

**VIENTOS DE CAMBIO EN EL ÁMBITO DEL ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO:
La aplicación de la “regla de la razón” a los abusos de exclusión en el Derecho
europeo de la competencia ***

Ingrid S. Ortiz Baquero¹

INTRODUCCIÓN	2
1. NUEVAS ORIENTACIONES SOBRE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 102 DEL TFUE	4
1.1. DE LA VALORACIÓN FORMAL A LA ESTIMACIÓN DE LOS EFECTOS ANTICOMPETITIVOS DE LAS CONDUCTAS ABUSIVAS	8
1.2. LAS CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN EN EL ÁMBITO DEL ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO	13
2. LA VALORACIÓN DE LOS ABUSOS DE EXCLUSIÓN BAJO LA REGLA DE LA RAZÓN	21
3. LOS RETOS QUE ENFRENTAN LAS NUEVAS DIRECTRICES	25
CONCLUSIÓN	32

* Este artículo fue presentado a la revista el día 20 de mayo de 2011 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 9 de junio de 2011, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

¹ Abogada, especialista en Derecho comercial y máster en responsabilidad contractual y extracontractual civil y del Estado, de la Universidad Externado de Colombia. DEA en Derecho mercantil y Doctora en Derecho mercantil, por la Universidad Autónoma de Madrid. Docente de la Universidad Externado de Colombia. E-mail: ingrido.ortiz@uexternado.edu.co.

Introducción

Es un hecho conocido que la tendencia actual del Derecho europeo de la competencia es la de lograr una aproximación más económica en la interpretación y aplicación de sus normas y, por esta vía, la de conseguir una reducción del ámbito de aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) que prohíben respectivamente los acuerdos restrictivos de la competencia y el abuso de la posición de dominio.

Esta tendencia hacia una *more economic approach* se aprecia claramente en el caso del artículo 101 del TFUE, cuando se examinan los Reglamentos de Exención por Categoría (en adelante REC)² y las directrices relativas a la valoración de los acuerdos de carácter vertical y horizontal recientemente publicadas³. En esta misma línea destacan además los pronunciamientos de la Comisión Europea (en adelante Comisión) y de los tribunales comunitarios en los que se indica, cada vez con mayor claridad, que sólo deben prohibirse aquellas conductas que causan un impacto negativo en el desarrollo de la competencia⁴. Este enfoque económico de las normas es el que ha favorecido el desarrollo de una *rule of reason* de estilo europeo en el contexto del artículo 101 del TFUE⁵.

² Valga destacar la reciente aprobación del Reglamento (UE) 1217/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo (I+D) y del Reglamento (UE) 1218/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos de especialización. Estas normas comunitarias han sustituido a los REC que sobre estos temas se habían aprobado el año 2000.

³ Ver la comunicación de la Comisión del 10 de mayo de 2010 (2010/C 130/01), "Directrices relativas a las restricciones verticales", y la comunicación de la Comisión de 14 de enero de 2011 (2011/C 11/01), "Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal".

⁴ En este punto son también importantes las consideraciones que pueden hacerse en relación con la aplicación de la regla de minimis. Ver al respecto la Comunicación de 22 de diciembre de 2001, "relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE", DOCE C 368/13 de 22 de diciembre de 2001.

⁵ En este sentido puede verse LUIS ANTONIO VELASCO SAN PEDRO. "Acuerdos, decisiones colectivas y prácticas concertadas", en id. (coord.). *Derecho Europeo de la Competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, Valladolid, Lex Nova, 2005, capítulo II, pp. 72-75. Con una visión moderada del tema, se afirma que la nueva forma de interpretar y de aplicar el artículo 101 del TFUE sin ser una *rule of reason* sí que permite obtener beneficios o resultados análogos a los que se desprenden de esta regla. Sigue esta opinión MIGUEL ODRIOZOLA y otros. "Prohibición de prácticas colusorias (II)", JOSÉ MARÍA BENEYTO, y JERÓNIMO MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS (dirs.). *Tratado de derecho de la competencia Unión europea y España*, Tomo I, Madrid: Bosch, 2005., pp. 228 y 229 señalando que: "Este modelo, influencia directa del sistema americano, introduce un enfoque económico que permitirá, en la práctica, alcanzar resultados análogos a la *rule of reason* americana, si bien mediante una metodología distinta y en dos tiempos: en sede del artículo 81 (1) CE se

Este sistema de análisis (aplicación de la regla de la razón) en el contexto de las conductas anticompetitivas se ha visto además fortalecido por la implementación del sistema de exención legal regulado en el artículo 1.º del Reglamento (CE) 1.º de 2003, del Consejo, de 16 de diciembre, *relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado CE* (actuales 101 y 102 TFUE). Según esta disposición, sólo se consideran ilícitas las conductas que estando dentro de los supuestos del apartado 1.ª del artículo 101 TFUE, no cumplen los requisitos del apartado 3.º; *sensu contrario*, son lícitas aquellas que sí cumplen los requisitos de exención⁶.

Los avances sobre la aplicación de una “regla de la razón” como sistema de valoración de las conductas anticompetitivas han hecho que la Comisión reconozca en distintas normas del *soft law* comunitario, que la aplicación del artículo 101 del TFUE debe realizarse en dos fases: en una primera fase se debe establecer si la conducta es restrictiva (apdo. 1), para valorar en una segunda etapa si la conducta podría resultar exenta como consecuencia del proceso de balance concurrencial (apdo. 3). Es en este sentido que se habla de un análisis de las conductas anticompetitivas basado en la tipicidad y en la antijuricidad de las conductas.

analizan los efectos anticompetitivos del acuerdo y el impacto sobre el mercado y será mediante la aplicación de los criterios contenidos en el artículo 81 (3) CE y en un momento posterior, cuando se ponderen los aspectos pro-competitivos del mismo”. Por su parte, RICHARD WHISH. *Competition Law*, 6.ª ed., Londres, Oxford, 2008, p. 131, afirma que la aplicación de una regla de la razón en el ámbito europeo no debería ser rechazada de plano; a su juicio, lo errado sería pretender que dicha regla se establezca con el alcance que tiene en el ordenamiento de EE. UU., en este sentido afirma: “However if proponents of the rule of reason mean that US jurisprudence on the rule of reason under the Sherman Act 1890 should be incorporated into EC competition law, this seems to be misplaced: EC law is different in many ways from US law, not least in that it has the ‘bifurcation’ of Article 81(1) and Article 81(3), which not exist in the Sherman Act, and that it is concerned with the promotion of a single market as well as with ‘conventional’ competition law concerns”.

Es importante precisar que la doctrina europea ha debatido ampliamente si la “regla de la razón” se debe aplicar en el contexto del apartado 1 del artículo 101 del TFUE, o si en realidad se encuentra en el apartado 3 de la norma. En otras oportunidades ya hemos indicado que a nuestro juicio la “regla de la razón” debe aplicarse cuando se determina si la conducta es restrictiva de la competencia; es decir, cuando se aplica el apartado 1 del artículo 101 del TFUE y no cuando se efectúa el balance concurrencial de la conducta. Ver al respecto “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia y, en particular, la valoración de las cláusulas de exclusividad en los regímenes de libre competencia europeo, español y colombiano”, *Revista E-mercatoria*, vol. 6, n.º 1, 2007.

⁶ Es importante señalar que bajo el sistema de exención legal son las partes del acuerdo las encargadas de verificar la legalidad de su conducta (autoevaluación) sin que sea necesaria una decisión previa de la autoridad que prohíbe o autoriza el comportamiento.

Más lentos y mucho más difíciles han sido los avances hacia una *more economic approach* en el ámbito del abuso de la posición de dominio. La redacción de la norma de prohibición en términos generales era, hasta hace poco tiempo, un obstáculo para que se hablara de exenciones o de la aplicación de una “regla de la razón” en este contexto, particularmente porque el artículo 102 del TFUE y las normas nacionales que hacían eco de la prohibición del abuso no tenían una disposición equivalente al apartado 3 del artículo 101 del TFUE, que es la norma que en el ámbito de las conductas colusorias permite la realización de un balance de naturaleza concurrencial⁷.

En este artículo se describen los avances hacia un enfoque más económico en la interpretación y aplicación del artículo 102 del TFUE. Igualmente, se analizan las nuevas reglas aplicables a los abusos de exclusión como una de las manifestaciones del cambio de orientación que se ha surtido en el ámbito de la prohibición del abuso de la posición dominante.

Así pues, en primer lugar, se abordará el cambio de una aplicación formal hacia un análisis basado en los efectos anticompetitivos de las conductas abusivas; en segundo lugar, se analizarán los factores que permiten justificar –defender– el desarrollo de ciertas conductas por parte de las empresas en posición de dominio; en tercer lugar, la forma en la que a nuestro juicio opera la regla de la razón en el contexto del artículo 102 del TFUE⁸ y, finalmente, se presentará una visión crítica sobre las normas aplicables a los abusos de exclusión y, en concreto, su alcance práctico en las recientes decisiones de la Comisión y de los tribunales comunitarios.

1. Nuevas orientaciones sobre la aplicación del artículo 102 del TFUE

El artículo 102 del TFUE prohíbe con carácter general que las empresas abusen de su posición de dominio en el mercado. A diferencia del artículo 101 del TFUE, la norma que

⁷ Sobre el tema pueden verse MANUEL KELLERBAUER. “The Commission new enforcement priorities in applying article 82 EC to dominant companies’ exclusionary conduct: a shift towards a more economic approach?”, *ECLR*, vol. 31, n.º 5, p. 175.

⁸ *Ibid.*, p. 176, en la que se señala que la Comisión no ha definido qué se entiende por *more economic approach*, no obstante esto, de sus decisiones puede concluirse que este enfoque tiene como ejes el *consumer welfare*, y de otra, la *effects-based approach*.

regula los ilícitos de carácter abusivo no prevé ningún mecanismo de exención⁹. Este hecho ha suscitado controversias sobre la posibilidad de aplicar a las conductas abusivas un esquema dual basado en la determinación de la tipicidad y de la antijuridicidad del comportamiento, tal y como en efecto ocurre en el ámbito de los acuerdos colusorios. Más ampliamente se debate si puede hablarse en este contexto de una valoración de las conductas a partir de la aplicación de una “regla de la razón”.

Para responder a estos interrogantes resulta indispensable considerar los cambios que se han promovido recientemente en el ámbito comunitario europeo, en relación con la forma como se analizan y valoran las conductas abusivas y los factores que fueron determinantes de estos cambios.

Lo primero, es recordar que a semejanza de lo ocurrido en el ámbito de las conductas colusorias, la doctrina europea venía planteando desde hacía varios años la importancia de acotar el alcance de la prohibición establecida en el artículo 102 del TFUE¹⁰. Se planteaba la necesidad de valorar las conductas abusivas a partir de los efectos anticompetitivos que ellas producían, de introducir elementos de análisis económico en la aplicación de la norma y, por supuesto, de admitir circunstancias o criterios de exención.

Esta corriente estaba avalada por la jurisprudencia de los tribunales comunitarios que poco a poco venían confiriendo importancia a los efectos anticompetitivos de la conducta como un elemento estructural de la prohibición¹¹, y que igualmente aceptaban – aunque de forma mucho más tímida– la aplicación de algunas causales de exención tales como la necesidad objetiva y la defensa de los intereses económicos propios.

