

FRANCISCO HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

**PRECIOS PREDATORIOS
Y
DERECHO *ANTITRUST***

**Estudio comparado de los ordenamientos
estadounidense, comunitario y español**

Prólogo de
José A. Gómez Segade

MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
MADRID, 1997

CAPÍTULO I

LAS PRÁCTICAS PREDATORIAS: CONCEPTO Y TIPOS

I. COMPETENCIA ECONÓMICA Y ELIMINACIÓN DE LOS COMPETIDORES

Toda empresa que compita en cualquier mercado tratará de mejorar su posición en el mismo a costa de sus competidores, y esto no es sino la esencia misma de la competencia económica¹. Las empresas más eficientes se imponen a las que lo son menos, obligándolas, en muchos casos, a dejar el mercado, en un proceso que algún autor ha denominado como de «selección natural»². De aquí que se afirme que la competencia fuerte produce efectos de exclusión³. A veces, como consecuencia de este proceso, sólo una empresa permanece en el mercado en virtud de sus méritos empresariales superiores, con

¹ En este sentido, afirma BAYLOS que «el régimen de competencia está basado, no en la ilicitud, sino en la licitud del daño concurencial... resulta inevitable que el competidor, en el desarrollo normal y legítimo de su actividad, cause un perjuicio a los concurrentes». BAYLOS CORROZA, *Tratado de Derecho industrial*, 2.ª ed., Madrid, 1993, p. 257. En el mismo sentido y muy precisamente vid. BAUMBACH-HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, 17.ª ed., Munich, 1993, en distintos puntos como la anotación 208 al parágrafo 1.º, p. 463, y también, MÖESCHEL en IMMENGA/MESTMÄCKER, *GWB, Kommentar zum Kartellgesetz*, 2.ª ed., Munich, 1992, anotaciones 98 ss. al parágrafo 22, pp. 802 ss.

² Vid. SALAS FUMAS y YÁGUE GUILLÉN, «Competencia normal y predación en industrias con economías de experiencia», en *ICE*, octubre 1987, p. 113. Estos autores se refieren de forma muy gráfica a la existencia de procesos de «selección natural» como consecuencia de la competencia entre las empresas en el mercado.

³ EASTERBROOK, «On identifying exclusionary conduct», en *NDLRev.*, vol. 61, 1986, pp. 972-980, p. 973. Afirma este autor que cuanto más éxito tiene una empresa al tratar de reducir el coste de su producto o haciéndolo más atractivo para los consumidores, más vende, con lo que al final, una empresa exitosa puede llegar a ocupar todo el mercado.

lo que los consumidores se quedan expuestos a los peligros del monopolio. Sin embargo, como expuso el juez Hand en el célebre caso «Alcoa», cuando una empresa, que se ha visto obligada a competir, triunfa, no debe ser condenada por el hecho de haber ganado⁴. Por esta razón, las normas encargadas de mantener la libre competencia no pueden condenar de forma genérica la eliminación de un competidor, ya que puede ser el resultado de competencia basada en los méritos empresariales⁵.

Ahora bien, para que la conducta sea lícita, es necesario que la eliminación de los competidores haya sido el resultado, exclusivamente, de los superiores méritos empresariales de una empresa y no de tácticas empleadas con la finalidad de expulsar a los rivales del mercado. Por lo general, cuando alguien produce bienes o servicios que resultan del agrado de los consumidores, con una adecuada relación calidad precio, tiende a consolidar su posición en el mercado. Pero cuando estos bienes o servicios dejan de ser atractivos, o su precio se convierte en demasiado alto en relación a productos similares, son los propios consumidores quienes, al dejar de adquirirlos, provocan la salida del mercado de quien ha dejado de ser competitivo.

Así pues, la creación de un monopolio puede ser el resultado de competencia lícita y la obtención de poder de mercado la recompensa para aquellas empresas más eficientes que han sabido interpretar las preferencias de los consumidores. Ahora bien, del mismo modo que el mercado puede crear monopolios, también se encarga de hacerlos desaparecer cuando el monopolista decide explotar su posición elevando los precios y deja de preocuparse por ofrecer cada vez mejores productos. Los elevados beneficios que en este caso obtendría el monopolista se encargarán de atraer al mercado a nuevas empresas, con lo que se reactivará la competencia y los precios descenderán progresivamente hasta llegar a niveles competitivos.

Una vez que una determinada empresa ha llegado a conseguir poder de mercado, es difícil que se resigne a perderlo, y puede verse tentada a utilizar este poder con la finalidad de mantener su situación de privilegio. Un monopolista goza de importantes ventajas competitivas en relación a sus rivales de menor dimensión. A las economías de escala que le produce su elevado volumen de negocios hay que sumar la posibilidad de invertir mayores cantidades en publicidad, así como en investigación y desarrollo de nuevos productos. Además, se beneficia de la inercia de los consumidores a comprar los productos más conocidos.

⁴ «United States v. Aluminum Co. of America», 148 F. 2d 416, 430 (2.º Cir., 1945).

⁵ Como manifiestan AREEDA y TURNER, la competencia basada en los méritos no produce por sí misma exclusión, aunque en ocasiones pueda dar lugar a la eliminación de competidores menos eficientes. AREEDA y TURNER, *Antitrust Law*, vol. m, p. 77.

Sin embargo, en ocasiones, un monopolista preferirá utilizar su poder de manera ilícita para luchar contra un competidor, en lugar de aprovechar de forma legítima las ventajas que su condición le proporciona, por considerar que la primera opción le ofrece unos resultados más seguros e inmediatos. En este caso, el perjuicio de los competidores y el posible incremento de su cuota de mercado no será producto de la mayor pericia para competir de la empresa dominante, sino del empleo abusivo del poder de mercado de que dispone. En otras palabras, no se estará eliminando a las empresas por ser menos eficientes sino por ser económicamente más débiles.

El problema que se plantea al Derecho de la competencia es distinguir la eliminación de una empresa como consecuencia de la competencia en el mercado, de la eliminación provocada por una empresa con poder de mercado mediante una conducta específicamente orientada a este fin.

II. LAS PRÁCTICAS PREDATORIAS: CONCEPTO⁶

Salvo contadas excepciones⁷, la doctrina se ha preocupado exclusivamente de tipos concretos de prácticas predatorias, olvidándose de la caracterización genérica de la conducta. Esto se debe, posiblemente, a la enorme amplitud del concepto, lo que le hace abarcar numerosas prácticas de muy diversa índole.

Resulta difícil definir las prácticas predatorias de una forma que, sin ser tan vaga como para carecer por completo de utilidad, englobe todos los supuestos a los que se han referido tanto la doctrina como los tribunales. De todas formas, algunos autores lo han intentado con

⁶ En este trabajo se van a utilizar las expresiones «prácticas predatorias» y «precios predatorios», pues la Real Academia de la Lengua acaba de aceptar la palabra «predación» en la última edición de su Diccionario. Hasta ese momento, nuestra doctrina se había mostrado bastante reacia a utilizar la expresión «precios predatorios», para traducir el término anglosajón *predatory pricing*. Así, el TDC en el caso «Asociación Española de Torrefactores de Café c. Nestlé, S. A.; Marcilla, S. A., y Salmaza, S. A.» (sección primera de 17 de julio de 1989, exp. 245/89) utilizaba la expresión procedente del francés «precios de evicción», mientras que algún autor se inclinaba por «precios ruinosos» (PICAÑOL en la traducción del libro de BELLAMY-CHILD *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, Madrid, 1992, p. 537). En la actualidad, tanto el TDC («Indas, S. A., c. Arbora Corporación, S. A., y Laboratorios Ausonia, S. A.», sección primera, de 7 de enero de 1992, exp. 291/1990) como la doctrina más moderna (FERNÁNDEZ DE ARÁOZ, «Libre competencia y precios predatorios: análisis jurídico del problema y bases para una propuesta de aplicación administrativa y judicial en España», *La Ley*, martes 31 de marzo de 1992, pp. 1 ss., p. 1) utilizan la expresión «precios predatorios».

La expresión «venta a pérdida» designa un concepto más amplio que se reserva para el ámbito de la competencia desleal, aunque también pueda englobar a los precios predatorios.

⁷ Pocos autores se han referido a las prácticas predatorias en su conjunto. Entre los que lo han hecho, uno de los más destacados es EASTERBROOK, «Predatory strategies and counterstrategies», en *U. Chi. L.Rev.*, núm. 8, 1981, pp. 263-337.

considerable acierto. Así, SULLIVAN considera que es predatoria aquella conducta que «tiene la finalidad y el efecto de mejorar la posición competitiva de su autor, no mediante la mejora de sus prestaciones en el mercado, sino amenazando con perjudicar o perjudicando a los competidores potenciales para obligarles a abandonar el mercado o, por lo menos, forzarlos a competir de forma menos efectiva»⁸.

Por su parte, AREEDA y TURNER definen como conducta de exclusión aquella «susceptible de contribuir de forma significativa a la creación o al mantenimiento de un poder monopolístico, que no es competencia basada en los méritos ni una restricción inherente a la competencia basada en los méritos»⁹, y PETTY afirma que la idea que subyace tras el término predación es, sencillamente, la búsqueda de un avance en el mercado a través de la limitación de la competencia en vez de hacerlo mediante una mejora de las prestaciones de la empresa¹⁰.

Estas tres definiciones son suficientes para destacar dos aspectos que nos parecen de importancia: el consenso existente entre la doctrina a la hora de caracterizar las prácticas predatorias y la excesiva generalidad con que se definen¹¹.

Los dos elementos que, de acuerdo con los autores citados, caracterizarían a las prácticas predatorias son: la conducta dirigida a perjudicar a los competidores como forma de mejorar la posición propia en el mercado y el empleo de medios distintos de la competencia basada en los méritos. Estos son, sin duda alguna, los elementos esenciales para caracterizar a las prácticas predatorias, por lo que no se puede decir que las definiciones anteriores no sean correctas. El problema está en que, por su excesiva amplitud, abarcan tanto tácticas extremadamente refinadas, como, por ejemplo, inundar el mercado con nuevos productos para no dejar huecos a potenciales competidores, y que cualquier observador no experimentado tomaría por competencia lícita, como tácticas basadas simplemente en la pura violencia, incluso física, como pueden ser el sabotaje de la planta de un competidor o las amenazas personales.

⁸ SULLIVAN, *Handbook of the Law of Antitrust*, 1977, p. 108.

⁹ P. AREEDA y D. TURNER, *Antitrust Law*, v. 3, 1978, p. 626g.

¹⁰ R. PETTY, «Antitrust and innovation: are product modifications ever predatory?», en *Suffolk ULRev.*, v. 22, 1988, 997-1028, p. 999.

