

cha se identifica con la concertación a través de la cual han eliminado la competencia entre sí; en efecto, al no prohibir el artículo 86 la creación de una posición dominante, el acuerdo a través del cual las partes establecen su dominación colectiva no podrá ser considerado abusivo en sí mismo. Es por ello que la decisión *Vidrio plano Italia* de la Comisión podía ser, con razón, criticada ya que los comportamientos considerados por la Comisión constitutivos de abuso se identificaban con aquellos por los que las empresas habían eliminado la competencia entre sí.⁴⁴

III. EL CONCEPTO DE POSICIÓN DOMINANTE

1. Definiciones de posición dominante

237. El artículo 86 no define la posición dominante. El apartado 7 del artículo 66 del Tratado CECA dispone que la posición dominante es la que «sustrae» a la empresa que la ocupa «a una competencia efectiva». Una precisión análoga se encuentra en el apartado 22 de la GWB alemana. Los legisladores belga (de 1960) y neerlandés, en cambio, se refieren a la facultad, de una o más empresas, de ejercer una «influencia preponderante» en el mercado.

A pesar de su diferente formulación, dichas definiciones se refieren al mismo fenómeno. Cuando una empresa es capaz de ejercer una influencia preponderante en el mercado, ello significa que puede actuar sin necesidad de tener en cuenta las reacciones de sus competidores, mientras que éstos deben tener en cuenta las suyas. Por tanto, esa empresa queda sustraída a una competencia efectiva. En ambos casos, el factor decisivo es la falta de presión competitiva, que tiene como consecuencia que la competencia no juegue su papel regulador del mercado.⁴⁵

44. Vid. los argumentos esgrimidos por el Gobierno del Reino Unido en su intervención en este asunto, resumidos en el considerando 345 de la sentencia de instancia.

45. KORAH, V., «Interpretation and Application of Article 86 of the Treaty of Rome: Abuse of a Dominant Position Within the Common Market», *Notre Dame Lawyer*, 1978, p. 768; ID., «Concept of a Dominant Position Within the Meaning of Article 86», *CML Rev.*, 1980, p. 395; TEMPLE LANG, J., «Monopolisation and the Definition of "Abuse" of a Dominant Position Under Article 86 EEC Treaty», *CML Rev.*, 1979, p. 345. Desde un punto de vista económico: BADEN FULLER, H., «Article 86: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position», *ELR*, 1979, p. 423; GYSELEN, L. y KYRIAZIS, N., «Article 86 EEC: The Monopoly Power Measurement Issue Revisited», *ELR*, 1986, p. 134.

En su decisión *Continental Can*, la Comisión consideró que «las empresas están en posición dominante cuando tienen una posibilidad de determinar sus comportamientos con independencia que les permite actuar sin tomar en consideración a los competidores, compradores o proveedores».⁴⁶ En la decisión *ABG-Empresas petroleras en los Países Bajos* de 19 de abril de 1977, la Comisión ya no se refirió a la independencia respecto a los «proveedores»;⁴⁷ en esta decisión, las empresas petroleras dependían, en efecto, claramente de los proveedores de la OPEP.

En un principio, el Tribunal de Justicia adoptó una definición algo diferente: en la sentencia *Sirena* de 18 de febrero de 1971, el Tribunal afirma que una empresa se encuentra en posición dominante cuando tiene «la facultad de oponerse al mantenimiento de una competencia efectiva en una parte sustancial del mercado que hay que tomar en consideración».⁴⁸ Este criterio, tomado del apartado 2 del artículo 66 del Tratado CECA, fue retomado en la sentencia *Deutsche Grammophon* de 8 de junio de 1971.⁴⁹ Posteriormente, en la sentencia *Metro-SABA I* de 25 de octubre de 1977, el Tribunal ha empleado una definición más próxima a la de la Comisión: la posición dominante es aquella que permite a la empresa «actuar sin tener que tomar en consideración la actitud de los competidores».⁵⁰

En la sentencia *United Brands* de 14 de febrero de 1978 el Tribunal de Justicia combinó la definición de la sentencia *Sirena* con la de la decisión *Continental Can*: la posición dominante contemplada en el artículo 86 «se refiere a la situación de poder económico que ostenta una empresa que le da la facultad de oponerse al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, permitiéndole actuar, en gran medida, de manera independiente con respecto a sus competidores, a sus clientes y, en definitiva, a los consumidores».⁵¹ Esta definición, cuya principal virtud no es la claridad, ha sido retomada con posterioridad en numerosas sentencias.⁵²

Para el Tribunal de Justicia la existencia de una posición dominante no es incompatible con la de una competencia residual. En efecto, «no

46. Decisión de 9 de diciembre de 1971, punto II.3.

47. Punto II.A.

48. Considerando 16. Esta formulación fue censurada acertadamente por KORAH, V., para quien la verdadera cuestión que debe examinarse es si la empresa considerada se halla expuesta a una presión competitiva.

49. Considerando 17.

50. Considerando 17.

51. Considerando 65.

52. Vid. especialmente: sentencia *Hoffmann-La Roche (Vitaminas)* de 13 de febrero de 1979, considerando 38; sentencia *L'Oréal* de 11 de diciembre de 1980, considerando 26; sentencia *Michelin* de 9 de noviembre de 1983, considerando 37; sentencia *Bodson c. Pompes funèbres* de 4 de mayo de 1988, considerando 26; sentencia *Alsattel c. Novasam* de 5 de octubre de 1988, considerando 12.

es necesario que una empresa haya eliminado toda posibilidad de competencia para estar en situación de posición dominante».⁵³

El Reglamento núm. 4064/89 sobre el control de las concentraciones prevé la posibilidad de que la Comisión intervenga contra «las operaciones de concentración que supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte substancial del mismo».⁵⁴ Esto permite suponer que la creación o el reforzamiento de una posición dominante no es necesariamente susceptible de obstaculizar de manera significativa la competencia efectiva, lo que resulta difícil de conciliar con la definición de posición dominante como la «facultad de oponerse al mantenimiento de una competencia efectiva». En efecto, a no ser que se admita que la expresión «posición dominante» tiene un significado diferente en el Reglamento núm. 4064/89 que en el artículo 86,⁵⁵ parece que el mero hecho de crear —y a *fortiori* de reforzar— una posición dominante supone ya, en sí mismo, un obstáculo significativo a la competencia, de forma que la adición de la expresión «que supongan...» carecería de sentido.

2. El enfoque práctico

238. Si, en lugar de atenerse a las definiciones, algo esotéricas, dadas por las Instituciones comunitarias, se examina la manera en que se aplica el artículo 86 a los casos concretos, se constata que para identificar la existencia de una posición dominante se siguen generalmente tres enfoques. Por un lado, se parte de un análisis estructural del mercado y de la posición ocupada en éste por la empresa considerada. En ocasiones, se estudia además el comportamiento de la empresa y de sus rivales. Por último, sucede que se pone de relieve la situación de dependencia en que se encuentra la víctima del abuso alegado respecto de la empresa en cuestión. Estos tres métodos de análisis no se excluyen mutuamente sino que pueden combinarse, siendo los resultados obtenidos por uno de ellos confirmados por los demás.

53. Considerando 113 de la sentencia *United Brands*. Vid. también el considerando 70 de la sentencia *Hoffmann-La Roche (Vitaminas)*.

54. Artículo 2, apartado 3.

55. Hipótesis contemplada por VENIT, J.S., «The "Merger" Control Regulation: Euro Comes of Age... Or Caliban's Dinner», *CML Rev.*, 1990, pp. 7, 20-22. Vid. igualmente PENDIBENE, R., «Is the Concept of Dominant Position Different Under the Merger Regulation?» *EBLR*, 1994, p. 42.

§ 1. Los criterios estructurales

a) Los principales criterios estructurales considerados

239. Son en general los criterios estructurales los que proporcionan a la Comisión y al Tribunal de Justicia los primeros instrumentos de análisis para determinar si una empresa ostenta una posición dominante. Así, en la sentencia *United Brands* de 14 de febrero de 1978, el Tribunal declaró que el examen de la existencia de una posición dominante «debe hacerse examinando en primer lugar su estructura y después la situación competencial en dicho mercado».⁵⁶

1.º La cuota de mercado

Entre los criterios estructurales, el primer indicador al que se recurre generalmente es el de la cuota de mercado que ocupa la empresa considerada. Esta cuota se calcula teniendo en cuenta las ventas realizadas, por una parte, por la empresa considerada y, por otra, por sus competidores, y no la capacidad de producción ni la producción total efectiva. Esas ventas pueden calcularse, según los casos, en valor o en volumen.⁵⁷ Entre los competidores que han de tomarse en consideración, no sólo están los establecidos dentro del mercado común, sino también las empresas de países terceros que exportan hacia el mercado común. Por consiguiente, es posible que una empresa que es la única en fabricar un producto en el mercado común no sea dominante, si existen importantes corrientes de importación. Pero, en tal situación, es preciso estar alerta, ya que una disminución de las importaciones, especialmente tras la adopción de una política comercial restrictiva, podría acarrear el que dicha empresa fuera dominante, mientras que anteriormente no lo era.

