<sup>188</sup>, en el que un mismo supuesto de hecho dio lugar a dos resultados distintos; en UE a una multa de gran envergadura, mientras que en EEUU se puso fin al proceso mediante una *consent decree*.
- La reacción sumamente rígida de las autoridades en relación a este tipo de abusos termina por desincentivar la competencia, favoreciendo excesivamente a los consumidores en la mayoría de los casos.

---

<sup>187</sup> Sentencia del TJUE, de 1 de julio de 2008, asunto 276/04 *Compagnie Maritime Belge* c. la comisión.

<sup>188</sup> *United States v. Microsoft Corp (District of Columbia)* 253 F.3d 34 (2001) y sentencia del TJCE, de 17 de septiembre de 2007, asunto 201/04, *Microsoft corp. v. Comisión de las Comunidades Europeas*.

## 7. CONCLUSIONES

Del minucioso estudio realizado a lo largo de esta investigación se pueden extraer las siguientes conclusiones:

**(i) Primera.-** El abuso de posición de dominio se presenta como una materia fundamental a regular en el Derecho de la competencia, dado que se trata de una de las principales amenazas a la viabilidad de la competencia en los mercados. Sin embargo, consideramos que la regulación de la misma es mucho más precisa en el Derecho europeo que en el norteamericano, dado que en el primero de ellos contamos con un artículo en el que se sanciona directamente el este tipo de comportamientos, a saber, el 102 del TFUE, mientras que el segundo carece de una disposición específica que lo prohíba, obligando a los interesados en denunciar este tipo de comportamientos a encontrar una cláusula específica en cualquiera de sus textos legales que ilegalice la conducta particular adoptada por la empresa, *i.e.* que una empresa esté operando mediante precios discriminatorios, sancionable bajo la segunda sección de la *Sherman Act* y bajo la *Clayton Act*.

Por consiguiente, encontramos ausencia de legislación americana sobre el abuso de posición como tal y la jurisprudencia sobre esta rama del Derecho resulta cuanto menos ambigua al hablar de monopolización y no de abuso de posición de dominio directamente. Esto conlleva a desincentivar la denuncia de estos abusos en el mercado estadounidense, pues existen más obstáculos al triunfo de un caso de abuso de posición de dominio en EEUU que en la UE, por lo que será más fácil la identificación y sanción de este tipo de este tipo de prácticas en la UE.

**(ii) Segunda.-** La regulación del abuso de posición de dominio no está únicamente diseñada para proteger a los consumidores y al mercado, sino que también trata de salvaguardar los intereses de los competidores que puedan existir dentro del mismo. En este sentido, en la mayoría de la jurisprudencia examinada se observa que los tribunales europeos prefieren proteger a los competidores, mientras que los estadounidenses a la competición, de manera que en aquellos casos en que los posibles abusos por parte de las empresas no tengan efectos negativos sobre los consumidores, no serán sancionados por parte de los tribunales estadounidenses pero sí por los europeos. Por consiguiente, consideramos que la aplicación del artículo 102

del TFUE peca de ser demasiado estricta, y a nuestro juicio, no debería de iniciar procedimientos de investigación cuando las acciones de la empresa en cuestión no perjudique los intereses de los consumidores.

**(iii) Tercera.-** Ligada con la conclusión anterior, y dado que la regulación del término no es lo suficientemente clara, surgen dificultades para saber qué comportamientos de las empresas conducen a mayor o menor competitividad, por lo que no es de sorprender que las autoridades nacionales, europeas y estadounidenses cometan errores a la hora de calificar estas conductas como abusivas, cuando realmente contribuyen a una mayor competitividad.

**(iv) Cuarta.-** En relación a la parte de esta investigación que analiza la opinión de algunos autores relativas a que el mercado de competencia perfecta no es deseable, afirmamos que no coincidimos con dicha interpretación. Consideramos que sí que es algo deseable, aunque siendo realistas, resulta un modelo ideal aunque no realizable. Cuando decimos que es un modelo ideal, nos referimos a que debería ser uno de los objetivos de nuestros mercados, al presentarse como el modelo más justo para una economía al ofrecer a los consumidores los productos que desean y al precio que extrae del juego de la oferta y la demanda. Además, en este modelo ninguno de los competidores queda perjudicado, y si sus productos no se venden no es porque otros estén realizando prácticas anticompetitivas, sino porque dicho producto no se atiende a las necesidades de los consumidores, lo que obligaría al productor a modificarlo hasta que fuese aceptado en el mercado.