¹¹ Si buscamos una definición en la doctrina española, veremos que se centra en los mismos elementos que las citadas. Así, por ejemplo, SALAS FUMAS y YAGÜE GUILÉN se refieren de forma más descriptiva pero, quizás, menos sutil a las «tácticas competitivas por parte de algunas empresas, reducciones drásticas en los precios, aumentos en la producción..., cuyo propósito final es expulsar competidores de la industria y, una vez conseguido su objetivo, aprovecharse de la ausencia de competencia para elevar los precios, aumentar los beneficios y reducir el bienestar de los consumidores», SALAS FUMAS y YAGÜE GUILÉN, ICE, octubre 1987, p. 113.

A la vista de esta definición, hay que precisar que la reducción del bienestar de los consumidores será probablemente una consecuencia de la reducción de la competencia en un determinado mercado, pero no es el objetivo de las empresas que se involucren en prácticas predatorias y, por esta razón, no debería figurar como tal en la definición.

Desde el punto de vista del Derecho de la competencia, sería conveniente la introducción de un concepto más preciso y restringido que excluyese aquellas conductas que, aunque puedan considerarse predatorias en un sentido literal, no conciernen de forma directa al Derecho *antitrust*, pese a tener efectos anticompetitivos, y sí a otras disciplinas como, por ejemplo, el Derecho penal en el caso del sabotaje. Incluso ciertos tipos de prácticas bien caracterizadas por el Derecho de la competencia como el boicot¹² o hasta las prácticas colusorias pueden considerarse predatorias si se dirigen contra uno o varios competidores.

BORK se acerca a esta concepción más estrecha al definir la predación como «la agresión deliberada de una empresa contra uno o más rivales mediante el empleo de prácticas comerciales que no se considerarían optimizadoras de beneficios de no ser por la esperanza de que: 1) los rivales tengan que salir del mercado, dejando al predador con una cuota de mercado suficiente para obtener beneficios monopolísticos, o 2) de que estén lo suficientemente castigados como para abandonar el comportamiento competitivo que el predador considera inconveniente o amenazador»¹³.

Para elaborar un concepto más restringido y, desde luego, más operativo, es necesario añadir un nuevo elemento a los vistos hasta ahora¹⁴. Este elemento está relacionado con la sofisticación de la conducta. El predador que nos interesa emplea medios habitualmente competitivos que, llevados a su extremo por una empresa con poder de mercado, pueden contribuir de forma decisiva a mantener o reforzar una posición monopolística. Los descensos de precios, la innovación o la publicidad son mecanismos de los que las empresas se valen habitualmente para competir, pero que, en determinadas circunstancias, pueden convertirse en instrumentos de una política predatoria. Así pues, se podría hablar del empleo de forma anticompetitiva de instrumentos típicos y lícitos de la competencia económica. Ahora bien, hay que preguntarse qué es lo que convierte en anticompetitivo el empleo de estos medios. En una primera aproximación se puede considerar que es su utilización de forma innecesariamente desmesurada. Si una empresa baja sus precios hasta un nivel que le produce pérdidas, o gasta en publicidad mucho más de lo que pueda considerarse razonablemente necesario para competir, o inunda el mercado con nuevos

¹² AREEDA y KAPLOW, *Antitrust*, 4.º ed., 1988, p. 63.

¹³ ROBERT BORK, *The Antitrust Paradox*, Nueva York, 1978, p. 144.

¹⁴ PETTY también utiliza un concepto restringido de predación, según el cual es predatoria la conducta que eleva los costes del rival de forma que permita al predador explotar su poder de mercado en detrimento de los consumidores. PETTY, «Predatory promotion: A theory of antitrust liability whose time has come?», en *ABLI*, vol. 27, núm. 2, 1989, pp. 215-249, p. 241. El nuevo elemento que aporta esta definición es el de la elevación de los costes de los competidores, lo cual es cierto en determinados tipos de prácticas predatorias, pero no se cumple en los casos de precios predatorios.

productos que apenas aportan nada en relación a los anteriores productos de la misma compañía, es probable que no pretenda más que perjudicar a sus competidores para forzarlos a abandonar el mercado y elevar después sus precios a niveles monopolísticos. En estos casos, el predador estaría autoinfligiéndose unas pérdidas que espera compensar posteriormente si su estrategia da resultado y sus competidores, incapaces de soportar ese nivel de pérdidas, tienen que dejar el mercado. Es este sacrificio de los beneficios a corto plazo ante la expectativa de ingresos monopolísticos a más largo plazo el elemento que nos faltaba para delimitar de forma más precisa las prácticas predatorias¹⁵.

Si se tiene en consideración este elemento, se puede elaborar un concepto que, junto con la definición amplia vista hasta ahora, nos sirva para identificar con claridad las prácticas predatorias en el ámbito del Derecho de la competencia.

De acuerdo con este concepto restringido, será predatoria aquella práctica en la que se den los siguientes elementos:

a) Existencia de una conducta orientada de forma directa a perjudicar a uno o varios competidores como forma de mejorar la situación propia en el mercado.

El elemento de la eliminación de un rival es el que realmente subyace bajo el término «predación»¹⁶ y, por lo tanto, el más característico de la conducta que se trata de definir.

b) Empleo de medios distintos de la competencia basada en los méritos.

Como se vio en el apartado anterior, la eliminación de un competidor puede ser el resultado de competencia lícita basada en los méritos, por lo que este elemento resulta esencial para determinar el carácter contrario a la libre competencia de las prácticas predatorias.

c) Apariencia competitiva del empleo de los medios señalados en la letra anterior.

Más adelante se verá que uno de los principales problemas que presentan las prácticas predatorias es, como la experiencia se ha encargado de demostrar, la dificultad para distinguirlas de la competencia lícita¹⁷, lo que se debe, precisamente, al empleo por el predador de

¹⁵ Para algunos autores éste es el elemento más característico de las prácticas predatorias. Así, F. FISCHER, «On predation and victimless crime», en *Antitrust Bull.*, primavera 1987, pp. 85-92, p. 85.

¹⁶ Con los términos depredadores y predador se hace referencia, en su acepción más común, a aquellos animales que se alimentan de otros más débiles. Asimismo, CASARES, en su *Diccionario ideológico de la Lengua Española*, equipara depredar a robar o saquear con violencia.

¹⁷ Vid., entre otros, AREEDA y TURNER, *Antitrust Law*; U. EASTERBROOK en *U. Chi. L.Rev.*, vol. 48, 1981, p. 266.

instrumentos competitivos de forma anticompetitiva y con una finalidad de exclusión. Así, por ejemplo, resulta extremadamente difícil determinar si un descenso acusado de precios es la respuesta de una empresa más eficiente forzada por el fuerte nivel de competencia existente en el mercado y, por lo tanto, el resultado de competencia basada en los méritos; o si, por el contrario, es el resultado de una estrategia dirigida directamente contra los competidores, sin justificación en razones económicas o comerciales.

d) Sacrificio de los beneficios a corto plazo a cambio de una expectativa de mayores ganancias a largo o medio plazo.

Este elemento se engarza de forma directa con el anterior, ya que si una empresa reduce sus precios más de lo que sus costes le permiten, o gasta en publicidad mucho más de lo necesario para competir con éxito, se está autoinfligiendo un nivel de pérdidas que no sufriría en el contexto de la competencia normal. La ausencia de este coste inicial de una supuesta práctica predatoria indicaría que le empresa en cuestión está compitiendo sobre la base de sus méritos empresariales, por lo que la conducta no sería predatoria.

Con estos cuatro elementos se excluyen los supuestos que, pese a tener efectos anticompetitivos, no conciernen en principio al Derecho de la competencia y también aquellos que, como el boicot o la negativa de ventas, utilizan medios tan abiertamente anticompetitivos que han sido condenados tradicionalmente por el Derecho de la competencia sin ni siquiera discutir acerca de su naturaleza predatoria¹⁸.

En realidad, aunque no haya llegado a formularlo, la jurisprudencia de los ordenamientos analizados ha adoptado, en cierto modo, el concepto restringido que tratamos de introducir, ya que sólo emplea la expresión «prácticas predatorias» en supuestos que como los precios, o la innovación predatoria, cumplen los cuatro requisitos establecidos, y no la utiliza, en cambio, con aquellas prácticas que sólo estarían comprendidas en el concepto amplio de predación¹⁹.

También son muchos los autores en los que subyace esta idea limitada de predación, pues aunque no la definan, o incluso aunque mencionen expresamente el concepto amplio, después contemplan únicamente bajo el calificativo de prácticas predatorias aquellas en las que se dan todos los elementos a los que nos hemos referido, olvidándose de todas las demás que, según el concepto amplio, serían predatorias²⁰.

¹⁸ Estos casos se quedan fuera de nuestro concepto restringido, ya que en ellos falta la renuncia a los beneficios a corto plazo y los medios empleados no son habitualmente competitivos.

¹⁹ De hecho, en ninguno de los casos que hemos visto sobre prácticas de este tipo como, por ejemplo, el boicot se utiliza la expresión predatoria, ni se alude al concepto de prácticas predatorias.

²⁰ Así, HURWITZ y KOVACIC, al escribir sobre predación se refieren sólo a los precios predatorios, a la innovación predatoria y a la promoción predatoria. HURWITZ y KOVACIC, «Judicial

Así pues, se pueden utilizar dos conceptos diferentes pero complementarios de las prácticas predatorias. De acuerdo con un concepto amplio y, en cierto sentido, literal, son predatorias aquellas conductas que, mediante el empleo de medios distintos de la competencia basada en los méritos, tienen por finalidad el perjudicar a uno o a varios competidores como forma de mejorar la situación propia en el mercado. Este concepto, aunque útil para comprender la idea que subyace bajo la expresión «práctica predatoria», resulta poco operativo por su excesiva generalidad.

Por este motivo, se propone otro concepto que, aunque se fundamenta en los mismos principios que el anterior, tiene un alcance bastante más limitado. De acuerdo con este concepto restringido, son predatorias las prácticas, distintas de la competencia basada en los méritos, con las que una empresa, para aumentar su poder de mercado, pretende eliminar del mismo, o por lo menos perjudicar, a uno o varios competidores, mediante el empleo abusivo de medios generalmente considerados como competitivos, renunciando a los beneficios a corto plazo, con la esperanza de obtener mayores ganancias a medio o largo plazo.

Todavía se podría introducir otra limitación de carácter práctico. Aunque, en teoría, cualquier empresa puede llevar a cabo prácticas predatorias, la realidad es que, generalmente, sólo empresas con poder de mercado pueden hacerlo con éxito²¹. De todas formas, no somos partidarios de incluir en el concepto de prácticas predatorias el elemento de la necesidad de existencia de posición dominante por parte del actor, ya que, por lo menos desde el punto de vista teórico, no es un elemento imprescindible para su existencia²².