En la sentencia *Hoffmann-La Roche (Vitaminas)*, el Tribunal de Justicia precisó que la existencia de cuotas de mercado de gran envergadura es «altamente significativa»; que aunque se trata de un «dato inmutable» su significado puede variar «de mercado a mercado según la estructura de los mismos». «Cuotas extremadamente importantes constituyen, en sí mismas, y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición dominante», siempre y cuando se man-

56. Considerando 67.

57. La Comisión considera a menudo que las cuotas de mercado expresadas en valor reflejan mejor el poder real que las cuotas en volumen: vid. la decisión *Nestlé/Perrier* de 22 de julio de 1992, núm. 40.

tengan «durante un período de una cierta duración».⁵⁸ Así, cuando las cuotas de mercado alcanzan o superan el ochenta por cien, según el Tribunal, demuestran por sí mismas la existencia de una posición dominante.⁵⁹ Cuando las cuotas se sitúan entre el cuarenta y el cincuenta por cien, procederá tomar en consideración otros factores, principalmente el número y la talla de las empresas competidoras. Cuanto más numerosos, más débiles y de menores dimensiones sean los competidores, menos importante debe ser la cuota de mercado para considerar que la empresa que la ostenta se halla en una posición dominante.⁶⁰

Así, el Tribunal de Justicia consideró que United Brands, con una cuota de mercado del cuarenta al cuarenta y cinco por cien, ostentaba una posición dominante, al ser esta cuota muy superior a la de su competidor mejor situado, y al confirmar otros factores que disponía de una independencia de comportamiento.⁶¹ De igual modo, con una cuota del cuarenta y siete por cien del mercado de las vitaminas A, Hoffmann-La Roche tenía una posición dominante, al ser esta cuota igual a la de la suma de las de sus dos principales competidores. En cambio, una cuota del cincuenta y uno por cien del mercado de las vitaminas B 3 no se consideró suficiente, al poseer un competidor el treinta por cien de ese mercado.⁶²

El Tribunal parece haber renunciado a este análisis matizado en la sentencia *AKZO III* de 3 de julio de 1991. Afirma en esta sentencia que una cuota de mercado del cincuenta por cien constituye por sí misma, y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición dominante.⁶³ Tal postura, que no tiene en cuenta la estructura general del mercado y su evolución con el transcurso del tiempo, ni la importancia de las barreras a la entrada, nos parece demasiado absoluta para poder ser admitida. Por otra parte, sorprende constatar que la Comisión, en la aplicación del Reglamento núm. 4064/89 hasta

58. Sentencia de 13 de febrero de 1979, considerandos 39-41. *Vid.* también la sentencia *Alsatel c. Novasam*, según la cual si bien la importancia de la cuota de mercado puede constituir un «indicio significativo de la existencia de una posición dominante, no es necesariamente un factor determinante de ello, sino que debe valorarse junto con otros factores» (considerando 19).

59. Sentencia *Hoffmann-La Roche (Vitaminas)*, considerando 56. *Vid.*, con anterioridad, pero de manera menos explícita, la sentencia *Suiker Unie* de 16 de diciembre de 1975, considerandos 379 a 382 y 452 a 457.

60. Sentencia *United Brands*, considerandos 40 a 112; sentencia *Hoffmann-La Roche (Vitaminas)*, considerando 48.

61. Considerando 111. En el asunto *Gøtttrup-Klim* de 15 de diciembre de 1994, el Tribunal de Justicia manifiesta que unas cuotas del treinta y dos y treinta y seis por cien de los mercados afectados, sin excluir, habida cuenta de la fuerza y del número de competidores, la existencia de una posición dominante, no pueden constituir por sí solas la prueba determinante de tal posición (considerando 48).

62. Sentencia *Hoffmann-La Roche (Vitaminas)*, considerandos 51 y 58.

63. Considerando 60.

la fecha, se abstiene de considerar que la mera tenencia de una cuota de mercado del cincuenta por cien supone una presunción de posición dominante.⁶⁴

En el asunto *Tetra Pak II*, el Tribunal de Primera Instancia ha considerado que el hecho de que Tetra Pak hubiera ostentado, durante un período de más de 15 años, una cuota de mercado del entorno del noventa por cien, le hacía ser un contratante obligatorio para sus clientes y le garantizaba la independencia de comportamiento característica de una posición dominante.⁶⁵

Unas cuotas de mercado del diez por cien como máximo excluyen, salvo circunstancias particulares, la existencia de una posición dominante.⁶⁶ Conforme al preámbulo del Reglamento núm. 4064/89, las operaciones de concentración entre empresas cuya cuota de mercado global no supere el veinticinco por cien «pueden considerarse compatibles con el mercado común».⁶⁷

2.º El aspecto temporal

La importancia del criterio de la cuota de mercado no debe hacer olvidar la necesidad de tener en cuenta la perspectiva dinámica. En efecto, la posesión de una cuota de mercado elevada no coloca a la empresa que la ostenta en una situación de fuerza si la misma no tiene un carácter duradero.⁶⁸ Por lo que respecta a las películas cinematográficas, la Comisión ha reconocido que las variaciones considerables de las cuotas de mercado de los distribuidores de un año a otro no reflejan necesariamente modificaciones de poder económico, sino más bien la suerte de haber tenido, en el transcurso de un año, películas que han atraído mayor número de espectadores.⁶⁹ Del mismo modo, la Comisión ha

64. *Vid.* especialmente las decisiones *Alcatel/AEG Kabel* de 18 de diciembre de 1991, núm. 24 y *Mannesmann/Hoesch* de 12 de noviembre de 1992, núm. 91. *Vid.* al respecto BOS, P., STUYCK, J. y WYTINCK, P., *op. cit.*, pp. 235-236 y 242.

65. Sentencia de instancia del 6 de octubre de 1994, considerando 109 (recurso de casación desestimado por sentencia de 14 de diciembre de 1996).

66. Sentencia *Metro c. SABA I* de 25 de octubre de 1977, considerando 17.

67. Considerando núm. 15.

68. Sentencia *Hoffmann-La Roche (Vitaminas)*, considerando 41. Analizando la Ley italiana, FRIGNANI, A. observa que si bien el criterio de la cuota de mercado puede recomendarse por su aparente simplicidad, se corre el riesgo de llegar a resultados aberrantes si su utilización no se combina con la de otros factores: FRIGNANI, A., PARDOLESI, R., PATRONI GRIFFI, A. y UBERTAZZI, P.L., *Commentario alla legge antitrust*, p. 337. Numerosos autores expresan las mismas reservas respecto al criterio de la cuota de mercado: *vid.* KORAH, V., *An Introductory Guide*, antes citado, p. 80, quien insiste en la necesidad de tener en cuenta las barreras a la entrada; *vid.* también, en los Estados Unidos: POSNER, R., *Market Power in Antitrust Cases*, 94 *Harv. L. Rev.*, 1981, p. 947, para quien «market share alone is misleading». Por tanto, no se puede por menos de lamentar la excesiva importancia dada por el Tribunal de Justicia a este criterio en la sentencia *AKZO III*.

69. Decisión *UIP* de 12 de julio de 1989, núm. 57.

considerado que la existencia de un monopolio en un mercado de futuro, que únicamente comienza a desarrollarse, no constituye una posición dominante si dicho mercado permanece abierto a la competencia y el monopolio no es más que temporal.⁷⁰

3.º Las barreras a la entrada

Las cuotas de mercado se orientan a revestir un carácter durable cuando se dificulta el acceso al mercado a los terceros que desean competir con las empresas que ya se encuentran en el mismo. Estas «barreras a la entrada» pueden ser el resultado de medidas legislativas o reglamentarias, de los datos inherentes al mercado afectado o del comportamiento de las empresas ya implantadas.

