

# NO DEDUZCAMOS INGENUAMENTE EL ABUSO EN SUPUESTOS DE DESCUENTOS POR UNA EMPRESA EN POSICIÓN DOMINANTE

Amadeo PETITBÒ\*

Economista

Antonio CREUS

Abogado

## 1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este artículo es comentar la resolución administrativa de la autoridad peruana de competencia que subyace y que no fue abordada en cuanto a su sustancia por la sentencia reciente del Tribunal Constitucional de Perú (en adelante, TCP) de 5 de diciembre de 2006, Expte. 1963-2006-PA/TC Piura Ferretería Salvador S. R. L.<sup>1</sup> En esta sentencia, por un voto mayoritario de 4 a 2, se desestimó una demanda de inconstitucionalidad de la resolución de INDECOPI<sup>2</sup> núm. 0256/2005, de 4 de marzo de 2005, por la que se consideró que la empresa Distribuidora Norte Pacasmayo (en adelante, DINO) había abusado de su posición dominante en la modalidad de

---

\* El presente artículo está inspirado en el dictamen que los autores realizaron para Distribuidora Norte Pacasmayo.

<sup>1</sup> El asunto empezó con una denuncia ante la Comisión de Libre Competencia peruana por parte de Depósitos Santa Beatriz contra Distribuidora Norte Pacasmayo por presunto abuso de posición de dominio consistente en discriminación de precios y ventas atadas en el mercado de distribución de cemento y otros materiales de construcción. Posteriormente, otros dos operadores presentaron una nueva denuncia contra dicha Distribuidora y Cementos Pacasmayo que incluía, además, una supuesta negativa de venta por parte de Cementos Pacasmayo. Ambos asuntos fueron acumulados si bien la denuncia contra la cementera no fue admitida a trámite «al no haberse acreditado los medios probatorios necesarios para iniciar un procedimiento». En consecuencia, las actuaciones se refirieron exclusivamente contra las presuntas conductas contrarias a la competencia cuya actora sería Distribuidora Norte Pacasmayo. En el presente artículo se considerarán equivalentes los términos: ventas atadas, ligadas o vinculadas.

<sup>2</sup> Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Sala de Defensa de la Competencia (en adelante, Sala). Ésta es la última instancia administrativa que entien- de de los recursos presentados frente a las resoluciones de la Comisión de Libre Competencia (en adelante, CLC), primera instancia que resuelve sobre los asuntos de competencia en la autoridad peruana de competencia, INDECOPI.

precios discriminatorios y ventas anudadas, ordenando la imposición de una sanción y el cese de la conducta. Adicionalmente, se pretende poner de manifiesto los riesgos de la falta de aplicación del moderno análisis económico de la competencia por parte de las autoridades responsables de la misma.

La sentencia del TCP considera que no existió infracción en relación con las normas constitucionales peruanas dado que las mismas permiten a la Administración, dentro del marco previsto en las normas de defensa de la competencia, interferir en la esfera contractual privada protegida por la libertad de contratación. Tampoco considera dicha sentencia que existiera una afectación a la recurrente, Ferretería Salvador, tercero en el procedimiento que se siguió, y cuya única relación era contractual con la empresa sancionada, dado que la Administración actuó correctamente en el procedimiento administrativo.

No entró el TCP en el fondo del asunto —de naturaleza esencialmente económica— alegando que en un procedimiento de amparo no cabe una actividad probatoria compleja «Más aún si, usualmente, para este tipo de controversias se requiere de la realización de análisis económico y jurídico-económico», cuestión que debe ser subrayada.

El TCP, al resolver sobre aquellas cuestiones jurídicas, obvió el debate sustantivo que planteaba el recurso entre las distintas calificaciones que recibió la denuncia por la Administración peruana, al desestimarla en una primera instancia, siguiendo una línea probatoria muy estricta, mientras que estimó la denuncia en segunda instancia tras un recurso sin seguir una línea probatoria tan estricta. El asunto no es nuevo. Este debate está hoy de actualidad en Europa en el replanteamiento del análisis de las conductas en relación con la aplicación del art. 82 del Tratado y, más aún, en relación con el art. 2 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo<sup>3</sup> que sostiene que «*En todos los procedimientos nacionales y comunitarios de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado, la carga de la prueba de una infracción del apartado 1 del art. 81 o del art. 82 del Tratado recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue*».