III. TIPOS DE PRÁCTICAS PREDATORIAS

Las prácticas predatorias se pueden clasificar en dos grandes grupos: predación basada en los precios y predación no basada en los

analysis of predation: The emerging trends», en *Va. L.Rev.*, vol. 35, 1982, pp. 63-157. Por su parte, VON KALINOWSKY se refiere a los precios predatorios, a la innovación predatoria, a la publicidad o promoción predatoria y al abuso predatorio de procesos gubernamentales. VON KALINOWSKY, ob. cit., pp. 10-30 a 10-42. AREEDA y TURNER se refieren, además de a los precios predatorios a la inversión predatoria y a la publicidad predatoria. AREEDA y TURNER, *Antitrust Law*, vol. 3.

²¹ *Vid. infra*, cap. II, ap. 2.º

²² En realidad, como se verá posteriormente, el poder de mercado es necesario para que la estrategia predatoria tenga éxito, lo que no quiere decir que en circunstancias especiales o por apreciaciones erróneas una empresa no pueda intentar una estrategia predatoria sin tener poder de mercado. *Vid.* «A. A. Poultry Farms v. Rose Acre Farms», 881 F. 2d 1396 (7.º Cir., 1989), cert. denied 494 U.S. 1019 (1990). En este caso, la intención predatoria de la empresa demandada consta de forma expresa por las declaraciones de su presidente, a pesar de que ésta carecía del menor poder de mercado.

precios²³. Dado que la mayoría de los casos de prácticas predatorias contemplan supuestos de precios predatorios²⁴, resulta sencillo agrupar todos los demás casos bajo el epígrafe de predación no basada en los precios.

1. Predación basada en los precios

1.1. Precios predatorios

En la predación basada en los precios, el predador se sirve de éstos para dañar a sus competidores con una finalidad de exclusión. El mecanismo es sencillo en apariencia; el predador, una empresa con mayores recursos financieros que sus rivales, reduce sus precios de forma exagerada, por debajo del coste, ante la expectativa de que sus rivales, incapaces de soportar el nivel de pérdidas que este nivel de precios le produce y ante la imposibilidad de vender sus productos a precios superiores, se vean obligados a abandonar el mercado. Sin embargo, esta aparente simplicidad no es más que un espejismo, ya que los precios predatorios constituyen una de las conductas más problemáticas con las que se encuentra el Derecho de la competencia. Además, plantean infinidad de problemas, comenzando por su propia virtualidad como táctica rentable²⁵ y por la imposibilidad de distinguirlos en la práctica de la competencia agresiva²⁶. Nos limitaremos aquí a proporcionar esta mínima pincelada, ya que los precios predatorios y su problemática constituyen el tema central de nuestro estudio.

Aunque los precios predatorios constituyen el auténtico núcleo de esta categoría, hay otras prácticas en las que se actúa sobre los precios con la finalidad de mantener o reforzar una posición dominante, son el *limit pricing* (precios límite) y la discriminación en los precios. Pese a que, como intentaremos demostrar, ninguna de éstas constituye una auténtica práctica predatoria, su similitud con ellas hace conveniente que las contemplemos en este apartado.

²³ La doctrina suele emplear éste como el principal criterio para clasificar las prácticas predatorias. *Vid.* HAMILTON y KAWAHARA, «Predatory non-price competition: the case of Hawaiian Interisland Air Transportation», en *Antitrust L. & Econ. Rev.*, vol. 7, 1974, pp. 83-97.

²⁴ En los últimos años está comenzando a producirse un cambio de tendencia. Así, el número de demandas por precios predatorios tiende a disminuir, a la vez que aumentan los casos por predación no basada en los precios, especialmente por innovación predatoria. R. PETTY, en *ABLIJ*, vol. 27/2, 1989, pp. 215-249, p. 216.

²⁵ *Vid. infra*, cap. I.

²⁶ *Vid. infra*, cap. II.

1.2. Precios límite (limit pricing)

Quien ostente un monopolio en un mercado con elevadas barreras de entrada dispondrá de una gran libertad para imponer los precios que maximicen sus beneficios en cada momento²⁷. Sólo la capacidad de otras empresas para superar las barreras y entrar en el mercado puede alterar la política de precios del monopolista. Por esta razón, es normal que la empresa con poder de mercado intente evitar la entrada de nuevos competidores y, para lograr este fin, la política de precios se ha revelado como un instrumento de gran eficacia.

Si el monopolista establece unos precios altos, buscando las mayores ganancias posibles a corto plazo, es más que probable que atraiga a nuevos competidores al mercado. En cambio, si rebaja sus precios y acepta una reducción de beneficios, conseguirá que el mercado aparezca como poco rentable a sus competidores potenciales y decidan no emprender la siempre arriesgada aventura de abrir nuevos mercados enfrentándose a una empresa que cuenta, en principio, con todas las ventajas. Incluso es posible que los menores costes del monopolista en relación con los de una empresa que comienza sus actividades, le permitan situar los precios a un nivel que le produzca beneficios, pero que provoque pérdidas a los nuevos competidores que, como es lógico, no dispondrán de las economías de escala ni de la experiencia y recursos del monopolista.

Este tipo de prácticas, denominado como *limit pricing*²⁸, ha preocupado a la doctrina, ya que, desde el punto de vista de los consumidores, nunca es conveniente la estrategia que tienda a consolidar un monopolio. De todas formas, hay un cierto consenso acerca de su licitud²⁹. El *limit pricing*, aunque tenga como finalidad el mantenimiento de una situación monopolística, porque trata de evitar la entrada al mercado de nuevos competidores, no constituye una práctica predatoria y sí, por el contrario, competencia basada en los propios méritos. El monopolista no hace sino ajustar sus precios al nivel que optimiza sus beneficios a largo plazo³⁰, aprovechándose de que puede producir con menores costes que una empresa recién llegada al mer-

²⁷ AREEDA y TURNER, ob. cit., vol. III, p. 159.

²⁸ Para un tratamiento más amplio de la práctica del *limit pricing*, especialmente desde el punto de vista económico, vid. Harold SEE, «Limit pricing and predation in the antitrust laws: economic and legal aspects», en *ALLRev.*, núm. 2, 1984, pp. 211-232, y Joseph SHANNAN, «Adoption of limit pricing by the Courts, paradoxical inferences», en *Antitrust Bull.*, núm. 3, 1981, pp. 541-565.

²⁹ AREEDA y TURNER, ob. cit., vol. III, p. 160.

³⁰ Salvo que se disponga de ventajas descomunales sobre los competidores potenciales, la maximización de beneficios a corto plazo no es una estrategia racional. Lo normal es que sea el objetivo de la optimización de beneficios a largo plazo el que gobierne la estrategia

cado. SULLIVAN menciona otras dos razones a favor de la licitud de esta práctica³¹. Por un lado, los «precios límite» constituyen un concepto teórico inexacto y mal definido, lo que los hace muy difíciles de identificar y convierte en poco operativo cualquier intento de impedirlos³². Por otro lado, si al monopolista se le prohíbe que optimice sus beneficios a largo plazo mediante el establecimiento de «precios límite», es posible que intente optimizarlos a corto plazo recurriendo a precios monopolísticos, lo que podría dar lugar a una distribución de recursos más ineficiente que en el caso de que se tolerasen los «precios límite». Sin embargo, llega a la conclusión de que, a pesar de la problemática que envuelve a esta figura, constituye una práctica predatoria y, por lo tanto, el Derecho de la competencia no debe inhibirse.

No compartimos la opinión de SULLIVAN, ya que, de acuerdo con el concepto propuesto, en la práctica del *limit pricing* falta un elemento para que pueda considerarse predatoria. Es una conducta dirigida a mantener una situación de monopolio, en la que se juega con un elemento característico de la competencia económica como son los precios y que supone una renuncia a ciertos beneficios a corto plazo, pero falta el elemento en el que se basa la ilegalidad de las prácticas predatorias, el empleo de medios distintos de la competencia basada en los méritos. Mientras los costes del monopolista le permitan mantener con rentabilidad un nivel de precios lo suficientemente bajo como para desincentivar la entrada al mercado, aquél estará, simplemente, rentabilizando su mayor eficiencia y, aunque no sea lo mejor para los consumidores³³, el Derecho de la competencia debe abstenerse de intervenir³⁴.

1.3. Precios discriminatorios

Esta práctica consiste en cargar precios diferentes en distintas ventas del mismo producto, a pesar de que los costes sean los mismos

comercial de la empresa. F. M. SEHERER, «Predatory pricing and the Sherman Act: A comment», *Harv. L.Rev.*, vol. 89, 1976, pp. 869-890, p. 880.

³¹ SULLIVAN, *Handbook of the Law of Antitrust*, cit., pp. 120-121.

³² SULLIVAN, ob. cit., p. 121, considera que este problema ya está superado, pues con el amplio abanico de poderes de investigación disponible en un juicio no es demasiado difícil identificar los «precios límite» cuando se producen.

³³ Si entrasen varias empresas al mercado, la competencia acabaría por reducir aún más los precios y además los consumidores gozarían probablemente de otras ventajas como, por ejemplo, un mayor gasto en innovación. AREEDA y TURNER, *Antitrust Law*, vol. III, p. 160.

³⁴ Otra razón para no intervenir es la gran dificultad existente para determinar en la práctica la existencia de este tipo de conducta. Si ya es difícil identificar los precios predatorios, en el caso del *limit pricing* esta dificultad se acentúa por el hecho de que los precios se mantienen siempre a un nivel por encima del coste.

en todos los casos^{35, 36}. Por lo general, las normas encargadas de velar por el mantenimiento de la libre competencia suelen prohibir los precios discriminatorios, al margen de su consideración o no como prácticas predatorias. Tanto el art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia como el art. 86 del Tratado de Roma prohíben la discriminación en los precios por parte de un monopolista. También en el Derecho norteamericano, la Robinson Patman Act prohíbe este tipo de prácticas cuando pueden perjudicar a la competencia.

Como acertadamente ha señalado el Tribunal de Defensa de la Competencia, la igualdad de trato es una limitación al derecho de libertad de empresa, una de cuyas facultades es la libre configuración por el empresario de sus relaciones contractuales³⁷. En efecto, la libertad de una empresa a la hora de determinar sus relaciones con los competidores debe limitarse cuando ésta pretende servirse de su posición dominante para ocasionar desigualdades en la situación competitiva de empresas rivales mediante la imposición de condiciones diferentes para prestaciones equivalentes. De aquí se deduce que el requisito inicial para decidir si hay discriminación es que la empresa dominante establezca condiciones o contraprestaciones diferentes para prestaciones similares o equivalentes³⁸. Hay que tener en cuenta que la prohibición de la discriminación no genera un derecho de los terceros a exigir a la empresa dominante un trato igual. Lo que los distintos ordenamientos prohíben es que exista una desigualdad injustificada que afecte a la competencia.

De acuerdo con el art. 86 del Tratado de Roma, es una práctica abusiva de posición dominante el «aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva». Por su parte, el art. 6.d) de la Ley de Defensa de la Competencia establece que constituye un abuso de posición dominante «la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros».

³⁵ AREEDA y TURNER, *Antitrust Law*, vol. III, p. 186.