⁹ Ver RAFAEL ALLENDESALAZAR CORCHO. “El abuso y sus efectos. Modernización del artículo 82 TCE: Revisión o Reforma”, en SANTIAGO MARTÍNEZ LAGE y AMADEO PETITBÒ JUAN (dirs.), en *Abuso de la Posición de Dominio*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 183.

¹⁰ Cfr. RICHARD WHISH. Ob. cit., p. 197.

¹¹ Comentando la jurisprudencia comunitaria y los debates sobre la aplicación de la norma véase ROBERT O'DONOGHUE y JORGE A. PADILLA. *The law and economics of article 82 EC*, Oxford, Hart Publishing, 2006, pp. 217-218, quienes mencionan algunos fallos en los que parece evidente que la conducta debe producir efectos anticompetitivos para que pueda ser sancionada (en este sentido señalan la STPI *BPB Industries plc and British Gypsum*, asunto T-65/1989, la STPI en el caso *Van der Bergh Foods Ltd. contra Comisión*, asunto T-65/1998 y la STPI *Tetra Pak Internacional SA contra Comisión*, asunto T-83/1991) y otros asuntos en los que al parecer bastan los potenciales efectos restrictivos para que la conducta pueda sancionarse (al respecto mencionan la STPI asunto T-203/2001, *Michelin*).

Atenta a estos vientos de cambio, la Comisión Europea lanzó en el año 2005 el *Discussion Paper* sobre la aplicación del artículo 102 del TFUE a los abusos de exclusión¹². A través de este documento hizo una invitación general a todos los sectores económicos y académicos para presentar observaciones sobre los elementos estructurales de la prohibición y otros aspectos relevantes de la aplicación del artículo 102 del TFUE, concretamente, en el contexto de las conductas de exclusión.

Valga recordar que la opinión de la Comisión era para ese momento muy clara¹³: la modernización también debía llegar al ámbito del abuso, como en efecto había llegado al artículo 101 del TFUE a través del Reg. 1/2003 y al contexto de las concentraciones de empresas a través del Reglamento (CE) 139/2004, del Consejo, de 20 de enero, y las directrices sobre concentraciones horizontales y verticales¹⁴.

Tras agotarse el plazo para presentar observaciones al *Discussion Paper* y tras el análisis de todas aquellas que fueron allegadas, la Comisión publicó la *Comunicación (2009/ C 45/02) de 24 de febrero de 2009, sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a las conductas excluyentes abusivas de las empresas dominantes* (en adelante las Directrices). Por medio de esta comunicación se recogieron los avances de la jurisprudencia comunitaria en torno al abuso de la posición

¹² Ver Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, diciembre de 2005, disponible en web <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> (en adelante Discussion Paper). Sobre este documento pueden verse, entre otros, los comentarios de FERNANDO DÍEZ ESTELLA. "El Discussion Paper de la Comisión Europea: ¿reformas en la regulación del artículo 82 del Tratado CE?", *GJUEC*, 2006, n.º 242, pp. 3-25; PAOLO CESARINI. "The Commission's policy review in the field of abuses of dominant position", en ENRICO ADRIANO RAFAELLI (A cura di), *Antitrust between EC Law and national law*, Bruselas: Bruylant y Giuffrè Editore, 2007, pp. 161 y ss., y DIMITRIS RIZIOTIS. "Efficiency Defense in article 82", en MARK-OLIVER MACKENRODT, BEATRIZ CONDE GALLEGOS y STEFAN ENCHELMAIER (eds.). *Abuse of dominant position: New interpretation, new enforcement, new mechanisms?*, Munich, Springer, 2008, pp. 89-115.

¹³ Sobre el replanteamiento de la política comunitaria en torno a la interpretación y aplicación del artículo 102 del TFUE puede verse NEELIE KROES. "Member of the European Commission in charge of Competition Policy Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82" Speech at the Fordham Corporate Law Institute, disponible en web: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/537&format=HTML> [ref. 10 de mayo de 2008]

¹⁴ Ver Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (2004/C 31/03) de 5 de febrero de 2004 y las Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (2008/C 265/07) de 18 de octubre de 2008.

de dominio y se establecieron los pilares básicos sobre los que se sustenta una interpretación del artículo 102 del TFUE más próxima a principios y reglas de orden económico.

De las Directrices cabe destacar: (i) la propuesta sobre un análisis de las conductas abusivas basado en los efectos anticompetitivos de la conducta más que en su forma; (ii) la protección de la competencia más que de los competidores y la promoción del bienestar del consumidor como objetivos esenciales de la prohibición del abuso de la posición de dominio; (iii) la aplicación de causales de justificación en el contexto de los comportamientos abusivos y dentro de esta categoría el especial énfasis en la exención basada en la demostración de eficiencias económicas, y (iv) las orientaciones particulares sobre el análisis de las principales conductas de exclusión tales como los acuerdos de exclusividad, la vinculación y venta por paquetes, los precios predatorios, la denegación de suministro y compresión de márgenes¹⁵.

La enumeración de estos grandes cambios nos permite anticipar la respuesta al interrogante que planteábamos al inicio de este apartado, en el sentido de indicar que el esquema de valoración (tipicidad y antijuricidad) también puede tener lugar en el contexto de los comportamientos abusivos de exclusión¹⁶. Como en el ámbito de las conductas colusorias, la finalidad de este análisis, que exige atender las circunstancias propias de cada caso, no es otro que el de racionalizar y limitar el alcance de la prohibición a los comportamientos efectivamente lesivos de la competencia, de forma tal que la libertad

¹⁵ Valga precisar que pese a su amplitud las Directrices dejan por fuera los abusos de explotación (respecto de posibles medidas regulatorias independientes) y los abusos de la posición de dominio de carácter colectivo (apdos. 4 y 7 de las Directrices). Sobre los distintos tipos de abuso puede verse JESÚS ALFARO. "Delimitación de la noción de abuso de la posición de dominio", en SANTIAGO MARTÍNEZ LAGE y AMADEO PETITBÒ JUAN (dirs.), en *Abuso de la posición de dominio*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 199: "... se deducen dos grandes grupos de conductas abusivas: las que prolongan o aumentan el poder del que disfruta la empresa dominante, porque ponen trabas a la competencia residual o potencial –conductas excluyentes– y las abusivas en sentido estricto, porque implican explotar la situación de dependencia en que se encuentran clientes o proveedores". Sobre la mayor relevancia práctica de los abusos de exclusión y el ámbito propio de los abusos de explotación. Ver además pp. 200-207.

¹⁶ A favor de un análisis separado de las causales de justificación objetiva y de la prohibición se pronuncia WHISH, ob. cit., p. 2006, quien además señala que la posición del abogado general JACOBS en el asunto Syfait ha sido la de reconocer el análisis de eficiencias aunque como parte de la valoración del carácter "abusivo" de la conducta.

contractual y la autonomía privada sólo resulten restringidas en situaciones excepcionales y verdaderamente necesarias.

1.1. De la valoración formal a la estimación de los efectos anticompetitivos de las conductas abusivas

Bajo una visión tradicional –seguida por la Comisión y los tribunales comunitarios desde 1957–, el carácter abusivo de una conducta estaba determinado por la forma que revestía. Lo determinante con este modelo de análisis era que la conducta catalogada como peligrosa o anticompetitiva en el artículo 86 del TCEE (actual 102 del TFUE) hubiese sido desarrollada por una empresa en posición de dominio. No se analizaba si el comportamiento producía o no efectos anticompetitivos en el mercado¹⁷.

En este escenario tradicional la empresa a la que se imputaba la conducta ilícita sólo podía exonerarse demostrando que no tenía una posición de dominio, o que a pesar de detentarla no había incurrido en ningún abuso. Esto significaba que tenía que probar que su conducta no era de aquellas que se “presumían” abusivas cuando eran realizadas por empresas que detentaban poder de mercado. Nada podía argumentar sobre la carencia de efectos anticompetitivos de la conducta ni sobre una justificación de la misma, basada en razones de objetiva necesidad o de eficiencia.

Esta situación se hacía más crítica en la medida en que era prácticamente imposible saber cuándo una conducta era abusiva y cuándo se trataba simplemente de una práctica competitiva agresiva¹⁸. Para ese momento ni la Comisión ni los tribunales comunitarios tenían criterios claros para deslindar uno y otro tipo de conductas. De hecho, se limitaban a reiterar la especial responsabilidad que tenían las empresas con posición de dominio

¹⁷ Sobre este modelo de análisis de carácter formal señala CESARINI. “The Commission’s policy”, ob. cit., p. 160, “Other observers have instead pointed out that, by focusing more on the form of the conduct than on its effects on the market, the current approach risk to neglect strategies that could adversely affect consumer welfare in certain cases, and to unduly thwart precompetitive strategies in the other cases”. También sobre esta forma de análisis puede verse JULIO PASCUAL y VICENTE. “Prohibición del abuso de posición de dominio”, ob. cit., p. 489, y KELLERBAUER. Op. cit., p. 176, quien comenta cómo el sistema de análisis basado en la forma de las conductas es considerado por algunos autores como el equivalente a la *per se rule* americana; aunque su opinión es crítica al respecto, reconoce que la expresión ya fue utilizada por el TPI en el asunto *Microsoft*.

¹⁸ Sobre las dificultades que encierra la aplicación del artículo 101 del TFUE, ver WHISH. Ob. cit., pp.189-190.

respecto al mantenimiento de la competencia¹⁹.

Prueba de la falta de claridad sobre los criterios para determinar el carácter abusivo de una conducta es el tratamiento dado por las distintas instancias comunitarias al tema de los descuentos de fidelización²⁰.

Este análisis basado en la forma de conducta impedía una efectiva competencia por parte de las empresas dominantes, que ante el riesgo creciente de ser sancionadas con cuantiosas multas decidían no desplegar conductas que pudiesen ser calificadas de abusivas. Se limitaba así la competencia a favor de los competidores menos eficientes y en contra de los intereses de los consumidores²¹.

El TJCE, que durante varios años había seguido esta postura²², lentamente empezó a considerar la importancia de valorar los efectos de las conductas presuntamente abusivas en el mercado. Así lo hizo en algunos casos –aunque de forma no muy clara, a juicio de la doctrina– en las sentencias de 21 de febrero de 1973, *Continental CAN*²³; de 6 de marzo de 1974, *Commercial Solvents*²⁴; de 3 de julio de 1991, *Azko*²⁵ y en la sentencia de 16 de

¹⁹ Apartado 1 de las Directrices.

²⁰ Ver STJCE 13 de febrero de 1979, asunto 85/1976, *Hoffman-La Roche* (61976J0085) [www.http://curia.europa.eu](http://curia.europa.eu); STPI 9 de noviembre de 1983, asunto 322/1981, *Michelin I* (61981J0322); STJCE 30 de septiembre de 2003, asunto T-203/2001, *Michelin II* (TJCE\2003\437); STJCE de 3 de julio de 1991, *Azko* (TJCE\1991\229), STPI de 17 de diciembre de 2003, asunto T-219/1999, *British Airways* (TJCE\2003\420); STPI de 27 de diciembre de 2009, asunto *Solvay* (JUR\2009\500670). Sobre el tema de la valoración de los descuentos de fidelización por parte de la Comisión y de los tribunales, ver KELLERBAUER. Ob. cit., pp.178-179.

²¹ Ver ALLENDESALAZAR CORCHO. Ob. cit., p. 167.