En este artículo se pretende reflejar una obviedad en derecho, pero que a veces se olvida, cual es que la carga de la prueba incumbe a quien realiza la alegación. En el presente caso esto supone que la alegación de abuso de posición dominante debe probar inequívocamente las dos condiciones exigidas por el derecho de la competencia, a saber: la posición de dominio y el abuso. Este hecho admite que, como ocurre en la mayor parte de los casos, es necesario utilizar adecuadamente el análisis jurídico y recurrir a argumentos económicos sólidos. No cabe, pues, que probada, en su caso, la posición dominante, se asuma, por vía de presunción y a veces con cierto automatismo, el abuso.

---

<sup>3</sup> DOCE L 1/1, de 4 de enero de 2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado.

## 2. ANTECEDENTES

La Resolución de INDECOPI que se comenta<sup>4</sup> sancionaba las actuaciones de DINO, una empresa cementera que gozaba de posición dominante, por organizar un sistema de descuentos con discriminación de precios aunque concedía, también, ciertas ventajas a quienes distribuyeran otros productos suyos. INDECOPI calificó estas actuaciones de abusivas al considerar que suponían una discriminación de precios no justificada y un sistema de ventas atadas.

Dadas las condiciones del mercado y las dificultades de entrada en el mismo, parece indubitada, al menos a corto plazo, la posición dominante de DINO. En efecto, en el departamento del Piura, los costes de transporte hacen que el precio del cemento procedente de otros departamentos no sea competitivo o sea muy difícilmente competitivo. En consecuencia, únicamente se distribuye el cemento de Pacasmayo y su distribución se realiza a través de dos operadores: uno, DINO, que cuenta con una cuota de mercado, en cuanto a valor, del 87 %; y el otro operador con el restante 13 %<sup>5</sup>.

El contrato de DINO con los subdistribuidores incluye las siguientes condiciones: compra exclusiva, obligación de compra mínima, exhibición de su logo en los locales de los redistribuidores e información sobre las ventas y los *stocks*. A cambio de estas obligaciones, DINO se compromete a facilitar material de publicidad, catálogos y, también, apoyo comercial y técnico, lo que beneficia a los subdistribuidores. El acuerdo tiene una duración anual<sup>6</sup>.

La investigación llevada a cabo por la autoridad peruana de la competencia puso de manifiesto que DINO aplicaba unos precios diferenciados según que sus clientes estuvieran, o no, afiliados a su sistema. Lógicamente, los precios aplicados a sus afiliados eran inferiores. A partir de estos datos la instrucción de la autoridad peruana se dirigió a averiguar si la actuación de DINO tenía una justificación comercial y si generaba un daño a la competencia.

Conviene resaltar, por la importancia que tiene para el análisis del presente caso, que en la Resolución emitida por la CLC se incluye información acerca de las cuotas de mercado de las empresas que subdistribuyen el

---

<sup>4</sup> Dicha Resolución es la que pone fin al recurso frente a la decisión de la CLC, de 14 de mayo de 2003, núm. 006-2003-INDECOPI/CLC.

<sup>5</sup> Tal como se indica en la Resolución de la CLC, «Del total de compras de los dos distribuidores autorizados para el departamento de Piura, DINO S. R. L. adquiere y distribuye el 87 % de la producción de Cementos Pacasmayo S. A. A. mientras que Romero Trading S. A. adquiere y distribuye únicamente el 13 %. Asimismo DINO S.R.L. posee una participación de mercado en el departamento de Piura de alrededor 81 % mientras Romero Trading S. A. posee el restante 19 %». Tales datos no han sido cuestionados en el procedimiento. Nótese también que Cementos Pacasmayo tiene el 100 % de cuota de mercado, pues no parece que sea rentable a otros competidores vender en la zona del Piura.

<sup>6</sup> La duración anual del compromiso reduce considerablemente las barreras de salida, lo que, a su vez, contribuye a reducir el poder del distribuidor sobre los subdistribuidores.

cemento suministrado por DINO. Tales datos revelan la entrada de nuevos subdistribuidores de cemento en el mercado geográfico relevante (departamento del Piura) y, al mismo tiempo, cambios en sus cuotas de mercado a lo largo del tiempo.

En este punto debe señalarse que el único beneficio al que pueden aspirar las empresas denunciadas no es otro que la posibilidad de que mediante la intervención de la autoridad de la competencia se abaraten los costes de sus insumos; esto es, el precio del cemento que adquieren. Aun así, no se puede ver, desde la perspectiva de un mercado dinámico y en competencia, qué beneficios pudieran obtener a medio plazo, puesto que aun si obtuvieran precios inferiores no se deriva de ello, necesariamente, que puedan competir en mejor posición que otros competidores. De nuevo, aparece el riesgo de que el derecho de la competencia sea utilizado para defender a unos operadores económicos frente a la incomodidad provocada por las actuaciones competitivas de sus rivales.

