

LOS PRECIOS PREDATORIOS Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EUROPEO

(Comentario de la sentencia del TJCE de 3 de julio de 1991, as. 62/86 *AKZO Chemie B. V. c. Comisión*)

Por LUIS MIGUEL HINOJOSA MARTINEZ (*)

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. RESUMEN DE LOS HECHOS.—III. LA DEFINICIÓN DE PRECIO PREDATORIO. a) *La posición de la Comisión*. b) *La definición del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. c) *El papel de la selectividad y el problema de los precios por encima de coste*.—IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La delimitación del concepto de precio predatorio ha sido una de las cuestiones más controvertidas para los juristas y economistas especializados en el derecho de la competencia durante los últimos veinte años. Ello se debe a que la mayor o menor permisividad de la regla que se establezca para identificar una actividad como predatoria depende de opciones de política económica que son intrínsecamente debatibles (1).

Nosotros proponemos definir precios predatorios como el desarrollo de una política de precios excesivamente bajos (¿por debajo de costo?)

(*) Ayudante de Derecho Internacional Público. Universidad de Granada.

(1) E. M. FOX: «Price Predation-U.S. and EEC: Economics and Values», en *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, vol. 1989, pág. 687.

por parte de una empresa dominante con el objeto de eliminar o disciplinar a un competidor. De esta forma se intenta hacer posible el establecimiento de precios altos en el futuro, una vez que la empresa dominante haya incrementado así su poder en el mercado. El derecho de la competencia prohíbe la actividad predatoria tradicionalmente porque se considera que el establecimiento de precios no remunerativos constituye un medio desleal de competencia que, además de impedir una asignación óptima de los recursos, conduce a la monopolización (2).

El test de legalidad que se aplique para determinar si una política de precios bajos es o no legal tiene que compatibilizar dos objetivos enfrentados entre sí: por un lado, debe incentivar una competencia efectiva en el mercado que permita a los más eficientes progresar, aun a costa de los menos eficientes (esto conduce a una asignación de recursos más eficaz desde un punto de vista económico); por otro lado, debe desincentivar la actitud de aquellas empresas en posición dominante que pretendan eliminar o disciplinar a sus competidores estableciendo precios no remunerativos. El equilibrio entre ambos objetivos es difícil de lograr, y ello explica la gran diversidad de teorías y soluciones que la doctrina (tanto económica como jurídica) ha elaborado en relación a este tema. La mayoría de dichas propuestas proceden de autores norteamericanos (3), al ser en este país donde se ha producido un mayor desarrollo jurisprudencial de la polémica sobre el concepto de precio predatorio. Las reglas establecidas por los tribunales norteamericanos han sido muy distintas, y, aunque el test de legalidad propuesto por

(2) El hecho de que los precios predatorios puedan ser utilizados como arma para monopolizar un mercado ha sido puesto en duda por la escuela de Chicago de derecho de la competencia. Ver, por ejemplo, F. H. EASTERBROOK: «Predatory Strategies and Counterstrategies», *U. Chi. Law Rev.*, vol. 48, pág. 263 (1981), pág. 265: «The theoretical case for a rule against predation is too weak, the damages measures too inaccurate, and the administrative costs too high to justify intervention designed to control the prices charged by rivals». Ver también R. A. POSNER: «The Chicago School of Antitrust Analysis», *U. Pa. Law Rev.*, vol. 127 (1979), pág. 925; R. H. BORK: *The Antitrust Paradox: A policy at War with Itself* (1978), págs. 144-160.

(3) Un resumen útil de las distintas teorías puede verse en R. O. ZERBE-D. S. COOPER: «An Empirical and Theoretical Comparison of Alternative Predation Rules», *Texas Law Rev.*, vol. 61 (1982), pág. 655; J. BRODLEY-G. HAY: «Predatory Pricing: Competing Economic Theories and the Evolution of Legal Standards», *Cornell Law Rev.*, vol. 66 (1981), pág. 738; S. C. SALOP (Ed.): *Strategy, Predation and Antitrust Analysis* (1981).

Areeda y Turner es citado como el más utilizado generalmente (4), no se puede hablar, en absoluto, de uniformidad (5).

A finales de los sesenta se discutía en Europa si el artículo 86 del Tratado de Roma prohibía únicamente la explotación abusiva de una posición dominante o si, además, también se encontraban prohibidas por dicho artículo las conductas cuyo efecto económico sea debilitar la estructura competitiva del mercado y reforzar aún más la posición dominante del supuesto agresor (abuso anticompetitivo) (6). Cuando

(4) P. AREEDA-D. F. TURNER: «Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act», *Harvard Law Rev.*, vol. 88 (1975), pág. 697. Estos autores justificaron y matizaron su test de legalidad en posteriores publicaciones: ID.: «Scherer on Predatory Pricing: A Reply», *Harvard Law Rev.*, vol. 89 (1976), pág. 891; ID.: *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and their Application* (1978), págs. 148-194 (última ed. 1989); ID.: «Williamson on Predatory Pricing», *87 Yale Law J.*, vol. 87 (1978), pág. 1337. La regla propuesta por estos autores es la siguiente:

- Un precio establecido por encima de los costes medios variables es legal.
- Un precio que no cubre los costes medios variables es ilegal.

Este test de legalidad es considerado «permisivo», ya que las empresas en posición dominante tienen la posibilidad de establecer precios que cubran sus costes medios variables, pero no sus costes medios totales (que incluyen costes variables y costes fijos); es decir, se permite la venta a pérdida. Con ello se pueden ver eliminados del mercado competidores tan eficientes como la empresa dominante, pero que tengan menor capacidad financiera para soportar las pérdidas. La regla tiene, sin embargo, dos ventajas importantes: a) sólo se condena a las empresas que realmente lo merecen (no se desincentivan las políticas de precios bajos que benefician a los consumidores), y b) la regla es fácil de aplicar al hacer referencia a un único dato contable (los costes medios variables) como parámetro de legalidad.

La influencia de Areeda y Turner en la jurisprudencia norteamericana puede apreciarse en la lista de sentencias sobre el tema de los precios predatorios que citan como referencia la regla de estos autores en el estudio de J. B. DIRLAM: «Marginal Cost Pricing Tests for Predation: Naive Welfare Economics and Public Policy», *The Antitrust Bulletin*, vol. 26, pág. 769 (1981), págs. 777-779.

(5) Mientras, por un lado, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha declarado su escepticismo sobre la posibilidad de desarrollar una campaña predatoria con éxito en la práctica [*Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 106 S. Ct. 1348, 1357-58 (1986)], por otro lado, un presunto predador, que no sólo perdió la guerra de precios, sino que además se vio obligado a abandonar el mercado, fue castigado con una multa de 6 millones de dólares en una sentencia [*Browning-Ferris Indus. of Vt., Inc. v. Kelco Disposal, Inc.*, 845 F.2d 404 (2d Cir. 1988)] que fue posteriormente confirmada por el Tribunal Supremo [109 S. Ct. 2909 (1989)].

(6) R. JOLIET: «Monopolisation et abus de position dominante. Essai comparatif sur l'article 2 du Sherman Act et l'article 86 du Traité de Rome», *RTDE*, pág. 645 (1969), pág. 685.

el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) confirmó que este segundo tipo de abuso (las prácticas de exclusión) se incluían dentro del ámbito de aplicación del artículo 86 (7), los precios predatorios no suponían una preocupación importante para las autoridades comunitarias (8). Durante la década de los setenta, el objetivo más importante de la Comisión era el de la integración de los distintos mercados nacionales, y el artículo 85 parecía la mejor herramienta para este propósito. La industria europea está hoy día más concentrada y las autoridades comunitarias prestan más atención ahora a los problemas causados por la concentración excesiva.