**(v) Quinta.-** Tanto en el mercado de EEUU como en el de la UE, el abuso de posición de dominio se presenta como una prohibición polémica. Bajo nuestro punto de vista no entendemos por qué una gran empresa, que ha hecho considerables esfuerzos para llegar a la posición en la que se encuentra quede limitada en cuanto a la toma de determinadas decisiones que harían que sus ingresos incrementasen. Aunque dichas decisiones restrinjan la competencia de un mercado, lo cierto es que esa empresa ha decidido tomarlas porque sabe que sus productos responden a las necesidades de los consumidores, y que aunque suban sus precios, van a seguir contando con la fidelidad de sus clientes. Al no permitirles adoptar las conductas propicias para mantener o aumentar su cuota de mercado, optarán por abandonar la apuesta por la innovación en aquello que producen. Además estas empresas, al contar con una posición de dominio no tratarán de rebajar sus precios en la marco de la legalidad al saber que sus competidores no podrán permitírselo.



**(vi) Sexta.-** Únicamente serán punibles bajo estos supuestos las empresas que cuenten con una posición de dominio. Uno de los factores a analizar para determinar la existencia de esta posición es el mercado relevante. Su delimitación puede llegar a resultar compleja, y aunque existan pruebas como el *SSNIP test*, a más específica sea la delimitación, la cuota de mercado será mayor, por lo que se multiplican las posibilidades de existencia de posición de dominio y la empresa en cuestión deberá tomar las cautelas necesarias para evitar cualquier conducta que pueda suponer un abuso.

Por otro lado, y tomando como excepción el caso de *British Airways*, la cuota de mercado indicativa de posición de dominio en el mercado Europeo es inferior a la estadounidense, al ser cuestionables cuando cuentan una cuota entre el cuarenta y el cincuenta por cien pero presumibles cuando sean superiores a esta última cifra. En contraste, en el escenario norteamericano se presumirá la existencia de posición de dominio cuando una empresa controle aproximadamente dos tercios del mercado relevante. En esta línea, el índice *HHI* también establece un umbral superior en el escenario americano que en el europeo ( 2.500 frente a los 2.000 europeos) para determinar la existencia de una concentración elevada. Todo esto, junto con el hecho de que es necesaria la existencia de un nexo causal para calificar el comportamiento como antimonopolístico en EEUU y de la existencia de más de un criterio para determinar la existencia de precios predatorios, entre otras cosas, nos conduce a pensar que existirán más denuncias favorables con respecto a este tipo de conductas en la UE, pues un mayor número de empresas contarán con posición de dominio debido a que resulta más fácil obtener la cuota de mercado establecida en la UE.

Sin embargo, tener posición de dominio no implica violar ninguno de los dos ordenamientos jurídicos, pues debe existir algún elemento adicional que impida aceptar una conducta empleada con el fin de mantener o alcanzar la posición.

**(vii) Séptima.-** En relación a los comportamientos que pueden considerarse abusivos, resulta interesante señalar que, tras el análisis legislativo y jurisprudencial, existen un mayor número de conductas abusivas en el escenario europeo. Pongamos como ejemplo el caso de la fijación de precios excesivamente altos, conducta punible en el escenario europeo aunque la Comisión, el TG y el TJUE no hayan mantenido criterios homogéneos en relación a la prueba del mismo. No obstante, dicha práctica no es abusiva en EEUU dado que no viola ninguna ley.

La regulación europea no sólo cuenta con un mayor número de conductas calificables como abusivas, sino que además es más estricta en la apreciación de conductas que son sancionables bajo ambos regímenes. Prueba de ello es el tratamiento dispar que se da en ambas legislaciones en relación a la vinculación de productos, pues si tomamos como referencia un caso parecido en ambos escenarios, a saber el de *Microsoft*, realizando una vinculación sustancialmente parecida, se acabó por desestimar la denuncia en EEUU, mientras que la UE acabó imponiendo una multa dineraria de considerable cuantía.