En cuanto a las ventas ligadas, se plantea la falta de un elemento importante como la coercitividad de la medida que se impone, puesto que de lo contrario no se puede hablar de venta ligada o atada, sino de libertad de contratación. En el caso que se examina, el elemento de la coercitividad de la medida fue descartado en primera instancia por INDECOPI y sólo la Sala la asume, sin explicar sobre qué base o fundamento debe aceptarse la misma. La falta de este elemento explicativo —fundamental, en cualquier caso, en el campo del derecho de la competencia— debería hacer caer cualquier razonamiento jurídico-técnico que se quiera elaborar.

Es normal, y lícito, que en la vida comercial los clientes adquieran múltiples productos de la misma empresa y a tal fin se conceden todo tipo de ventajas. La conducta puede dejar de ser lícita cuando se impone, de alguna forma, la obligación de aceptar una transacción que en el curso normal de los negocios no se aceptaría. Tal imposición podría calificarse como abusiva si la empresa que la impone disfruta de posición dominante. Decir que podría no supone que dichas conductas siempre sean abusivas pues la conclusión acerca de la naturaleza de la conducta requiere el uso preciso del análisis económico y la consideración de los efectos de la conducta.

Ello no obstante, puede verse la otra cara de esa misma moneda: al imponer esa transacción comercial no deseada por quienes están fuera del sistema, se causa un perjuicio de algún tipo a la empresa que lo sufre. Las denunciadas son empresas competidoras de las empresas que supuestamente sufren la imposición de ventas ligadas. De ser correcta esta alegación obtendrían un beneficio del hecho que sus competidores sufrirían una desventaja comercial. Esto es, las denunciadas deberían haber podido probar o demostrar, pues a ellas les incumbe la carga de la prueba —o, llegado su momento, al órgano que decide, la CLC o la Sala— que la imposición de dicha transacción comercial no deseada, la venta ligada o atada, les supone algún tipo de perjuicio, demostrable y, además, cuantificable de

acuerdo con los usos generales en el comercio y con los principios del análisis económico<sup>7</sup>.

No aparece, en las resoluciones citadas, prueba alguna de ese daño, perjuicio o merma empresarial. Y, de hecho, ni tan sólo una referencia clara de la misma. Por esta razón, se sigue de forma lógica que INDECOPI, en el informe de la CLC, acepte la inexistencia de esas supuestas ventas ligadas o atadas.

Por lo dicho anteriormente, es difícil de entender por qué el Tribunal de INDECOPI resuelve que existen ventas ligadas o atadas abusivas sobre todo cuando no se razona o sustancia dicha alegación ni, mucho menos, se basa en prueba alguna.

### 3. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN RELACIÓN CON EL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA COMPETENCIA APLICABLE AL CASO

Más allá de consideraciones basadas en la apariencia de los fenómenos o apoyadas en la tradición que recogen asuntos forzosamente generales, un análisis del caso estudiado —alejado de la generalidad— desde la perspectiva de la aplicación de los principios modernos de la teoría económica de los mercados y de la competencia y de la consideración de la jurisprudencia aplicable permite sostener dos principios: en primer lugar, que la conducta de la empresa que ostenta la posición de dominio ha sido, en todo momento, respetuosa con los principios de las normas de defensa de la competencia, pues en nada ha impedido el juego competitivo de las empresas; y, en segundo lugar, que no solamente no ha frenado la competencia en el mercado relevante —de producto y geográfico— de la distribución de materiales de construcción sino que, dadas las especiales condiciones del mercado relevante, por el contrario, ha sido claramente pro competitiva.

Como se pondrá de manifiesto, considerar que la conducta de la empresa dominante es contraria a la competencia —es decir, impide la competencia en el mercado relevante— supone una inadecuada aplicación del moderno análisis económico de la competencia y de los mercados que sitúa la consideración de los efectos de las conductas en el núcleo del análisis.

La reflexión que sigue se referirá al sistema de descuentos (cláusulas de «objetivos mínimos» y discriminación de precios), a las ventas atadas y a los flujos de información, pues éstas son las referencias utilizadas por la autoridad de defensa de la competencia peruana para apoyar su juicio acerca de la comisión de una conducta de abuso de posición de dominio por parte de la empresa dominante.