La sentencia AKZO (9) ha permitido al TJCE pronunciarse por primera vez sobre el tema de los precios predatorios. Aunque esta sentencia supone ya una aportación muy importante a la necesaria seguridad jurídica que debe ofrecer el derecho de la competencia, la regla establecida deberá ser clarificada en posteriores decisiones del Tribunal.

Este estudio está limitado al análisis del test de legalidad establecido para la identificación de los precios predatorios como práctica constitutiva de abuso de posición dominante prohibida por el artículo 86 del Tratado de Roma. El análisis se realiza a la luz de las propuestas doctrinales más destacadas y sobre la base de la jurisprudencia anterior del TJCE. No serán examinados, por tanto, ni las supuestas irregularidades del procedimiento administrativo ante la Comisión (10), ni los

(7) Asunto 6/72, *Europemballage y Continental Can c. Comisión*, Rep. 1973, pág. 215.

(8) «Predatory prices have clearly anticompetitive effects and the application of competition rules in this case does not seem to raise any fundamental policy question (...) the EEC authorities have first applied Art. 86 to the much more difficult and controversial case of excessive prices» (M. SIRAGUSA: «The Application of Article 86 to the Pricing Policy of Dominant Companies: Discriminatory and Unfair Prices», *C.M.L.Rev.*, vol. 16, pág. 179 (1979), págs. 185-186).

(9) Asunto 62/86, *AKZO Chemie B. V. c. Comisión*, Rep. 1991, pág. 3359.

(10) El TJCE reconoció que alguno de los documentos utilizados por la Comisión para fundamentar la decisión objeto de recurso no fueron enseñados a los abogados de AKZO y, por tanto, no podían ser utilizados como prueba ante el Tribunal (ver nota 9, puntos 19-24). El Abogado General consideró, además, que la Comisión no informó debidamente a AKZO de que también calificaba como abuso de posición dominante el hecho de que los clientes de AKZO le proporcionasen información sobre las ofertas de sus competidores (Asunto 62/86, Conclusiones del Abogado General de 19 de abril 1989, puntos 28-30). Más aún, el Abogado General consideró que la Comisión no había proporcionado suficiente información sobre los costos de los competidores

criterios utilizados para la determinación del mercado relevante (11). Tampoco estudiaremos los otros tipos de abuso de posición dominante en los que incurrió AKZO (p. e. las amenazas o el acuerdo de exclusividad).

II. RESUMEN DE LOS HECHOS

El peróxido benzoico es un tipo de peróxido orgánico fabricado en el Reino Unido como aditivo en la molienda de harina. En 1982, AKZO suministraba un 52 por 100 de este mercado, ECS un 35 por 100 y Diaflex un 13 por 100. El peróxido benzoico puede utilizarse también en el sector de los plásticos. ECS se dedicaba exclusivamente a fabricar el peróxido benzoico como aditivo para la harina en el Reino Unido, mientras que AKZO es una multinacional de la industria quí-

de AKZO y que, por lo tanto, era imposible determinar si los precios de AKZO eran demasiado altos o demasiado bajos (id., puntos 31-36). El TJCE no siguió al Abogado General en estos dos últimos puntos.

(11) El TJCE dio la razón a la Comisión al establecer que el mercado relevante era el mercado de los peróxidos orgánicos en toda la Comunidad, aunque el abuso se hubiese cometido en un sub-mercado de éste: el mercado de los aditivos para la harina en el Reino Unido e Irlanda. AKZO había recurrido esta definición de mercado argumentando que los distintos peróxidos orgánicos no son intercambiables. El Abogado General apoyó a AKZO en este punto (Conclusiones del Abogado General, *op. cit.*, puntos 49-51). El TJCE, sin embargo, se centró en la ausencia de productos sustitutivos de los peróxidos orgánicos (considerados en general) desde el punto de vista de la oferta y estimó que dichos productos satisfacen «necesidades constantes» en la industria. Para apoyar su definición de mercado, el Tribunal señaló que la verdadera intención de AKZO era reforzar su posición en el sector de los plásticos (punto 44) y que estaba traspasando pérdidas del sector de los aditivos para la harina al sector de los plásticos (punto 43). Aunque con estos argumentos el TJCE no está renunciando expresamente a los estrictos criterios establecidos en su jurisprudencia anterior para la definición de mercado relevante, no cabe duda de que nos encontramos ante un cambio de rumbo en la actitud del Tribunal. Se intentan evitar las rigideces que llevaron a definiciones de mercados muy restringidos en el pasado (p. e., Asunto 22/78, *Hugin c. Comisión*, Rep. 1979, pág. 1869). Las alusiones a los efectos de la conducta de la empresa dominante y a los instrumentos utilizados por ésta para conseguir sus propósitos van mucho más allá de la referencia hecha en *Michelin* a la necesidad de tener en cuenta las «condiciones competitivas» a la hora de realizar la definición de mercado relevante (Asunto 322/81, *Michelin c. Comisión*, Rep. 1983, pág. 3461, punto 37).

mica que suministraba a principios de los ochenta un 50 por 100 de todos los peróxidos orgánicos (sector de los plásticos incluido) consumidos en la Comunidad.

En 1979, ECS decidió introducirse en el mercado de los plásticos (en el que se producían mayores márgenes de beneficio) y realizó ventas de peróxido benzoico a uno de los principales clientes de AKZO en Alemania. A resultas de lo anterior se produjeron algunos encuentros entre representantes de AKZO y representantes de ECS en los que la multinacional amenazó con desarrollar una guerra de precios en el sector de los aditivos para la harina en el Reino Unido e Irlanda (principal fuente de ingresos de ECS) si ECS no se retiraba del sector de los plásticos y, más concretamente, si no cesaba en sus exportaciones a Alemania.

Al no llegarse a un acuerdo, comenzó la guerra de precios en el sector de los aditivos para la harina, y AKZO fue denunciado por ECS ante la High Court en Londres. ECS obtuvo entonces un compromiso de AKZO en el que la multinacional se obligaba a no reducir sus precios con la intención de eliminar a ECS del mercado de los aditivos para la harina. A pesar de ello, AKZO continuó bajando sus precios de forma selectiva, ofreciendo a los clientes tradicionales de ECS precios muy bajos, mientras fijaba precios sustancialmente más altos a sus clientes tradicionales. Con anterioridad a la guerra de precios, ECS había establecido siempre precios más bajos que AKZO.

ECS acudió entonces a la Comisión en Bruselas (15-6-82), y los funcionarios de dicha institución procedieron al registro por sorpresa de los locales de AKZO tanto en los Países Bajos como en el Reino Unido. En el curso de la investigación se encontraron documentos internos de AKZO en los que se ponía de manifiesto la intención de la multinacional de vender a pérdida en el mercado de los aditivos para la harina en el Reino Unido para perjudicar a ECS y, en su caso, eliminar a dicho competidor del mercado. La Comisión adoptó medidas cautelares en 1983 ordenando a AKZO que volviese a los márgenes de beneficio que mantenía antes de la guerra de precios (12). AKZO sólo podía establecer otros precios para igualar la oferta hecha por un competidor. Dos años más tarde, la Comisión adoptó una deci-

(12) *ECS/AKZO-Medidas provisionales*, DOCE (1983), L 252/13.

sión (13) en la que imponía a AKZO una multa de 10 millones de Ecus y otras obligaciones relativas a su nivel de precios. AKZO recurrió la decisión ante el TJCE (14), pero únicamente obtuvo una reducción de la multa a 7,5 millones de Ecus al confirmar el Tribunal la mayor parte de los cargos establecidos en la decisión de la Comisión.