**(viii) Octava.-** Por todo lo expuesto, rechazamos, en parte, la hipótesis inicial en la que considerábamos que la regulación europea del abuso de posición de dominio es más estricta, clara y justa que la americana.

- El hecho de que sea más estricta ha quedado demostrado *supra*.
- Con respecto a la segundo adjetivo recogido en la hipótesis, no consideramos que resulte más clara dado que existe cierto desconcierto por parte de las empresas europeas sobre cuáles son las acciones que están autorizadas para tomar sin infringir el Derecho de la competencia, mientras que en el escenario americano siempre que afecte de manera negativa a los consumidores, quedará prohibida.
- Por ultimo, y desde el punto de vista de la justicia, el tratamiento europeo del abuso de posición de dominio es más injusto en el sentido de que sus tribunales están más dispuestos a prohibir la conducta simplemente porque sea subsumible en el contenido de un artículo, sin proceder a realizar mayores análisis acerca de las consecuencias. De manera que se puede imponer una multa a una empresa por el simple hecho de tener una cuota de mercado elevada y realizar una acción que realmente aumenta la competencia del mercado, pero resulta subsumible en uno de los supuestos de hecho del artículo 102 del TFUE. *A sensu contrario*, en EEUU únicamente se sancionará cuando afecte de manera negativa a los consumidores, preservando la competitividad de sus mercados, y por tanto, la justicia.

**(ix) Novena.-** Por último, señalamos la necesidad de que se dé una mayor aproximación en la regulación del abuso de posición de dominio en ambos regímenes. Tenemos que tener en cuenta que dada la globalización actual, vivimos en mundo

caracterizado por la interrelación global de todas las economías. En consecuencia, si una cae, las demás pueden caer detrás. Pongamos como ejemplo la crisis económica que estalló en el 2007. El hundimiento de la bolsa americana hizo temblar las grandes economías del planeta. Algunas de ellas consiguieron salir adelante, pero otras siguen sufriendo los devastadores consecuencias de la crisis.

Recordemos el avance que ha experimentado el sector de las tecnologías, permitiendo la realización de una transacción económica en cuestión de segundos entre dos países situados en polos opuestos del planeta. El hecho de que un número considerable de empresas ejerzan en la actualidad comercio online, hace que puedan entrar en conflicto la legislación en materia de competencia de un país con la que reina en cualquier EEMM, al comprar un producto o servicio a través de sus respectivas páginas webs.

Además, la internacionalización de las empresas hace que en muchas ocasiones éstas tengan que tomar decisiones estratégicas a nivel global. Por ello, no tendría sentido que tuvieran que cambiar o incluso llegar a no ofertar los bienes que producen en determinados mercados donde la regulación del abuso de posición de dominio así lo exija, mientras que en sus países de origen sean perfectamente legales. Esto resultaría absurdo y afectaría muy negativamente a la competitividad de los mercados. Es por ello que resultaría aconsejable que existiera cierta armonización a nivel global en materia de derecho de la competencia, y más en concreto de la noción de abuso de poder de dominio, a fin de evitar situaciones indeseables que supongan un freno en la eficiencia de las economías.

## **8. BIBLIOGRAFÍA**

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio” en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETIBÒ JUAN, A. (Dir.), *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons, Barcelona, 2006.

ALLENDESALAZAR CORCHO, R., “ El abuso y sus efectos. Modernización del artículo 82 TCE: revisión o reforma en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETIBÒ JUAN, A. (Dir.), *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons, Barcelona, 2006.

AROSEMENA ROMERO, M., “El Abuso de Posición Dominante desde el Derecho Europeo de la Competencia: Una aproximación para las compañías ecuatorianas” en *Artículos destacados Romero Menendez*, Madrid, 2005, pp. 1-45

BUGALLO, B. “Abuso de posición Dominante: derecho comparado y derecho uruguayo vigente”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 60, 2012. pp. 8-24.