---

<sup>7</sup> Piénsese, por ejemplo, que conducir bajo el sistema de puntos causa unos costes a los conductores en términos de felicidad perdida por conducir bajo amenaza.

Que el moderno análisis económico de la competencia y de los mercados defienda un enfoque de la política de la competencia basado en los efectos, en lugar de en la forma, no es una cuestión trivial. No deben ser las intenciones lo que deben juzgarse<sup>8</sup>, pues los efectos reales —empíricamente demostrados— deben ser el elemento determinante del análisis basado en las conductas prohibidas por las normas de defensa de la competencia. Conductas distintas pueden tener efectos similares y conductas idénticas pueden tener efectos distintos según las condiciones específicas (su estructura y las conductas) de los mercados. Por ello, fijarse solamente en la forma de las conductas puede contribuir a enjuiciar como contrarias a la competencia conductas que no lo son o a no someter a consideración prácticas que realmente limitan la competencia en los mercados.

La nueva aproximación contribuye a optimizar la consideración conjunta del análisis jurídico y del análisis económico. El derecho de la competencia se aleja, en consecuencia, de la aplicación mecánica de unos principios y se adentra en el análisis riguroso de la realidad que estudia, centrando las consideraciones acerca de las conductas sometidas a enjuiciamiento en el análisis de los posibles efectos anticompetitivos de determinadas conductas que perjudican a los proveedores, clientes o competidores. También se basa en la consideración de situaciones concretas, a partir de un análisis sólido y apoyado en los hechos, más que en consideraciones abstractas o aplicaciones mecánicas de principios y conceptos —en ocasiones indeterminados— contemplados en las normas de defensa de la competencia.

Un ejemplo de dichos principios, que configuran el camino por el que discurre la aplicación del derecho de la competencia en Europa y EE.UU., se encuentra en el excelente documento «Un enfoque económico del art. 82», Informe del EAGCP (Grupo asesor económico en materia de política de competencia), del mes de julio de 2005<sup>9</sup>, que, basado en la teoría y en la experiencia en el campo del análisis de la competencia y de los mercados, en estos momentos sirve de faro orientador a las reflexiones de la Unión Europea.

Más concretamente, de acuerdo con el citado documento, el núcleo del moderno enfoque económico de la competencia se apoya en la consideración de los efectos de las distintas conductas sobre los competidores, proveedores, consumidores y la eficiencia económica. En consecuencia, en sus análisis *«las autoridades de la competencia necesitan identificar un perjuicio para la competencia, y evaluar hasta qué punto dicho efecto negati-*

<sup>8</sup> Como hace, en algunos casos, la Ley española de Defensa de la Competencia, por ejemplo.

<sup>9</sup> Dicho Informe ha sido realizado por los siguientes expertos: Jordi GUAL (IESE Business School, Barcelona), Martín HELLWIG (Instituto Max Planck para la investigación sobre bienes colectivos, Bonn), Anne PERROT (Universidad de París I y Consejo de la Competencia, París), Michele POLO (Universidad Bocconi, Milán), Patrick REY (Universidad de Toulouse, coordinador del Informe), Klaus SCHMIDT (Universidad de Munich) y Rune STENBACKA (Swedish School of Economics, Helsinki, y RUESG, Unidad de investigación sobre estructuras y crecimiento económico, Universidad de Helsinki).

*vo para los consumidores queda potencialmente compensado por mejoras en la eficiencia».* El análisis jurídico ya no basta. Las autoridades de defensa de la competencia deben acreditar formación bastante en los campos jurídico y económico, simultáneamente.

La anterior afirmación se apoya en el hecho de que, por regla general, el enjuiciamiento de las conductas relacionadas con el funcionamiento competitivo de las empresas en los mercados exige hacer un doble análisis: por una parte, en relación con el posible impacto de las conductas sobre los consumidores; y, por otra, del posible impacto de las conductas sobre la eficiencia económica. Eficiencia económica y bienestar son, pues, los dos ejes que debe tomar en consideración el análisis. No uno u otro, sino ambos, simultáneamente. Los juristas requieren complementar sus conocimientos con la oportuna formación económica y los economistas la suya con la oportuna formación jurídica.