III. LA DEFINICIÓN DE PRECIO PREDATORIO

A) *La posición de la Comisión*

Antes de comenzar con el análisis de la sentencia, debe señalarse que la decisión de la Comisión objeto de recurso (15) había sido criticada por la doctrina (16) al utilizar un criterio subjetivo para definir

(13) *ECS/AKZO Chemie*, DOCE (1985), L 374/1.

(14) AKZO recurrió varias veces al TJCE en este procedimiento: a) pidiendo la anulación de la decisión de la Comisión que obligaba a AKZO a someterse a las investigaciones *in situ* de los funcionarios de la Comisión (Asunto 5/85), b) impugnando la entrega a ECS de ciertos documentos confidenciales de AKZO por parte de la Comisión (Asunto 53/85), y c) pidiendo al Presidente del TJCE la adopción de medidas cautelares tras la adopción de la decisión 85/609, para conseguir la suspensión de las obligaciones impuestas a AKZO en dicha decisión (Asunto 62/86). Puede encontrarse un comentario útil de los referidos asuntos en J. SHAW: «The AKZO saga continues», *European Law Rev.*, vol. 12 (1987), pág. 199.

(15) *ECS/AKZO Chemie*, *op. cit.* Este no ha sido el único caso en que la Comisión había tratado el problema de los precios predatorios antes de la sentencia AKZO. Ver, p. e., los asuntos *Eurofix-Bauco c. Hilti*, DOCE (1988), L 65/19; *Napier Brown/British Sugar*, DOCE (1988), L 284/41; *Macron/Angus (Decimoséptimo informe sobre la política de competencia, punto 81)* en los que la Comisión confirmó los principios que había establecido anteriormente. Ver, inmediatamente después de la sentencia AKZO, *Tetra Pak II*, DOCE (1992), L 72/1.

(16) Ver, p. e., P. SMITH: «The Wolf in Wolf's Clothing: The Problem with Predatory Pricing», *European Law Rev.*, vol. 14, pág. 209 (1989), págs. 216-222; T. SHARPE: «Predation», *European Competition Law Rev.*, vol. 8, pág. 53 (1987), págs. 72-76; R. MERKIN: «Predatory Pricing or Competitive Pricing: Establishing the Truth in English and EEC Law», *Oxford J. of Legal Studies*, vol. 7, pág. 185 (1987), págs. 211-212; P. LAURENT: «La pratique de prix prédateurs: un abus de position dominante», *RMC*, vol. 468, núm. 300, pág. 468 (1986), págs. 470-472; T. EHR: «The European Commission's ECS/AKZO Standard for Predatory Pricing in the EEC: Deterrence or Disorder?», *Georgia J. of International & Comparative Law*, vol. 17, pág. 271 (1986), págs. 271-302.

los precios predatorios. En efecto, la Comisión había establecido que «puede haber circunstancias en las que las consecuencias excluidoras de una campaña de reducción de precios de un productor dominante pueden ser tan evidentes que no es necesario probar la intención de eliminar a un competidor. Por otro lado, cuando los precios bajos sean susceptibles de diversas explicaciones, será necesaria la prueba de la intención de eliminar a un competidor o de restringir la competencia para probar una infracción. (...) Sin embargo, en ausencia de pruebas documentales directas, la intención excluidora puede deducirse de todas las circunstancias del caso» (17).

La referencia a la intención de la empresa en posición dominante como factor determinante de la legalidad de su política de precios había sido muy criticada por la doctrina americana (18), aunque con algunas excepciones (19). La falta de concreción que supone la incorporación de un criterio subjetivo podría estimular la proliferación de denuncias

(17) *ECS/AKZO Chemie, op. cit.*, punto 80 (traducción no oficial).

(18) B. E. HAWK: «Attempts to Monopolize: Specific Intent as Antitrust's Ghost in the Machine», *Cornell Law Rev.*, vol. 58, pág. 1121 (1973), pág. 1124; R. A. POSNER: *Antitrust Law: An Economic Perspective* (1976), pág. 189: «[T]he availability of evidence of improper intent is often a function of luck and of the defendant's legal sophistication, not of the underlying reality»; F. H. EASTERBROOK, *op. cit.*, págs. 280-281: «All firms want to maximise profits in the long-run, to increase their sales, and to be monopolists if that can be accomplished profitably. A standard based on intent therefore could sweep up everything or nothing»; W. G. SHEPHERD: «Assessing "Predatory" Actions by Market Shares and Selectivity», *The Antitrust Bulletin*, vol. 31, pág. 1 (1986), pág. 17: «In any event, intent is usually a complex mixture of attitudes, which are virtually impossible to discover and to place against an objective scale». En una sentencia canadiense (*R. v. Hoffmann-LaRoche Ltd.* (1980), 109 D.L.R. (3d) 5, 28 O.R. (2d) 164, 53 C.C.C. (2d) 1 (Ont. H. C.), affirmed (1981), 125 D.L.R. (3d) 607, 33 O.R. (2d) 694, 62 C.C.C. (2d) (Ont. C. A.) el juez consideró que expresiones agresivas como, por ejemplo, hacer a «E-M eat their blue capsules» representaban «only the colourful jargon of the market-place or the sports world (...) much of it is indicative only of a macho spirit, of an enthusiastic participation in a contest». Para un comentario de este asunto y de la jurisprudencia sobre precios predatorios en Canadá ver D. G. MCFETRIDGE-S. WONG: «Predatory Pricing in Canada: the Law and the Economics», *Canadian bar Rev.*, vol. 63, pág. 685 (1985), pág. 690.

(19) D. F. GREER: «A Critique of Areeda & Turner's Standard for Predatory Practices», *The Antitrust Bulletin*, vol. 24 (1979), pág. 233; B. S. YAMEY: «Predatory Price Cutting: Notes and Comments», *J. of Law & Eco.*, vol. 15 (1972), pág. 129; A. R. BECKENSTEIN-H. L. GABEL: «Predation Rules: an Economic and Behavioural Analysis», *The Antitrust Bulletin*, vol. 31 (1986), pág. 29.

infundadas por parte de aquellas empresas menos competitivas que vieran en el contencioso legal su única vía de salvación. La falta de seguridad jurídica también podría provocar políticas de precios altos (contrarios a los intereses de los consumidores) por parte de las empresas más importantes para evitar verse involucradas en complicados procedimientos administrativos. Estos serían especialmente complejos con una regla en la que pueda utilizarse cualquier argumento para demostrar la intención de la empresa dominante. Debe tenerse en cuenta que en la mayor parte de los casos será imposible encontrar documentación interna de la empresa investigada que demuestre con tanta claridad como en el caso AKZO una intención predatoria.

B) *La definición del TJCE*

El TJCE ha establecido un test de legalidad objetivo para definir los precios predatorios en el derecho de la competencia europeo. Para ello, el Tribunal ha tenido que matizar y concretar la regla aplicada por la Comisión en la decisión AKZO. En cualquier caso, la constatación de una intención predatoria sigue jugando un papel fundamental en el test de legalidad propuesto por el TJCE.