²² Claro ejemplo de este enfoque formal son las STJCE de 14 de febrero de 1978, *United Brands* (61976J0027); STJCE de 11 de diciembre de 1980, asunto C-31/1980, *L'oreal*; STJCE 9 de noviembre de 1983, asunto 322/1981, *Michelin I* (61981J0322) y la sentencia del TPI de 7 de octubre de 1999, asunto T-228/97, *Irish Sugar plc*, (TJCE\1999\233). Sobre el tema pueden verse además las consideraciones de ANTONIO ROBLES MARTÍN-LABORDA. “La introducción del análisis económico en la prohibición del abuso de una posición de dominio”, en LUIS BERENGUER FUSTER, CÉSAR A. GINER PARREÑO y ANTONIO ROBLES MARTÍN-LABORDA (dirs.). *La nueva legislación española ante la evolución del Derecho de la competencia*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 169-170

²³ Sentencia EUR lex (61972J0006), disponible en web <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61972J0006:ES:NOT> [ref. 29 de mayo de 2011]

²⁴ Sentencia EUR Lex (61973J0006), disponible en web <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61973J0006:ES:NOT> [ref. 29 de mayo de 2011]

²⁵ Ver STJCE de 3 de julio de 1991, asunto *Azko*, (TJCE\1991\229).

marzo de 2000, asuntos C-395/96 P y C-396/96 P, *Compagnie maritime belge transports*²⁶.

Tras estos fallos del TJCE, se empezó a discutir más abiertamente la importancia de los efectos anticompetitivos como elemento estructural y determinante del concepto de abuso y, por lo tanto, del ilícito descrito en el artículo 102 del TFUE²⁷. No obstante, las sentencias proferidas por el TPI en los casos de *British Airways* y de *Michelin II*, ambos relativos al tema de los descuentos, dejaron al descubierto que los tribunales comunitarios se inclinaban a favor de un análisis basado más en la forma que en los efectos de la conducta desplegada por la empresa en posición de dominio²⁸.

Considerando los pequeños avances de la jurisprudencia comunitaria y atendiendo las reclamaciones de la doctrina –especialmente críticas respecto de los casos de *British Airways* y de *Michelin II*– la Comisión enfatizó en el *Discusión Paper* la importancia de valorar los efectos anticompetitivos de las conductas abusivas –especialmente de las conductas de exclusión– para determinar la ilicitud de la conducta²⁹. Asimismo, destacó que la finalidad del artículo 102 del TFUE no es la de limitar o reducir la competencia agresiva basada en los méritos, ni tampoco la de proteger a los competidores, sino

²⁶ Ver STJCE de 16 de marzo de 2000, asuntos C-395/96 P y C-396/96 P, *Compagnie maritime belge transports* (TJCE\1996\181)

²⁷ La importancia de los efectos anticompetitivos como elemento estructural del abuso, también había sido reconocida aunque tímidamente por el TPI. Al respecto pueden verse la STPI de 1 de abril de 1993, asunto T-65/1989, *BPB Industries plc and British Gypsum* (TJCE 1993\51), la STPI 23 de octubre de 2003, asunto T-65/1998, *Van der Bergh Foods Ltd. contra Comisión* (TJCE 2003\363), y la STPI 6 de octubre de 1994, asunto T-83/1991, *Tetra Pak Internacional SA contra Comisión* (TJCE 1994\184). Sobre el reconocimiento de la importancia de los efectos anticompetitivos por parte de la jurisprudencia comunitaria pueden verse las consideraciones de SCHMIDT HEDVIG K.S. “Private enforcement - Is article 82 EC special?”, en MARK-OLIVER MACKENRODT, BEATRIZ CONDE GALLEGO y STEFAN ENCHELMAIER (eds.). *Abuse of dominant position: New interpretation, new enforcement, new mechanisms?*, Munich, Springer, 2008, p. 152; CARMEN DORRONSORO. “Comentarios al artículo 4.º de la LDC”, en MIGUEL ODRIÓZOLA (dir.) y BELÉN IRISSARRY (coord.). *Derecho Español de la Competencia*, Barcelona, Bosch, t. I, pp. 149-154, y de ANTONIO ROBLES MARTÍN-LABORDA. “La introducción del análisis económico”, ob. cit., pp. 176-178.

²⁸ Ver STPI de 17 de diciembre de 2003, asunto T-219/1999, *British Airways*, apdos 293, 297 (TJCE 2003\420) y la STPI 30 de septiembre de 2003, asunto T-203/2001, *Michelin II*, apdos. 235 y ss. (TJCE\2003\437). Ver ALLENDESALAZAR CORCHO. Ob. cit., pp. 157-160.

²⁹ Ver MARK-OLIVER MACKENRODT. “Private incentive, optimal deterrence and Damages claims for abuses of dominant positions - The interaction between the economic review of the prohibition of abuses of dominant positions and private enforcement”, en MARK-OLIVER MACKENRODT, BEATRIZ CONDE GALLEGO y STEFAN ENCHELMAIER (eds.). *Abuse of dominant position: New interpretation, new enforcement, new mechanisms?*, Munich, Springer, 2008, p. 168.

únicamente la de sancionar las conductas que pueden *afectar la competencia y reducir el bienestar de los consumidores*, por lo que sólo aquellas que impactan negativamente sobre estos bienes jurídicos deben ser sancionadas³⁰.

En efecto, en el *Discussion Paper* se recalcó:

55. Article 82 prohibits exclusionary conduct which produces actual or likely anticompetitive effects in the market and which can harm consumers in a direct or indirect way. The longer the conduct has already been going on, the more weight will in general be given to actual effects. Harm to intermediate buyers is generally presumed to create harm to final consumers. Furthermore, not only short term harm, but also medium and long term harm arising from foreclosure is taken into account.

En estos términos, la Comisión dispuso que uno de los elementos que definía el carácter “abusivo” de la conducta eran los efectos anticompetitivos que ella surtía sobre el mercado³¹. A su juicio, estos efectos estaban representados en el cierre del mercado (a competidores actuales o potenciales) producido como consecuencia de conductas no basadas en los méritos³², que dañan a la competencia y que reducen el bienestar de los consumidores de distintas formas, por ejemplo, porque permiten el incremento de los precios, la reducción de la producción, la reducción de las ventas y la imposición de limitaciones tecnológicas, etc.³³.

³⁰ Ver puntos 54 y 55 del *Discussion Paper*. A nuestro juicio, este mismo análisis cabría aplicarlo a los abusos de explotación. Así, en efecto, tratándose de este tipo de conductas los efectos anticompetitivos se encuentran determinados por la aplicación de precios o la imposición de condiciones negociales supra-competitivas, que al igual que las conductas de exclusión, sólo deberían sancionarse cuando afectan negativamente la competencia y el bienestar de los consumidores. En todo caso, el tema parece menos controvertido, pues la doctrina reconoce que las conductas de explotación son situaciones que el funcionamiento competitivo del mercado puede corregir por sí mismo.

³¹ A favor de esta corriente que juzga los abusos a partir de los efectos anticompetitivos que generan en el mercado se ha pronunciado PATRICK REY, JORDI GUAL, MARTIN HELLWIG et all. “Un enfoque económico del artículo 82”, en SANTIAGO MARTÍNEZ LAGE y AMADEO PETITBÒ JUAN (dirs.). *El abuso de la posición de dominio*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 100 y ss.

³² OCDE, “What is the competition on the merits?”, OCDE, 2006, disponible en web <http://www.oecd.org/dataoecd/10/27/37082099.pdf> [ref. de 10 de abril de 2009].

³³ Sobre los daños para los consumidores derivados de conductas abusivas, ver CARMEN HERRERO SUÁREZ. *Los contratos vinculados (Tying agreements) en el Derecho de la Competencia*, Madrid, La Ley, 2006, p. 486. “La conducta de una empresa será abusiva si lesiona los intereses de sus consumidores o proveedores

De acuerdo con este enfoque, la naturaleza de la conducta dejaba de ser el factor determinante del carácter abusivo de la conducta para convertirse en uno más de los elementos para tener en cuenta cuando se defina el efecto de cierre del mercado y el daño a los consumidores³⁴.

Las Directrices sobre los abusos de exclusión ratifican y desarrollan esta línea de análisis. Señalan como elemento determinante del abuso el denominado “cierre anticompetitivo del mercado”. A juicio de la Comisión, la probabilidad de que la conducta pueda producir este cierre es suficiente para que haya lugar a aplicar el artículo 102 del TFUE³⁵. Según se establece en las Directrices, esta clase de análisis exige tener en cuenta la posición de la empresa dominante, las condiciones del mercado de referencia, la posición de los competidores, clientes o proveedores de insumos de la empresa dominante, el alcance de la conducta presuntamente abusiva y las pruebas posibles y directas del cierre del mercado³⁶. Juntos a estos factores también será necesario considerar otros criterios específicos que dependen del tipo de conducta excluyente realizada³⁷.

(abuso explotativo) o conduce a una exclusión relevante de competidores del mercado (abuso anticompetitivo) siempre que esas restricciones no obedezcan a una mayor eficiencia o calidad o vayan más allá de lo que corresponde a la naturaleza de la relación jurídica o económica de que se trate. Por tanto la competencia basada en los méritos empresariales o superiores prestaciones constituye el principal criterio de distinción entre comportamientos abusivos y legítimos”. Para ROBERT O'DONOGHUE y JORGE A. PADILLA. *The law and economics of article 82 EC*, Oxford, Hart Publishing, 2006, pp. 221 y ss., el estándar que debe permitir la valoración de los efectos restrictivos debe ser el actual o probable daño a los consumidores. En su opinión este criterio está ajustado al nuevo enfoque económico que pretende darse a la aplicación de la norma y además es consonante con los criterios empleados por la Comisión en su decisión del asunto *Wanadoo* (Asunto 38.233 de 16 de julio de 2003). Por su parte, WHISH. Ob. cit., p. 196, estima: “In the opinion of this author there should be no per se rules under Article 82; to put the point another way, behaviour should be held to be abusive only where the Commission can demonstrate, to the required degree, that it has or would lead to harm to consumers”.

³⁴ Punto 59 del *Discussion Paper*.

³⁵ Ver punto 19 de las Directrices sobre abusos de exclusión. Es importante destacar que los efectos de cierre del mercado pueden ser tanto actuales como potenciales, lo que significa que no es indispensable que se hayan materializado [ver ROBERT O'DONOGHUE y JORGE A. PADILLA. Ob. cit., pp. 221 y ss. y las STPI de 17 de diciembre de 2003, asunto T-219/199, *British Airways*, apartado 243 (TJCE 2003\420)].

³⁶ Ver el punto 20 de las Directrices sobre abusos de exclusión. Nada se precisa sobre la dimensión o la intensidad de los efectos. No se indica si éstos deben ser sensibles como en efecto se prevé en el contexto de las conductas colusorias, o si aun en caso de ser pequeños resultan suficientes para determinar el carácter abusivo de la conducta y la aplicación del artículo 102 del TFUE.

³⁷ Ver el punto 21 de las Directrices sobre abusos de exclusión.

La mayoría de la doctrina califica positivamente la introducción de esta línea de análisis en el artículo 102 del TFUE, en la medida en que ella reduce el riesgo de *over-deterrence*³⁸ y el riesgo de falsos positivos. Se afirma además que bajo este sistema de valoración se pueden considerar las características propias de cada mercado y en este sentido apreciar las nuevas estrategias competitivas empleadas por las empresas dominantes³⁹.