También sostiene el Informe que el eje económico del análisis del abuso de posición de dominio tiene como referencia central la mejora del bienestar de los consumidores. Una consideración precisa de esta cuestión exige distinguir entre la protección de la competencia y la protección de los competidores, que son cosas distintas. Una de las virtudes de la competencia es su contribución a quebrar la vida tranquila de los operadores económicos y obligar a las empresas a ser receptivas a las necesidades de los demandantes. En definitiva, la competencia, al responder a las vibraciones competitivas de las empresas en el mercado, tiende a ofrecer productos de mejor calidad también a mejor precio y a tratar a los clientes y proveedores con mayor atención. En este proceso, las empresas menos competitivas se ven sometidas a una presión que contribuye a alcanzar mayores cotas de eficiencia y bienestar, aunque, con mucha frecuencia, resulte incómoda para algunos operadores económicos. En el proceso competitivo las empresas eficientes reemplazan a las menos eficientes y, en última instancia, la competencia beneficia al consumidor y contribuye a la mejora del conjunto de la economía. Por estas razones se defiende la competencia y los países modernos —o que quieren serlo— han organizado autoridades encargadas de su vigilancia. Pero dicha vigilancia debe ejercerse tomando como referencia los principios económicos modernos y los fundamentos jurídicos del sistema. No hacerlo supone introducir riesgos en el procedimiento cuyo coste puede ser considerable.

La articulación entre la formación económica y jurídica adquiere sentido si se considera que las autoridades de defensa de la competencia, en el marco de un procedimiento sancionador, deben demostrar, de forma inequívoca, que la conducta de las empresas sometida a su consideración causan perjuicios graves para la competencia. Y tal demostración tiene una naturaleza fundamentalmente económica apoyada sobre una plataforma jurídica. Las incomodidades provocadas a los competidores deben quedar fuera del análisis pues no son relevantes. Por su parte, las empresas con poder de dominio, encausadas por conductas presuntamente abusivas, deben centrar

su interés en demostrar que su conducta se traduce en ganancias en términos de eficiencia. Y las autoridades deben considerar, simultáneamente, los posibles abusos y las ganancias en términos de eficiencia y bienestar.

La literatura económica reciente incluye muchos ejemplos que revelan el uso perverso, con el correspondiente coste en tiempo y dinero, que se hace de las normas de defensa de la competencia como alternativa a la incapacidad de determinadas empresas de mejorar su posición competitiva en los mercados de bienes y servicios en los que compiten<sup>10</sup>. Pero, por otra parte, también hay datos que ponen de manifiesto la progresiva penetración del análisis económico en las discusiones ante las autoridades de defensa de la competencia. Por ejemplo, como señala UTTON, la inactividad de las autoridades de defensa de la competencia en relación con las conductas de discriminación de precios revela que «*ya no se trata de un instrumento político serio*», aunque esta afirmación no se vea reflejada en el caso que se examina.

Hay argumentos bastantes para sostener, en el presente caso, que la adhesión a los contratos de la empresa dominante supone introducir un elemento de diferenciación en la estrategia de los subdistribuidores, algo que no podrían conseguir con sus propios medios dada su pequeña dimensión. Como ocurre frecuentemente, la empresa dominante, sometida al escrutinio de las autoridades de defensa de la competencia, tiene que elaborar estrategias que combinen la eficacia con el respeto a las normas de defensa de la competencia. En el caso que se examina, la empresa dominante ofrece reputación y apoyo técnico y logístico, lo que supone costes cuya eficacia sólo se manifiesta si permite alcanzar los resultados establecidos en su estrategia empresarial.

El análisis económico permite sostener que la adhesión a la estrategia de la empresa dominante supone que un producto aparentemente homogéneo, como el cemento, debido a la adición de valor mediante el logo de dicha empresa y/o su apoyo logístico y técnico, aparece ante los ojos de los consumidores como un producto distinto, lo que no debería admitir mayor discusión. La diferenciación supone costes pero también permite alcanzar mayores beneficios, sólo si la estrategia resulta acertada. Y todo ello en beneficio de la competencia, no en menoscabo de la misma. Por otra parte, esta mejora de la capacidad competitiva de los subdistribuidores de la empresa dominante se alcanza, prácticamente, sin costes por su parte. Por el contrario, los subdistribuidores, si llevan a cabo su actividad con eficacia, obtienen el producto a un precio menor, mejorando, de esta forma, su posición competitiva en el mercado. Como, además, el número de subdistribuidores no se ha reducido sino que, por el contrario, ha aumentado en los últimos años, la aplicación del análisis económico revela que las condiciones de bienestar en el mercado relevante han mejorado significativamente. Y todo ello no en menoscabo de la competencia sino con un reforzamiento

---

<sup>10</sup> Ver, p. ej., M. A. UTTON, *Market Dominance and Antitrust Policy*, Edward Elgar (2.ª ed.), 2003.



de la misma, como refleja el aumento del número de oferentes que rivalizan entre ellos para conseguir nuevos clientes —o no perder los que han conseguido compitiendo eficientemente— de sus productos, permitiendo a aquéllos ejercer en mejores condiciones su capacidad de negociación.