Tras señalar que el artículo 86 del tratado prohíbe a una empresa en posición dominante eliminar a un competidor recurriendo a métodos distintos de la competencia por méritos, el TJCE establece: «Unos precios inferiores a la media de los costes variables (es decir, aquellos que varían en función de las cantidades producidas) por medio de los cuales una empresa dominante busca eliminar a un competidor, deben ser considerados abusivos. Una empresa dominante no tiene ningún interés en practicar tales precios si no es con el objeto de eliminar a sus competidores, para poder elevar sus precios posteriormente, aprovechándose de su situación monopolística. Esto es así, puesto que cada venta entraña para ella una pérdida: la totalidad de sus costes fijos (es decir, aquellos que permanecen constantes cualquiera que sea la cantidad producida) y un parte, al menos, de los costes variables derivados de la unidad producida. Además, unos precios inferiores a la media de los costes totales, que

comprenden los costes fijos y los costes variables, pero superiores a la media de los costes variables, deben considerarse abusivos cuando se fijan en el marco de un plan que tenga por objeto la eliminación de un competidor. En efecto, esos precios pueden apartar del mercado a empresas que quizás son tan eficaces como la empresa dominante, pero que, debido a su menor capacidad financiera, son incapaces de resistir la competencia que se les hace» (20).

Debe destacarse, en primer lugar, el interés del TJCE por despejar cualquier duda sobre el carácter objetivo del concepto de abuso de posición dominante (21), tal y como ya había explicitado en *Hoffmann-La Roche* (22), al establecer que «el concepto de abuso es un concepto objetivo que se refiere a la *conducta* de una empresa en posición dominante que llega a influenciar la estructura del mercado (...) recurriendo a *métodos* distintos de los que configuran la competencia normal» (23). Por lo tanto, la interpretación de los términos utilizados por el Tribunal a la hora de definir la noción de precio predatorio se debe hacer en referencia al comportamiento y a los métodos de la empresa dominante. La intención de dicha empresa debe constatarse de una forma objetiva a través del desarrollo de una estrategia positiva de exclusión.

La regla establecida por el Tribunal es muy similar a la segunda parte del test de legalidad propuesto por Joskow y Klevo-

(20) Ver nota 9, puntos 71 y 72 (traducción no oficial).

(21) Para un análisis sobre el carácter objetivo de la noción de abuso de posición dominante, ver R. JOLIET, *op. cit.* (1969), pág. 680. En un memorándum de la Comisión de 1966, se dice que habrá abuso sólo en aquellos casos en los que el comportamiento de la empresa constituya objetivamente un comportamiento ilegal en relación a los objetivos del Tratado de Roma. Sin embargo, también se establece que los precios por debajo de costo constituyen un abuso si tienen por objeto la eliminación de un competidor o el obligarle a fusionarse (*Le problème de la concentration dans le Marché Commun, Série Commerce*, núm. 3, CEE (1966), pág. 25). Estudios posteriores sobre el carácter objetivo de la noción de abuso son: V. KORAH: «Interpretation and Application of Article 86 of the Treaty of Rome: Abuse of a Dominant Position within the Common Market», *Notre Dame Lawyer*, vol. 53, pág. 768 (1978), págs. 774-775; J. TEMPLE LANG: «Monopolisation and the Definition of "Abuse" of a Dominant Position under Article 86 EEC Treaty», *C.M.L.Rev.*, vol. 16, pág. 345 (1979), págs. 362-363.

(22) Asunto 85/76, *Hoffmann-La Roche v. Commission*, Rep. 1979, pág. 461.

(23) Ver nota 9, punto 69 (el subrayado es nuestro).

rick (24). En primer lugar, estos autores consideran que se debe condenar a toda empresa dominante que fije sus precios por debajo de la media de sus costes variables (tal y como Areeda y Turner habían sugerido y el TJCE ha establecido en la sentencia). En segundo lugar, establecen una presunción de ilegalidad para aquellas empresas en posición dominante que fijen sus precios por encima de la media de sus costes variables, pero por debajo de la media de sus costes totales. Esta presunción podría verse refutada si el presunto agresor muestra que este nivel de precios maximiza sus beneficios a corto plazo (25). Se aplicaría una «rule of reason» (regla de razón) para resolver esta cuestión y se aceptaría cualquier tipo de prueba que pudiese ayudar al juez a identificar la intención y los efectos del comportamiento enjuiciado. Como han señalado Joskow y Klevorick cuando se refieren a la prueba documental «(w)e are not here referring to random documents indicating a desire to “crush” or “kill” competitors. Rather we are looking for carefully constructed *long-run plans* to maintain monopoly power by reducing the number of firms in the market and making the entry of new firms more difficult» (26).

Es importante señalar que Joskow y Klevorick utilizan la expresión

(24) P. L. JOSKOW-A. K. KLEVORICK: «A Framework for Analysing Predatory Pricing Policy», *Yale Law J.*, vol. 89 (1979), pág. 213. Estos autores proponen la realización de un análisis estructural en toda investigación sobre precios predatorios de forma previa a la aplicación del test de legalidad. Este análisis estructural es mucho más detallado y exigente que el estudio que debe realizarse para comprobar si existe posición dominante. Sólo en aquellos casos en los que se dieran las condiciones estructurales necesarias para hacer posible (racionalmente) una campaña predatoria, se seguiría adelante con la segunda parte de la investigación. De esta forma se ahorraría esfuerzo a la administración y se podría dedicar más tiempo a los casos más peligrosos. En la misma línea estructuralista han propuesto un test en dos partes R. H. KOLLER II: «When is Pricing Predatory?», *The Antitrust Bulletin*, vol. 24 (1979), pág. 283; J. A. ORDOVER & R. D. WILLIG: «An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation», *Yale Law J.*, vol. 91 (1981), pág. 8. Otros autores han criticado la realización de un test estructural previo en cada investigación predatoria por lo complicado y costoso que resultaría tal análisis (ver, p. e., J. S. MCGEE: «Predatory Pricing Revisted», *J. of Law & Eco.*, vol. 23, pág. 289 (1980), p. 320). El TJCE no sigue esta corriente estructuralista y no realiza más análisis de mercado que el necesario para la determinación de la posición dominante.

(25) Es decir, ningún otro nivel de precios produciría mayores beneficios o, en su caso, menores pérdidas a corto plazo.

(26) JOSKOW-KLEVORICK, *op. cit.*, p. 259 (el subrayado es nuestro).

«planes a largo plazo» en el momento de analizar el papel que debe jugar la intención de la empresa dominante dentro de su «rule of reason». Ello podría llevar a algunos a pensar que el TJCE está aplicando finalmente un test subjetivo cuando se den niveles de precios por debajo de la media de los costes totales, pero por encima de la media de los costes variables. Si bien es cierto que, en la medida en que se refiere a la intención excluidora, el test puede ser calificado como subjetivo, el Tribunal objetiviza dicha noción de intención para hacerla compatible con la definición objetiva de abuso extraída de *Hoffmann-La Roche*.

La fundamentación económica del razonamiento del TJCE para justificar la condena de los precios predatorios como un abuso de posición dominante se refiere a la eliminación del mercado de competidores al menos tan eficientes como la empresa dominante. Es la menor capacidad financiera y no la eficiencia lo que marca la diferencia entre la empresa dominante y su víctima. La fijación de precios no remunerativos es una forma desleal de eliminar una competencia beneficiosa desde un punto de vista social (la competencia por méritos) (27). Parece claro que lo que lleva al Tribunal a establecer la regla anteriormente reproducida es el deseo de proteger la eficiencia del mercado y no la protección del número de competidores en dicho mercado (28). Por

(27) Da la impresión de que el TJCE utiliza los términos «competencia por méritos», «competencia normal», «competencia sobre la base del rendimiento» (competition on the basis of performance) y «eficiencia» como equivalentes. Sin embargo, tal y como ha señalado Korah, «[c]ompetition on the basis of performance is not identical with the U.S. concept of economic efficiency. It does not include such "normal" conduct as mergers and acquisitions, exclusive dealing agreements or loyalty discounts, which are not necessarily illegal under U.S. law» (V. KORAH: *An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice* (1991), pág. 69).