(i) Obstáculos legislativos o reglamentarios

Entre los obstáculos legislativos o reglamentarios, cabrá citar: la posesión de derechos de propiedad industrial, la existencia de un monopolio nacional, la exigencia de obtener una autorización para poder ejercer una actividad, las reglas de *numerus clausus*, ...⁷¹

(ii) Obstáculos inherentes al funcionamiento del mercado

Las barreras resultantes de datos inherentes al funcionamiento del mercado son variadas. Cabrá mencionar: la necesidad de disponer de una tecnología compleja, la dificultad de acceso a las materias primas o a los mercados, la existencia de importantes economías de escala en un mercado en el que la demanda es poco sensible a las variaciones de precios, la falta de propensión de los compradores a cambiar de proveedores, la cual puede, por sí sola, deberse a factores psicológicos, tales como la fidelidad a la marca,⁷² a factores técnicos, como la necesidad de proceder a largas pruebas antes de aceptar un nuevo proveedor,⁷³ o a prácticas restrictivas de los proveedores ya establecidos.⁷⁴

En todos estos casos, se está en presencia de un obstáculo o, al menos, de un coste adicional que grava a las empresas exteriores al mercado, sin gravar a las ya presentes.⁷⁵ Sin embargo, la Comisión y el Tribunal de Justicia tienen tendencia a ampliar la noción de barrera a la entrada para incluir en ella todo coste que debe ser soportado por los operadores de una industria dada, incluso si ese coste debe (o ha debido) ser soportado por los que ya están implantados. Como ejemplo de tales costes, puede citarse, la necesidad de importantes inversiones para poder producir o distribuir un producto determinado. Según la sentencia *United Brands*:

«... las barreras a la entrada de la competencia resultan sobre todo de las inversiones excepcionalmente importantes que exigen la creación y la explotación de plantaciones, de la necesidad de multiplicar las fuentes de abastecimiento para evitar las consecuencias de las enfermedades de las frutas y de las intemperies (huracanes, inundaciones), del establecimiento de una logística apremiante que la distribución de una mercancía muy perecedera necesita, de las economías de dimensión de las cuales el recién llegado sobre el mercado no puede beneficiar inmediatamente y de los costes absolutos de entrada que constituyen sobre todo, todos los gastos fijos de penetración en un mercado, tales como la implantación de una red comercial adecuada, el monto de las campañas publicitarias de gran envergadura, y todos los riesgos financieros cuyos gastos son perdidos en caso de fracaso de la tentativa».⁷⁶

(iii) Obstáculos resultantes del comportamiento de las empresas

74. En el asunto *Nestlé/Perrier*, la Comisión consideró que la concesión por los proveedores establecidos a sus clientes de descuentos que vinculan a los compradores a toda la gama de productos de cada proveedor aumentaba las barreras a la entrada: *vid.* núm. 95.

75. *Vid.* la definición clásica de STIGLER, G., «Barriers to Entry, Economies of Scale and Firm Size», *The Organization of Industry*, 1968, p. 67: «A cost of producing (at some or every rate of output) which must be borne by a firm which seeks to enter an industry but is not borne by firms already in the industry». *Vid.* también POSNER, R., «The Chicago School of Antitrust Analysis», *University of Pennsylvania Law Review*, 1979, p. 925.

76. Considerando 122. En la sentencia *Hoffmann-La Roche (Vitaminas)*, el Tribunal de Justicia también tuvo en consideración la importancia de las inversiones necesarias, si bien añadía que la capacidad de las fábricas estaba determinada teniendo en cuenta la expansión prevista para un largo período, de forma que se dificultaba el acceso al mercado para los nuevos productores: *vid.* considerando 48. La concepción según la cual la necesidad de elevadas inversiones para poder penetrar en un mercado constituiría una barrera a la entrada es censurada por KORAH, V., pp. 4-5.

70. Decisión *MSG Media Service* de 9 de noviembre de 1994, núm. 55.

71. Tal puede ser el caso de las empresas de radiotelevisión que disfrutaban de un monopolio legal (sentencia *CBEM* de 3 de octubre de 1985, considerando 18; en Italia, *vid.* la Ley de 6 de agosto de 1990, núm. 223).

72. En el asunto *Nestlé/Perrier*, la Comisión consideró que la notoriedad de las marcas de los tres productores franceses constituía un obstáculo al acceso de nuevas empresas: decisión de 22 de julio de 1992, núm. 96.

73. En la sentencia *Michelin* de 9 de noviembre de 1983, el Tribunal de Justicia subrayó que la compra de neumáticos constituye una inversión importante para una empresa de transporte, que necesita un tiempo considerable para asegurarse, en la práctica, de la rentabilidad de un tipo o de una marca de neumáticos, lo que suponía que Michelin tuviera una posición «poco vulnerable por la competencia», *vid.* considerando 56.

Finalmente, los obstáculos resultantes del comportamiento restrictivo de las empresas ya implantadas incluyen la amenaza de desencadenar una guerra de precios en caso de entrada de un competidor potencial, el mantenimiento deliberado de una capacidad excedentaria de producción, y cualesquiera prácticas dirigidas a reforzar la fidelidad de los clientes, ya sea por medio de gastos «excesivos» de publicidad, de descuentos de fidelidad, una diferenciación «artificial» de los productos.⁷⁷

Contrariamente a ciertos autores de la Escuela de Chicago,⁷⁸ pensamos que todas las barreras a la entrada, incluso las que no encuentran su origen en el comportamiento de las empresas establecidas, deben tenerse en consideración en la evaluación del poder en el mercado. El carácter restrictivo del comportamiento sólo tiene importancia cuando se trata de saber si se está en presencia de un abuso, pero no cuando se trata de saber si existe una barrera a la entrada.⁷⁹

4.º La integración vertical

En el asunto *United Brands*, el Tribunal de Justicia concedió gran importancia al elevado grado de integración vertical que caracterizaba a las actividades de esta empresa, la cual poseía sus propias plantaciones de bananas, recolectaba ella misma los frutos, los transportaba con la ayuda de su propia flota bananera, y los vendía en el mercado europeo a través de una red de distribución que controlaba estrechamente.⁸⁰ Si bien es cierto que, en este caso, la integración vertical de la que se beneficiaba *United Brands* le confería sin duda una ventaja sobre sus competidores, hay que abstenerse de cualquier generalización en este ámbito. El hecho de estar integrada aguas arriba o aguas abajo no aumenta en sí el poder de una empresa en el mercado. Sólo en la medida en que la integración reduzca la posibilidad de los terceros de acceder a las actividades en cuestión se producirá un efecto de exclusión en éstos.⁸¹

77. Sobre la cuestión, *vid.* STUYCK, J., *Product Differentiation*, Deventer, 1983, espec. pp. 21 a 23. *Vid.* la decisión *Nestlé/Perrier* de 22 de julio de 1992, núms. 95 (política de descuentos), 96 y 97 (gastos publicitarios) y 98 (reacciones comunes a la entrada de recién llegados).

78. BORK, R., *The Antitrust Paradox*, p. 329; WILLIAMSON, O., *Markets and Hierarchies*, Nueva York, 1975, pp. 11 y ss.

79. En nuestro sentido: GYSELEN, L. y KYRIAZIS, N.O., artículo citado, nota 45, *supra*, *ELR*, 1986, pp. 134, 141.

80. Considerandos 70 a 96.

81. Retomando el pintoresco ejemplo de BADEN FULLER, C.W.F., el hecho de que el fabricante de trampas de ratones de madera posea un bosque únicamente refuerza su poder de mercado si existen dificultades para procurarse madera en el mercado (artículo

5.º La capacidad financiera

La capacidad financiera (o *deep pocket*) se cita a menudo entre los factores que contribuyen al poder de una empresa en el mercado. Se menciona expresamente en el apartado 1 (b) del artículo 2 del Reglamento núm. 4064/89 entre los elementos a tomar en consideración en la apreciación de las concentraciones.

A nuestro juicio, la capacidad financiera merece tenerse en cuenta en la medida en que es susceptible de ejercer una incidencia en la posición competitiva de la empresa en el mercado (principalmente, situándola en condiciones de desencadenar una guerra de precios, sabiendo que podrá resistir más tiempo que sus competidores, o permitiéndole aumentar sus ventas afectando importantes sumas a la publicidad o al desarrollo de numerosos productos). Sin embargo, son las consecuencias de la capacidad financiera, singularmente en la medida en que contribuyen a reforzar las barreras a la entrada, más que la propia capacidad financiera, las que constituyen el criterio pertinente.

b) Criterios estructurales no considerados

240. El hecho de ser el mayor productor mundial de un producto concreto no constituye el indicio de una posición dominante. En efecto, procede tener únicamente en cuenta las actividades en el mercado considerado.⁸² Esta postura parece haberse matizado un poco en la sentencia *Bodson c. Pompes funèbres* de 4 de mayo de 1988. El Tribunal de Justicia declara, en dicha sentencia, que, como el concepto de posición dominante hace referencia a una situación de hecho, procederá tomar en consideración no sólo el poder económico del grupo afectado en el mercado de que se trata, sino también su situación en los municipios en los que no sea el concesionario exclusivo.⁸³

El hecho de producir una gama más amplia que los competidores tampoco es un indicio pertinente cuando no permite economizar en materia de costes de producción y de distribución y los competidores no encuentran dificultad en introducir en el mercado, junto a los pro-

citado, nota 45, *supra*, *ELR*, 1979, pp. 423, 440). En el asunto *Mannesmann/Hoesch* de 12 de noviembre de 1992, la Comisión consideró que la integración vertical de las empresas, aunque era total, no suponía una ventaja significativa.