³⁶ Una variante más compleja de discriminación en los precios sería mantener el mismo precio para ventas del mismo producto en casos en los que los costes son distintos. Los gastos del transporte son, por ejemplo, un elemento que hace que un mismo producto pueda tener distinto coste según el lugar en que se adquieran. Generalmente en aquellos casos en los que los costes del transporte sean muy pequeños en relación al coste final del producto, las empresas preferirán mantener el mismo precio en todas partes, pese a que los gastos de transporte sean distintos.

³⁷ Resolución TDC de 8 de febrero de 1993 (sección 1.ª, exp. núm. 318/1992), «Confederación Española de Asociaciones Pesqueras c. CEPESA, Unión de Explosivos Riotinto, PETRONOR, REPSOL y CAMPSA», Fundamento de Derecho primero.

³⁸ «Confederación Española de Asociaciones Pesqueras c. CEPESA», cit., Fundamento de Derecho primero.

Como se puede deducir por el concepto de precios discriminatorios, esta conducta se puede producir sin cumplir ninguno de los requisitos característicos de los precios predatorios. Si en ocasiones se produce algún tipo de confusión entre ambos supuestos, esto se debe a que muchas veces se presentan juntos. La discriminación en los precios es, con frecuencia, el marco general en que tienen lugar los precios predatorios, es decir, bajo la discriminación suele subyacer una práctica predatoria.

Cuando una empresa dominante intenta destruir a un competidor que opera en un mercado bien delimitado mediante una estrategia de precios predatorios, reducirá sus precios en el mercado concreto en que opera el competidor, pero no tiene por qué hacerlo también en otros mercados. Es más, el mantenimiento de precios altos donde no opera el competidor le ayudará a soportar los gastos que va a sufrir donde rebaje sus precios. En este tipo de casos, los precios predatorios y la discriminación se producen conjuntamente, y la empresa acusada es responsable de ambas conductas, pero esto no quiere decir que puedan confundirse en el plano teórico, ni tampoco en el práctico. Ambas conductas gozan de sustantividad propia.

Los precios discriminatorios son una práctica compleja que incluye supuestos como la discriminación geográfica, los descuentos por fidelidad o los descuentos por objetivos³⁹. Lo que pretendemos aquí es, simplemente, diferenciarlos de los precios predatorios, con los que no comparten dos de sus elementos esenciales: la finalidad de exclusión y el empleo de medios distintos de la competencia basada en los méritos. No es que estos dos elementos no puedan estar presentes en un supuesto concreto de discriminación en los precios, lo que ocurre es que no son necesarios para que la conducta sea considerada como tal y, por lo tanto, prohibida. A diferencia de los precios predatorios, no es en estos dos elementos en donde reside la ilicitud de la práctica.

2. Predación no basada en los precios

Bajo este epígrafe se engloban las prácticas en las que el predador no actúa sobre sus precios para intentar provocar pérdidas a los competidores, sino que se vale de otros mecanismos. Dicho de forma simple, la predación no basada en los precios es un comportamiento estratégico diseñado para elevar los costes de uno o varios competidores⁴⁰. En este apartado nos referiremos a las formas más comunes de predación no basada en los precios: aquellas en las que se utilizan la

³⁹ Vid. V. KORAH, *Introducción al Derecho y Práctica de la Competencia en la CEE*, 1988, pp. 227-233.

⁴⁰ Terry CALVANY y Neil AVERITT, «Non-price predation: An introduction», en *Reprints*, vol. 16, núm. 2, 1986, p. 1.

publicidad y los gastos promocionales, la innovación, incluyendo la excesiva variación de productos, el aumento desmesurado de servicios de diversos tipos no repercutidos en los precios, lo que denominaremos gastos predatorios, y, finalmente, la contratación de personal de una empresa competidora con finalidad predatoria.

2.1. Publicidad predatoria

La publicidad juega un papel muy importante en el mercado. Las empresas se valen de ella para competir, a la vez que supone una importante fuente de información para los consumidores. En todo mercado en el que se ofrezcan productos distintos, la publicidad se convierte en un elemento esencial, tanto desde el lado de la oferta como desde el de la demanda ⁴¹.

Resulta evidente la importancia de la publicidad como mecanismo competitivo. Tampoco hay dudas acerca del potencial anticompetitivo que puede tener la publicidad cuando ésta es engañosa o falsa. Ahora bien, el contenido de la publicidad suele estar debidamente controlado y regulado, por lo que en aquellos casos en los que se intente perjudicar a un competidor mediante anuncios denigratorios o engañosos, o que se apropien indebidamente de su imagen, etc., no es necesario acudir a la siempre difícil prueba de la intención de exclusión, requerida para considerar la conducta como predatoria. Disciplinas como el Derecho de la publicidad o el de la competencia desleal ofrecen a la empresa perjudicada soluciones mucho más sencillas y directas. Además, en estos casos, difícilmente tendrá lugar el elemento del sacrificio de beneficios a corto plazo característico de las prácticas predatorias ⁴². Por esta razón, no nos interesa tanto el contenido de la publicidad como su cantidad y la finalidad con la que se emplea.

Hay que plantearse si el aumento desmedido de la publicidad de una empresa puede, en determinadas circunstancias, producir tal impacto en el mercado que obligue a las restantes empresas a incrementar sus gastos publicitarios en igual medida si quieren subsistir. De este modo, el presunto predador puede cumplir su objetivo de dos formas: provocando una importante disminución de las ventas de quien no responde a la campaña publicitaria o aumentando los gastos del competidor que se ve obligado a responder con los mismos medios.

⁴¹ En este sentido, *vid.* por todos FERNÁNDEZ NÓVOA, «Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos», *RDM*, núm. 95, 1965, p. 7.

⁴² Hay autores que sí consideran el contenido de la publicidad como una típica herramienta predatoria. Así, R. PETTY, en *ABLIJ*, vol. 27/2, 1989, pp. 246 ss. Para este autor la publicidad puede ser predatoria por dos razones: por su cantidad y por su contenido.

Para algún autor, la publicidad tiene unos efectos demasiado transitorios como para poder ser utilizada con una finalidad predatoria ⁴³. Para otros, por el contrario, el abuso de la publicidad realizado por una empresa con poder de mercado puede ser, y de hecho se ha utilizado con éxito, un instrumento predatorio ⁴⁴.

Los circuitos de apelación segundo y noveno en los Estados Unidos han afirmado que la publicidad masiva por parte de una empresa dominante puede crear barreras a la entrada al mercado ⁴⁵. Para que se produzca semejante resultado, es preciso que la publicidad cree unos hábitos muy arraigados entre los consumidores y esto no siempre se podrá conseguir, por mucho que se gaste en promocionar un determinado bien.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que los efectos de la publicidad varían según el tipo de producto de que se trate. Así, de acuerdo con el precio y la frecuencia con que se adquieren, se puede distinguir entre *convenience goods*, que son aquellos productos de bajo precio y que se adquieren con frecuencia, y *specialty goods*, que son bienes de alto coste monetario que se compran, generalmente, de forma excepcional ⁴⁶. Con productos del segundo tipo, el consumidor reflexiona más antes de adquirirlos y trata de comprobar y evaluar sus características previamente. Luego, los efectos que la publicidad puede ejercer sobre ellos son considerablemente menores que en el caso de los del primer tipo.

En cualquier caso en que se alegue posible predación publicitaria, el Tribunal debe comenzar por analizar el tipo de producto de que se trata y los efectos que la publicidad puede provocar en el mercado. Pero el empleo abusivo de la publicidad no sólo puede provocar hábitos en los consumidores creando barreras a la entrada. Los defensores de su eficacia como instrumento predatorio alegan que puede producir otros efectos igualmente perniciosos para aquellas empresas que no pueden contrarrestar la campaña del predador con gastos publicitarios similares.

Así, un exceso de publicidad puede dar lugar a lo que se ha llamado «ruido en el mercado» ⁴⁷. Esta teoría se basa en el presupuesto de

⁴³ A. JACQUEMIN, *The new industrial organization*, 1987, pp. 114-115.

⁴⁴ R. PETTY, en *ABLIJ*, vol. 27/2, 1989, pp. 244. También el Tribunal Supremo de los Estados Unidos reconoce en «*American Tobacco Co. v. United States*», 328 us 781 (1946), que una publicidad desmesurada puede ser el instrumento de una estrategia anticompetitiva.

⁴⁵ En «*Hunt-Wesson Foods v. Ragú Foods Inc.*», 627 F. 2d 919, 927 (9.º Cir., 1980) cert. denied 450 us 921 (1981), el noveno circuito consideró que asumiendo la existencia de poder de mercado, la conducta predatoria publicitaria podría hacer la entrada al mercado más difícil y costosa en detrimento de la competencia en general.

En una línea similar, «*Northeastern telephone Co. v. AT & T*», 651 F. 2d 76 (2.º Cir., 1981).

⁴⁶ *Vid.* P. KOTLER, *Marketing Management*, núm. 89, 4.ª ed., 1980, p. 133.

⁴⁷ HILKE & NELSON, «Noisy advertising and the predation rule in antitrust analysis», en *Am. Econ. Rev.*, núm. 74, 1984, p. 367.

que los consumidores sólo pueden asimilar una determinada cantidad de información. En consecuencia, un exceso de publicidad por parte de una empresa hará menos efectivos los esfuerzos promocionales de los demás. El «ruido en el mercado» puede provocar confusión entre los consumidores o el desinterés por un determinado producto⁴⁸.

La eficacia predatoria de la publicidad es una cuestión que dista de ser pacífica entre la doctrina⁴⁹. Estamos de acuerdo con quienes consideran que el tema es, cuando menos, discutible⁵⁰, por lo que no se deben descalificar de forma rotunda los posibles efectos anti-competitivos de la publicidad, aunque la práctica haya demostrado que los intentos de utilizar la publicidad de forma predatoria han sido escasos y su efectividad dudosa.

Hay autores para quienes la publicidad puede ser un instrumento predatorio más efectivo que los precios⁵¹. Para llegar a esta conclusión, argumentan que cualquier nuevo competidor que quiera subsistir en el mercado debe, por lo menos, igualar la cantidad de información que la empresa dominante suministra al mercado, pese a que las economías de escala y la experiencia publicitaria en el mercado concreto colocan a la empresa dominante en una situación muy ventajosa. Este tipo de razonamientos confirman el hecho de que la empresa dominante también goza de importantes ventajas sobre las empresas de menor dimensión o menos implantadas en el mercado, a la hora de promocionar sus productos, lo cual no quiere decir que la publicidad sea potencialmente más peligrosa que los precios predatorios. Tampoco resulta convincente el argumento de que las campañas promocionales se pueden adaptar mejor a mercados y situaciones concretas que las estrategias basadas en los precios, ya que, moviéndonos en el terreno de la ilicitud, la discriminación en los precios permitiría limitar la práctica predatoria a sectores muy concretos del mercado.