(28) Tras sentencias como *Commercial solvents* o *Hugin* (Asuntos 6 & 7/73, *Commercial Solvents c. Comisión*, Rep. 1974, pág. 223; *Hugin, op. cit.*), el TJCE había sido acusado de no tener suficientemente en cuenta los argumentos basados en las mejoras en términos de eficiencia y productividad, empeñándose en proteger el número de competidores en el mercado. El Tribunal parecía presumir que la eliminación de competidores en el mercado va siempre contra el interés de los consumidores al reducir el nivel general de competencia. En nuestra opinión, esta referencia expresa a la eficiencia es una contribución muy positiva del Tribunal en el contexto del artículo 86 que debe contribuir a proporcionar una fundamentación económica más sólida a los asuntos que se planteen en el futuro. Ver en relación a este tema E. FOX: «Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity and Fairness», *Notre Dame Law Rev.*, vol. 61 (1986), pág. 981; ID.: «Abuse of a Dominant Position Under the Treaty of Rome-A Comparison with U. S. Law», en *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute* (1984), pág. 367.

ello, el test de legalidad del Tribunal se basa en la relación que existe entre los costes de la empresa dominante y su actuación en el mercado a través del tiempo (su estrategia) (29); estos son los factores que nos permitirán determinar su eficiencia relativa y compararla con la eficiencia del mercado. La intención de la empresa dominante no es relevante, a no ser que se materialice en la práctica a través de un comportamiento de exclusión sistemático (planificado). En caso de existir, las pruebas documentales, como, por ejemplo, circulares internas o informes legales, pueden ser útiles para entender mejor lo que ocurre en el mercado (los efectos deseados) y pueden mostrar la intención de la empresa dominante; pero esta intención predatoria debe ser entendida como la ausencia de una justificación comercial objetiva (30) que explique la conducta de la empresa dominante por razones distintas a la búsqueda de la eliminación de un competidor. Esto debería hacerse, además, desvinculando de esa noción de intención predatoria cualquier referencia al estilo más o menos agresivo de los ejecutivos de la empresa investigada. La más agresiva de las intenciones no es perseguible mientras que no haya una víctima identificable de una acción concreta (31).

La necesidad de probar el plan predatorio de forma objetiva mediante la demostración de la existencia de un comportamiento de exclusión se confirma varias veces a lo largo de la sentencia. AKZO intentó justificar su política de precios bajos con respecto a los clientes tradicionales de ECS señalando que deseaba incrementar su volumen de negocio para amortiguar la disminución de sus márgenes de beneficio que se había producido, según alegaba AKZO, por las ofertas a bajo

(29) Ver nota 9, punto 74.

(30) Puede considerarse que un nivel de precios establecido por debajo del coste de producción estaría justificado, por ejemplo, en el caso de la introducción de un nuevo método de fabricación que reduzca los costes por debajo del precio establecido en un período razonable de tiempo (p. e., cuando los costes derivados de la investigación necesaria para conseguir el nuevo método se distribuyan a lo largo de un período más largo de tiempo), o en el supuesto de un descenso pronunciado de la demanda, que origine problemas importantes de exceso de capacidad de producción. La filosofía que subyace en la regla establecida por el Tribunal parece cercana a la idea de *Ordovery* y *Willig* en el sentido de que existe precio predatorio cuando la actuación de la empresa dominante no produce beneficio sin la expulsión del mercado que origina y necesita de dicha expulsión para resultar beneficiosa (*ORDOVER-WILLIG, op. cit.*, pág. 9).

(31) F. M. FISHER: «On Predation and Victimless Crime», *The Antitrust Bulletin*, vol. 32 (1987), pág. 85.

precio de ECS a los clientes tradicionales de AKZO. El TJCE no aceptó esta defensa al constatar que los precios de AKZO habían sido fijados a un nivel mucho más bajo que los de ECS y, por lo tanto, a un nivel mucho más bajo de lo necesario para conseguir los pedidos. De esta forma se demostraba la estrategia de exclusión de AKZO, según el TJCE (32).

La regla establecida por el Tribunal queda definida de forma aún más clara cuando son examinados los precios fijados por AKZO a sus clientes tradicionales durante la guerra de precios. El TJCE declara que la empresa dominante mostró su intención de exclusión al establecer sus precios por debajo de la media de sus costes totales «durante un período prolongado de tiempo sin *justificación objetiva*» (33).

A la vista de lo anterior, podría pensarse que el TJCE ha establecido un test de legalidad diferente para las políticas de precios defensivas (dirigidas a conservar los clientes tradicionales de la empresa investigada). Esto es así porque el TJCE señala, en los puntos 140 y 146 de la sentencia, que al mantener sus «precios por debajo de la media de los costes totales», AKZO ha perjudicado a ECS y le ha impedido dirigirse a la clientela tradicional de la empresa dominante, sin establecer expresamente que se incurre en un comportamiento *per se* ilegal cuando se fijan los precios por debajo de la media de los costes variables. Además, la Comisión dice admitir el derecho de una empresa dominante a defender su cuota de mercado igualando las ofertas de sus competidores a sus clientes tradicionales (34), y el TJCE confirma la existencia de dicho derecho (35). Otro argumento adicional sería que es difícil calificar de predatoria la actividad de una empresa que únicamente intenta conservar sus clientes tradicionales, independientemente del precio que les ofrezca y aunque éste se sitúe por debajo

(32) Ver nota 9, puntos 102 y 108. Este razonamiento del Tribunal es de difícil comprensión. Tal y como ha señalado Waelbroeck: «Indeed, as long as a price reduction is such that it allows a dominant firm to win a particular order, one does not see why it makes a difference from the point of view of competition that such reduction should exceed the minimum required to achieve that effect» (M. WAELBROECK: «Bi-Annual Review of EEC Competition Cases 1989-1991», en *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, pág. 111, vol. 1991, pág. 118).

(33) Id., puntos 140 y 146 (el subrayado es nuestro).

(34) Id., punto 134.

(35) Id., punto 156.

de la media de sus costes variables. A pesar de todos estos argumentos, pensamos que el TJCE no establece un test de legalidad diferente para los precios «defensivos», sino que simplemente está reconociendo que el hecho de tener que igualar una oferta de un competidor es una de las justificaciones objetivas que puede demostrar la inexistencia de un plan predatorio (siempre que los precios se fijen entre la media de los costes variables y la media de los costes totales).