82. Sentencia *United Brands*, considerandos 97 y 98; sentencia *Hoffmann-La Roche (Vitaminas)*, considerando 47. Sobre el concepto de mercado de referencia, *vid. infra*, núm. 248 a 264.

83. Considerando 27.

ductos que fabrican, otros productos que compran a sus fabricantes respectivos.⁸⁴

El Tribunal de Justicia rechazó atribuir relevancia a la circunstancia de que una empresa había logrado mantener, a pesar de una viva competencia, la cuota de mercado en gran medida intacta. Para el Tribunal, tal mantenimiento podría «igualmente ser la consecuencia o bien de una actitud concurrencial eficaz o bien de una posición que garantiza a la empresa de que se trata una posibilidad de determinar su comportamiento con independencia de la competencia».⁸⁵ Si bien esta afirmación es exacta en sí misma, no debe ignorarse que el mantenimiento de la cuota de mercado puede constituir una señal de la existencia de barreras a la entrada. En tal caso, serán esas barreras las que constituirán el elemento a tomar en consideración para pronunciarse sobre la existencia de una posición de dominio.⁸⁶

c) El poder compensatorio

241. En el marco del apartado 3 del artículo 85 la Comisión ha reconocido que la existencia de compradores con poder y bien informados podía constituir un contrapeso a una concentración excesiva de la oferta y podía justificar, de este modo, la concesión de una exención.⁸⁷ Al margen de una breve mención en la sentencia *Michelin*, en la que el Tribunal de Justicia desestima este argumento sin motivación alguna,⁸⁸ no hay precedente sobre este problema en el marco del artículo 86. En las decisiones en aplicación del Reglamento núm. 4064/89, la Comisión tiene en cuenta habitualmente el poder compensatorio que los compradores están en condiciones de ejercer.⁸⁹

84. Sentencia *Hoffmann-La Roche (Vitaminas)*, considerando 46. *Vid.* no obstante la sentencia *Michelin*, considerando 55, en la que el Tribunal de Justicia destaca entre las «ventajas» de las que se beneficiaba Michelin la extensión particular de su gama de productos.

85. Sentencia *Hoffmann-La Roche* antes citada, considerando 44.

86. En el asunto *United Brands*, el Tribunal de Justicia puso de manifiesto que, a pesar de sus esfuerzos, los competidores no habían logrado aumentar sus cuotas de mercado de forma significativa (considerando 117). El Tribunal no manifiesta, sin embargo, si la resistencia de *United Brands* a esos ataques se debía a un comportamiento competitivo o a las ventajas que le proporcionaban su cuota de mercado, su estructura integrada y su avance tecnológico.

87. *Vid.* también al respecto, *infra*, núm. 914.

88. Considerando 59.

89. *Vid.* por ejemplo la decisión *Alcatel/Telettra* de 12 de abril de 1991, en la que la Comisión tuvo en cuenta la fuerte posición de Telefónica como comprador de equipos de telecomunicación en España. *Vid.* también las decisiones *Pechiney/Usinor-Sacilor* de 24 de junio de 1991, núm. 30.

§ 2. Los criterios de comportamiento: su función

242. En su memorándum de 1 de diciembre de 1965 sobre el problema de la concentración en el mercado común,⁹⁰ la Comisión atribuía una importancia preponderante a los criterios de comportamiento. Renunciaba a todo criterio estructural, llegando incluso a rechazar expresamente la importancia de la cuota de mercado para la determinación de la existencia de una posición dominante. Es en términos de *comportamiento en el mercado*, principalmente por la capacidad de ejercer una influencia en el mercado, como la Comisión definía dicho concepto. Según el memorándum:⁹¹

«El dominio del mercado no puede definirse únicamente a partir de la cuota de mercado que ocupa una empresa o de otros elementos cuantitativos de una estructura del mercado considerado. Es, en primer término, un poder económico, es decir, la facultad de ejercer sobre el funcionamiento del mercado una influencia notable y, en principio, previsible para la empresa dominante. Esa facultad económica de una empresa dominante influye sobre el comportamiento y las decisiones económicas de otras empresas, sea o no utilizada en un sentido determinado. Una empresa que puede eliminar, en el momento en que lo desee, a las demás empresas competidoras del mercado puede ya disponer de una posición dominante y determinar de manera decisiva el comportamiento de las otras empresas, aun cuando su propia cuota de mercado no sea todavía relativamente significativa».

En consecuencia, para la Comisión, lo que caracterizaba a la posición dominante era esencialmente los medios de acción de que dispone la empresa, su facultad de ejercer una influencia notable en el mercado.

La Comisión recurrió a esta interpretación en su decisión de 9 de diciembre de 1971 en el asunto *Continental Can*. Después de haber dejado sentado que la posición dominante implica la posibilidad de comportamientos independientes, la Comisión añadió «que ello es así cuando, por razón de su cuota de mercado o de su cuota del mercado ligada con alguna disposición de conocimientos técnicos, de materias primas o de capitales, ellas (las empresas en posición dominante) tienen la posibilidad de determinar los precios o de controlar la

90. «Le problème des concentrations dans le marché commun», *Etudes, Série Concu-*
rence, núm. 3, 3.ª parte, Bruselas, 1966.

91. Núm. 22.

producción o distribución de una parte importante de los productos en cuestión».⁹²

En la sentencia pronunciada en este asunto, el Tribunal de Justicia no definió con precisión la posición dominante, sino que se limitó a declarar que existía abuso cuando la posición dominante se reforzaba «hasta el punto de que el grado de dominación así alcanzado obstaculizaría sustancialmente la competencia».⁹³ El Tribunal parecía, así pues, dar prioridad a una concepción estructural de la posición dominante.

Si bien los criterios estructurales también fueron considerados de modo principal en la sentencia *United Brands*, el Tribunal afirma no obstante en dicha sentencia la necesidad de examinar «la situación concurrencial en dicho mercado», añadiendo que, «al hacerlo, puede ser útil el tomar eventualmente en consideración hechos que han sido evocados a título de comportamientos abusivos sin que se les tenga necesariamente que reconocer este carácter».⁹⁴ En este orden de ideas, el Tribunal destaca las «campañas de publicidad y promoción masivas y repetidas que han llevado al consumidor a dar su preferencia» a *United Brands*, así como el hecho de que, a pesar de sus esfuerzos, los competidores de *United Brands* «no han logrado aumentar su cuota de mercado de manera significativa en los mercados nacionales atacados».⁹⁵ En cambio, el Tribunal se niega a considerar que las pérdidas temporales sufridas por *UBC* demostraban la inexistencia de una posición dominante.⁹⁶

En la sentencia *Hoffmann-La Roche*, el Tribunal de Justicia da un paso más hacia el reconocimiento de la importancia de los criterios de comportamiento al afirmar que la posición dominante «no excluye que se dé una cierta competencia, pero coloca a la empresa que se beneficia de ella en condiciones, si no de decidir, por lo menos de influir notablemente sobre las condiciones en las que la referida competencia se desarrolla y, en cualquier caso, de comportarse en gran medida sin necesidad de tenerla en cuenta y sin que, no obstante lo cual, esta actitud le perjudique».⁹⁷ De ello se desprende que la «obligación para una empresa de bajar sus precios, resultado de la presión de las bajadas llevadas a iniciativa de sus competidores, es, por lo general, incompatible con la independencia de comportamiento característica de una posición dominante».⁹⁸

Si en sus decisiones recientes la Comisión se refiere esencialmente a los criterios de estructura, cuando éstos no permiten llegar a conclusiones suficientemente seguras recurre a los criterios de comportamiento. En su decisión *Napier Brown-British Sugar* de 18 de julio de 1988, confrontada a una cuota de

92. Vid. punto II.3.

93. Sentencia de 21 de febrero de 1973, considerando 26.

94. Considerandos 67 y 68.

95. Considerandos 91 y 117.

96. Considerando 126. Vid. en el mismo sentido la sentencia *Michelin* de 9 de noviembre de 1983, considerando 59.

97. Considerando 39. Vid. también la sentencia *Michelin* de 9 de noviembre de 1983, considerando 48.

98. Considerando 71.

mercado del cincuenta y ocho por cien ostentada por *British Sugar* y del treinta y siete por cien de su principal competidor, la Comisión subraya que *British Sugar*, gracias a su estructura de costes más ventajosa, se beneficiaba de una posición de piloto (*price leader*) en el mercado afectado, a pesar de la cuota de mercado relativamente importante de su competidor.⁹⁹ En el asunto *BB/BOOSEY & HAWKES* de 29 de julio de 1987, la Comisión afirma que «una significativa cuota de mercado no basta para crear una presunción de dominio», si bien añade que «si el fabricante que disfruta de tal cuota consigue controlar los precios o restringir el acceso de nuevos competidores al mercado, podrán cumplirse los requisitos del artículo 86». A este respecto, la Comisión toma en consideración la fuerte tendencia por parte de los compradores hacia los productos de *BOOSEY & HAWKES* a pesar de sus precios más elevados, la influencia que *BOOSEY & HAWKES* podía ejercer sobre el acceso de posibles competidores debido a la dependencia de los minoristas de él, su adelanto técnico, su experiencia y, finalmente, la probabilidad de éxito del ejercicio de su poder en el mercado.¹⁰⁰

Cabe constatar que los criterios de comportamiento se toman en consideración para confirmar las conclusiones que se desprenden del análisis estructural y para completar a éstas cuando los criterios estructurales no permiten una solución segura. Ambos métodos no se excluyen entre sí.¹⁰¹ Por otra parte, la oposición entre ellos es más aparente que real, habida cuenta de las estrechas interferencias que existen entre comportamiento y estructura.¹⁰² En efecto, sólo se concibe un comportamiento independiente si quien lo adopta posee una posición suficientemente importante en el mercado.