Otra de las razones en la que algunos autores fundamentan la supuesta superioridad de la publicidad como instrumento predatorio es el mayor desarrollo del Derecho *antitrust* en el área de los precios predatorios que en el de la publicidad, lo que hace que la utilización de esta última con fines anticompetitivos tenga muchas más posibilidades de quedar impune⁵². Aunque cierto, este argumento tiene una importancia muy limitada.

⁴⁸ R. PETTY, en *ABLL*, vol. 27/2, 1989, p. 246. Para Petty, estos efectos de la publicidad pueden dar lugar a un aumento considerable de los costes de un competidor.

⁴⁹ VON KALINOWSKY, ob. cit., pp. 10-34.

⁵⁰ HURWITZ-KOVACIC, en *Va. LRev.*, vol. 35, 1982, p. 131.

⁵¹ PORTER, «Strategic interaction: some lessons from industry histories for theory and antitrust policy», en *Strategy, predation, and antitrust analysis*, Salop, ed. 1981, pp. 479-80. Citado por HURWITZ-KOVACIC, en *Va. LRev.*, vol. 35, 1982, p. 131, nota 264.

⁵² PORTER, citado por HURWITZ-KOVACIC, en *Va. LRev.*, vol. 35, 1982, p. 131.

Quienes, por el contrario, consideran que el Derecho de la competencia no debe ocuparse de la publicidad predatoria, esgrimen dos tipos de razones. Por un lado, hay autores que opinan que los efectos de la publicidad no son lo suficientemente importantes como para provocar por sí sola la eliminación de un competidor⁵³. Otros defienden que, independientemente de los efectos que pueda producir la publicidad, las empresas no la emplearán de forma predatoria, ya que esto les ocasionaría unos gastos que sólo podrían recuperar elevando los precios a niveles monopolísticos y esta medida atraería rápidamente a nuevos competidores al mercado⁵⁴.

2.1.1. *Análisis jurídico*

Al margen de la discusión acerca de la eficacia predatoria de la publicidad, hay que plantearse cómo se deben resolver aquellos casos en los que se alegue la existencia de publicidad predatoria. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han propuesto soluciones muy diversas.

AREEDA y TURNER consideran que no existe ninguna prueba satisfactoria para determinar cuándo los gastos promocionales son excesivos⁵⁵. Por esta razón, aplican los mismos medios de comprobación que a los precios predatorios. La definición de coste que utilizan estos autores incluye los gastos promocionales, por lo que si éstos elevan los costes del producto hasta un nivel en que el coste variable medio es superior al precio, se puede decir que son predatorios⁵⁶. Si el coste variable medio sigue siendo inferior al precio, a pesar de los gastos provocados por la campaña, la publicidad no es predatoria, independientemente de los efectos que produzca⁵⁷.

La principal crítica que se hace a esta propuesta es que las teorías basadas en análisis de costes no son adecuadas para los casos de publicidad, ya que los gastos que produce no son fáciles de computar. Así,

⁵³ JACQUEMIN, ob. cit., pp. 114-115.

⁵⁴ Éste es el argumento que los autores relacionados con la escuela de Chicago aplican a todos los tipos de prácticas predatorias, sin tener en cuenta el papel que pueden llegar a jugar las barreras a la entrada. Vid. BORK, *The antitrust paradox*, p. 314.

⁵⁵ AREEDA y TURNER, *Antitrust Law*, vol. III, p. 192.

⁵⁶ Sobre el *test* de AREEDA y TURNER vid. *infra* cap. III. Como se verá más adelante, para estos autores el coste variable medio es el nivel por debajo del cual los precios de una empresa son predatorios, ya que ninguna otra razón que no sea la intención de eliminar a un competidor puede justificarlos.

⁵⁷ El segundo circuito utilizó un análisis basado en los costes en el caso «Buffalo Courier Express, Inc. v. Buffalo Evening News», 601 F. 2d 48 (2.º Cir., 1979). El Tribunal consideró que el demandante no había conseguido demostrar que el demandado hubiese sufrido pérdidas a corto plazo como consecuencia de la campaña promocional que había llevado a cabo. El demandado, un periódico de Buffalo, había regalado durante un período breve de tiempo el ejemplar dominical.

por ejemplo, la empresa puede optar por capitalizarlos, por lo menos en una determinada proporción⁵⁸.

Posiblemente, la propuesta que goce de mayor aceptación sea la realizada por el segundo circuito de apelación estadounidense en el caso «Berkey»⁵⁹. Para el segundo circuito, la publicidad es predatoria por razón de su cantidad cuando resulta tan excesiva en relación a las exigencias competitivas, que crea una barrera de entrada. El éxito de este análisis, que ha sido repetido en otros casos⁶⁰, se debe a que destaca, fundamentalmente, el tema de la posible creación de barreras de entrada, que es, en nuestra opinión, la principal forma en que la publicidad puede desplegar efectos de exclusión.

Efectivamente, la publicidad puede crear hábitos muy arraigados en los consumidores, especialmente en relación con determinados tipos de productos, según dijimos antes. Además, la empresa establecida en el mercado cuenta con lo que la doctrina norteamericana denomina «ventaja de quien mueve primero» (*first mover advantage*)⁶¹, ya que, una vez que una empresa ha conseguido que los consumidores prueben un nuevo producto, hace falta un volumen mucho mayor de publicidad para convencerlos de que se cambien a una nueva marca aunque estén razonablemente satisfechos con la primera.

El problema que plantea esta propuesta del segundo circuito es que deja demasiado abiertas dos cuestiones fundamentales: la determinación de cuándo la publicidad es innecesaria y la del nivel de las barreras de entrada que se tienen que crear para que la publicidad sea predatoria.

Por el momento, ningún Tribunal ha detenido su atención en el problema de la creación de lo que hemos llamado «ruido en el mercado». Sin embargo, algún autor considera que éste es un elemento importante a tener en cuenta, especialmente en aquellos casos en que la empresa dominante aumenta de forma considerable su nivel de publicidad coincidiendo con la entrada de un nuevo competidor⁶².

Junto a estas teorías, los autores afines a la escuela de Chicago proponen que, al igual que con otros tipos de prácticas predatorias, el Derecho de la competencia no debe prohibirlas, pues no son estra-

⁵⁸ HURWITZ y KOVACIC, en *Va. L.Rev.*, vol. 35, 1982, pp. 130-131.

⁵⁹ «Berkey Photo Inc. v. Eastman Kodak Co.», 603 F. 2d 263, 287 (2.º Cir., 1979), cert. denied, 444 US 1093 (1980).

⁶⁰ «Northeastern Tel. Co. v. AT&T Co.», 651 F. 2d 76, 93 (2.º Cir., 1981), cert. denied, 50 USLW 3668 (US Feh. 23, 1982). El noveno circuito también utilizó este *test* en el caso «Hunt-Wesson Foods v. Ragú Foods Inc.», 627 F. 2d 919, 927 (9.º Cir., 1980) Cert. denied 450 US 921 (1981). En este caso, el Tribunal afirmó que, asumiendo la existencia de poder de mercado, la conducta predatoria publicitaria «podría hacer la entrada al mercado más difícil y costosa, en detrimento de la competencia en general».

⁶¹ PETTY, en *ABLIJ*, vol. 27/2, 1989, p. 245.

⁶² PETTY, en *ABLIJ*, vol. 27/2, 1989, p. 246.

tegias rentables para la empresa y, por esta razón, las posibilidades de que se produzcan son mínimas⁶³.

2.2. La innovación predatoria

No es necesario insistir acerca de la trascendencia que la innovación tecnológica ha adquirido en el mundo moderno. En numerosos sectores de la economía resulta tan esencial que se constituye en el elemento determinante del éxito en el mercado. Así, sólo subsisten aquellas empresas con suficiente capacidad para innovar y, generalmente, triunfa la que consigue mayores avances en este terreno.

Pero, junto a la importancia de la innovación como elemento competitivo, hay otro elemento que, como se verá, juega un papel esencial en aquellos casos en los que ésta entra en conflicto con el Derecho de la competencia; ese elemento es la relación directa existente entre desarrollo tecnológico y bienestar social. La creencia generalizada de que la competencia por medio de la innovación no hace sino acelerar el progreso técnico y de que éste influye de forma directa en el bienestar de los consumidores, determina el tratamiento especialmente benigno que la innovación recibe en el Derecho *antitrust*. Por esta razón, los tribunales analizan los casos en los que se alega innovación predatoria con ojos bien distintos a los que emplean en los casos de precios o de publicidad predatoria.

Algunos autores coinciden en señalar que en los Estados Unidos, a diferencia de otras prácticas predatorias, el *case law* establece criterios relativamente claros con relación a la innovación predatoria⁶⁴. Así, se puede afirmar con carácter muy general que los tribunales admiten todo tipo de desarrollo de productos, aunque los lleve a cabo una empresa dominante, que suponga algún avance tecnológico o que presente algún atractivo para los consumidores⁶⁵. Estos mismos autores encuentran las tres siguientes razones para justificar un tratamiento tan permisivo⁶⁶:

⁶³ En este sentido, *vid.* EASTERBROOK, *NDLRev.*, vol. 61, 1986, p. 54; BORK, *The Antitrust Paradox*, p. 210.

⁶⁴ PETTY, *Suffolk ULRev.*, vol. 22, 1988, pp. 1006 ss., y HURWITZ y KOVACIC, *Va. L.Rev.*, vol. 35, 1982, p. 114.

⁶⁵ HURWITZ y KOVACIC, *Va. L.Rev.*, vol. 35, 1982, p. 114.

El Tribunal de Apelación del segundo circuito afirma, rememorando el lenguaje del juez Hand en «Alcoa», que «porque a un monopolista se le permite, e incluso se le anima a que compita de forma agresiva de acuerdo con sus méritos, cualquier logro que pueda alcanzar mediante el proceso de invención e innovación está claramente permitido por la legislación *antitrust*», «Berkey Photo Inc. v. Eastman Kodak Co.», 603 F. 2d 263 (2.º Cir., 1979) cert. denied 100 S. Ct. 1061 (1980), p. 281.

⁶⁶ HURWITZ y KOVACIC, *Va. L. Rev.*, vol. 35, 1982, pp. 115 ss.

— El Derecho de la competencia no debe interferir el proceso innovativo. No es coherente fomentar la competencia agresiva y la innovación, para, posteriormente, condenar a quienes la utilizaron con éxito ⁶⁷.

— La dificultad para encontrar un modelo de análisis viable que determine cuándo la innovación es predatoria.

— El extenso cuerpo de literatura económica que considera al progreso técnico como la fuente principal del bienestar de los consumidores.

En realidad sólo la tercera de las razones nos parece verdaderamente válida. Las dos primeras son perfectamente aplicables a otros tipos de prácticas predatorias, por lo que no pueden justificar la distinta óptica con la que se trata a la innovación ⁶⁸. Sin embargo, la relación entre la competencia económica, la innovación tecnológica y el bienestar social sí está presente siempre en este tipo de casos e influye de manera decisiva en su resolución.