CASTRO, A., ALBERTO, J., AND CÓRDOVA, E. "Discriminación de precios y competencia imperfecta en los mercados electrónicos." en *Revista Venezolana de Gerencia*, 6(14), 2001, pp.251-264.

CLARKSON, K.W., *Business Law: Text and Cases*, en A.A.V.V., 9ª edición, Cengage Learning, Ohio, 2009.

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, *¿Qué es la CNC?*. Extraído el 27 de marzo de 2014 desde: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/ConocerlaCNC/QueeslaCNC/tabid/77/Default.aspx>

CREUS, A., “Precios predatorios (principalmente en el sector aéreo)”, en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETIBÒ JUAN, A. (Dir.), *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons, Barcelona, 2006

- CREUS, A., “Exenciones por categorías (acuerdos verticales)”, en CREUS, A. (Dir.), *Código de Derecho de la Competencia*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2006.
- DALTON, J. Y LOUIS, E., "Standard Oil And Predatory Pricing: Myth Paralleling Fact" en *Review Of Industrial Organization* 38.3, 2011, pp. 245-266.
- DÍEZ ESTELLA, F., “Abusos mediante precios: los precios excesivos” en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETIBÒ JUAN, A. (Dirs.), *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons, Barcelona, 2006.
- DIEZ ESTELLA, F., “El *Discussion Paper* de la Comisión Europea: reformas en la regulación del artículo 82 del Tratado CE?” en *Gaceta Jurídica de la UE y la Competencia*, nº 242, 2006,
- ECONOMIDES, N., United States v. Microsoft: A Failure of Antitrust in the New Economy en *UWLA L. REV*, 32, 2001, pp. 2-44.
- EHLERMANN, C. E., y RATLIFF, J., “Mario Monti’s Legacy for Competition Policy in Article 82”, en *Competition Policy International*, 1 (1), 2005, pp. 79-98
- FEDERAL RESERVE. “Federal Trade Commission Act, Section 5: Unfair or Deceptive Acts or Practices”. Extraído el 11 de febrero de 2014 desde <http://www.federalreserve.gov/boarddocs/supmanual/cch/ftca.pdf>
- FERNÁNDEZ, C., “Cuota de mercado y poder de mercad”o, en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETIBÒ JUAN, A. (Dirs.), *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons, Barcelona, 2006.
- FERNÁNDEZ VICIÉN, C., Y LÓPEZ GARRIDO, T., “Procedimiento en material de derecho de la competencia ante los Tribunales de la Unión Europea” en MOREIRO GONZÁLEZ, C. J. (Dir.), *Procedimientos administrativos y judiciales de la Unión Europea*, Madrid, 2012.

FOX E.M., “The Market Power Element of Abuse of Dominance – Parallels and Differences in Attitudes – US and EU”, en *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*, forthcoming, 2008, pp.6-32.

FOX, E. M. “US and EU Competition Law: a comparison Global competition policy” en GRAHAM E. M. y RICHARDSON (Dir.), *Global Competition Policy*, Massachusetts, 1997.

GILO, D. Y SPIEGEL, Y. , “Ecessive Price regulation”, recuperado el 5 de marzo de 2014 desde <ftp://ftp.zew.de/pub/zew-docs/veranstaltungen/rnic/papers/YossiSpiegel.pdf>.

GIOLLI, N., "When Low Is No Good: Predatory Pricing And U.S. Antitrust Law (1950–1980)" en *European Journal Of The History Of Economic Thought* 18.5,2011, pp. 777-806.

GOLDBERG, A. M. y KRUTH, C., “Abuse of Dominant position” Law: Towards a More Level Global Playing Field”I en *The Journal of Global Business Issues*, 6(1), 2012 pp. 15-20.

GORE, D., *The economic Assesment of Mergers under European Competition Law*, en A.A.V.V., Cambridge University Press, Nueva York, 2012.

GUINDO, C. A., "La evolución de la política de defensa de la competencia." en *Información comercial española (ICE)*, nº 826, 2005, pp. 245-247.