Tres razones importantes sostienen nuestra interpretación:

a) La regla establecida en los puntos 71 y 72 de la sentencia (36) en relación a la política de precios de una empresa en posición dominante, tiene un carácter general. Esto quiere decir que es aplicable a toda la política de precios de la empresa dominante y no únicamente a las ofertas «agresivas». Así, el análisis de los precios establecidos por AKZO en la sección B.2.b de la sentencia, se presenta como una aplicación de la mencionada regla general a los hechos particulares del caso en cuestión (37).

b) El TJCE señala expresamente que en todas las ventas examinadas entre los puntos 133 y 146 de la sentencia (relativos a los precios ofertados por AKZO a sus clientes tradicionales) los precios se encontraban fijados entre la media de los costes variables y la media de los costes totales de AKZO. Esta relación entre precio y coste implicaría la aplicación de la regla contenida en el punto 72 de la sentencia, que utiliza la expresión políticas de precios «establecidas en el marco de un plan que tenga por objeto la eliminación de un competidor». En este contexto, el Tribunal deduce la intención predatoria de AKZO de la ausencia de una justificación objetiva para su política de precios por debajo de coste durante un período prolongado de tiempo. De

(36) Punto 71: «Unos precios inferiores a la media de los costes variables (...) deben ser considerados abusivos (...).» Punto 72: «(...) unos precios inferiores a la media de los costes totales (...), pero superiores a la media de los costes variables, deben considerarse abusivos cuando se fijan en el marco de un plan que tenga por objeto la eliminación de un competidor (...).»

(37) La sección B.1 de la sentencia (que incluye los puntos 71 y 72) establece con carácter general cual es el criterio de legalidad para evaluar el comportamiento de las empresas en posición dominante en materia de precios. En la sección B.2, el Tribunal analiza distintos aspectos del comportamiento de AKZO para determinar si constituyen un abuso de posición dominante. En el apartado B.2.b se examina la política de precios practicada por AKZO y lo más razonable es pensar que el TJCE está aplicando la regla establecida anteriormente.

esta manera se relacionaría la prueba de la existencia de un plan destinado a la eliminación de un competidor con la ausencia de una justificación objetiva que proporcione razones legítimas que expliquen el desarrollo de una política de precios por debajo de coste.

c) La relativa injusticia derivada de la obligación que se impone a las empresas en posición dominante de no poder ofertar precios por debajo de la media de sus costes variables para igualar la oferta de un competidor, es más aparente que real. Si el precio ofrecido por el competidor es leal (cubre sus costes de producción), la empresa dominante no tendría argumentos para solicitar el derecho a conservar su cliente, ya que soporta una competencia por méritos que mejora la eficiencia del mercado. Si el precio ofrecido por el competidor es desleal (no cubre sus costes de producción), sí existen razones para permitir a la empresa dominante defender su cuota de mercado. Sin embargo, las razones para excluir incluso esta limitada defensa de los precios por debajo de los costes variables son aún más fuertes. Tal y como han señalado Areeda y Turner, esta posibilidad de defensa crearía problemas mucho más graves que la injusticia que pretende resolver (38).

La prueba de la existencia de un plan predatorio puede resultar difícil en futuros casos. La Comisión tuvo mucha fortuna al encontrar documentación interna de AKZO que mostraba con claridad su intención predatoria. La expresión «precio establecido en el marco de un plan que tenga por objeto la eliminación de un competidor» deja un amplio margen para la especulación (39), y la introducción del matiz de la «justificación objetiva» por parte del Tribunal, no esclarece excesivamente la interpretación de la regla. Esta situación tiene cierta similitud con la posibilidad de refutar la presunción de práctica concertada en el contexto del artículo 85, si la empresa investigada prueba

(38) «The administrative problems of defining a price that meets the rival would be further compounded by the need to determine whether the rival's price were indeed unlawful. There is, after all, consolation for the monopolist in his relative security from serious injury at the hands of a smaller rival (...), in the relative infrequency of that challenge to him, and in his ability to bring a private antitrust suit for injunction or damages» (AREEDA-TURNER, *op. cit.* (1975), pág. 716).

(39) Por ejemplo, Levy parece darle a esta expresión un contenido subjetivo: «[T]he Court appears to suggest that the concept of a plan intended to eliminate a competitor implies the need for strong evidence of an intention to harm or distort competition» (N. LEVY: «Annotation to Case C-62/86, *AKZO Chemie B. V. v. Commission*», *C.M.L.Rev.*, vol. 29, pág. 415 (1992), pág. 426).

que hay explicaciones creíbles y alternativas de su conducta al margen de la concertación (40). Aun así, esta jurisprudencia ha sido criticada por la dificultad que supone el tener que averiguar con antelación qué motivos serán considerados como una justificación económica legítima de los hechos en cuestión (41). Teniendo en cuenta los principios intervencionistas que han inspirado la jurisprudencia anterior derivada del artículo 86 (42), creemos que una empresa dominante cuyas ventas por debajo de coste produzcan víctimas en el mercado, tendrá pocas posibilidades de éxito a la hora de convencer a la Comisión de los beneficios en términos de eficiencia de su política comercial.

C) *El papel de la selectividad y el problema de los precios por encima de coste*

Existen dos tipos de discriminación de precios: a) la discriminación de primera línea (que daña los intereses de los agentes económicos que realizan la misma función que la empresa dominante en el proceso productivo, es decir, sus competidores), y b) la discriminación de segunda línea (que daña los intereses de algunos de los agentes económicos que se encuentran a un nivel distinto al de la empresa dominante en el proceso productivo, colocándoles en una situación de desventaja con respecto a sus competidores). La discriminación de precios de segunda línea está expresamente prohibida por el artículo 86 del Tratado, y tanto la Comisión como el TJCE han mostrado siempre una postura

(40) Asuntos 29 y 30/83, *CRAM and Rheinzinc c. Comisión*, Rep. 1984, pág. 1679. La Comisión parece confirmar esta interpretación en su decisión *Tetra Pak II*, *op. cit.*, puntos 148 y 153.

(41) Ver, p. e., I. VAN BAEL - J.-F. BELLIS: *Competition Law of the EEC* (1990), párrafo 212; KORAH, *op. cit.* (1991), pág. 33.

(42) Por ejemplo, los beneficios en términos de eficiencia derivados de una integración vertical no justifican una negativa de venta a un competidor (*Commercial Solvents*, *op. cit.*); una negativa de venta puede estar justificada objetivamente si es necesaria para proteger la calidad del producto distribuido, pero únicamente si no implica restricciones de la competencia que tengan un carácter desproporcionado en relación al objetivo perseguido (Asunto 27/76, *United Brands c. Comisión*, Rep. 1978, pág. 207); la discriminación de precios no está objetivamente justificada cuando las circunstancias de los compradores directos no son objetivamente diferentes (*United Brands*, *op. cit.*).

muy estricta en relación a este tipo de discriminación (43). En cuanto a la discriminación de primera línea, ha sido en el asunto AKZO donde por primera vez el Tribunal ha condenado la discriminación de precios cuando ésta tiene por objeto principal la eliminación de un competidor directo de la empresa dominante (44). Esta acusación de la Comisión era cumulativa con la calificación de la conducta como predatoria, y el TJCE confirmó en ambos casos la postura de la Comisión.

Las razones que pueden justificar una discriminación de precios de primera línea parecen ser similares a las que podrían justificar una discriminación de segunda línea (por ejemplo, costes desiguales de producción o calidad diferente de los productos) (45). En nuestra opinión, la referencia que se hace en la sentencia al hecho de que los precios fijados por AKZO a sus clientes tradicionales cubriesen sus costes de producción, mientras que los ofertados a los clientes de ECS no lo hiciesen así, debe ser considerada como una prueba de la importante discriminación de precios existente en la política comercial de AKZO. Como se explica posteriormente, no creemos que el TJCE imponga ninguna condición en el sentido de que sea necesario fijar precios por debajo del coste de producción para que prospere una acusación de discriminación de precios de primera línea.