Por último, valga señalar que aunque las Directrices sólo tienen vocación de orientación, la práctica indica que además de la Comisión serán seguidas por las autoridades de los Estados miembros (autoridades administrativas y jueces) y, por esta vía, se convertirán en un factor de influencia para los particulares que deben determinar la legalidad de su comportamiento dentro del mercado.

1.2. Las causales de justificación en el ámbito del abuso de la posición de dominio

Otro de los aspectos fundamentales de las Directrices son las circunstancias que permiten justificar y excluir del ámbito de aplicación del artículo 102 del TFUE algunas conductas.

³⁸ En contra se pronuncia MACKENRODT. Ob. cit., p. 185, para quien la nueva forma de análisis no reduce el riesgo de *over-deterrence*, y señala al respecto: "... the new approach to Article 82 EC leaves market participants with more uncertainty. A higher degree of uncertainty of the legal standards, however, aggravates the risk of over-deterrence. Markets participants who want to be sure not to violate the law have an incentive to be more cautious in applying innovative competitive strategies than the law would require".

³⁹ Ver RIZIOTIS. Ob. cit., p. 98: "An efficiency-oriented approach is intrinsically tied to an individual, economically-oriented and effects-based assessment. Weighing off the efficiencies against the structural deterioration caused by conduct under scrutiny makes sense only when this trade-off is based on the individual facts of the case. The benefits of such an approach cannot be neglected. First of all the thorough scrutiny of a conduct and its effects based on economic considerations will lead to better founded and more convincing decisions of courts and authorities [...] Such an approach also minimise the risk of overdeterrence with regard to innovative strategies". Además, GUERRA FERNÁNDEZ. "El papel de las eficiencias en los casos de abuso de posición de dominio", en LUIS ORTIZ BLANCO y REYES MARTÍN DE LA MULAS BAEZA. *Derecho de la competencia europeo y español*, vol. VIII, Madrid, Dykinson, 2008, p. 216. "... este nuevo espíritu se traduce en el paso de un enfoque formal en la aplicación de la figura del abuso de posición de dominio a un enfoque basado en el análisis detallado de los efectos concretos que cada una de las conductas empresariales vinculadas a esta figura pueden potencialmente desplegar en el mercado". Ya antes de la publicación de las Directrices sobre los abusos de exclusión se manifestaba a favor de un análisis basado en los efectos FOX, ELEANOR M., "Abuse of Dominance and Monopolisations: How to protect competition without protecting competitors", en CLAUS-DIETER EHLERMANN e ISABELA ATANASIU. *European competition annual 2003, what is an abuse of dominant position?*, Hart, Oxford, 2006, p. 76; PAUL-JOHN LOEWENTHAL. "The defence of 'objective justification' in the application of Article 82 EC", *World Competition*, vol. 28, n.º 4, 2005, p. 47, y PATRICK REY, JORDI GUAL, MARTÍN HELLWIG et al. Ob. cit., pp. 100-101.

Obviamente este tipo de análisis encierra el debate sobre la posibilidad de realizar respecto a las conductas de carácter abusivo una valoración semejante a la que establece el artículo 101.3 del TFUE para las conductas colusorias.

Según lo indicamos, atendiendo el tenor literal del artículo 102 del TFUE, una parte de la doctrina considera que tratándose de las conductas abusivas no es admisible un análisis sobre la antijuridicidad de la conducta⁴⁰. Se afirma que la falta de una norma semejante al apartado 3 del artículo 101 del TFUE impide que sobre los comportamientos abusivos operen excepciones de cualquier naturaleza⁴¹.

A nuestro juicio, no es de recibo una interpretación exegética de las normas comunitarias como la que sigue la doctrina que niega la concesión de exenciones en el ámbito del artículo 102 del TFUE. Si primaran las interpretaciones literales no tendrían sentido muchas de las normas comunitarias de Derecho derivado, pues éstas en su mayoría carecen de normas expresas en el TFUE que les sirvan de fundamento. Así pues, consideramos que debe primar una interpretación sistemática de la norma (art. 102 TFUE) que atienda y sea coherente con los fines del TFUE, con la normativa comunitaria en general y con las específicas orientaciones aprobadas por la Comisión en materia de competencia.

En consecuencia, según nuestro parecer, el artículo 102 del TFUE debe interpretarse en el sentido de que lo prohibido son los abusos dañinos para el mercado y para los

⁴⁰ Un ejemplo de la posición tradicional puede verse en PASCUAL Y VICENTE. "El abuso de posición dominante", ob. cit., p. 1299; ídem. "Prohibición del abuso de posición de dominio", ob. cit., p. 461, y MARCOS SACRISTÁN REPRESA. "Abuso de Posición Dominante", en VELASCO SAN PEDRO (coord.). *Derecho Europeo de la Competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, Valladolid, Lex Nova, 2005, cap. VIII, p. 333.

⁴¹ En este sentido pueden verse la STJCE de 11 de abril de 1989, asunto 66/1986, *Ahmed Saeed Flugreisen y otros*, 66/86, apartado 32 (TJCE 1989\112), la STPI de 30 de septiembre de 2003, asuntos T-191/1998, T-212 a T-214 de 1998, *Atlantic container Line AB*, apartado 1109, 1114 (TJCE\2003\436) y las conclusiones del A. G. JACOBS presentadas el 28 de octubre de 2004, en el asunto C-53/2003, *Glaxo*, especialmente su apdo 72. Ver además ALBERTINA ALBORTS-LLORENS. "The role of objective justification and efficiencies in the application of article 82 EC", *CMLR*, vol. 44, 2007, p. 1727, que al respecto señala: "An important difference between Articles 81 and 82 EC is that certain anticompetitive agreements and concerted practices can be exempted under Article [...] By contrast, Article 82 EC appears drafted in terms of an absolute prohibition of abuses of market power by dominant undertakings and no escape routes are formally provided. Notwithstanding this, some decisions of the Commission and of the Community judicature have developed an analysis of Article 82 EC based on the notions of objective justification and proportionality which has instilled some flexibility in the application of this provision 81(3) EC while there is no provision for the exemption of abuses of dominant position under Article 82 EC".

consumidores; de manera que aquellos que no causan daño o que a pesar de hacerlo generan ventajas y beneficios que superan sus efectos nocivos deben ser excluidos de la prohibición.

Esta orientación se apoya, en primer lugar, en la jurisprudencia comunitaria que bajo determinadas circunstancias ha reconocido que las conductas desplegadas por las empresas en posición de dominio pueden quedar fuera del ámbito de la prohibición. En estricto sentido, tratándose de la aplicación del artículo 102 del TFUE, la jurisprudencia ha admitido la aplicación de las tesis sobre la necesidad objetiva de la conducta e igualmente sobre su exención basada en razones de eficiencia⁴².

Coadyuva una interpretación sistemática del artículo 102 del TFUE, bajo la cual se admite la aplicación de causales de justificación, tanto la Comisión⁴³ como un amplio sector de la doctrina europea⁴⁴.

⁴² Punto 28 de las Directrices sobre abusos de exclusión y la jurisprudencia citada en la nota al pie 28 de este documento. Destacan especialmente la STPI de 12 de diciembre de 1991, asunto T-30/89, *Hilti AG*, apartado 102 a 119 (Rec. 1991, p. II-01439); la STJCE del 3 de octubre de 1985, asunto 311/1984, *Centre belge d'études de marché - Télémarketing*, apdo 27, (Rec. 1985 p. 01125); la STPI de 17 de diciembre de 2003, asunto T-219/1999, *British Airways*, apartado 243 (TJCE 2003\420); la STPI de 6 de octubre de 1994, asunto T-83/1992, *Tetra Pak II*, apdos 136-140, 207 (TJCE \1994\184), la STPI 7 de octubre de 1999, asunto T-228/1997, *British Sugar* (TJCE 1999\233), la TJCE de 29 de marzo de 2001, asunto C-163/1999, *Portugal* (TJCE 2001\98), apdo. 49 y la STJCE de 15 de marzo de 2007, asunto C-95/04 P *British Airways* (TJCE \2007\62).

⁴³ Ya se reconocía la procedencia de la "justificación objetiva" de las cláusulas de no competencia empleadas por empresas dominantes en las Directrices sobre acuerdos verticales (ver el punto 141). Este reconocimiento ha pasado a ser mucho más amplio en las Directrices sobre abusos de exclusión (ver los puntos 28 a 31).

⁴⁴ Ver GUERRA FERNÁNDEZ. Ob. cit., p. 220: "... el enfoque que ahora plantea la Comisión (se refiere al Discussion Paper) debe materializarse en una metodología distinta de la del artículo 81.3. Sólo puede tener cabida en el artículo 82 un enfoque según el cual una determinada conducta que despliegue eficiencias que compensen suficientemente los daños a la competencia no sería calificada como abusiva. Además, es la única interpretación congruente con los mensajes que ha lanzado la comisario KROES al respecto, en un doble sentido: el verdadero beneficiado por la aplicación de las normas de la competencia ha de ser el consumidor y debe permitirse a los operadores dominantes actuar agresivamente en el mercado, siempre y cuando los beneficios para los consumidores sean superiores a los efectos anticompetitivos", y también WOLFGANG WURMNEST. "The reform of Article 82 EC in the light of the 'Economic Approach'", en MARK-OLIVER MACKENRODT, BEATRIZ CONDE GALLEGOS y STEFAN ENCHELMAIER (eds.). *Abuse of dominant position: New interpretation, new enforcement, new mechanisms?*, Munich, Springer, 2008, p. 4, cuando señala que el test para determinar si una conducta es abusiva comprende tres pasos: En primer lugar, demostrar que la conducta es capaz de cerrar el mercado; en segundo lugar, probar que ese cierre del mercado es capaz de distorsionar la competencia, y en tercer lugar, que la conducta de la dominante no genera eficiencias. Así también, lo indica LOEWENTHAL. Ob. cit., p. 463: "Similarly under the 'two tier' analysis of Article 82, the conduct of a dominant undertaking will be deemed abusive if it has the effect of hindering the maintenance or growth of competition on the market and cannot be objectively justified. Only conduct which has this restrictive effect will be examined for the presence of an objective justification and any justification will preclude the application of Article 82 although that conduct has the effect of hindering the maintenance or growth of competition on the market"; LUC GYSELEN. "Rebates-Competition on the merits or exclusionary practice", en CLAUDIUS-DIETER

Refuerza aún más nuestra opinión la introducción de criterios y de conceptos de análisis económico en el ámbito de las conductas abusivas, cuyos efectos tienen especial relevancia en el análisis de la justificación de la conducta y, más específicamente, de la generación de “eficiencias”.

Se debe reconocer además que aceptar la exención de conductas en el ámbito del artículo 102 del TFUE es la tesis que mejor armoniza y alinea la aplicación de la prohibición del abuso con la norma de prohibición de las conductas colusorias. La valoración de las causales de justificación permite señalar que la ejecución de un análisis en dos fases (tipicidad y antijuricidad) es posible respecto de ambos tipos de conductas, si bien se deben tener en cuenta ciertos matices tratándose de la aplicación del artículo 102 del TFUE.

Por último, es preciso tener en cuenta que las Directrices sobre los abusos de exclusión aceptan la interpretación que venimos defendiendo en cuanto regulan las eficiencias de manera semejante a como lo hacen las normas aplicables a las conductas colusorias. En concreto, las Directrices establecen para la valoración de las eficiencias los mismos requisitos dispuestos en el apartado 3 del artículo 101 del TFUE, por tanto indirectamente se puede interpretar que también en el ámbito del artículo 102 del TFUE tiene lugar un proceso de balance concurrencial, a partir del cual se pueden sopesar los daños y los beneficios derivados de la conducta desplegada por la empresa en posición de dominio.