§ 3. La dependencia económica: la teoría del contratante obligatorio

243. La dificultad de aplicar el método estructural en los casos en los que el mercado relevante no puede definirse con certeza ha llevado a algunos autores a preconizar la adopción de una concepción relativa de la posición dominante, consistente en el vínculo de dependencia que existe entre dos partes, una de las cuales se presenta como el «contra-

99. Núms. 51 a 53.

100. Núm. 18.

101. SCHRÖTER, H., «Le concept de position dominante dans l'application des articles 66, paragraphe 7, du traité CECA et 86 du traité CEE», en *La réglementation du comportement des monopoles et des entreprises dominantes en droit communautaire*, Semana de Brujas 1877, Brujas, 1978, pp. 434, 453.

102. SHERER, F., *Industrial Market Structure*, Chicago, 1970; SULLIVAN, L.A., *Handbook of the Law of Antitrust*, S. Pablo, 1977, pp. 22 y ss.

tante obligatorio» de la otra.¹⁰³ Este nexo puede resultar de diferentes circunstancias, algunas de las cuales son exteriores al comportamiento de las partes (monopolio legal, penuria, necesidad de un comerciante de disponer en su surtido de un producto que es objeto de una gran demanda), mientras que otras pueden ser propias de la empresa dependiente (imposibilidad de recurrir a otros métodos de fabricación, dificultad de encontrar otro contratante, importancia del volumen de negocios realizado con el contratante dominante, carácter esencial de esta cuota para la supervivencia de la empresa dependiente, larga duración de las relaciones contractuales).¹⁰⁴

La Comisión ha recurrido en varias ocasiones al concepto de «dependencia».

En la decisión *General Motors* de 19 de diciembre de 1974, la Comisión estimó que la empresa en cuestión ocupaba una posición dominante en la medida en que todo importador paralelo de un vehículo General Motors en Bélgica estaba legalmente obligado a dirigirse a ella para obtener el certificado de conformidad necesario para que tal vehículo pudiera circular por la red de carreteras belga.¹⁰⁵

En la decisión *ABG-Empresas petroleras en los Países Bajos* de 19 de abril de 1977,¹⁰⁶ la Comisión afirma que debido a la situación de penuria creada por la crisis petrolera de 1973, los distribuidores independientes implantados en los Países Bajos «habían perdido de hecho cualquier posibilidad real de aprovisionarse, por otra parte, de las compañías que disponían de capacidad para refinar en los Países Bajos», lo que colocaba a cada una de estas sociedades en una posición dominante frente a sus clientes regulares.

En la decisión *Hugin/Lipton* de 8 de diciembre de 1977, la Comisión declara que Hugin ostentaba una posición dominante en sus relaciones con las empresas especializadas en el mantenimiento y la reparación de sus máquinas, al no disponer tales empresas de otra fuente de abastecimiento de piezas de recambio destinadas a esas máquinas que la propia Hugin.

Finalmente, en la decisión *Magill TV Guide* de 21 de diciembre de 1988, la Comisión estima que la situación de dependencia económica existente entre las empresas deseosas de publicar guías de programación televisada y las organi-

103. GLAIS, M. y LAURENT, P., *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, París, 1983, pp. 286-289; GLAIS, M., «Les concepts de "relevant market" et de "dépendance économique" au regard de l'article 86 du Traité de Rome», *RMC*, 1987, p. 203; HOET, P., «Domination du marché ou théorie du partenaire obligatoire», *RMC*, 1989, p. 135.

104. GLAIS, M., artículo citado, p. 206; HOET, P., artículo citado p. 156.

105. *Vid.* en el mismo sentido la sentencia *British Leyland* de 11 de noviembre de 1986, que señala expresamente la existencia de una «situación de dependencia económica característica de una posición dominante» (considerando 9).

106. Punto II.A.

zaciones de televisión confería a cada una de estas últimas una posición dominante respecto a los editores de guías.¹⁰⁷

Esta concepción, que conduce a declarar la existencia de posiciones dominantes en mercados extremadamente reducidos (tales como el «mercado de los certificados de conformidad para vehículos General Motors importados paralelamente» o el de las «piezas de recambio que pueden ser utilizadas para la reparación o el mantenimiento de máquinas Hugin») ha sido aceptada por el Tribunal de Justicia con reservas.

En el asunto *Metro-SABA I*, el Tribunal de Justicia desestimó el argumento según el cual la calidad de los productos SABA creaba una situación de «dependencia respecto al surtido», en la medida en que incitaba a los distribuidores a incluir estos productos en su gama. A juicio del Tribunal, no se trata de un «elemento susceptible de permitir al productor actuar, en gran medida, sin necesidad de tener en cuenta la actitud de sus competidores y, en consecuencia, de garantizarle una posición dominante» sino de un «instrumento de competencia entre otros». Si bien cabe encontrar alusiones al concepto de «contratante obligatorio» en las sentencias *United Brands*,¹⁰⁸ *Hoffmann-La Roche*,¹⁰⁹ y *Michelin*,¹¹⁰ no se trataba de consideraciones fundamentales para motivar la decisión, ya que la posición dominante estaba suficientemente probada por la utilización de los criterios de estructura y de comportamiento. En cambio, en los asuntos en los que la decisión de la Comisión sólo se fundamentaba en la noción de dependencia, el Tribunal ha anulado en general la decisión, si bien por motivos ajenos al problema examinado.¹¹²

107. Núm. 22.

108. Sentencia de 23 de julio de 1976, considerando 17. Recuérdese que la empresa SABA sólo poseía el diez por cien del mercado a nivel de los consumidores finales. *Vid.* al respecto la nota crítica de VAN EMPEL, M., *SEW*, 1978, pp. 421, 428, quien subraya que el Tribunal de Justicia tiene en cuenta únicamente la posición de los fabricantes frente al consumidor final, mientras que se trataba de saber, en este caso concreto, si SABA podía ser considerada dominante en sus relaciones con sus distribuidores debido a la reputación adquirida por sus productos ante los consumidores.

109. Considerando 93: «Que, de esta manera, ha adquirido una posición privilegiada al hacer de Chiquita la primera marca de bananas en el mercado en cuestión con la consecuencia de que el distribuidor no puede dejar de ponerla a disposición del consumidor».

110. Considerando 41: «La posesión de una cuota de mercado muy importante sitúa a la empresa que la ostenta (...) en una posición de fuerza que la convierte en contratante obligatorio y que (...) le garantiza (...) la independencia de comportamiento característica de una posición dominante».

111. Considerando 56: «Se desprende de tal situación que un revendedor establecido en los Países Bajos no podrá normalmente verse impedido a vender neumáticos Michelin».

112. Sentencia *General Motors* de 13 de noviembre de 1975; sentencia *BP Nederland* de 29 de junio de 1978; sentencia *Hugin* de 31 de mayo de 1979. Sólo es en el asunto *Magill TV Guide*, donde el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia han desesti-

Entendemos que la prudencia del Tribunal de Justicia se halla justificada. Las normas de competencia no tienen como principal objetivo proteger a los competidores, sino más bien a la competencia.¹¹³ Cuando la situación de dependencia resulta de las circunstancias propias de una empresa, tales como la importancia relativa del volumen de negocios realizado con su contratante o la larga duración de sus relaciones, no consideramos que el artículo 86 sea un instrumento adecuado para paliar las dificultades que pudiera suponer para ella una interrupción de tales relaciones. Incluso en el supuesto de que la dependencia resultara de circunstancias extrínsecas, como en los casos que han dado lugar a las decisiones de la Comisión, es preciso tener en cuenta que el hecho de que una empresa sea el contratante obligatorio de otra no excluye que esté sometida a la presión de la competencia ejercida por otras empresas, y que esta presión beneficie indirectamente a la empresa dependiente. Así, el hecho de que el comprador de una máquina dependa de su vendedor para el suministro de piezas de recambio no impide que el vendedor esté expuesto a la posibilidad de perder su cliente, cuando se trate de comprar una nueva máquina, si el servicio de piezas de recambio no se ha prestado en condiciones satisfactorias.¹¹⁴ De ello se desprende que el criterio de dependencia debe ser manejado con suma prudencia si se quiere evitar llegar a una desviación del sistema del artículo 86.