Se plantea ante dicha interpretación la necesidad de establecer qué relación existe entre dos tipos de abuso de posición dominante: discriminación de precios de primera línea y precios predatorios. De la sentencia AKZO se infiere un primer dato con claridad al mostrárenos que ambos abusos puede superponerse y aparecer de forma concurrente. Si los precios por debajo de la media de los costes totales se ofrecen de forma selectiva, esto es, si van dirigidos únicamente a los clientes de uno o varios de los competidores de la empresa dominante, se puede incurrir, al mismo tiempo, en ambos tipos de abuso. Por otro lado, si la empresa dominante discrimina de forma injustificada y excluidora en su política de precios, pero éstos son fijados por encima de la media de sus costes totales, creemos que el único abuso que podría imputársele, en su caso, es el de discriminación de precios de primera línea.

(43) Ver *GEMA*, DOCE (1971), L 143/15; *United Brands*, *op. cit.*; asunto 7/82, *G. V. L. c. Comisión*, Rep. 1983, pág. 483.

(44) La Comisión ha tratado la discriminación de precios de primera línea en otros casos. Ver, por ejemplo, *Napier Brown/British Sugar*, *op. cit.*; *Hilti*, *op. cit.*

(45) Ver nota 9, punto 113.

Dos matizaciones son necesarias en este momento. En primer lugar, estamos asumiendo que el TJCE no ha restringido la noción de discriminación de precios de primera línea a los casos en que la empresa dominante fije sus precios por debajo de costo. El Tribunal no ha introducido esta cualificación en la sentencia AKZO. Pretender tal limitación del ámbito de aplicación de la discriminación de primera línea llevaría a una inútil duplicación al ser calificada una misma conducta siempre bajo dos imputaciones distintas; además, no sería coherente con la fundamentación económica de este tipo de abuso (no es necesario que los precios de las ventas a los clientes favorecidos se sitúen por debajo de costo para la calificación de un conducta como discriminación de precios de segunda línea).

En segundo lugar, el hecho de que el TJCE no se refiera a los precios predatorios por encima de la media de los costes totales puede interpretarse de dos formas distintas: a) no se puede calificar una conducta como predatoria cuando los precios fijados cubran la media de los costes totales de producción, o b) una conducta puede calificarse como predatoria aunque los precios cubran la media de los costes totales, pero el Tribunal no ha establecido un test de legalidad para tal eventualidad, porque dichas circunstancias no concurrían en el asunto AKZO. Aunque con cierta cautela, nosotros apoyamos la primera de estas dos interpretaciones (46), por las siguientes razones:

a) La argumentación económica del TJCE para justificar la con-

(46) Cabe considerar como posible que, en contra de nuestra opinión, el TJCE decida seguir la propuesta de Joskow y Klevorick también en su análisis de los precios predatorios por encima de costo [que en este punto no es original y recoge una idea de Baumol. Ver W. J. BAUMOL: «Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing», *Yale Law J.*, vol. 89 (1979), pág. 1]. Joskow y Klevorick consideran que una reducción de precios (que se mantienen por encima de coste) es predatoria cuando dicha reducción es eliminada totalmente o de forma significativa en un período de tiempo razonable, que ellos consideran de dos años (por ejemplo, una vez que el competidor ha sido eliminado del mercado) (JOSKOW-KLEVORICK, *op. cit.*, pág. 255). Si bien esta regla podría parecer apropiada según la definición de abuso hecha en *Continental Can* (puede existir abuso «si la empresa en posición dominante refuerza tal posición de modo que el grado de dominancia alcanzado hace disminuir sustancialmente la competencia»; *Continental Can*, *op. cit.*, punto 26), sentencia dictada en el contexto del examen de la legalidad de una fusión, no parece que la mencionada regla sea consistente con la definición de abuso en *Hoffmann-La Roche* (que enfatiza el recurso a «métodos distintos de los que configuran la competencia normal»; ver nota 22), que fue la citada por el TJCE al realizar la definición de precios predatorios.

dena de los precios predatorios como un abuso de posición dominante se basa en la protección de los competidores que pueden ser al menos «tan eficaces como la empresa dominante» con el objetivo de incentivar la «competencia por méritos» (47). La competencia de precios, cuando éstos se fijan por encima de la media de los costes totales, es competencia por méritos. Con ese nivel de precios sólo se elimina a aquellos competidores que son menos eficientes que la empresa dominante.

b) Sería tremendamente difícil distinguir entre actividad predatoria por encima de la media de los costes totales y el comportamiento competitivo y legítimo de aquellas empresas en posición dominante que practicasen una política agresiva de precios con la intención de incrementar su volumen de producción y aprovechar las economías de escala que ello implicaría. El miedo a la condena por prácticas predatorias puede llevar a las empresas dominantes a evitar políticas de precios bajos que pudiesen originar la eliminación de competidores, fomentándose de esta forma la ineficiencia económica y los precios propios de una situación de «cartel». Además, el coste administrativo que implicaría la aplicación de una norma que admitiese la posibilidad de calificar una conducta como predatoria cuando los precios son fijados por encima del coste de producción, sería desproporcionado (48). Debe tenerse en cuenta el carácter poco frecuente (49) de los casos de precios predatorios y el aumento de denuncias infundadas que incentivaría dicha norma.

c) La discriminación de precios de primera línea también es un abuso de posición dominante. Se protege de esta forma a los competidores de la empresa dominante que se vean perjudicados por un comportamiento excluidor selectivo. Esta protección parece más que suficiente si tenemos en cuenta que estamos considerando una situación en la que los precios fijados cubren la media de los costes

(47) Ver nota 9, puntos 70-72.

(48) «(...) au juriste qui demande des nouvelles lois, à l'avocat amoureux des arcanes de la procédure, l'économiste rappelle l'essentiel de ce qui est en cause: l'efficacité économique. Si le dispositif juridique mis en place coûte plus cher qu'il ne rapporte en termes d'efficacité, il a méconnu son objectif» (H. DUMEZ-A. JEUNEMAITRE: *La concurrence en Europe* (1991), pág. 222).

(49) AREEDA-TURNER, *op. cit.* (1975), p. 699; EASTERBROOK, *op. cit.*, pág. 264; J. S. MCGEE, *op. cit.*, pág. 292.

totales. Además, al menos un autor ha definido actividad predatoria como «el uso por parte de empresas con una importante cuota de mercado de tácticas selectivas contra rivales mucho más pequeños» (50).

IV. CONCLUSIONES

Atendiendo a la interpretación que hemos hecho de la sentencia AKZO, podemos sintetizar el test de legalidad establecido por el TJCE para distinguir la competencia por méritos y los precios predatorios en tres puntos:

a) Toda empresa dominante que fije sus precios por debajo de la media de sus costes variables incurre en una actividad predatoria que constituye un abuso de posición dominante. Esta regla es acertada y necesaria. Como ya se ha dicho, permitir a una empresa dominante buscar argumentos para defender una política de precios tan bajos, complicaría innecesariamente el procedimiento administrativo. El límite establecido va en beneficio de la seguridad jurídica al garantizar un um-