Hay que comenzar por analizar la posible efectividad de la innovación como herramienta predatoria para, posteriormente, ver cómo se puede lograr un equilibrio entre el fomento de la inversión en investigación y el mantenimiento de la libre competencia, si es que ésta se puede ver gravemente amenazada. En este caso, será necesario distinguir entre lo que podríamos denominar «innovación creativa» e «innovación con finalidad predatoria».

Algún autor afirma que el peligro no está en la innovación que pueda desarrollar una empresa dominante, sino en la posibilidad de que ésta bloquee la actividad inventiva de sus competidores ⁶⁹. Para ello, es necesario que la empresa tenga un monopolio «estructural», o sea en todos o en la mayor parte de los mercados relacionados con una determinada industria. En este caso, el lanzamiento de nuevos productos por parte de un competidor que opere sólo en alguno de los mercados podría verse condicionado por la actitud del monopolista ⁷⁰.

⁶⁷ Este argumento ha sido utilizado por el segundo circuito en el caso «Berkey» cit.

⁶⁸ Las dificultades existentes para identificar el empleo de la innovación de forma predatoria son comunes a los precios y a la publicidad. Respecto a la primera razón alegada, también se fomenta la competencia agresiva que dé lugar a precios bajos, por lo que no puede justificar el tratamiento especial de la innovación.

⁶⁹ James BROOK, «Structural monopoly, technological performance, and predatory innovation: relevant standards under section 2 of the Sherman Act», *ABLIJ*, vol. 21, 1983, pp. 291-306.

⁷⁰ En opinión de Brooks, esto y no innovación predatoria es lo que ocurre en el célebre caso «Berkey». Kodak, la empresa acusada, tenía una posición de dominio en casi todos los mercados relacionados con la fotografía. Así, monopolizaba los mercados de película, papel, ciertos tipos de cámaras, etc. Cuando un competidor trató de lanzar al mercado un nuevo tipo de cámara de tamaño reducido y fácil manejo, que se caracterizaba por llevar la película en una especie de cartucho, Kodak no produjo película ni otros accesorios para este nuevo

Aunque no está clara la forma en que la innovación puede reducir el bienestar del consumidor ⁷¹, los casos en los que se alega una práctica predatoria relacionada con la innovación son cada vez más frecuentes, y aunque los tribunales, por lo general, las hayan desestimado, hay que plantearse su potencial anticompetitivo. La mayor parte de estos casos se refieren a la variación excesiva de productos o a la acumulación de patentes.

2.2.1. Cambios frecuentes en el diseño de los productos de la empresa dominante

Es difícil que la auténtica innovación, es decir, aquella que supone verdaderas mejoras sobre los productos existentes con anterioridad, pueda considerarse el instrumento de una estrategia predatoria. Cosa bien distinta son los simples cambios de diseño presentados por la empresa dominante como innovaciones, y que no tienen otra finalidad que perjudicar a los competidores, ya sea mediante la saturación del mercado, ya a través de cambios en la compatibilidad. Especialmente grave es la modificación, sin previo aviso, de los estándares de compatibilidad de un producto básico en torno al cual hay un mercado de productos periféricos. De esta forma, al modificar el diseño del producto principal, y lanzar al mercado de forma simultánea una gama de productos periféricos compatibles con éste, la empresa puede obtener una gran ventaja competitiva en los mercados satélites.

La compatibilidad técnica entre productos de distintos fabricantes es un fenómeno que ayuda a reducir costes y que redundaría en beneficio de los consumidores ⁷². Ahora bien, hacer depender la viabilidad económica de una serie de productos del mantenimiento de unos estándares de compatibilidad por parte de una empresa rival entraña un grave riesgo ⁷³.

Una posible solución, que se desestima en «Berkey», sería imponer a la empresa una obligación de notificar previamente a sus compe-

sistema, que tuvo una escasa implantación en el mercado. Años más tarde, Kodak lanzó al mercado sus cámaras «Instamatic», inspiradas en el mismo sistema, con un tremendo éxito.

Una situación similar se produjo cuando Sylvania lanzó un nuevo tipo de *flash*, el *magic-cube*, que presentaba innumerables ventajas. Kodak se negó a adaptar sus cámaras al nuevo tipo de *flash*.

Vid. BROOK, *ABLIJ*, vol. 21, 1983, p. 297.

⁷¹ Vid. F. EASTERBROOK, en *U. Chi. LRev.*, vol. 48, 1981, p. 307; BROOK, *ABLIJ*, vol. 21, 1983, pp. 305-306.

⁷² En este sentido, Yale M. BRAUNSTEIN y Lawrence WHITE, «Setting technical compatibility standards: an economic analysis», *Antitrust Bull.*, verano 1985, pp. 337-355, p. 337.

⁷³ También es cierto que a la empresa dominante le puede interesar mantener un gran mercado de productos compatibles que, a buen seguro, le ayudará a vender el producto principal. En este sentido, vid. BRAUNSTEIN-WHITE, *Antitrust Bull.*, verano 1985, p. 338.

tidores los cambios de diseño. Esta opción se abandona, por considerar que es imposible crear un sistema efectivo de información previa que no suponga un freno a la innovación ⁷⁴.

Por lo que respecta a la modificación, sólo podrá considerarse predatoria si no supone ninguna mejora o avance sobre el producto anterior ⁷⁵, lo cual es ciertamente difícil, sobre todo si se tiene en cuenta la relatividad de los conceptos de «mejora» o «avance» ⁷⁶. En «ILC Peripherals Leasing Corp. (Memorex) v. International Business Machines Corp.» ⁷⁷ se mantiene que un cambio de diseño será lícito siempre que exista una disputa a nivel de ingeniería acerca de si obedece a un interés legítimo. Es decir, es suficiente con que un experto piense de buena fe que la modificación o el nuevo producto responde a un interés legítimo de la empresa.

2.2.2. Utilización de patentes con fines predatorios

Las patentes, junto a su función tradicional de fomentar el desarrollo tecnológico, garantizando una recompensa adecuada a quienes dedican tiempo y dinero a la investigación, han sido frecuentemente utilizadas en los últimos años como un mecanismo para impedir el avance tecnológico de empresas rivales y, de este modo, aminorar considerablemente su capacidad competitiva ⁷⁸. La mayoría de los casos en que se alegó el empleo de patentes con una finalidad predatoria hacen referencia a dos tipos de conductas, la acumulación de patentes y las acusaciones continuas de violación de patentes de la empresa dominante.

A. Acumulación de patentes

Una empresa puede acumular patentes en un determinado sector con la finalidad de bloquear la actividad inventiva de otras empresas.

⁷⁴ Sin embargo, en la negativa al *certiorari* en el caso «Berkey», los jueces Rehnquist y Ponell consideraron que ésta podía ser la solución más adecuada. «Berkey Photo Inc. v. Eastman Kodak Co.», cert. denied, cit., pp. 1061 ss.

⁷⁵ «Transamerica Computer Co. v. International Business Machines Corp.», 481 F. Supp. 965 (ND Cal., 1979).

⁷⁶ En «Berkey» (cit.) se considera que una buena medida de la mejora es la aceptación del nuevo producto por parte de los consumidores.

⁷⁷ 405 F. Supp. 423 (ND Cal., 1978).

⁷⁸ Las relaciones entre las patentes y el derecho de la competencia ha dado lugar a un interesante debate doctrinal, en el que incluso se llega a cuestionar el sistema de patentes. Sobre este tema *vid.*, a título de ejemplo, W. BOWMAN, *Patent and Antitrust Law*, Chicago, Londres, 1973. Para una justificación del sistema de patentes *vid.* W. CORNISH, *Intellectual Property*, 2.ª ed., Londres, 1989, pp. 78 ss. En la doctrina española, *vid.* FERNÁNDEZ NÚÑEZ, OTERO LASTRES y BOTANA AGRA, *Hacia un nuevo sistema de patentes*, Madrid, 1982, y FERNÁNDEZ NÚÑEZ y GÓMEZ SEGADÉ, *La modernización del Derecho español de patentes*, Madrid, 1984.

Si además la empresa dominante no utiliza la mayor parte de esas patentes, se puede sospechar, no sin fundamento, la existencia de una cierta intención anticompetitiva bajo esta conducta. Sin embargo, la postura al respecto de los tribunales es tajante. Así, en el caso «Hazeltime» ⁷⁹, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos afirmó que «la mera acumulación de patentes, no importa cuántas, no es en sí misma ilegal» ⁸⁰. En un caso posterior, se mantuvo que la acumulación por parte de una empresa dominante de sus propias patentes está protegida por la ley, ya que es el resultado de los esfuerzos de la empresa en investigación y desarrollo de nuevos productos ⁸¹.

En un caso reciente se reconocía que la doctrina establecida en el caso «Hazeltime» es la que se aplica a los casos de patentes desarrolladas internamente por la empresa, sin embargo cabría una excepción si la empresa hubiese adquirido poder de mercado y el objeto de las patentes fuese bloquear el desarrollo y comercialización de ciertos productos en vez de proteger las invenciones de la empresa ⁸².

Así pues, el *case law* deja abierta la puerta, de forma excepcional, a la posibilidad de que una acumulación de patentes pueda ser contraria a la Sherman Act, pero no se manifiesta acerca de los requisitos necesarios para que la política de patentes de una empresa pueda ser atacada bajo los auspicios de la sección segunda de la Sherman Act ⁸³. Esta opción puede ser peligrosa si los tribunales no la interpretan correctamente, ya que puede provocar un retraimiento de las actividades relacionadas con la innovación y el desarrollo de nuevos productos, por el temor de que éstas puedan dar lugar a una acusación y posterior condena por intentar bloquear la actividad inventiva de otras empresas.

Por esta razón, en el caso «SCM», aunque el Tribunal no establece los elementos que convertirían en abusiva la acumulación de patentes, sí se refiere a una serie de factores que deben tenerse en cuenta por quien pretenda evaluar los posibles efectos anticompetitivos de esta práctica ⁸⁴:

⁷⁹ «Automatic Radio Manufacturing Co. v. Hazeltine Research Inc.», 339 us, 827 (1950).

⁸⁰ «Automatic Radio Manufacturing», cit., p. 834.

⁸¹ «Van Dyk Research Corp. v. Xerox Corp.», 478 F. Supp. 1268 (DNJ, 1979), cert. denied, 101 S. Ct. 3029 (1981). El Tribunal consideró que no había intención anticompetitiva en el programa de patentes de Xerox, pero queda la duda de qué pasaría si se probase la existencia de intención anticompetitiva. *Vid.* HURWITZ y KOVACIC, *Va. LRev.*, vol. 35, 1982, p. 125.

⁸² «SCM Corp. v. Xerox Corp.», 463 F. Supp. 983 (D. Conn., 1978), p. 1007.