§ 4. Problemas particulares

a) Posición dominante y monopolio

244. Al definir la posición dominante como «la posibilidad de actuar, en gran medida, de manera independiente respecto a los competidores, a los clientes y, en definitiva, a los consumidores», el Tribunal de Justicia pone de manifiesto claramente que la posición de dominio no se identifica con el monopolio. Por otro lado, afirma expresamente que

mado los recursos interpuestos contra la decisión de la Comisión (vid. a propósito de este asunto *infra*, núms. 846 a 849).

113. Tal y como lo ha declarado el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el asunto *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 320 (1962).

114. Es lo que los economistas llaman el «principio de extrapolación»: los compradores extrapolan al futuro el trato que reciben del vendedor, lo que incita a éste a tratar a sus clientes actuales de un modo equitativo: vid. GYSELEN, L. y KYRIAZIS, N., artículo citado, nota 15, *supra*, *ELR*, 1986, pp. 134, 143. Respecto a una censura del criterio de dependencia económica, vid. KORAH, V., *An Introductory Guide*, ya citado, pp. 75 a 78.

«no es necesario que una empresa haya eliminado toda posibilidad de competencia para estar en situación de posición dominante».¹¹⁵

Ya en su memorándum de 1965,¹¹⁶ la Comisión afirmaba «que, por regla general, la empresa que es el *price leader* en un oligopolio debía estar en posición dominante en el mercado».

Se hacía la misma distinción en la decisión *GEMA* de 2 de junio de 1971, la cual no cuestiona la posición dominante de GEMA, sino que le reprocha «pretender hacer de su posición dominante un monopolio absoluto».

La decisión *Continental Can* de 9 de diciembre de 1971, sin referirse explícitamente a la distinción evocada, se fundamentaba en ella cuando, después de haber constatado que Continental Can tenía una posición dominante en el mercado común, la Comisión decidía que la adquisición por dicha empresa de su principal competidor constituía un abuso en la medida en que suprimía la competencia existente.¹¹⁷

Esta interpretación nos parece justificada cuando se trata de permitir el control de comportamientos orientados a la eliminación de competidores.¹¹⁸ En efecto, ni la letra ni el espíritu del Tratado ordenan asimilar posición dominante y monopolio; antes bien, una interpretación extensiva del concepto de posición dominante permite alcanzar las situaciones en las que la competencia, ya debilitada, podría ser dañada, con carácter duradero, por el comportamiento de una empresa que ostenta una posición de fuerza respecto a sus rivales. En cambio, cuando el abuso consiste en la explotación por la empresa de su poder en perjuicio de los proveedores o de los consumidores, se debe exigir un grado más elevado de dominación para poder intervenir en virtud del artículo 86, al implicar tal explotación, para poder triunfar, la desaparición casi total de toda alternativa real como contrapartida.

Si bien la existencia de una posición dominante no implica necesariamente la de un monopolio, la existencia de un monopolio implica normalmente, de hecho,¹¹⁹ la de una posición dominante. Ello es así cualquiera que sea el origen del monopolio considerado. El artículo 86

115. Sentencia *United Brands*, considerando 65 y 113.

116. Tercera parte, núm. 22.

117. Citada *supra*, nota 92, punto II.23.

118. WAELEBROECK, M., «La notion d'entreprise(s) en position dominante et les méthodes de contrôle en droit comparé. Rapport général», en *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire*, Semana de Brujas 1977, pp. 110, 125-126; vid. también MARKERT, K., *Informe nacional alemán, ibid.*, pp. 195, 203.

119. En teoría, se podría concebir que una empresa monopolística no ocupe una posición dominante si el acceso de los terceros al mercado es completamente libre. En la práctica, tal situación es, sin duda, excepcional.

se aplica no solamente cuando el monopolio es imputable a la actividad de la empresa, sino también cuando resulta de disposiciones legislativas o reglamentarias.¹²⁰

Varias empresas pueden ostentar un monopolio al abarcar, en su conjunto, todo el territorio de un Estado miembro.¹²¹

Si una empresa pública contemplada en el apartado 2 del artículo 90 del Tratado ostenta un monopolio, las prohibiciones del artículo 86 operarán, por lo que respecta al comportamiento de esa empresa en el mercado, en tanto en cuanto no se demuestre que son incompatibles con el cumplimiento de la misión particular de la empresa de que se trate.¹²²

La aplicabilidad del artículo 86 supone que el comportamiento inculminado sea imputable a la empresa en monopolio. Si este comportamiento encuentra su origen en una medida de la autoridad pública, el artículo 90 podrá serle aplicado.¹²³

En el asunto *General Motors*, el Tribunal de Justicia puso de relieve que el Estado belga, al reservar exclusivamente al constructor de un vehículo automóvil o a su mandatario la misión de controlar la conformidad de sus vehículos con las normas belgas, no había adoptado ninguna disposición con el fin de determinar o limitar el canon percibido como contrapartida de la prestación realizada. Esta exclusividad legal, combinada con la libertad de fijación de precios, suponía la constitución de una posición dominante.¹²⁴ A la inversa, en el asunto *BP Nederland*, el Tribunal tomó en consideración el hecho de que los poderes públicos neerlandeses habían adoptado medidas apropiadas para obligar a las empresas petroleras a suministrar sus productos a los distribuidores independientes.¹²⁵

Si la autoridad pública está en condiciones, por medio del monopolio, de controlar, dirigir o influenciar sensiblemente los intercambios comerciales entre los Estados miembros, las actividades de dicho mo-

120. Sentencia *CBEM* de 3 de octubre de 1985, considerando 18. *Vid.* también sentencia *GB-Inno-BM c. ATAB* de 16 de noviembre de 1977, considerando 33; sentencia *Italia c. Comisión* de 20 de marzo de 1985 (asunto *British Telecom*), considerando 18; sentencia *Bodson c. Pompes funèbres* de 4 de mayo de 1988, considerando 26; sentencia *ERT* de 18 de junio de 1991, considerando 31.

121. Sentencia *Centre d'insémination de la Crespelle* de 5 de octubre de 1994, considerando 17.

122. Sentencia *Sacchi* de 30 de abril de 1974, considerando 15. *Vid.* también *infra*, núms. 286 a 291.

123. Sentencia *Bodson c. Pompes funèbres*, antes mencionada.

124. Sentencia de 13 de noviembre de 1975, considerandos 7 a 9. *Vid.* en el mismo sentido la sentencia *British Leyland* de 11 de noviembre de 1986, considerando 9.

125. Sentencia de 29 de junio de 1978, considerandos 35 a 40.

opolio estarán reguladas por el artículo 37,¹²⁶ sin perjuicio de la aplicación del artículo 86 si puede imputarse el comportamiento reprochado a la empresa que ostenta el monopolio.¹²⁷

b) Posición dominante y oligopolio

245. El Tribunal de Justicia todavía no se ha posicionado con claridad sobre la cuestión de si puede considerarse que los miembros de un oligopolio ocupan una posición dominante colectiva en el sentido del artículo 86.¹²⁸ Al referirse el artículo 86 explícitamente a la posibilidad de que el abuso sea por parte de «una o más empresas», parece apuntarse la posibilidad de aplicarlo a las situaciones en las que los vínculos de interdependencia entre los miembros del oligopolio hacen que su comportamiento difiera del que existiría en un régimen de competencia eficaz. En efecto, el carácter atenuado de la competencia entre los miembros de semejante oligopolio puede producir efectos perjudiciales para los consumidores, tales como la imposición de precios anormalmente elevados o de condiciones de transacción no equitativas, o incluso la limitación de la producción o del desarrollo técnico. En la medida en que estos efectos sean la consecuencia de la posición monopolística que las empresas ocupan colectivamente, a nuestro juicio, el artículo 86 debería poder serles aplicado.

En su informe de 10 de diciembre de 1975 sobre el comportamiento de las empresas petroleras en la Comunidad durante la crisis del otoño-invierno de 1973-1974,¹²⁹ la Comisión estimó que durante dicho período, y a raíz de la decisión de los países árabes de reducir su producción y de no abastecer a los Países Bajos, las sociedades petroleras internacionales disponían colectivamente

126. Sentencia *Bodson c. Pompes funèbres* de 4 de mayo de 1988, considerando 13; sentencia *Ayuntamiento de Almelo* de 27 de abril de 1994, considerando 29; sentencia *Banchero* de 14 de diciembre de 1995, considerando 26.

127. En el sentido de que los monopolios a que se refiere el artículo 37 pueden ser, aunque no necesariamente, empresas dominantes en el sentido del artículo 86, *vid.*: ZULEEG, M., «Die Umformung der Handelsmonopole», en *Der Beitrag des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften zur Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes*, Baden-Baden, 1981, pp. 29, 48. Sobre la compatibilidad de los monopolios con el artículo 90, *vid. infra*, núm. 305.