Podemos concluir entonces que la falta de una norma de exención no impide que en la práctica las autoridades competentes apliquen un sistema de análisis y valoración semejante al que tendría lugar si existiera un apartado 3 en el artículo 102 TFUE⁴⁵.

EHLERMANN e ISABELA ATANASIU. *European competition annual 2003, what is an abuse of dominant position?*, Hart, Oxford, 2006, p. 291. “... In our view, the circumstance that Article 82 –unlike Article 81 EC- lacks a provision which provides dominant companies with an explicit legal basis for invoking objective justifications for their market behaviour is immaterial since the purpose of Article 82 cannot be to deprive dominant companies of the possibility to out-compete their rivals with lawful means”; CARMEN DORRONSORO. “Comentarios al artículo 2 de la LDC”, en MIGUEL ODRIÓZOLA (dir.) y BELÉN IRISSARRY (coord.). *Derecho Español de la Competencia*, Barcelona, Bosch, t. I., p. 188, señala que el artículo 81.3 sí puede aplicarse a situaciones de abuso de posición dominante; RIZIOTIS. Ob. cit., p. 114, y ANTONIO ROBLES MARTÍN-LABORDA. “La introducción del análisis económico”, ob. cit., pp. 192-194.

⁴⁵ Ver WHISH. *Competition Law*, ob. cit. p. 197. “... it is always possible for a dominant firm accused of abuse behaviour to argue that it had an objective justification for that behaviour; in a sense, therefore, there is something like an Article 82(3) that allow a firm under investigation to mount a defence to an allegation of

Ahora bien, conforme lo reconoce la doctrina mayoritaria, las casuales de justificación deben valorarse al momento de determinar el carácter abusivo de la conducta⁴⁶, y al igual que ocurre en el ámbito de los acuerdos colusorios, es a la empresa infractora a la que corresponde probar la necesidad objetiva o las razones de eficiencia que justifican su comportamiento. Sería ilógico que las razones que permiten al presunto responsable abstraerse del alcance de la prohibición, tengan que ser probadas por la autoridad de

abuse. In this sense, the most that can be said is that there is a presumptive illegality under Article 82, in the same way that agreements that restrict competition by object are presumptively illegal under Article 81(1); but this is a presumption that can, in the case of Article 82 be rebutted by a defence of objective justification". En otros términos, para que exista abuso se requiere que la conducta no tenga una justificación objetiva que lo motive, véase MARIO SIRAGUSA. "Abuso di posizione dominante", en A. FRIGNANI et al (A cura di), *Diritto Antitrust Italiano*, Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287, vol. I, Bologna, Zanichelli Editore, 1993, pp. 361, y ALBERTINA ALBORTS-LLORENS. Ob. cit., p. 1733.

⁴⁶ Así lo plantea, por ejemplo, ALBORTS-LLORENS. Ob. cit., p. 1747, "The term 'defence' has been deliberately avoided here because it is normally reserved for cases where a breach of a legal provision has been established and it falls on the defendant to reverse that conclusion by proving that the illegal behaviour is justified or produces some counteracting benefits. This constitutes a two-step process: establishment of the breach and then exemption. Normally, an enforcement authority or a private claimant would need to prove the first element, whereas the defendant would have to prove the second. Article 82 EC does not provide any textual support for a defence equivalent to that found in Article 81(3) EC. It follows that, in principle, Article 82 EC can accommodate only a one-step analysis where the examination of potential justifications or benefits should be conducted by the enforcement authority within the finding of abuse – as developed in the context of the objective necessity and 'meeting competition' lines of justification". Sin embargo, más adelante, esta autora reconoce cómo el *Discussion Paper* y, en concreto, su sección 5.5, plantea serias discusiones sobre el punto, toda vez que da lugar a un análisis en doble nivel igual al del artículo 101 del TFUE, al considerar la objetiva justificación de la conducta como una defensa cuya prueba corre a cargo de la empresa dominante y no un elemento general del abuso cuya prueba –según se afirmaba– correspondía a la autoridad de competencia o a quien había demandado la aplicación del artículo 102 del TFUE. Siguen esta línea de opinión SCHMIDT. Ob. cit., p. 146, "An article 82 EC analysis consists in principle of three main steps; firstly, the market in which the alleged abuse took place must be identified. Secondly, it must be established whether the company in question held a dominant position in that market or a related market. Thirdly, it must be ascertained that an abuse in fact took place. A fourth and fifth step, which are often seen as sub-categories of 'abuse' are assessments of anticompetitive effects and objective justification or efficiency defences. Finally, in order for Article 82 EC to apply, there must be an effect on trade between Member States" (la bastardilla es nuestra). Además puede verse LOEWENTHAL. Ob. cit., p. 462, "... the concept of 'objective justification' cannot be seen as an Article 82(3) equivalent. Rather than forming an exception to abusive behaviour, the presence of an objective justification will be a factor taken into account when determining whether the conduct of a dominant undertaking falls under Article 82" (la bastardilla es nuestra). Así lo indica también PASCUAL Y VICENTE. "Prohibición del abuso de posición de dominio", ob. cit., pp. 494-495, puntos 8.182 y 8.193; GUERRA FERNÁNDEZ. Ob. cit, p. 222, que criticando la formulación realizada por la Comisión en el *Discussion Paper* señala: "... dado el tenor del artículo 82, sólo cabe la consideración de las eficiencias en el propio análisis del carácter abusivo de la conducta, de ello se deriva necesariamente que una conducta llevada a cabo desde una posición de dominio cuyos efectos en términos de eficiencias compensarán otros efectos exclusorios no sería abusiva. Es decir, a diferencia de la lógica del artículo 81 en la que primero se analiza si la conducta incurre en la prohibición de su apartado primero y, en un segundo paso, si podría, en todo caso, ser legal al cumplir los requisitos del apartado tercero, en el caso del artículo 82 solo cabe analizar las eficiencias en el mismo momento que el resto de efectos que despliega la conducta y de ahí concluir si es abusiva o no" (la bastardilla es nuestra). Por su parte, WHISH. Ob. cit., p. 197, sostiene: "A fourth point in that it is always possible for a dominant firm accused of abusive behaviour to argue that it had an objective justification for that behaviour; in a sense therefore there is something like an Article 82 (3) that allows a firm under investigation to mount a defence to an allegation of abuse".

competencia que imputa la infracción o bien por el demandante que alega la ejecución de la conducta y los perjuicios que ésta le ha ocasionado.

En estricto sentido, una parte de la doctrina a la cual nos adherimos defiende que en el ámbito de las conductas abusivas no es posible pensar en términos de prohibición-exención como sucede tratándose de la aplicación del artículo 101 del TFUE. En otros términos, aunque se reconocen las bondades de las causales de exención, se afirma que no es correcto ni lógico hablar de “abusos justificados”. Dicho en otros términos, las causales de justificación en el ámbito del 102 del TFUE no son *stricto sensu* una exención sino un supuesto bajo el cual la conducta no se considera abusiva y por lo tanto no se califica como ilícita⁴⁷.

Creemos que esta interpretación es correcta y para nada impide que pueda hablarse en el ámbito del abuso de la posición de dominio de un análisis bajo las categorías de tipicidad y antijuridicidad, con la precisión de que éstas tendrán un alcance especial, según lo explicamos en el apartado 2 de este artículo.

Ahora bien, ¿cuáles son las causales de justificación que debe entrar a demostrar el presunto infractor? Dentro de la categoría general de objetiva justificación a la que aluden la Comisión y el TJCE se han distinguido tres causales⁴⁸: (i) la necesidad objetiva; (ii) la defensa de los intereses comerciales, y (iii) la *efficient defence*.

⁴⁷ Al respecto, puede verse ALLENDESALAZAR CORCHO. Ob. cit., p. 184. Comentan en este sentido las conclusiones del abogado general JACOBS en el asunto *Syfait*, apartado 72. También hace énfasis en las declaraciones del abogado JACOBS el profesor RICHARD WHISH. Ob. cit., p. 206.

⁴⁸ La doctrina ha ensayado diversas clasificaciones sobre las causales de justificación. Así, por ejemplo, puede verse ALFONSO GUTIÉRREZ. Ob. cit., pp. 161 y ss., quien menciona como “defensas genéricas”, entre otras, las siguientes: el derecho a reaccionar frente a las iniciativas económicas de los competidores, siempre que sea indispensable y proporcionado, la justificación objetiva y razonable de la conducta, la situación de reconocida ilegalidad de la empresa víctima del abuso, la naturaleza esporádica de la práctica, el consentimiento o petición del cliente y la competencia por méritos. También puede consultarse sobre el tema RAFAEL ALLENDESALAZAR CORCHO y ROBERTO VALLINA ÁLVAREZ. “Artículo 2.º LDC: El abuso de posición dominante”, *RDCD*, monografía n.º 1, Madrid, La Ley, 2008, pp. 181 y ss.; CARMEN DORRONSORO. “Comentarios al artículo 4.º de la LDC”, en MIGUEL ODRIÓZOLA (dir.) y BELÉN IRISSARRY (coord.). *Derecho Español de la Competencia*, Barcelona, Bosch, t. I, pp. 151-153, para quien, además de la defensa basada en la protección de los intereses comerciales, el presunto infractor puede alegar la defensa de otros intereses igualmente importantes como la salud o la seguridad pública.

Han sido los jueces comunitarios quienes se han encargado de perfilar los elementos estructurales de cada una de las causales mencionadas, indicando como características que éstas deben tener un objetivo legítimo, ser objetivamente necesarias y además ser proporcionales⁴⁹. Igualmente ha sido la jurisprudencia la que ha definido las características particulares de cada una de estas casuales y su alcance⁵⁰.

En las Directrices sobre los abusos de exclusión únicamente se hace referencia a la necesidad objetiva y a las eficiencias, incluyendo en la primera categoría la alegación de la defensa de los intereses comerciales⁵¹.

En realidad, la Comisión se ha dedicado en las Directrices a establecer los requisitos que deben acreditar quienes alegan como justificación de su conducta “abusiva” las eficiencias

⁴⁹ Ver Directrices sobre abusos de exclusión, puntos 28 y 29. *Sobre la objetiva necesidad de las causales de justificación* véase las Conclusiones del A. G. JACOBS presentadas el 28 de octubre de 2004, en el asunto C-53/2003, *Glaxo*, especialmente su apdo 85; STJCE de 14 de febrero de 1979, asunto Case 27/76, *United Brands*, apartado 189 (61976J0027); STPI de 6 de octubre de 1994, asunto T-83/1992, *Tetra Pak II*, apdos. 136-140 (TJCE\1994\184) y sobre el carácter proporcional STPI 10 de julio de 1990, asunto T-51/89, *Tetra Pak I*, apartado 68 (TJCE 1991\49)

⁵⁰ Sobre la *necesidad objetiva* pueden verse STJCE de 14 de febrero de 1979, asunto Case 27/76, *United Brands*, apartado 189 (61976J0027); STJCE de 13 de julio de 1989, asunto 395/1987, *Tournier*, apartado 46 (TJCE\1990\19); STPI de 1 de abril de 1993, *BPB y British Gypsum*, apartado 94 (TJCE\1993\51); STPI de 30 de septiembre de 2003, asuntos T-191/1998, T-212 a T-214 de 1998, *Atlantic container Line AB*, apdos. 1117 y ss. (TJCE\2003\436). También puede verse la CESARINI. “The Commission’s policy”, ob. cit., p. 168; WHISH. Ob. cit., pp. 206-209, y la nota al pie 274 en la que se citan otras importantes decisiones comunitarias sobre el tema.