Este tipo de circunstancias no son nuevas. Por citar un ejemplo, el caso *FTC vs. Borden Company* [383 US 637 (1966)] resulta esclarecedor: si la diferencia de precios entre un producto estándar y un producto apoyado por la actividad de una empresa (*premium*) refleja tan sólo las diferencias entre las preferencias de los consumidores en favor del producto *premium*, la conducta no puede considerarse contraria a las normas de defensa de la competencia dado que supone «*a rough equivalent of the benefit by way of the seller's national advertising and promotion which the purchaser of the more expensive brands product enjoys*». Lógicamente, si la diferenciación no se traduce en mayores precios sino en menores precios, la afectación a la competencia es todavía más débil, por no decir favorable.

#### A. POSICIÓN DE DOMINIO Y ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

El primer paso en el análisis de las conductas de abuso de posición de dominio es probar inequívocamente la existencia de una posición dominante. Una empresa disfruta de posición de dominio cuando dispone de fuerza suficiente en el mercado para actuar, durante un plazo suficientemente extenso, con independencia de sus rivales. La posición de dominio abre las puertas al abuso pero de este principio no se puede inferir que una posición de dominio desemboque, siempre y en todo caso, en abuso. La prueba de la posición de dominio<sup>11</sup> es un paso necesario, indispensable, pero no el único paso que debe darse para demostrar la existencia de un abuso de la misma.

Son numerosas las empresas que ostentan una posición de dominio en sus mercados relevantes respectivos. Sin embargo, tal situación no supone necesariamente que abusen de la misma, pues son muchas las circunstancias que pueden conducir a las empresas a disfrutar de tal situación<sup>12</sup>. Incluso, puede sostenerse que en multitud de ocasiones en el contexto de una economía globalizada la posición de dominio es algo deseable si es compatible con el respeto a las normas de defensa de la competencia.

De todas formas, las autoridades de defensa de la competencia todavía manifiestan muchas cautelas cuando enjuician las conductas de las empresas en posición de dominio. Pese a ello, los órganos encargados de la aplicación del derecho de la competencia se han referido a esta cuestión en

---

<sup>11</sup> Dicha prueba no es sencilla, pues son muchos los ingredientes que deben considerarse simultáneamente. La globalización de las economías complica aún más el análisis por su impacto sobre la delimitación precisa del mercado relevante.

<sup>12</sup> Eficiencia, procesos de concentración, por ejemplo.

multitud de ocasiones intentando aclarar la cuestión. Por ejemplo, el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (en adelante, TPI) en su sentencia Michelin<sup>13</sup> (en adelante, Michelin II), en su párrafo 55 expresa lo siguiente: «*Por consiguiente, aunque la acreditación de la existencia de una posición dominante no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate, sí supone que incumbe a ésta, independientemente de las causas que expliquen dicha posición, una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común... Del mismo modo, si bien la existencia de una posición dominante no priva a una empresa que se encuentra en dicha posición del derecho a proteger sus propios intereses comerciales cuando éstos se ven amenazados, y si bien dicha empresa puede, en una medida razonable, realizar los actos que considere adecuados para proteger sus intereses, no cabe admitir tales comportamientos cuando su objeto es precisamente reforzar dicha posición dominante y abusar de ella...».*

De este párrafo, que se aporta por tratarse de una referencia reiterada y que recoge una secuencia doctrinal anterior, se deduce, en primer lugar, que no se puede reprochar a ninguna empresa que disfrute o goce de posición dominante en un mercado relevante. Para que exista una infracción a las normas de la competencia es preciso, además, que se acredite el abuso de dicha posición en beneficio de la empresa dominante y en perjuicio de sus proveedores, clientes y/o competidores. Es más, alcanzar la posición dominante debe ser el desiderátum de cualquier empresa, siempre que se realice mediante una correcta labor comercial y con el debido respeto a las leyes. No debe impedirse, en consecuencia, que las empresas incluyan entre sus objetivos la consecución de una posición de dominio.