GUTIÉRREZ, I. y PADILLA, J., “Una racionalización económica del concepto de posición de dominio”, en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETIBÒ JUAN, A. (Dir.), *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons, Barcelona, 2006

GUTIÉRREZ, I., “ VI escuela iberoamericana de defensa de la competencia”, recuperado el 28 de marzo de 2014 desde: [http://www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=44086&Command=Core\\_Download&Method=attachment](http://www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=44086&Command=Core_Download&Method=attachment)

- GUZMÁN, J. y RALLO, A., *Estructura económica mundial*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- HERRERA GONZÁLEZ, F. , "El mito del poder de mercado en el mercado libre" en *Revista de economía y Derecho*, 10 (37), 2013, pp. 7-44.
- HOVENKAMP, H. "Markets In Merger Analysis." en *Antitrust Bulletin* 57 (4) , 2012, pp. 887-891
- JONES, A. y SUFRIN, B., *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, 4ª Edición, Oxford University Press, Nueva York, 2011
- KOVACIC, W.E., y SHAPIRO, C., “Antitrust Policy: A century of Economic and Legal Thinking”, en *Competition Policy Center UC Berkley*, 1999, pp.2-27.
- LOPEZ MIÑO, A., “Abuso de posición de dominio” en *Noticias de la Unión Europea*, 330, 2012, pp. 27-44.
- MANKIWI N.W., *Economics*, en A.A.V.V, 2ª edición, Cengage learning, Reino Unido, 2012
- MCCOY, J., *Using ArcGIS Spatial Analyst*. Esri Press, Tejas, 2004.
- MIRANDA LONDOÑO, A., y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, J. D., “Fundamentos económicos del Derecho de la Competencia: los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia”, en *Revista de Derecho Competencia*, 2 (2), 2006, pp. 269-400.
- MORRISON, G., “Are expensive headphones worth it?”, recuperado el 12 de febrero de 2014 desde <http://www.forbes.com/sites/geoffreymorrison/2013/06/19/are-expensive-headphones-worth-it/>

NACIONES UNIDAS, “Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo de 2008: abuso de la posición dominante”, extraído el 15 de febrero de 2014 desde [http://unctad.org/es/docs/c2clpd66\\_sp.pdf](http://unctad.org/es/docs/c2clpd66_sp.pdf).

NALEBUFF, B., “*Bundling, Tying and Portfolio Effects*” en *DTI Economics Paper* No. 1, Part 1, 2003, p.8-95.

ORTIZ BLANCO, L., *Manual de Derecho de la Competencia*, en A.A.V.V., Tecnos, Madrid, 2008.

PRIETO KESSLER, E., "La política de defensa de la competencia en la Unión Europea." en *Información comercial española (ICE)*, 820, 2005, p. 99-110.

ROJAS, J. F., “El abuso de la posición de dominio en el mercado en la legislación nacional”, en *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual* 1(2), 2002,p. 83-110.

SÁNCHEZ GRAELLS, A., “Protección del mercado y defensa de la competencia” en VEIGA COPO (Coor.), *Fundamentos de Derecho Empresarial. Empresario, Empresa y Mercado*. Tomo 1, Thomson Reuters, 2011, Navarra.

SHEPERD, W. G. (1982). Causes of increased competition in the U.S. economy, 1939-1980 en *Review Of Economics & Statistics*, 64(4), p. 614-620

JONES, A. y SUFRIN, B., *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, 5ª Edición, Oxford University Press, Nueva York, 2014.

TEMPLE LANG, J. y O'DONOGHUE, R., “*Defining legitimate competition: how to clarify pricing abuses under Article 82 EC*”, en *Fordham International Law Journal* 83, 2002, pp. 83-162

THE ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPEMENT, “*Policy roundtable: excessive prices*“, recuperado el 22 de febrero de 2014 desde <http://www.oecd.org/competition/abuse/49604207.pdf>



URIBE PIEDRAHITA, C.A., "Evaluación de la posición de dominio en el derecho europeo de la competencia." *Revista de la Maestría en Derecho Económico* 2(2), 2013, pp 37-45

USDOJ: Antitrust Division, "1968 Merger Guidelines". Extraído el 17 de febrero de 2014 desde <http://www.justice.gov/atr/hmerger/11247.pdf>.