Sobre la *defensa de los intereses comerciales legítimos* –que para algunos constituye simplemente un tipo de necesidad objetiva– pueden verse STJCE de 14 de febrero de 1979, asunto Case 27/76, *United Brands*, apdo 42 (61976J0027); STJCE 13 de febrero de 1979, asunto 85/1976, *Hoffman - La Roche*; STJCE del 3 de octubre de 1985, asunto 311/1984, *Centre belge d'études de marché - Télémarketing*; STPI de 12 de diciembre de 1991, asunto T-30/1989, *Hilti*, apdos 88-89 (61989A0030); STJCE de 8 de octubre de 1996, asunto T-24/93, *Compagnie Maritime Belge*, apdo. 107 (TJCE\1996\181); STPI de 30 de septiembre de 2003, asuntos T-191/1998, T-212 a T-214 de 1998, *Atlantic container Line AB*, apartado 1113 (TJCE\2003\436); STPI de 1 de abril de 1993, *BPB y British Gypsum*, apartado 69 (TJCE\1993\51); STPI de 17 de diciembre de 2003, asunto T-219/199, *British Airways*, apartado 243 (TJCE 2003\420); STPI de 7 de octubre de 1999, asunto T-228/97, *Irish Sugar plc*, apartado 112 (TJCE\1999\233).

Sobre la *efficient defense* pueden verse STJCE 9 de noviembre de 1983, asunto 322/1981, *Michelin I* (61981J0322) y los puntos 84-92 de la *Discussion Paper*, y puntos 29-30 de la Directrices sobre los abusos de exclusión.

En la doctrina, entre muchos otros, pueden consultarse CESARINI. “The Commission’s policy”, ob. cit., pp. 167-168; LOEWENTHAL. Ob. cit., p. 464.

⁵¹ Ver puntos 28 a 30 de las Directrices sobre abusos de exclusión.

que de ella derivan⁵², siendo tal regulación (apdos. 84-92 Directrices) una reiteración de los requisitos del artículo 101.3 del TFUE y de las Directrices sobre la aplicación de esta norma⁵³. También ha optado la Comisión por establecer en el capítulo V de las Directrices, algunas causales de justificación específicas para ciertas conductas de exclusión⁵⁴.

Si bien se reconoce el carácter positivo de la regulación de las eficiencias, la doctrina reprocha que ésta se haya efectuado copiando el apartado 3 del artículo 101 del TFUE, fundamentalmente porque entre la prohibición y regulación de los acuerdos colusorios y del abuso existen aún diferencias importantes⁵⁵. A nuestro parecer, de los requisitos previstos en apartado 30 de las Directrices será especialmente difícil para la empresa imputada demostrar que las eficiencias que alegan no se pueden obtener por un medio

⁵² Con referencia a la regulación contenida en el *Discussion Paper* sobre las eficiencias, ver O'DONOGHUE y PADILLA. Ob. cit., pp. 230-232, que al respecto precisa (p. 232): "The explicit recognition of potencial efficiencies under article 82 is clearly welcome, since a good deal of unilateral conduct will have a mixture of positive and negative effects on consumer". Un análisis de los cuatro requisitos que deben acreditar quienes invocan la causal de exención basada en la regulación de las eficiencias puede verse en RIZIOTIS. Ob. cit., pp. 105-114, que además reconoce (p. 114): "The proposals of the Commission in its Discussion Paper are in accordance with these findings. The application of Article 81 (3) by analogy is the best way to distinguish abusive from legitimate conduct. Whereas Article 81 (3) EC allows courts and authorities certain degree of flexibility in favour of economic efficiency it includes the openness of the market criterion (non-elimination of all competition) and it ensures that for the same reason mere productive efficiency cannot justify exclusion of competitors (passing-on requirement). At the same time it is a rule which courts, authorities and market participants are experienced with in the context of Article 81 EC".

⁵³ Ver comunicación de la Comisión C101/8, de 27 de abril de 2004, *Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE*.

⁵⁴ Cfr. cap. V de las Directrices sobre abusos de exclusión, y O'DONOGHUE y PADILLA. Ob. cit., pp. 283-601.

⁵⁵ Esto ha sido objeto de crítica, por ejemplo, por parte de GUERRA FERNÁNDEZ. Ob. cit., p. 221: "... el Documento de discusión opta por la traslación mimética de los requisitos del artículo 81.3 cuando, como se ha señalado anteriormente, la metodología para la consideración de las eficiencias no puede ser la misma en los casos del artículo 82 que en los del artículo 81, porque existen limitaciones inherentes a la propia redacción de aquel artículo" y, más adelante concluye este autor (p. 224) cuando afirma: "... los únicos requisitos razonables serían el primero (eficiencias como resultado directo de la conducta afectada), y el tercero (garantía de traslación de los beneficios a los consumidores) aunque, en todo caso, sería innecesaria su inclusión explícita, puesto que son inherentes a la naturaleza del nuevo enfoque de la Comisión para una aplicación práctica del artículo 82 basada en los efectos de la conducta analizada".

En sentido contrario, esto es, con una opinión favorable a la regulación de las eficiencias a partir de los mismos supuestos del sistema de exención del artículo 101.3 del TFUE puede verse RIZIOTIS. Ob. cit., p. 94, quien al respecto señala: "These conditions signify that the Commission has opted for the consumer welfare test. More specifically the Commission has adopted a qualified version of the consumer welfare test, in which additionally the positive outcome of the welfare trade-off must be passed on to consumers and even a positive outcome of the trade-off cannot justify a complete elimination of competition in the relevant market". A juicio de este autor, el análisis de las eficiencias debe seguir el estricto esquema establecido por el artículo 101.3 del TFUE, ya que bajo ambas normas subyacen los mismos principios y se protege la competencia como proceso.

menos restrictivo (carácter imprescindible), en la medida en que el abuso es una conducta que guarda en sí misma una descalificación.

2. La valoración de los abusos de exclusión bajo la regla de la razón

Atendiendo las consideraciones anteriores podemos afirmar que las directrices sobre los abusos de exclusión imponen un sistema de análisis que exige un examen detallado caso por caso, que permita valorar las circunstancias de la conducta y que atienda las ventajas derivadas de la misma. Estamos entonces bajo un sistema de “regla de la razón”⁵⁶ que a nuestro juicio conlleva el agotamiento de las siguientes etapas:

Tal y como sucede en el ámbito de las conductas colusorias, para establecer si una conducta es ilícita desde la perspectiva del artículo 102 del TFUE es necesario que tanto los particulares como las autoridades competentes realicen un proceso de adecuación típica a efectos de definir si la conducta que se endilga a una o varias empresas encuadra dentro de la prohibición descrita en la norma⁵⁷. En el caso concreto, este procedimiento exige determinar, por una parte, la situación de “dominancia” y, de otra, el carácter abusivo de la conducta.

Para establecer la dominancia es necesario que quien demanda la declaración del abuso o la autoridad de competencia que investiga *ex officio* esta clase de conducta defina

⁵⁶ Sobre la regla de la razón FRANCES DETHMERS y HELEEN ENGELLEN. “Fines under article 102 of the Treaty on Functioning of the European Union”, *ECLR*, vol. 32, n.º 2, 2011, pp. 93-94. En contra de la aplicación de la regla *per se* en el ámbito del artículo 102 del TFUE se pronuncia WHISH. Ob. cit., pp. 196-197.

⁵⁷ Sobre los elementos constitutivos de la prohibición, entre otros, pueden verse FRANCISCO HERNÁNDEZ. “Prohibición del abuso de posición dominante en el mercado”, en , MARÍA DEL PILAR BELLO MARTÍN CRESPO y FRANCISCO HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (coords.). *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, Pamplona, Thomson Aranzadi, 2009, pp. 121-130; PASCUAL Y VICENTE. “El abuso de posición dominante”, *RDM*, n.º 245, 2002, pp. 1299 y ss., y de este mismo autor “Prohibición del abuso de posición de dominio”, en BENEYTO PÉREZ (dir.), y MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS (coord.). *Tratado de Derecho de la Competencia*, Madrid, Bosch, 2005, capítulo 4.º, pp. 462-511; SCHMIDT. Ob. cit., p. 146; GUTIÉRREZ. Ob. cit., pp. 123-167, y DORRONSORO. “Comentarios al artículo 2.º”, Ob. cit., pp. 124-154.

Sobre los elementos generales en materia de abuso de la posición de dominio pueden verse STPI de 12 de diciembre de 1991, asunto T-30/89, *Hilti* (TJCE 1991\319); STPI de 17 de diciembre de 2003, asunto T-219/199, *British Airways*, (TJCE 2003\420) y STJCE de 3 de julio de 1991, *Azko* (TJCE\1991\229).

adecuadamente el mercado de referencia⁵⁸, pues sólo a partir de esa definición se podrá establecer si la empresa denunciada-investigada tiene una *posición de dominio* dentro del mismo⁵⁹. A efectos de la aplicación del artículo 102 del TFUE habrá que demostrar que dicha posición de dominio existe sobre todo en el mercado europeo o bien sobre una parte sustancial del mercado común⁶⁰.

La dominancia está definida como una situación de poder económico que le permite a una empresa (i) Impedir el desarrollo de una competencia efectiva y (ii) comportarse con un grado apreciable de independencia respecto a sus competidores y consumidores. La dominancia es a juicio de la Comisión el resultado de la falta de una presión competitiva adecuada (real o potencial) de los competidores⁶¹.

La dificultad para establecer la situación de dominancia en que se halla una empresa, ha propiciado que la Comisión y los tribunales europeos desarrollen una serie de indicios a partir de los cuales puede presumirse que existe dicha situación, lo que facilita en buena medida la labor que desarrollan las autoridades de competencia, quienes han considerado en diversas ocasiones que la situación de dominio no está definida por un sólo de esos indicios sino por un conjunto de factores aunados entre ellos⁶².

Un primer indicio de dominancia según lo prevé el apartado 11 de las Directrices es la capacidad de la empresa dominante para incrementar los precios por encima de los niveles competitivos por un tiempo significativo, que en principio se ha estimado es de dos

⁵⁸ Ver Comunicación de la Comisión de 9 de diciembre de 1997, relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa en materia de competencia (DOCE 1997 C 372/5, de 9 de diciembre) y el punto 9 de las Directrices sobre los abusos de exclusión. El punto 10 de estas Directrices establece qué se entiende por dominancia e indican la jurisprudencia comunitaria que ha abordado el estudio de este concepto; en el punto 12 se describen los factores que deben considerarse para valorar la dominancia, que luego se describen detalladamente en los puntos 13 a 18. Sobre la definición del mercado relevante pueden verse, entre muchas otras, la STPI de 8 de mayo de 1996, asunto T-504/1993, *Tiercé Ladbroke* (TJCE 1997\127); STJCE de 1 de julio de 2008, asunto C-49/07, *Motosykletistiki* (TJCE 2008\148); STJCE de 1 de julio de 1991, *Azko* (TJCE 1991\229)

⁵⁹ Apartados 9 y 10 de las Directrices.