Este reconocimiento no se matiza, sino que se realiza, por la sentencia Michelin II cuando se refiere al especial deber que corresponde a dichas empresas. Este especial deber de cuidado se deriva de la posición dominante que ha alcanzado la empresa, y que claramente el Tribunal indica como «*independientemente de las causas que expliquen dicha posición».*

El Tribunal perfectamente podría haber finalizado su explicación en este punto pero admite —y, de hecho, entiende, permite y justifica— que una empresa en posición dominante realice determinadas actuaciones en el mercado que le permitan proteger sus intereses, siempre que no supongan un abuso.

Con tales referencias se examinarán los dos posibles abusos considerados en el caso que nos ocupa: el sistema de descuentos y las ventas vinculadas. El examen se justifica por la relevancia que tales cuestiones han tenido en el análisis de la competencia y en la aplicación del derecho de la competencia.

---

<sup>13</sup> Asunto T-203/01, de 30 de septiembre de 2003, *Rec. II*, p. 4071.

## B. EL SISTEMA DE DESCUENTOS

En materia de descuentos y posición dominante la doctrina actual la resume de manera clara y meridiana en la ya citada sentencia Michelin II del TPI, en los párrafos que se transcriben a continuación:

«58. En general se considera que los sistemas de descuento cuantitativos, vinculados únicamente al volumen de compras efectuadas a una empresa en posición dominante, no producen el efecto de excluir el acceso al mercado de los competidores, prohibido por el art. 82 CE ... En efecto, si el aumento de la cantidad suministrada se traduce en un menor coste para el proveedor, éste puede hacer que su cliente disfrute de esta reducción mediante una tarifa más favorable... Por consiguiente, se presume que los descuentos por volumen de ventas reflejan el aumento de eficiencia y las economías de escala obtenidas por la empresa en posición dominante.

59. De ello se desprende que un sistema de descuentos en el que la cuantía del descuento aumenta en función del volumen de compras no infringe el art. 82 CE, salvo si los criterios y las modalidades de concesión del descuento ponen de manifiesto que el sistema no está basado en ninguna contraprestación económica que lo justifique, sino que pretende, como en el caso de un descuento de fidelidad y por objetivos, impedir el abastecimiento de los clientes acudiendo a sus competidores...

60. Por tanto, para determinar el posible carácter abusivo de un sistema de descuentos cuantitativos procede apreciar el conjunto de las circunstancias y, en particular, los criterios y condiciones de concesión del descuento, y examinar si los descuentos pretenden, mediante la concesión de una ventaja no basada en ninguna contraprestación económica que la justifique, privar al comprador de la posibilidad de elegir sus fuentes de abastecimiento, o al menos limitar dicha posibilidad, impedir el acceso al mercado de los competidores, aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes o reforzar su posición dominante mediante la distorsión de la competencia...».

La cita efectuada —sin duda, extensa— ahorra cualquier comentario. Sin embargo, en el presente contexto se considera pertinente clarificar que las empresas en posición dominante tienen derecho a aplicar sistemas de descuentos para mantener sus ventajas competitivas. No debe olvidarse que los sistemas de descuentos pueden tener un impacto positivo sobre los consumidores. El asunto no puede resolverse a partir de criterios apriorísticos. En consecuencia, es necesario proceder a un análisis complejo que tome en consideración las características fundamentales del mercado en el que tienen lugar los sistemas de descuentos. En otros términos, para considerar la posibilidad de abuso derivado de los sistemas de descuentos considerados en casos como el que nos ocupa hay que dar, como mínimo, los pasos siguientes: en primer lugar, analizar todas las circunstancias fácticas relativas a los precios y a los descuentos; en segundo lugar, determinar los criterios y condiciones de aplicación de los descuentos; en tercer lugar, examinar la intencionalidad de los descuentos; en cuarto lugar, verificar si los

descuentos tienen una contraprestación económica que los justifique; en quinto lugar, probar que el descuento priva o limita al comprador la libertad de elegir sus fuentes de abastecimiento, impide el acceso al mercado a competidores, aplica condiciones desiguales a prestaciones equivalentes, o refuerza su posición dominante mediante la distorsión de la competencia; y, por último pero no menos importante, ver el impacto del sistema de descuentos sobre el excedente del productor y el consumidor.