⁸³ Para que exista «intento de monopolizar» (*attempt to monopolize*) se exige la intención específica de monopolizar y una posibilidad peligrosa de que el intento pueda tener éxito. *Vid.* «Swift & Co. v. United States», 196 us, 375-396 (1905).

⁸⁴ «SCM Corp. v. Xerox Corp.», cit., HURWITZ y KOVACIC, ob. cit., p. 127, resumen con acierto estos factores.

- La necesidad de mantener los incentivos a la innovación.
- La contribución de la empresa acusada y la de los nuevos competidores al proceso innovativo.
- La disponibilidad de soluciones más favorables para el libre desarrollo de la competencia económica.
- La posibilidad de predecir los resultados a los que dará lugar el modelo que se proponga. Es decir, que la empresa que acumule patentes de buena fe, con la única intención de proteger los resultados de su actividad inventiva, pueda tener la seguridad de que no va a ser condenada.

De todas formas, se puede afirmar, a modo de conclusión, que no parece probable que se produzcan excepciones a la regla de la libre acumulación de patentes, siempre que éstas sean el resultado de la actividad inventiva de la empresa⁸⁵.

B. *Acciones por infracción de derechos de patentes entabladas por una empresa dominante con finalidad predatoria*

Los litigios en materia de patentes, además de proporcionar enormes sumas a la empresa cuyos derechos han sido violados, pueden aumentar la presión que una empresa dominante ejerce sobre sus competidores, y es en este sentido en el que algún autor utiliza el término «predatorio»⁸⁶.

Para que la conducta pueda ser considerada predatoria, es imprescindible que las acciones carezcan de fundamento. La empresa que defiende jurídicamente sus derechos provenientes de una patente no hace nada que pueda considerarse como competencia no basada en los méritos. Y si de su conducta deviene un resultado que perjudica abiertamente los intereses de empresas rivales, la causa no está, en su caso, en el recurso a los tribunales sino en la barrera que crean las patentes obtenidas por la empresa dominante.

Por otro lado, no parece probable que, dados los costes de los procedimientos judiciales, una empresa se involucre en una cadena continua de acciones por violación de derechos de patentes sin fundamento alguno y con la única finalidad de bloquear las actividades de alguno de sus competidores. Así las cosas, consideramos que la supuesta práctica predatoria consistente en acusar de forma continuada a los competidores de vulnerar patentes de la empresa dominante no es sino una creación eminentemente teórica. Si las acciones tienen fundamento, la práctica no es predatoria y dudamos que ésta se llegue

⁸⁵ HURWITZ y KOVACIC, *Va. L.Rev.*, vol. 35 1982, p. 127.

⁸⁶ Michael CHU, «An antitrust solution to the new wave of predatory patent infringement litigation», en *William and Mary L.Rev.*, vol. 33, 1991-92, pp. 1341-1368.

a producir cuando la empresa dominante no encuentre un mínimo apoyo jurídico a sus demandas.

2.3. *Gastos predatorios en el mercado relevante (predatory spending)*

Una empresa dominante puede optar por incrementar la calidad de los servicios ofrecidos, sin repercutirlo en el precio, con la finalidad de obligar a sus competidores a aumentar los gastos para mantener su cuota de mercado. En el fondo, esto no es más que una modalidad de precios predatorios que se podrían denominar «indirectos». Si los precios de la empresa dominante se mantienen por encima de un cierto nivel del coste, a pesar de la mejora de servicios ofrecida, estará compitiendo de acuerdo con sus méritos. Si, por el contrario, el aumento de los costes produce una relación coste-precio tan desfavorable que no encuentra otra justificación que la intención de eliminar a los competidores, la conducta de la empresa dominante deviene predatoria.

El caso paradigmático de este tipo de conducta, que no merece un análisis en profundidad, ya que su tratamiento debe ser idéntico al de los precios predatorios, es el de la «Compañía de Transporte Aéreo Hawaiana»⁸⁷.

En realidad, las conductas de este tipo carecen, por lo general, de sustantividad propia para ser consideradas de forma independiente a los precios predatorios. Aun en el caso hipotético de que los servicios ofrecidos por la empresa dominante se consideren desmesurados e innecesarios para las características del mercado en cuestión, no habrá una práctica ilegal mientras los precios no estén por debajo de un determinado nivel del coste. Tampoco la temporalidad de los servicios ofrecidos constituye más que un indicador complementario del nivel de precios.

2.4. *Contratación predatoria del personal de un competidor (predatory hiring)*

Aunque la contratación de empleados de una empresa rival con finalidad predatoria constituye una práctica poco frecuente, la incluimos en este capítulo porque ha suscitado el interés de la doctrina como consecuencia de un caso resuelto recientemente por el noveno

⁸⁷ Una compañía aérea de Hawai, la «Hawaiian Interisland Air Transportation», ante la competencia de otra empresa, adquirió nuevos aviones y aumentó de forma considerable la frecuencia de sus vuelos, así como los servicios ofrecidos, todo ello sin repercutirlo en los precios, con la finalidad de forzar a su único competidor a aceptar una fusión. *Vid.* HAMILTON y KAWAHARA, «Predatory non-price competition: the case of Hawaiian Interisland Air Transportation», *Antitrust L. & Econ. Rev.*, núm. 7, enero 1974, pp. 83-90.

circuito de apelación estadounidense⁸⁸. Si bien el Tribunal consideró que, en ese caso, la conducta alegada por la empresa demandante no constituía una práctica contraria a la ley, reconoció que, en ciertas ocasiones, la contratación de empleados de una empresa competidora podía tener finalidad predatoria y, en consecuencia, ser contraria a la sección segunda de la Sherman Act.

El noveno circuito definió la contratación predatoria como la adquisición de talento o personal «no con el propósito de utilizarlo, sino con la finalidad de negárselo a los competidores»⁸⁹. Pese a que una práctica así concebida y llevada a cabo por una empresa dominante puede cumplir los requisitos previamente establecidos para la existencia de una práctica predatoria, la dificultad de que se produzca en la realidad y los problemas que, como se verá, plantea su identificación hacen que nos mostremos reacios a considerar la posibilidad de que dicha conducta pueda constituir un ilícito *antitrust*⁹⁰.

Toda empresa tiene derecho a contratar a las personas que considere más capacitadas y a ofrecerles una remuneración mejor que la que reciben para animarlas a cambiar, ya que esto no es más que otra vertiente de la competencia económica⁹¹. Para que una política de contratación de personal se pueda considerar predatoria es necesario, según el Noveno Circuito, que se pruebe la intención predatoria o que resulte claro en la práctica que la empresa no emplea a los técnicos contratados.

Este *test* adolece de una grave falta de efectividad, ya que la intención resulta extremadamente difícil de probar⁹² y el elemento de la no utilización de los trabajadores no aporta ninguna solución. Siempre

⁸⁸ «Universal Analytics Inc. v. MacNeal-Schwendler Corp.», 914 F. 2d 1256 (9.º Cir., 1990). La empresa demandada tenía una cuota del 90 por 100 en el mercado relevante (el mercado del NASTRAN, un tipo de programa de ordenador utilizado por la industria aeroespacial), mientras que la demandante, con un 5 por 100, era su principal competidor. Esta última alegó que durante un período de quince meses, seis de sus técnicos en NASTRAN habían dejado la empresa y se habían ido a trabajar para el demandado, lo que había tenido un efecto muy negativo en su capacidad para desarrollar una nueva versión del programa y así poder competir de forma efectiva con la empresa dominante.

⁸⁹ «Universal Analytics», cit., p. 1259.

⁹⁰ Desde el punto de vista de la competencia desleal, A. MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, Madrid, 1989, p. 128, considera que la atracción de trabajadores ajenos no constituye, en principio, actividad desleal. Para este autor, en un sistema de libre mercado, nadie tiene derecho a conservar su clientela y sus empleados, quienes de conformidad con el principio de competencia por eficiencia, pueden acudir a quien les ofrezca mejores condiciones.

⁹¹ En este sentido, *vid.* GÓMEZ SEGADÉ, voz «captación de empleados» (competencia desleal), *Diccionario jurídico Civitas* (en prensa). Aunque tanto Gómez Segadé como Menéndez analizan la cuestión desde el punto de vista de la competencia desleal, la afirmación es aún más válida contemplada desde la óptica del Derecho *antitrust*. Y ello, en definitiva, no resulta sorprendente en la medida en que el derecho de la competencia constituye un cuerpo único dividido en las dos vertientes del Derecho contra la competencia desleal y del Derecho *antitrust*.

⁹² En «Universal Analytics» el demandante creyó que había conseguido demostrar la existencia de intención predatoria al aportar un documento interno del demandado en el que se

que los empleados trabajen, la empresa podrá alegar que sólo a ella le corresponde decidir la forma en que cada empleado le resulta más útil, por lo que para que se pueda emplear con éxito el argumento de la «no utilización», es necesario que se contrate a personas a las que se tenga sin hacer prácticamente nada⁹³ y, como ha afirmado algún autor, es muy improbable que una empresa que haya adquirido «importantes talentos no los utilice»⁹⁴.

La mejor doctrina considera que el Derecho *antitrust* no debe tener en cuenta este tipo de conductas, ya que el único elemento que permitiría caracterizarlas con seguridad como predatorias, la «no utilización» de los trabajadores provenientes de la empresa rival, nunca se va a producir de forma suficientemente clara⁹⁵ y no parece haber ningún otro criterio que presente las suficientes garantías.

Sin embargo, hay otros autores que consideran que la contratación predatoria es una práctica potencialmente tan peligrosa como los precios predatorios, por lo que deben ser debidamente controlados por los tribunales⁹⁶. Para ello, proponen un *test* diferente al utilizado por el noveno circuito en «Universal Analytics», ya que, en su opinión, éste equivale a dar carta blanca al *predatory hiring*.

Al igual que en otros tipos de prácticas predatorias, en los casos de contratación predatoria hay que dejar de lado los análisis de la intención subjetiva del supuesto predador para centrarse en una valoración de elementos objetivos⁹⁷. Así, se propone un análisis basado en el estudio de los siguientes elementos⁹⁸:

1. Elementos comunes a todos los casos en los que se alega la existencia de una práctica predatoria: poder de mercado de la empresa acusada, condiciones de entrada al mercado, efectos de la competencia existente en el mercado, etc.

2. Elementos específicos de la contratación predatoria:

— Disponibilidad de personal cualificado en el sector afectado, así como el tiempo y dinero necesarios para formar nuevo personal.

afirmaba que el hecho de haber contratado personal de la empresa demandante iba a suponer un perjuicio para ésta. Sin embargo, el Tribunal consideró que el documento no era suficiente para probar la existencia de una conducta predatoria, ya que otorgó más importancia al derecho que tiene toda empresa de contratar a personal competente (*vid.* pp. 1258-1259 de la sentencia).