⁶⁰ Ver STJCE de 14 de febrero de 1978, *United Brands* (61976O0027), y WHISH. *Competition Law*, ob. cit., pp. 173-186.

⁶¹ Apartado 10 de las Directrices.

⁶² Ver apartado 10 de las Directrices y nota al pie 5.

años, pero que atendiendo las circunstancias del mercado y la naturaleza de los productos puede verse reducido.

Un segundo indicador de dominancia es la cuota de mercado⁶³. A mayor cuota y a mayor tiempo de duración de ésta en un mercado determinado, existen mayores indicios de que existe posición de dominio. En sentido contrario, se establece como puerto seguro para las empresas la existencia de cuotas de mercado que sean inferiores al 40%, pues en estas condiciones es poco probable que estemos ante una situación de dominancia.

La dominancia exige además que se analice la competencia real y potencial a que está sometida la empresa y, por supuesto, las barreras de acceso al mercado de referencia. La existencia de una competencia más intensa o la entrada de nuevos sujetos en escena pueden disuadir ciertas decisiones empresariales relativas por ejemplo al incremento de los precios⁶⁴.

Por último, a efectos de determinar la dominancia es importante establecer si existen poderes compensatorios en el mercado, esto es, si existe un poder de demanda fuerte que impida a la empresa actuar con desapego de los intereses de sus clientes.

Tras establecer la dominancia, la autoridad competente debe probar que la **conducta es abusiva**, lo que en el contexto de las conductas de exclusión significa que ésta produce un cierre del mercado que no es debido o no es el resultado de un proceso de competencia basado en los méritos. Además habrá que demostrar que la conducta afecta actual o potencialmente la estructura competitiva del mercado y que repercute negativamente sobre el bienestar de los consumidores⁶⁵. Todos estos hechos se resumen bajo la noción de “cierre anticompetitivo del mercado”.

⁶³ Ver nota al pie 8 de las Directrices.

⁶⁴ Apdos. 16 y 17 de las Directrices.

⁶⁵ Ver SCHMIDT. Ob. cit., p. 152, considera que el análisis basado en los efectos, que es una sub-categoría de la determinación del “abuso”. Además véase MACKENRODT. “Private incentive”, ob. cit., p. 168: “... The requirement to establish a detrimental effect on competition is part of the concept of abuse which constitutes an element of the substantive offence of Article 82 EC [...] Under the more economics approach which the European Commission pursues in its discussion paper on the application of Article 82 EC to exclusionary abuse, the economic effects of the respective competitive strategy on the market constitute the most essential element in determining the unlawfulness of unilateral conduct”.

Este “cierre” del mercado debe determinarse atendiendo una serie de factores generales⁶⁶ y específicos, a partir de los cuales la autoridad competente compara la conducta desplegada por la empresa imputada con un escenario *but for*, esto es, con un escenario hipotético en el cual la restricción no ha tenido lugar.

En la ejecución de este análisis se debe tener en cuenta que el consumidor es el principal objeto de protección, lo que significa que las conductas de exclusión se reprimen y sancionan siempre que ellas produzcan un daño al consumidor. Si pese a existir exclusión del mercado no hay daño (real o potencial) a los consumidores el efecto es que no existirá un “cierre anticompetitivo” y, en consecuencia, la conducta no podrá calificarse como abusiva⁶⁷.

Hay quienes consideran que también es necesario, a efectos de acreditar el abuso, demostrar que la afectación de la competencia es “sensible”⁶⁸ y que entre la dominancia y cierre anticompetitivo ha existido una relación de causalidad⁶⁹.

Finalmente, dentro del proceso de adecuación típica las autoridades tienen que demostrar que el abuso *afecta el comercio entre los Estados Miembros* si estamos frente a un caso de aplicación del artículo 102 del TFUE, o que afecta la competencia en *todo o parte del mercado nacional* si la norma aplicable es la de un Estado miembro en concreto⁷⁰.

⁶⁶ Directrices sobre abusos de exclusión punto 19. Para determinar la existencia del cierre anticompetitivo es necesario considerar entre otros factores: (i) la posición de la empresa dominante; (ii) las condiciones del mercado de referencia; (iii) la posición de los competidores de la empresa dominante; (iv) la posición de los clientes o de los proveedores de insumos, (v) el alcance de la conducta presuntamente abusiva; (vi) las pruebas sobre la existencia del cierre del mercado; (vii) las pruebas directas de la estrategia de cierre.

⁶⁷ Ver WHISH. Ob. cit., pp. 189-206.

⁶⁸ De esta opinión es DORRONSORO. Ob. cit., pp. 153-154.

⁶⁹ O'DONOGHUE y PADILLA. Ob. cit., pp. 215-216.

⁷⁰ Ver apdos. 73-76 de la Comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004, Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts. 81 y 82 del Tratado CE.

Una vez agotados estos puntos se debe proceder a la valoración de las distintas causas que permitirían justificar la conducta. Esto conlleva que quien aplica la prohibición, una vez que se ha determinado la tipicidad del comportamiento, tenga el deber de comprobar si éste efectivamente lesiona el bien jurídico protegido por la norma, que no es otro distinto que el proceso concurrencial y los beneficios que derivan de su desarrollo a favor de los consumidores⁷¹.

A nuestro juicio, la necesidad objetiva y las eficiencias (causales de justificación de la conducta) son parte del análisis sobre el carácter abusivo de la conducta. Esto, en términos prácticos, significa que sólo se pueden calificar como abusivas las conductas que no están justificadas. En este punto concreto estimamos que resulta válido hablar de una valoración del carácter antijurídico de la conducta que, a pesar de no tener un fundamento legal (parecido al apartado 3 del artículo 101 del TFUE), si encuentra respaldo en la doctrina y la jurisprudencia comunitaria y actualmente en las Directrices aprobadas por la Comisión.

3. Los retos que enfrentan las nuevas directrices

Aunque inicialmente un sector importante de la doctrina calificó favorablemente las Directrices al considerarlas un avance importante de la Comisión hacia una “*more economic approach*” del artículo 102 del TFUE, lo cierto es que no todo han sido elogios. Las últimas decisiones de la Comisión han fortalecido una corriente crítica del contenido de las Directrices y más específicamente de la dicotomía entre la teoría y la práctica.

La principal preocupación de quienes observan con ojo crítico las nuevas normas sobre abusos de exclusión es la forma en la que el *case law* se adaptará a ellas. El primer punto sobre el que se llama la atención es el carácter no vinculante de las Directrices para los Tribunales comunitarios, lo que se traduce en una total libertad por parte de éstos para separarse del enfoque propuesto por la Comisión y que hemos descrito en los apartados anteriores. Tampoco las Autoridades nacionales de competencia ni los jueces están

⁷¹ Apartado 6 de las Directrices

obligados a aplicar estas normas aunque seguramente lo harán como ha ocurrido con otras disposiciones del *soft law* comunitario.

A lo anterior se suma la tradición de la jurisprudencia comunitaria que durante años ha seguido un enfoque completamente radical y crítico sobre el abuso de la posición de dominio. Los tribunales comunitarios han señalado reiteradamente que el “abuso” es una noción objetiva⁷². También han repetido incansablemente que las empresas en posición de dominio tienen una especial responsabilidad que les impide competir con las mismas herramientas y en los mismos términos que cualquier otra empresa que no goza de esa posición⁷³. Y han limitado en cuanto les ha sido posible la aplicación de las causales de justificación. Son en efecto pocas las sentencias en las que se ha abordado el tema de las eficiencias o de la justificación objetiva y, en cada una de ellas circunstancias especiales del caso le han permitido tanto al TPI como el TJCE limitar el alcance de la causal de justificación⁷⁴.

A esta línea de interpretación especialmente estricta se suma la imposición de severísimas sanciones por parte de la Comisión y de los tribunales comunitarios a las empresas condenadas por abuso de la posición de dominio y cuyo alcance se ha hecho notorio tanto por la cuantía de las multas como por los sujetos investigados⁷⁵.

⁷² MARTIN ANDREAS GRAVENGAARD y NIELS KJAERGAARD. “The UE Commission guidance on exclusionary abuse of dominance –and its consequences in practice”, *ECLR*, vol. 31, n.º 7, 2010, nota al pie 27.

⁷³ Ver STPI 9 de noviembre de 1983, asunto 322/1981, *Michelin I* (61981J0322); STJCE 30 de septiembre de 2003, asunto T-203/2001, *Michelin II* (TJCE\2003\437); STJCE de 3 de julio de 1991, *Azko*, (TJCE\1991\229), sentencia del TPI de 7 de octubre de 1999, asunto T-228/97, *Irish Sugar plc* (TJCE\1999\233); STPI 6 de octubre de 1994, asunto T-83/1991, *Tetra Pak Internacional SA contra Comisión*, (TJCE 1994\184); STJCE de 2 de abril de 2009, asunto C-202/07 P, *France Telecom* (TJCE\2009\75) y STPI de 17 de septiembre de 2004, asunto T-201 de 2004, *Microsoft*. Ver además WHISH. *Competition Law*, ob. cit. pp. 183-184.

⁷⁴ Ahora bien, tras la aprobación de las Directrices es posible pensar que esta línea de severidad podría atenuarse lentamente; sin embargo, para aprovechar los aspectos positivos de las Directrices también será necesario corregir sus inconsistencias con la práctica identificadas.

⁷⁵ Ver STPI de 30 de enero de 2007, asunto T-340/03, *France Telecom* (TJCE\2007\39); STPI de 8 de marzo de 2007, asunto T-339/04, *Wanadoo*, (TJCE\2007\154); STPI de 17 de septiembre de 2007, asunto T-201/04, *Microsoft Corp.*; STJCE de 2 de abril de 2009, asunto C-202/07 P, *France Telecom*; Decisión de la Comisión COMP./C-3/37.990 de 13 de mayo de 2009, asunto *Intel*

En este punto FRANCES DETHMERS y HELEEN ENGELEN señalan que existe una grave inconsistencia entre la adopción de una *rule of reason* en el ámbito del abuso de la posición de dominio y la tendencia de los últimos años hacia la imposición de cuantiosísimas multas a los infractores. A su juicio la regla de la razón se comprende fácilmente en el caso de las conductas analizadas bajo el artículo 101 del TFUE toda vez que respecto de ellas la Comisión y los tribunales comunitarios han venido adoptando una posición más benévola, excepción hecha de los casos de *hard core cartels*⁷⁶; no ocurre así en el caso del abuso en el que, las multas se han ido incrementado y la falta de certeza que rodea la aplicación de la norma comunitaria impide que las empresas puedan prever los efectos de su conducta.

También plantea dudas la valoración de la conducta y la determinación del cierre anticompetitivo a la luz de las circunstancias de un mercado hipotético esto es, aquel en el que no existió el cierre anticompetitivo. Como ocurre siempre que se propone la construcción de un escenario *but for*, el riesgo está en suponer condiciones de funcionamiento que no existirían ni aún en un ámbito competitivo o que existiendo podrían alterarse por otros factores diversos a la competencia.

También se guardan reparos respecto a la forma en que las Directrices se refieren a los efectos. Si éstos son indispensables para que la conducta pueda calificarse como abusiva, el problema radicaría en que siempre habría que esperar a la consolidación del daño⁷⁷. Si, como parecen indicar la Comisión y la doctrina, no es necesario que esos efectos de cierre anticompetitivo se hayan consolidado, sino que, aun siendo hipotéticos permitirían señalar que existe “abuso”, habría que admitir que las mismas Directrices abren la puerta a la aplicación de criterios formales y a la valoración de pruebas que simplemente acreditan intención de la empresa⁷⁸.