128. Sobre el problema de la aplicabilidad del artículo 86 a una posición dominante colectiva resultado de una práctica colusoria, *vid. supra*, núm. 236. Respecto al «paralelismo oligopolista», *vid.* MÖSCHEL, W., *Der Oligopolmissbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Tübinga, 1974 y, tras de él, OSTI, C., *Antitrust e oligopolio*, Bologna, 1995. *Vid.* también WELBROECK, D., «La notion de position dominante collective», en *Cuestiones actuales de Derecho comunitario europeo*, vol. III, Córdoba, 1995, p. 301.

129. *Collection Etudes*, serie *Concurrence*, núm. 26.

de una posición dominante en el mercado neerlandés. En el marco de esta posición dominante colectiva, la Comisión consideró que cada empresa petrolera ostentaba una posición dominante individual respecto a sus propios clientes, al encontrarse éstos en la imposibilidad de abastecerse de otras compañías petroleras.¹³⁰ Sin embargo, en su decisión *ABG-Empresas petroleras en los Países Bajos* de 19 de abril de 1977, relativa a los mismos hechos, la Comisión ya no estimó que había posición dominante colectiva sino posición dominante individual de cada sociedad respecto a sus clientes habituales.¹³¹ Esta decisión fue anulada por sentencia de 29 de junio de 1978 en el asunto *BP Nederland*,¹³² no obstante, la censura del Tribunal de Justicia no se refiere a la declaración de la existencia de una posición dominante, sino únicamente a la de un abuso.

En la sentencia *Hoffmann-La Roche (Vitaminas)* de 13 de febrero de 1979, el Tribunal de Justicia parece haber descartado la posibilidad de aplicar el artículo 86 a un oligopolio. En esta sentencia el Tribunal subraya la necesidad de distinguir la posición dominante de «los comportamientos paralelos propios de las situaciones de oligopolio, por cuanto que en un oligopolio los comportamientos se influyen recíprocamente mientras que en el caso de una posición dominante el comportamiento de la empresa que la ostenta, en gran medida, se determina unilateralmente».¹³³

Pensamos que, si hubiera que interpretar que este extracto excluye la aplicación del artículo 86 al comportamiento paralelo de los miembros de un oligopolio, ello conduciría a limitar indebidamente su campo de aplicación. El hecho de que el paralelismo sea la consecuencia de la interdependencia entre los miembros del oligopolio no impide –bien al contrario– que estos últimos puedan presentarse, en sus relaciones con sus clientes, como una sola unidad y que su comportamiento revele, a este respecto, un grado de independencia característico de la existencia de una posición dominante.¹³⁴ Este resultado no será, sin embargo, la

130. *Id.*, pp. 151-152 del informe.

131. La Comisión utilizó en esta ocasión el criterio de la dependencia. *Vid. supra*, núm. 243.

132. La decisión de la Comisión ha sido objeto de severas críticas: *vid. WILLIAMS, P.L., «The ABG Decision: Competition or Fair shares?», Journal of Business Law*, 1977, p. 294; STEINDORFF, E., «Product Shortages, Allocation and Price Control under Article 86 of the EEC Treaty», *CML Rev.*, 1978, p. 35.

133. Considerando 39. En opinión de KORAH, V., «Concept of a Dominant Position Within the Meaning of Article 86», *CML Rev.*, 1980, pp. 395, 398, el Tribunal de Justicia en la sentencia *Hoffmann-La Roche* habría «rechazado firmemente» el concepto de que un oligopolio pueda ocupar una posición dominante colectiva. No estamos convencidos de que se pueda ser tan categórico.

134. *Vid. SCHEUFELE, H., «Zum Missbrauchsverbot des Artikels 86 EWGV», RIW*, 1979, pp. 813, 823. Sobre la problemática del abuso de posición dominante colectiva, *vid.*

consecuencia inevitable de la existencia del monopolio, sino más bien de su comportamiento. No hay que, por lo tanto, limitarse a un análisis estructural sino que conviene verificar si la conducta de los oligopolistas es, de hecho, contraria a la competencia. De ello se deduce que la existencia de la posición dominante y su abuso son, en este caso, estrechamente interdependientes.¹³⁵

El concepto de posición dominante colectiva juega también un papel importante en materia de control de las concentraciones. Determinadas fusiones pueden favorecer el brote de una colusión entre competidores o la adopción de comportamientos paralelos, incluso no concertados, dado que reducen el número de competidores, o que erigen barreras a la entrada de nuevas empresas. Por consiguiente, es necesario poder utilizar los instrumentos jurídicos que permiten controlar las concentraciones con el objeto de prevenir la aparición de situaciones que creen fuertes incitaciones a un comportamiento de colusión expresa o tácita.¹³⁶

Haciéndose eco de esta preocupación, el Derecho alemán enuncia una presunción de incompatibilidad respecto a las concentraciones que supongan que las tres principales empresas posean una cuota de mercado, como mínimo, del cincuenta por cien o que las cinco principales empresas ostenten una cuota de mercado, por lo menos, de dos tercios.¹³⁷ Asimismo, en el Reino Unido, la teoría del «monopolio complejo» permite prohibir las concentraciones que conduzcan a un aumento del carácter oligopolístico del mercado.¹³⁸

La Comisión ha aplicado el concepto de posición dominante colectiva por primera vez en el asunto *Nestlé/Perrier* para justificar la imposición de severas condiciones para la aprobación de una fusión que hubiera desembocado en la creación de una posición dominante duopolística en el mercado francés de las aguas minerales embotelladas. La Comisión consideró que la importancia de la posición de las empresas de que se trataba en el mercado, la existencia de instrumentos de transparencia que facilitaban una coordinación tácita, el que los dos operadores que quedarían en el mercado serían similares en cuanto a su importancia y naturaleza, la similitud de los costes, la baja elasticidad de la

también: STEINDORFF, E., «Product Shortages, Allocation and Price Control Under Article 86 of the EEC Treaty», *CML Rev.*, 1978, p. 35; FLINT, D., «Abuse of a Collective Dominant Position», *LIEI*, 1978/2, p. 21.

135. JOLIET, R., *Monopolization and Abuse of Dominant Position*, Lieja, La Haya, 1970, p. 240. *Vid.* también PIGASSOU, P., *Les oligopoles et le droit*, París, 1984, pp. 107-108, que señala que, para la doctrina americana, no existe necesariamente una relación desfavorable entre el nivel de concentración en un sector y su eficacia.

136. 16.º Inf. Comp., núms. 331 a 333.

137. *Vid.* el artículo 22 (3) (2) de la GWB.

138. JONES, C. y GONZÁLEZ-DÍAZ, E., *The EEC Merger Regulation*, Bruselas, 1992, p. 172.

demanda respecto al precio y la falta de previsión de nuevos descubrimientos tecnológicos, supondrían la creación de una posición dominante duopolística que impediría, de manera significativa, la competencia efectiva, y que, muy probablemente, perjudicaría considerablemente a los consumidores.¹³⁹

En los asuntos *Langnese-Iglo* y *Schöller*, la Comisión, sin evocar explícitamente el concepto de posición dominante colectiva, recurrió a él para excluir la aplicabilidad del apartado 3 del artículo 85 a los sistemas de distribución utilizados por los dos principales productores alemanes de helado de fabricación industrial, que poseían más del cuarenta y cinco por cien y del veinte por cien del mercado, respectivamente, debido a que esos sistemas tenían por efecto obstaculizar el acceso de los competidores al mercado. Para la Comisión, la «estructura duopolística» del mercado se orientaba a reducir la competencia entre los duopolistas. En efecto, «cualquier actuación agresiva de una de ellas provocará con toda probabilidad una respuesta equivalente inmediata de la otra, cuyo potencial es comparable. Se llega así al convencimiento de que conviene evitar una competencia activa en la relación recíproca, a fin de que ambas empresas logren los máximos beneficios posibles».¹⁴⁰

c) Posición dominante y derecho de propiedad industrial

246. La particular protección conferida por un derecho de propiedad industrial no confiere por sí misma a su titular una posición dominante en el sentido del artículo 86.

Este principio ha sido consagrado por el Tribunal de Justicia, en lo que respecta al derecho de patente, en su sentencia de 29 de febrero de 1968 en el asunto *Parke Davis* y, por lo que se refiere al derecho de marca, en su sentencia de 18 de febrero de 1971 en el asunto *Sirena*. En efecto, es posible que los productos cubiertos por el derecho de propiedad industrial se encuentren en competencia con otros, de tal forma que el titular no esté en condiciones de influir sustancialmente en el comportamiento de sus competidores.

No obstante, esta protección puede ser un elemento que contribuya al mantenimiento o al reforzamiento de una posición dominante.