(50) Más concretamente, Shepherd propone el siguiente test de legalidad: a) si la cuota de mercado de la empresa dominante no supera en más de 10 puntos porcentuales la cuota de su pretendida víctima, cualquier acción de la empresa dominante (selectiva o no) es legal; b) si la cuota de mercado de la empresa dominante supera en más de 25 puntos porcentuales la cuota de su competidor, las acciones selectivas de la empresa dominante contra dicho competidor son ilegales; c) si la diferencia entre la cuota de mercado de la empresa dominante y la de su competidor se sitúa entre la cifras anteriormente mencionadas, deberá aplicarse una «rule of reason» para determinar la legalidad de la conducta. En los casos a) y b) lo único que tienen que hacer las partes implicadas es probar las respectivas cuotas de mercado y el carácter selectivo o no de la acción (W. G. SHEPHERD: «Assessing "Predatory" Actions by Market Shares and Selectivity», *The Antitrust Bulletin*, vol. 31, pág. 1 (1986), págs. 18-20). Smith ha considerado «atractiva» la teoría de Shepherd en un contexto europeo: «Both parties should have to fully prove their case rather than let Community law fall into traps which unwary United States judges have fallen» (SMITH, *op. cit.*, pág. 216). En nuestra opinión, sin embargo, la simplicidad del test de Shepherd es excesiva y, a veces, engañosa. Por una parte, no siempre las prácticas predatorias tienen porqué adoptar una forma selectiva, y, por otra, se pueden desarrollar políticas selectivas que no tengan un carácter predatorio. Además, la propuesta de Sheperd es incompleta, puesto que no explica las características de la «rule of reason» que habría de aplicarse en lo que él describe como caso c).

bral mínimo por debajo del cual los competidores de la empresa dominante siempre están protegidos.

b) Toda empresa dominante que fije sus precios por encima de la media de sus costes variables, pero por debajo de la media de sus costes totales, incurre en una actividad predatoria que constituye un abuso de posición dominante si dicha política de precios se establece en el marco de una estrategia de exclusión. Se considerará que concurren tales circunstancias cuando la empresa dominante fije sus precios por debajo de costo durante un período prolongado de tiempo sin justificación objetiva. Aunque la noción de justificación objetiva no es nueva en el contexto del artículo 86, la relativa falta de concreción de dicho concepto deja abiertas ciertas posibilidades de especulación. Esta «rule of reason» debe ser valorada positivamente, en principio, porque permite buscar soluciones más cercanas a la justicia material en cada caso concreto. En cualquier caso, la regla adolece de un cierto grado de inconcreción y, por tanto, de inseguridad jurídica.

c) Aunque con cierta cautela, creemos que no es posible acusar de actividad predatoria a una empresa dominante que fije sus precios por encima de la media de sus costes totales. Esta regla debe valorarse positivamente porque la competencia por encima de costo es competencia por méritos. Castigar a quienes fijan sus precios a ese nivel fomentaría la ineficiencia y, por ende, una mala asignación de los recursos productivos. A pesar de ello, si una empresa dominante desarrolla una política de precios selectiva (discriminatoria) con el objeto de castigar o eliminar a un competidor, podría ser condenada sobre la base del artículo 86 por discriminación de precios de primera línea, tal y como ocurre en Estados Unidos con la sect. 2 del Sherman Act (51). El TJCE no establece con precisión cuando una política de precios selectiva por encima de la media de los costes totales constituye abuso de posición dominante. Habrá que esperar por tanto a posteriores decisiones del Tribunal para delimitar de forma más concreta este tipo de abuso.

(51) Ver *Janich Bros., Inc. v. American Distilling Co.*, 570 F.2d 848 (9th Cir.), cert denegado, 439 U. S. 829 (1978); *Morning Pioneer, Inc. v. Bismark Tribune Co.*, 493 F.2d 383 (8th Cir. 1974).

El TJCE no ha querido adoptar un test de legalidad simplificado basado únicamente en la relación costo-precio (52), como el propuesto por Areeda y Turner, tal y como se esperaba teniendo en cuenta los principios que han venido inspirando el derecho de la competencia europeo, tradicionalmente más intervencionista que el derecho antitrust norteamericano (53). De esta forma, el Tribunal ha establecido un test cuyo elemento más importante es la relación entre los costes de la empresa dominante y el precio que esta fija; la decisión final, sin embargo, se puede matizar con la introducción de otras consideraciones cuando el precio se sitúa en un nivel próximo a la media de los costes totales. Con este test de legalidad, el TJCE sigue la tendencia iniciada por algunos tribunales norteamericanos en la década de los ochenta hacia decisiones judiciales más motivadas desde un punto de vista económico (54).

La sentencia tuvo una gestación muy larga (más de cinco años). Esto muestra lo difícil que le resultó al Tribunal establecer un test predatorio equilibrado y eficaz desde un punto de vista económico. En tales circunstancias, es probable que la sentencia contenga soluciones de compromiso que hiciesen posible el consenso en el seno del órgano judicial sobre un texto concreto. Ello explicaría el que se haga referencia numerosas veces a la intención predatoria/excluidora en la sentencia, al mismo tiempo que se enfatiza el carácter objetivo de la noción de abuso.

En definitiva, el test de legalidad introducido por el TJCE debe valorarse positivamente porque mejora sustancialmente los parámetros

(52) Tampoco ha querido adoptar ninguno de los test simplificados que determinan la legalidad del comportamiento en referencia a un único parámetro, como los propuestos por Shepherd, Williamson o Baumol (SHEPHERD, *op. cit.*; BAUMOL, *op. cit.*; O. E. WILLIAMSON, «Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis», *Yale Law J.*, vol. 87 (1977), pág. 284).

(53) B. VAN DER ESCH: «The Principles of Interpretation Applied by the Court of Justice of the European Communities and their Relevance for the Scope of EEC Competition Rules», *Fordham International Law J.*, vol. 15 (1991-1992), pág. 366, que hace referencia específica a *AKZO* en la pág. 393.

(54) C. M. MCCALL: «Predatory Pricing: An Economic and Legal Analysis», *The Antitrust Bulletin*, vol. 32 (1987), pág. 1; J. C. MILLER-P. PAUTLER: «Predation: The Changing View in Economics and the Law», *J. of Law & Eco.*, vol. 28 (1985), pág. 495; J. D. HURWITZ-W. E. KOVACIC: «Judicial Analysis of Predation: The Emerging Trends», *Vanderbilt Law Rev.*, vol. 35 (1982), pág. 63.

subjetivos que había establecido la Comisión en la decisión AKZO (55). Tanto la Comisión como el Tribunal hablan de intención predatoria. Sin embargo, mientras la Comisión señala como único punto de referencia dicha intención, el TJCE estudia primero la relación costo-precio y limita el análisis intencional a los casos más controvertidos (aquellos en los que los precios se sitúan entre la media de los costes variables y la media de los costes totales). Además, y esto es lo más importante, el Tribunal explica que la intención predatoria debe probarse con arreglo a determinados criterios objetivos. De esta forma, se están evitando los peligros que derivarían de una investigación subjetiva, y se está relacionando el abuso predatorio con el concepto de justificación objetiva, ya utilizado en casos anteriores relacionados con el artículo 86.

De todas formas, creemos que la regla establecida por el Tribunal sería más precisa si hubiera tenido como única referencia los efectos de la conducta de la empresa dominante, sin hacer alusión al elemento intencional (56). Ello habría contribuido a eliminar las prácticas predatorias en la Comunidad, ya que, especialmente en el contexto del artículo 86, la delimitación clara de la conducta ilegal es la mejor forma de incentivar la estricta observancia de la ley por parte de las empresas en posición dominante, generalmente bien aconsejadas desde un punto de vista jurídico.

(55) LEVY, *op. cit.*, págs. 415-416.

(56) Hawk ha señalado que la prueba de la intención de perjudicar a un competidor nunca había jugado un papel importante en decisiones establecidas sobre la base del artículo 86 hasta el asunto AKZO (HAWK: *United States, Common Market and International Antitrust: A Comparative Guide* (1987), pág. 605).