WHISH, R. & BAILEY, D., *Competition Law*, 7ª Edición, Oxford University Press, Nueva York, 2012.

### **Legislación consultada**

*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* ( Acto alemán en contra de las restricciones a la competencia)

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia. Publicada en el BOE núm. 159 de 04 de Julio de 2007, pp. 28848 a 28872.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Publicada en el BOE núm. 157 el 2 de julio de 1985, pp. 20632 a 20678.

*National Industrial Recovery Act* de 1933

Reglamento 1/2003 del Consejo, de 6 de febrero de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, *DO L 1*, de 2003.

*The Celler-Kefauver Antimerger Act* de 1950.

*The Clayton Antitrust Act* de 1914 (15 U.S.C.A. § 12–27, 29 U.S.C. A § 52–53)

*The Federal Trade Commission Act* de 1914 (15 U.S.C.A. §§ 41-58)

*The Robinson- Patman Act* de 1936 (15 U.S.C. A§ 13 et seq.)

*The Sherman Antitrust Act* de 1890 (15 U.S.C.A. §§ 1 et seq.)

Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas de 1957

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 12 de junio de 1985.

### **Jurisprudencia consultada**

#### TJUE

Sentencia de TJCE, de 14 de febrero de 1978, en el asunto 27/76, *United Brands Company and United Brands Continentaal BV c. Comisión*

Sentencia de TJCE, de 15 de marzo de 2007, en el asunto 95/04, *British Airways plc c. Comisión de las Comunidades Europeas.*

Sentencia del TJCE del 18 de febrero de 1971, en el asunto 40/70, *Société Sirena SRL c. Société EDA SRL, Mme Florenza Ferrari, Mme Formaggia, M. Peitro Grugni, M. Mario Biraghi, M. Natalie Mappi, M. Sergio Pappo, Société Novimpex SRL.*

Sentencia del TJCE, de 13 de febrero de 1979, en el asunto 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Comisión de las Comunidades Europeas.*

Sentencia del TJCE, de 13 de noviembre de 1975, asunto 26/75, *General Motors Continental N.V. c. Comisión de las Comunidades Europeas.*

Sentencia del TJCE, de 17 de septiembre de 2007, asunto 201/04, *Microsoft corp. c. Comisión de las Comunidades Europeas.*

Sentencia del TJUE, de 14 de noviembre de 1996, asunto 333/94, *Tetra Pak International SA* c. Comisión de las Comunidades Europeas

Sentencia del TJUE, de 29 de junio de 1978, en el asunto 77/77, *Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV* c. Comisión.

Sentencia del TJUE, de 9 de septiembre de 1983, en el asunto 322/81, *Michelin* c. la Comisión.

Sentencia del TJUE, de 16 de marzo de 2002, en el asunto 395-296, *Compagnie maritime belge Transports* c. la Comisión

#### TDC

Resolución del TDC, de 3 de febrero de 1992, *Tecnotron*, Expte. A 16/91

Resolución del TDC, de 30 de septiembre de 1999, *Bacardí*, Expte. R 362/99.

#### TS

Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de junio de 2006 (RJ 3542)

#### Estadounidense:

Sentencia del Segundo Circuito estadounidense: *Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 603 F.2d 263, 274 n.12 (2d Cir. 1979)

Sentencia del Séptimo Circuito estadounidense: *Blue Cross & Blue Shield United v. Marshfield Clinic*, 65 F.3d 1406, 1413 (7th Cir. 1995)

Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense: *Brooke Group Ltd. V. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 222 (1993)

Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense: *Brown Shoe Co. v. United States* 310 U.S. 294 (1962).

Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense: *California Dental Association v. Federal Trade Commission* 526 U.S. 756, (1999)

Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense: *Image Technical Services Inc v. Eastman Kodak Co US Court of Appeals (9th circuit)* 504, U.S. 451 (1992)

Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense: *Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 v. Hyde* 466 U. S. 26-29 (1984)

Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense: *Northern Pacific Railway Co. et al. v. United States*, 356 U.S. 1, 5-7(1958)

Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense: *Northern Securities v. United States* 193 U.S. 197 (1904)

Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense: *Standard Oil Co. v. United States* 221 U.S. 1 (1911)

Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense: *Telex Corp. v. IBM* (367 F. Supp. 258, N.D. Okla. 1973, rev. *Per curiam* 510 F2d 894, 10th Cir., cert. dismissed, 423 U.S. 802, 1975).

Sentencia del Segundo Circuito estadounidense: *United States v. Aluminum Co. of America* (148 F.2d 416, 2nd Cir., 1945)

Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense: *United States v. Columbia Steel Co.*, 334 U.S. 495 (1948)

Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense: *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377 (1956)

Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense: *United States v. E.C. Knight Co.* 156 U.S. 1 (1895)

Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense: *United States v. Microsoft Corp (District of Columbia)* 253 F.3d 34 (2001).

Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense: *Unites States v. Griffith* (334 U.S. 100, 1948)

Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense: *Verizon communications Inc. v Trinco* 540 U.S. 398 (2004)

Sentencia del Segundo Circuito estadounidense: *Virgin Atlantic Airways Limited v. British Airways PLC*, 257 F. 3d 256 (2nd Cir. 2001).

Sentencia del Noveno Circuito estadounidense: *William Inglis & Sons Baking Co. v. ITT Continental Baking Company, Inc.* 526 F. 2D 86 (9th cir. 1975)

### **Otros documentos**

Decisión 72/21/CEE de la Comisión del 9 de diciembre de 1971, en el asunto *Continental Can Company*

Decisión 85/609/EEC de la Comisión, de 14 de diciembre de 1985, el asunto *ACS/AKZO*.

Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas [2004, DO c31]

Guía sobre prioridades de aplicación del art. 102 TFUE a las prácticas abusivas de exclusión realizadas por empresas en posición dominante Párrafo 17 guía de interpretación ([2009] DO c45/7)

*Horizontal Merger Guidelines* § 5.3 , *USDOJ* y *FTC* , de 19 de agosto de 2010.

Memorias anuales del TJUE y el TG del año 2010

## 9. ANEXOS

### Anexo #1: Prueba de la existencia de precios excesivos

	<b>Costes de la empresa dominante</b>	<b>Otros precios de la empresa dominante (discriminación)</b>	<b>Precio de otras empresas que ofrecen productos similares</b>
<b>Mismo mercado relevante (de producto y geográfico)</b>	<i>United Brands</i> 1978 CIICCE 1985 SACEM II 1988 <i>Ahmed Saeed</i> 1989	-	(comparación con competidores) <i>United Brands</i> 1978 <i>Parke Davis</i> 1968 <i>Renault</i> 1988
<b>Otro mercado relevante en el mismo Estado Miembro</b>	-	<i>General Motors</i> 1975 <i>British Leyland</i> 1986	<i>General Motors</i> 1975 <i>Bodson</i> 1988
<b>Otro mercado relevante en otro Estado Miembro</b>	-	<i>United Brands</i> 1978	(benchmarking) <i>Sirena</i> 1971 <i>Deutsche Grammophon</i> 1971 SACEM I 1989 SACEM 1989

FUENTE: MOTTA, M. Y STEEL, A. *Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in the EU law*, 8th Annual European Competition Workshop, Florence, junio 2003.

P.4

**Anexo # 2: Test para establecer la existencia de precios predatorios en EEUU y en la UE.**

<b>Tests de precios predatorios en la UE y la EEUU</b>					
<b>País</b>	<b>Inferior al coste variable medio</b>	<b>Inferior al coste total medio</b>	<b>Por encima del coste</b>	<b>Intencionalidad</b>	<b>Recuperación</b>
<b>UE</b>	Sí	Sí	Poco probable	Sólo si el precio está entre el coste variable medio y el coste total medio	no
<b>EEUU</b>	Sí		No, pues admiten “matching price defense”	No	Sí

FUENTE: CREUS, A., “Precios predatorios (principalmente en el sector aéreo”, en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETIBÒ JUAN, A. (Dirs.), *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons, Barcelona, 2006