⁷⁶ Ver DETHMERS y ENGELEN. Ob. cit., p. 94.

⁷⁷ Ver ALLENDESALAZAR CORCHO. Ob. cit., pp. 173 y 174. En contra de esta interpretación por considerar que es obvio que la Comisión no tiene que esperar la consolidación de los daños se pronuncia WHISH. Ob. cit., p. 198.

⁷⁸ Sobre este último punto puede verse KELLERBAUER. Ob. cit., p. 183.

Por lo demás, las propias Directrices señalan que en algunos casos no es necesaria una valoración detallada de la conducta en la medida en que ésta sólo está llamada a crear obstáculos a la libre competencia y no genera ningún tipo de eficiencias. Los casos en los que la empresa dominante impide que los consumidores prueben el producto del competidor, o bien ofrece incentivos económicos con este mismo fin, o bien utiliza estas mismas vías para retrasar el ingreso de un competidor al mercado, se consideran conductas restrictivas y en la medida en que produzcan un daño a los consumidores estaremos ante un caso de cierre anticompetitivo del mercado.

Otra crítica que se formula a las Directrices es que en muchos aspectos se dejan espacios de discrecionalidad a la Comisión, que valorados por las empresas se consideran como espacios de riesgo toda vez que pueden emplearse para sancionar determinadas conductas⁷⁹. Estos espacios de discrecionalidad incrementan el nivel de inseguridad de las empresas.

Se afirma también que el sistema basado en la valoración de los efectos puede incrementar los riesgos de falsos negativos, generar altos costos de regulación y problemas sobre la insuficiencia de acceso a la información requerida; por lo demás, no todas las autoridades competentes pueden acceder al manejo de la información y a los modelos económicos requeridos⁸⁰.

Por último, algunos autores opinan –y nosotros nos unimos a esta reflexión– que los cambios introducidos en el análisis de las conductas anticompetitivas podrían llegar a afectar negativamente el *private enforcement* del artículo 102 del TFUE⁸¹.

⁷⁹ Sobre los espacios de riesgo ver GRAVENGAARD y KJAERGAARD. Ob. cit., p. 286, emplean la expresión de *Soft safe harbour* para indicar que las Directrices no establecen un marco claro de exención de los abusos.

⁸⁰ KELLERBAUER. Ob. cit., p. 176.

⁸¹ Aunque es cierto que bajo la nueva interpretación es más fácil determinar el carácter abusivo de una conducta, toda vez que basta con acreditar la probabilidad del cierre del mercado para que se aplique la norma de prohibición; no ocurre lo mismo cuando se intentan demandar los daños derivados de las conductas abusivas. En estos casos podría llegar a ser muy complejo demostrar que el daño es consecuencia de una conducta que aún no ha surtido efectos negativos en el mercado (ver SCHMIDT. Ob. cit., p. 152).

Enumeradas estas críticas o reparos a las Directrices, el problema mayor radica en la inconsistencia entre su contenido y su aplicación práctica por parte de las distintas instancias comunitarias (Comisión y tribunales). De esta situación es claro ejemplo la decisión de la Comisión C-3/37.990 en el asunto Intel y que comentamos *ad infra*.

En este punto es realmente importante destacar el estudio juicioso y detallado de MANUEL KELLERBAUER sobre los criterios empleados por la Comisión y por los tribunales comunitarios en la valoración de las distintas conductas de exclusión, a saber: (i) descuentos, (ii) empaquetamiento y contratos atados, (iii) compresión de márgenes, y (iv) precios predatorios. En el estudio se indica cómo han venido prevaleciendo en las decisiones de las autoridades comunitarias los criterios de carácter formal sobre la valoración de las conductas a partir de los efectos que ellas producen en el mercado. Indica el autor que incluso en las decisiones que la Comisión señala como ejemplos de la nueva orientación construida sobre una *more economic approach*, es decir, *Microsoft*, *Wanadoo* y *Telefónica*, se puede identificar claramente la permanencia y prevalencia de criterios formales⁸². Aunque el autor no desconoce los avances de la Comisión, de su estudio se desprende claramente que éstos no son ni pueden calificarse como definitivos sino que apenas estamos frente a conatos del cambio.

Para terminar el presente artículo sobre la nueva orientación relativa a los abusos de exclusión es importante llamar la atención sobre la Decisión de la Comisión C-3/37.990 de 13 de mayo de 2009, en el asunto *Intel*. En este caso la Comisión consideró que los descuentos condicionales concedidos por Intel a algunos de los más importantes fabricantes de PC (HP, Dell, NEC) y al mayor de los minoristas de PC en Europa (MSH) constituía una violación del artículo 82 del TCE (actual 102 del TFUE) y del artículo 54 del EEE. También consideró la Comisión que había existido abuso en razón de los pagos hechos por Intel a los fabricantes de PC para que retrasaran la entrada de los productos de AMD al mercado. Como consecuencia del procedimiento se impuso a la compañía una multa de 1.060.000.000 de euros.

⁸² KELLERBAUER. Ob. cit., pp.175-186.

Aunque la decisión se expidió con posterioridad a la publicación de las Directrices, el apartado 916 de la Decisión establece que éstas no eran aplicables al caso, dado que su inicio había sido anterior a la publicación de las nuevas orientaciones comunitarias. El argumento resulta, por decir lo menos, sorprendente, pues termina por defender una aplicación del artículo 102 del TFUE basada en la forma, cuando el propósito de la Comisión ha sido el de avanzar hacia el establecimiento de una regla de la razón en este contexto.

Esta decisión de la Comisión ha sorprendido a la comunidad académica, que esperaba que esta estuviese marcada por una *more economic approach* y, dentro de esta orientación, por el análisis de los efectos anticompetitivos de la conducta de Intel. Sin embargo, la Comisión atendiendo los antecedentes jurisprudenciales en el tema de los descuentos condicionales, terminó por aplicar una orientación o un análisis de carácter formal (regla *per se*) en el que se echa de menos un análisis detallado del cierre anticompetitivo del mercado, de los perjuicios para el consumidor y de la validez sobre las causales de justificación objetiva que *Intel* había cifrado en la existencia de eficiencias y en la respuesta justa a la competencia basada en precios⁸³.

La aplicación de un sistema de valoración basado en la forma de la conducta ha sido percibido por la doctrina como un retroceso y una contradicción en las políticas de las Comisión que, si bien parece avanzar teóricamente hacia una visión más económica, en la práctica continúa atada a la jurisprudencia de los primeros años de vigencia del Tratado de Constitución de las Comunidades Europeas⁸⁴.

⁸³ Ver DETHMERS y ENGELÉN. Ob. cit., pp. 86-98; KELLERBAUER. Ob. cit., p. 178; DAMIEN GERADIN. "The decision of the commission of 13 may 2009 in the *intel* case: where is the foreclosure and consumer harm?", disponible en web http://www.intel.com/pressroom/legal/docs/Damian_paper.pdf (ref. de 25 de abril de 2011), p. 1, "This paper shows that the Commission Decision contains a number of flaws. They include the facts that the Decision: (i) relies in substance on a *per se* prohibition of conditional rebates recognized by the formalistic case-law of the Community courts, notwithstanding that the Commission had clearly indicated in various important policy documents, including its Guidance Paper on Article 82 EC, its intention to move away from this approach for an effects-based análisis [...] (iv) fails to demonstrate its contention that Intel's rebates harm competition and consumers; and (v) conducts an excessively restrictive analysis of the efficiencies created by Intel's rebates".

⁸⁴ GERADIN. Ob. cit., 5 "The Commission's application of a *per se* approach in this Decision is wrong as a matter of sound antitrust policy, and reflects retrenchment by the Commission from its endorsement of an effects-based approach in its Guidance Paper". Ver además un análisis detallado de la aproximación basada en los efectos en las pp. 9 y ss.

La Comisión ignoró en su decisión los argumentos relativos a la forma en que operaba el mercado de las CPU, especialmente las pruebas sobre la caída de los precios y el poder existente por el lado de la demanda, factores éstos que a juicio de Intel impedían atribuirle un poder de dominio en el mercado. Olvidó también la Comisión valorar la lógica de los descuentos cuantos éstos no se ofrecen sino que se conceden a solicitud de los clientes que, teniendo un poder de negociación, incorporan este requerimiento en la negociación de los contratos.

En lo que respecta al carácter abusivo de la conducta, la Comisión da por descontado que se trata de un caso de descuentos condicionales y, por lo tanto, bajo una aproximación basada en la forma del comportamiento concluye que éste es abusivo⁸⁵. Aunque en la decisión se aplica el test del competidor igualmente eficiente para determinar el cierre del mercado –tal como lo proponen las Directrices–, dicha aplicación se hace sobre bases equivocadas⁸⁶. Por último, cabe destacar que no se analiza por parte de la Comisión el tema del daño efectivo a los consumidores.

En conclusión, la Comisión se aparta en el asunto Intel de sus propias orientaciones, justificando su conducta en la no aplicación de las Directrices al caso por ser éste anterior a la publicación de aquéllas. Corresponde ahora al TPI revisar si este argumento de la Comisión es válido y sobre todo si el caso deber apreciarse a la luz de las nuevas orientaciones construidas bajo una *more economic approach*, o por *contratio*, conservando la línea jurisprudencial que juzga los descuentos bajo un sistema de prohibición *per se*.

⁸⁵ *Ibíd.*, pp. 10-11

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 18. “The reference to Section B of the Guidance Paper is important as it indicates that the foreclosure analysis should be grounded on a number of factors that have not necessarily been taken into account by the Commission in the analysis that led to its decision [...] If anything, the performance of AMD (which had increased its sales, profit and market share tremendously during the investigated period and has even suffered from capacity constraints) tends to disprove, or at least very seriously question, the presence of foreclosure. How can a firm that is able to sell all its CPUs be considered foreclosed”.

Conclusión

En consonancia con los avances y reformas operadas en el ámbito de los acuerdos colusorios y de las concentraciones de empresas, la Comisión ha introducido unas nuevas Directrices sobre la valoración de los abusos de exclusión. A través de las nuevas reglas se intenta que la aplicación del artículo 102 del TFUE a las conductas de exclusión, se realice desde una *more economic approach* que tiene como ejes la valoración de los efectos anticompetitivos de las conductas (cierre anticompetitivo del mercado) y el análisis de las casuales de justificación.

La implementación de esta nueva orientación en el ámbito del artículo 102 del TFUE pretende que se prohíban y sancionen únicamente las conductas verdaderamente lesivas del proceso concurrencial y de los intereses de los consumidores. También busca este nuevo sistema de análisis que se garantice un mayor espacio de libertad para las empresas que estando en posición de dominio conservan el derecho a competir agresivamente en los mercados, siempre que lo hagan a partir de sus méritos empresariales.

No obstante lo positivo que en principio parecen ser estas nuevas directrices, aún no es posible calificar ni valorar su aplicación práctica, toda vez que la Comisión continúa aplicando criterios de orden formal. Esta situación no sólo resulta contradictoria de las políticas comunitarias promovidas por la propia Comisión sino que además reduce la seguridad de las empresas, que al no tener claras las reglas de juego, se abstienen de desarrollar conductas que pueden ser procompetitivas y favorables para los consumidores.