⁹³ AREEDA y TURNER, *Antitrust Law*, vol. III, 2c.

⁹⁴ AREEDA y TURNER, *Antitrust Law*, vol. III, 2c.

⁹⁵ AREEDA y TURNER, *Antitrust Law*, vol. III, 2c.

⁹⁶ VINCENT D'ARPINO, «Universal Analytics Inc. v. MacNeal-Schwendler Corp: Predators by hire?», *Fordham LRev.*, vol. 60, 1991, pp. 335-350, p. 343.

⁹⁷ En un caso reciente sobre precios predatorios que ha tenido una gran repercusión entre la doctrina, «A. A. Poultry Farms v. Rose Acre Farms», 881 F. 2d 1396, 1402 (7.º Cir., 1989), el Tribunal determinó que la mera intención no es una base suficiente para determinar responsabilidad en los casos de precios predatorios bajo la Sherman Act.

⁹⁸ D'ARPINO, *Fordham LRev.*, vol. 60, 1991, pp. 348-349.

— Estructura de los salarios y de los márgenes de beneficios existentes en el mercado, lo que ayudará a determinar si la empresa supuestamente predatoria está pagando salarios desorbitados y, como consecuencia de ellos, renunciando a una parte de sus beneficios en un intento de monopolizar el mercado.

— Análisis de la estructura interna del presunto predador, especialmente de su política de personal, para determinar si las últimas contrataciones están en línea con la conducta habitual de la empresa o si, por el contrario, su personal resulta, a todas luces, excesivo. También puede ser importante conocer si la empresa suele formar a sus propios empleados o si, por el contrario, prefiere contratar a trabajadores ya entrenados provenientes de otras empresas.

— También se puede analizar la rentabilidad y eficiencia de las contrataciones en cuestión. Si la contratación sólo es rentable cuando se produce la eliminación de la empresa competidora, los tribunales tienen una base para determinar el carácter predatorio de la conducta.

En realidad, el atractivo que, desde un punto de vista teórico, presenta este tipo de construcciones no puede ocultar una cierta ingenuidad. La primera premisa que falla es que, aunque estas prácticas puedan tener un cierto potencial anticompetitivo, éste no es comparable al de otras prácticas predatorias. Además, el estudio de una serie de elementos como los enunciados puede proporcionar algún indicio acerca del carácter predatorio de la conducta, pero difícilmente resultarán verdaderamente determinantes, ya que la empresa siempre encontrará algún tipo de justificación. Así, a la acusación de que los salarios ofrecidos son excesivos, la empresa siempre podrá alegar que le compensa pagarlos por la necesidad de contar con los servicios de esos trabajadores, y la rentabilidad de la contratación de uno o varios empleados, que sí resultaría indicativa, es extremadamente difícil de determinar. La acusación de que el número de empleados resulta excesivo se puede contrarrestar con un plan, real o supuesto, para ampliar las actividades, etc.

La conclusión a la que se llega es que el derecho que tiene toda empresa que opera en un régimen de libre competencia a contratar a todos los trabajadores que estime oportunos y a asignarles posteriormente las funciones que le parezcan más convenientes resulta difícilmente limitable sin un motivo muy claro. Este motivo se puede dar si en unas circunstancias muy concretas⁹⁹, una empresa monopolística contrata con salarios exorbitantes a personal clave proveniente de una empresa rival y al que después no le asigna ninguna función, pero este supuesto se nos antoja casi de laboratorio. Por esta razón, la utilización por los tribunales de un tipo de *test* como el pro-

⁹⁹ Como, por ejemplo, la existencia de un mercado con una gran escasez de mano de obra cualificada en el que una empresa dominante ve inquietada su posición por una empresa de menor dimensión.

puesto tendría un elevado coste y crearía una gran incertidumbre. Por esta razón, la mejor solución puede ser permitir la contratación de personal de empresas competidoras y sólo plantearse la posibilidad de la existencia de una conducta predatoria si, realmente, se da el elemento de la «no utilización» en los términos en que ha sido propuesto anteriormente.

Una variante de esta práctica es la que se encontró el Tribunal de Defensa de la Competencia en el caso «La Nueva Unión de Seguros, S. A. (NUSSA) c. Igualatorio Médico Colegial, S. A. (IMECOSA)»¹⁰⁰. IMECOSA, una empresa que presta servicios médicos mediante un seguro de prestaciones sanitarias de carácter voluntario, y que tiene una cuota de mercado superior al 80 por 100, exigió a todos los médicos afiliados que dejaran de prestar servicios con otras organizaciones de seguros sanitarios si querían mantener su relación con IMECOSA¹⁰¹. Como consecuencia, NUSSA, principal competidor de IMECOSA, perdió a veinte de los componentes de su cuadro médico, lo que supuso una importante merma de sus posibilidades de competir.

Aunque la contratación de personal de un competidor se sustituye aquí por una norma interna de la empresa dominante, el resultado que se pretende obtener es el mismo en ambos casos. El establecimiento de normas internas que regulen las relaciones entre una empresa y sus afiliados es, en principio, tan lícito como pueda serlo la contratación del personal de un competidor. Sin embargo, en determinadas circunstancias, puede convertirse en el instrumento de una estrategia predatoria con suficiente potencial como para infligir serios daños a sus competidores. Para ello es necesario que el predador disponga de un importante poder de mercado y que haya un cierto tipo de personal técnico que simultanee sus servicios entre la empresa dominante y sus rivales.

Del estudio de estos casos se puede concluir que, en ocasiones, la política de personal de una empresa dominante puede ser empleada con éxito de forma predatoria. De todas formas, las dificultades existentes para determinar con certeza, en este terreno, la frontera de lo predatorio, unido a las escasas probabilidades de que se lleve a

¹⁰⁰ Resolución de 28 de julio de 1992, Pleno, exp. 305/1991 (sección 1.ª, 1 de abril de 1992).

¹⁰¹ El Consejo de Administración de IMECOSA, en cumplimiento del art. 7 de los estatutos de dicha entidad, que establece que si los accionistas (médicos colegiados) vinieran prestando o aceptaran prestar servicios con otras organizaciones de seguro sanitario privado serán considerados incompatibles con la compañía, acordó enviar cartas a todos los médicos que, siendo accionistas, prestaban sus servicios a otras entidades. Si los médicos tenían que optar entre IMECOSA y, por consiguiente, su mayor número de asegurados, los médicos se inclinaron por ésta.

El Pleno del TDC consideró que IMECOSA había incurrido en una práctica de abuso de posición dominante al utilizar una serie de normas estatutarias para impedir o dificultar la actividad de sus competidores en el mercado.

cabo una conducta de este tipo, nos inclinan a pensar que cualquier intento de reprimirlas puede tener unas consecuencias bastante negativas al condenar a quien no hace sino competir de forma agresiva¹⁰².

2.5. La influencia predatoria en decisiones gubernamentales¹⁰³

Una empresa dominante puede tratar de presionar a organismos públicos para que adopten decisiones que perjudiquen a sus rivales. Si el perjuicio que se inflige a la competencia es consecuencia de una decisión que favorece de forma directa a la empresa que la promovió, la conducta es del todo punto lícita para el Derecho *antitrust*. Por el contrario, cuando el efecto directo de la decisión es el perjuicio de los intereses de uno o varios competidores, la presión ejercida por la empresa que resulta beneficiada indirectamente se acerca peligrosamente a lo que hemos considerado como predatorio. También las demandas judiciales sin fundamento, con la única finalidad de frenar o paralizar temporalmente alguna actividad de una empresa rival, pueden entrar en esta categoría¹⁰⁴.

En los Estados Unidos, donde la jurisprudencia relativa a estas prácticas es muy rica, el Tribunal Supremo llegó a establecer la inmunidad de este tipo de conductas en el Derecho *antitrust* con excepción de aquellas que «dirigidas de forma ostensible a influenciar la acción del gobierno, sean una mera apariencia para encubrir lo que no es más que un intento de interferir las relaciones comerciales de un competidor»¹⁰⁵. Asimismo, la doctrina de aquel país se ha ocupado del tema con profusión, dando lugar a una línea de pensamiento muy elaborada¹⁰⁶.

¹⁰² Si al Tribunal de Defensa de la Competencia le resultó relativamente fácil declarar la nulidad del art. 7 de los estatutos de IMECOSA y de cuanto pueda relacionarse con él, fue porque el art. 1.º de la Reglamentación Nacional del Trabajo de los Médicos al servicio de entidades de asistencia médico farmacéutica (Orden de 12 de febrero de 1964) establece que ni siquiera cuando los médicos dependen laboralmente de entidades de asistencia técnico-sanitaria puede serles prohibido el libre ejercicio de su profesión.

¹⁰³ VON KALINOSWKY, ob. cit., pp. 10-41, se refiere al «abuso predatorio de procesos gubernamentales», y R. BORK, *The Antitrust Paradox*, cit., p. 159, al «abuso de procedimientos gubernamentales».

¹⁰⁴ Vid. «Professional Real State Investors Inc. v. Pictures Industries Inc.», 61 USLW 4450, de 3 de mayo de 1993. En este reciente caso, el Tribunal Supremo establece la inmunidad para todas las demandas judiciales que tengan una base razonablemente objetiva.

¹⁰⁵ «Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight Inc.», 365 US 127 81 S. Ct. 523, 5 L. Ed. 2d 464 (1961). Vid. *infra* cap. v, nota 123.

¹⁰⁶ Vid., entre otros, los trabajos de FISCHER, «Antitrust liability for attempts to influence government action: the basis and limits of the Noerr-Pennington doctrine», *U. Chi. L. Rev.*, núm. 45, 1977, pp. 80 ss.; HANDLER y DE SEVO, «The Noerr doctrine and its sham exception», *Cardozo L. Rev.*, núm. 6, 1984, pp. 56 ss.; HURWITZ, «Abuse of governmental process, the First Amendment and the Boundaries of Noerr», *GLJ*, núm. 74, 1985, pp. 601 ss., reproducido en *Reprints*, 1985, pp. 771 ss.; y R. KALER, «The sham exception to the Noerr-Pennington antitrust immunity: its

Por el contrario, en el Derecho de la competencia comunitario y español el tema aún no ha despertado el interés de la doctrina. Es de esperar que a partir de ahora la situación comience a cambiar, ya que acaba de plantearse por primera vez el problema ante las autoridades comunitarias¹⁰⁷. En este apartado nos limitamos a dejar planteada la cuestión, que se retomará de forma más amplia en el capítulo v, al hilo de la Decisión «CEWAL» de la Comisión de la CEE.

potential for minimizing anticompetitive abuse of the administrative regulatory process», *Tol. L. Rev.*, núm. 12, 1980, pp. 63 ss.

¹⁰⁷ «Associated Central West Africa Lines (CEWAL)», Decisión de la comisión de 23 de diciembre de 1992, *OJ*, núm. 34, de 10 de febrero de 1993, pp. 20 a 43.