En la sentencia *Parke Davis*, el Tribunal de Justicia declaró que una patente podía conferir una posición dominante si su utilización «podía degenerar en una explotación abusiva de esa protección». Este motivo fue tachado de oscuro

139. Decisión de 22 de julio de 1992, núms. 117 a 131. Otras aplicaciones de este concepto se han llevado a cabo posteriormente en el campo de las concentraciones: *vid. infra*, núm. 915. Lo ajustado a Derecho de la concepción de la Comisión sobre esta cuestión ha sido sometido a la consideración del Tribunal de Primera Instancia en el asunto *Gencor/Lonrho* (asunto T-102/96, *DOCE*, núm. C 247, de 24 de agosto de 1996, p. 19).

140. Decisión *Langnese-Iglo* de 23 de diciembre de 1992, núm. 146.

e inexacto¹⁴¹ y, en la sentencia *Sirena*, el Tribunal no lo retomó. En esta sentencia afirma, de modo más preciso, que el artículo 86 «al exigir que la posición por él contemplada se extienda como mínimo a una «parte sustancial» del mercado común, es necesario (...) que dicho titular tenga la facultad de oponerse al mantenimiento de una competencia efectiva en una parte importante del mercado que ha de tomarse en consideración, teniendo en cuenta especialmente la eventual existencia de productores o distribuidores que venden productos similares o sustituibles y su posición en el mercado».¹⁴² En el asunto *Tetra Pak II*, el Tribunal de Primera Instancia ha considerado que una política de patentes «muy activa», legítima en sí misma, podía formar parte de una estrategia a largo plazo que permita el mantenimiento y el reforzamiento de una posición dominante.¹⁴³

La cuestión de en qué casos el ejercicio de los derechos de propiedad industrial puede constituir un abuso de posición dominante se examina más adelante.¹⁴⁴

d) Posición dominante en la compra

247. La posición dominante puede manifestarse tanto en las relaciones en una fase anterior como en una fase posterior. Sin embargo, muy raros son los casos en los que la Comisión ha condenado una posición dominante por abuso respecto a los proveedores. Se han considerado abusivos los comportamientos en una fase anterior casi exclusivamente en el ámbito de las sociedades de gestión de derechos de autor (se trataba de las relaciones entre una sociedad y los titulares que le confiaban la gestión de sus derechos).¹⁴⁵

En un procedimiento concluido sin decisión definitiva, la Comisión consideró que la cláusula del pliego de condiciones que preveía que el adjudicador obtenía un derecho de explotación ilimitado sobre los dibujos, especificaciones técnicas, patentes y restantes derechos de propiedad industrial que pudieran

141. SCHRANS, G., nota sobre la sentencia *Parke Davis*, *RW*, 1967-1968, separata, p. 16.

142. Esta afirmación fue repetida posteriormente en el asunto *Deutsche Grammophon* de 8 de junio de 1971 (considerando 17) y en la sentencia *EMI c. CBS* de 15 de junio de 1976 (considerando 36). *Vid.* asimismo la sentencia de instancia *Hilti* de 12 de diciembre de 1991, considerando 93.

143. Sentencia de instancia de 6 de octubre de 1994, considerando 242.

144. *Vid. infra*, núms. 834 a 851.

145. *Vid.* decisiones *GEMA* de 2 de junio de 1971 y *GVL* de 29 de octubre de 1981. *Vid.* también las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia en el asunto *BRT c. SABAM* de 21 de marzo de 1974 y el asunto *GVL* de 2 de marzo de 1983.

resultar de los estudios emprendidos por el adjudicatario constituía un abuso de posición dominante por parte del adjudicador.¹⁴⁶

Más recientemente, la Comisión ha manifestado que contempla la posibilidad de aplicar el artículo 86 a los comportamientos mediante los cuales los poderes públicos reservan a los proveedores nacionales la mayor parte de los pedidos públicos.¹⁴⁷

Sobre el problema general de las restricciones de la competencia en la compra, *vid. supra*, núm. 162.

IV. EL MERCADO DE REFERENCIA

1. El concepto de mercado

248. Para los economistas, el mercado es el lugar donde se encuentran la oferta y la demanda. Este concepto, como tal, no sirve, por ser demasiado amplio, para definir la posición dominante.¹⁴⁸ No obstante, es útil en tanto que subraya que el mismo producto, ofrecido por el mismo proveedor, puede pertenecer a mercados diferentes, especialmente si se vende a niveles comerciales diferentes o para utilizaciones distintas.¹⁴⁹

El mercado no debe necesariamente ser «natural»; puede tratarse de un mercado «artificial» creado por el Estado que delega uno de sus poderes en una empresa privada a la que autoriza a fijar libremente el precio de su prestación.¹⁵⁰ Así, en la sentencia *General Motors* de 13 de noviembre de 1975, el Tribunal de Justicia consideró que la entrega de certificados de conformidad de vehículos automóviles constituía un mercado distinto al mercado de los propios vehículos, al haber delegado el Estado en el constructor el derecho exclusivo de controlar la conformidad de los coches, dejándole la libertad de determinar el precio de su prestación.¹⁵¹

146. Asunto *Eurofima*, 3.º Inf. Comp., núm. 68.

147. *Libro Blanco de la Comisión sobre la consecución del mercado interior*, Bruselas, 1985, núm. 86.

148. SCHRÖTER, H., «Le concept de "marché en cause" dans l'application des articles 66, paragraphe 7, du Traité CEEA et 86 du Traité CEE», *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire*, Semana de Brujas, 1977, Brujas, 1978, pp. 460, 463; FRANCESCHELLI, R., *Il mercato in senso giuridico*, *Giur. Comm.*, 1979, I, p. 501.

149. *Id. infra*, núm. 249.

150. SCHRÖTER, H., *op. cit.*, nota 148, *supra*, p. 499.

151. Considerandos 8 y 9.

No se requiere que el producto o el servicio sea objeto de una remuneración distinta: en este sentido, en la decisión *Decca Navigator System* de 21 de diciembre de 1988, la Comisión consideró que el hecho de que las transmisiones DNS no fueran por sí solas objeto de remuneración por parte de los receptores no les impedía constituir un mercado en la medida en que la empresa emisora disponía efectivamente de los medios para obtener el pago del suministro de esas señales.¹⁵²

De igual modo, el hecho de que la oferta sea o no suficiente para satisfacer la demanda no guarda relación con la cuestión de la existencia de un mercado. Así, el hecho de que el progreso técnico haya permitido poner fin a la penuria de los canales de transmisión de señales televisivas no significa que el mercado de redes de cable no constituya un mercado distinto del de la emisión vía satélite.¹⁵³

En cambio, cuando el producto o servicio prestado gratuitamente no es sino el accesorio de otro que, éste sí, da lugar a remuneración, el primero no constituye un mercado distinto.¹⁵⁴

Las entregas internas a un productor, como las entregas entre empresas que forman parte de un mismo grupo económico (entregas cautivas), no forman parte del mercado. Así lo consideró la Comisión en su decisión *Continental Can* de 9 de diciembre de 1971. Sin embargo, hay que tener en cuenta las entregas internas en la medida en que se realizan entre operadores que podrían, sin gran dificultad, comprar o vender en el mercado y ofertar, de este modo, una competencia potencial a los operadores ya activos en ese mercado.¹⁵⁵

En las decisiones *Davidson Rubber* de 9 de junio de 1972 y *Kabelmetal-Luchaire* de 18 de julio de 1975, la Comisión adoptó un enfoque un poco diferente: consideró que el mercado comprendía la producción total de las empresas, ya sea esta producción vendida en el mercado o reservada al consumo interno, añadiendo que la posición de las partes era tanto más considerable

152. Núm. 86 (a).

153. Decisión *MSG Media Service* de 9 de noviembre de 1994, núm. 43.

154. Así, en su decisión de 19 de julio de 1989 en el asunto *Bancos neerlandeses*, la Comisión consideró que proporcionar sobres franqueados a la clientela no tenía el carácter de servicio independiente para el que existía un mercado separado (núm. 50).

155. Sentencia *Continental Can* de 21 de febrero de 1973, considerando 36. En Alemania, el *Bundeskartellamt* también se ha sumado a la concepción según la cual las entregas en el seno de empresas integradas no debían ser tomadas en consideración en la definición del mercado: decisión de 23 de diciembre de 1974, *Kaiser-VAW, WuW – EBKA* 1571 (1975, p. 419). En el marco de su control sobre las concentraciones en virtud del Reglamento núm. 4054/89, la Comisión adopta el mismo enfoque: decisión *Accord/Wagons-lits* de 28 de abril de 1992, núm. 15 (a); *vid.* igualmente las decisiones (no publicadas oficialmente) *Mannesmann/Boge* de 23 de septiembre de 1991, núm. 19, y *Cable and Wireless/Schlumberger* de 22 de diciembre de 1994, núm. 13.