El proceso que debe seguirse para probar el abuso no es sencillo, puesto que requiere un examen detallado de las circunstancias que rodean el sistema de descuentos, así como investigar en relación con la intencionalidad de los mismos y sus efectos. De hecho, la decisión de la CLC llevó a cabo todos los pasos mencionados en el citado párrafo 60 de la sentencia Michelin II del TPI, mientras que la decisión final de la Sala de Competencia de INDECOPI no realizó dicho análisis detallado y alcanzó una conclusión opuesta. El asunto, no escaso, prueba que la investigación sugerida no es trivial. De nuevo aparece la necesidad de combinar adecuadamente el análisis jurídico y el económico, incluyendo los efectos de las conductas<sup>14</sup>. La prohibición de aplicar descuentos no debe ser considerada como una prohibición *per se* en el caso de las empresas en posición de dominio, pues antes de llegar a la conclusión de que dicha práctica es condenable se requiere un análisis económico muy fino.

Con el fin de aclarar los hechos más relevantes en el presente asunto, a continuación se hará referencia a las cláusulas de «objetivos mínimos» y a la discriminación de precios.

#### a) *Las cláusulas de «objetivos mínimos»*

Según la resolución de la Sala de INDECOPI, «*Las cláusulas de objetivos mínimos que buscan lograr la “fidelidad” de los compradores, al ser utilizadas por una empresa en clara posición dominante, constituyen un mecanismo de presión sobre los compradores que busca impedir que éstos traten con los competidores de la empresa dominante como alternativa de suministro, constituyendo, por tanto, un abuso de posición dominante*».

En ausencia de apoyo empírico, pues la Sala no demuestra que realmente se haya impedido el trato entre compradores y empresas distintas a DINO, la autoridad de la competencia se refiere al asunto 322/81, Michelin I, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>15</sup> (en adelante, TJCE).

---

<sup>14</sup> Véanse los asuntos Michelin o British Airways, por ejemplo. En estos casos, al realizar el análisis adecuado del abuso, se cumplieron los requisitos señalados, o al menos se consideraron cumplidos tras hacerlo, pues no existía otra explicación posible que la eliminación de competidores del mercado ni se encontró justificación al sistema por una contraprestación económica.

<sup>15</sup> Asunto 322/81, de 9 de noviembre de 1983.

La posición de la Sala es sorprendente, pues en la misma nota se refiere a la opinión de D. G. GOYDER cuando dicho autor menciona el caso *Compagnie Maritime Belge Transports S. A.* «*en la que señaló que era clara la existencia de un abuso de posición de dominio en el mercado debido a que la conducta infractora había sido llevada a cabo por un agente económico que contaba con más del 90 % de participación del mercado relevante y que únicamente tenía un competidor. Es claro que la misma conducta, realizada bajo distintas circunstancias, por ejemplo, llevada a cabo por una empresa con menor participación del mercado y que enfrentara más competencia, podría no haber sido calificada como abusiva por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.*». Y éste sería justamente el caso, pues DINO —aunque ésta no sea la cuestión más relevante— ostenta cuotas inferiores al porcentaje considerado como umbral entre conductas con distinto impacto sobre la competencia. Además, otros elementos fácticos diferencian aquel caso del presente sujeto a examen, como se verá. Tales consideraciones, por su escaso análisis económico, son a todas luces insuficientes y ponen de manifiesto la inseguridad jurídica de las empresas cuando las autoridades encargadas de velar por el cumplimiento de las condiciones de competencia en los mercados enjuician las conductas empresariales sin el uso suficiente y adecuado de los instrumentos que el moderno análisis económico pone a su alcance.

También, por analogía, merece la pena acudir a la Resolución Roca Radiadores<sup>16</sup> del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, TDC). En dicha Resolución se discutía acerca de unos descuentos por cumplimiento del programa semestral de compras y otro descuento por la concesión de un premio. La conclusión del TDC fue rotunda: «*la simple existencia del programa de compras no parece en sí nociva, pues permite al fabricante conocer sus previsiones de producción, reducir los costes de producción y almacenamiento y, en definitiva, ajustar su producción a la demanda; la concesión de un descuento al distribuidor por cumplimiento del programa puede favorecer la competencia entre los distribuidores.*».

Y, yendo al fondo de la cuestión, la Resolución del TDC sostiene que «*no hay prueba suficiente de que Roca haya utilizado este descuento, bien para evitar que se distribuyeran productos de otras marcas, bien para imponer a los distribuidores o a algunos de ellos unas condiciones o la compra de unas cantidades determinadas.*».

En dicha Resolución se abordan las cuestiones nucleares del caso que nos ocupa. Por una parte, el cumplimiento de unos objetivos mínimos se traduce, en última instancia, en una reducción de costes; es decir, en ganancias de eficiencia, que es uno de los objetivos de las normas de defensa de la competencia, pues la propia competencia entre operadores económicos permite trasladarla, al menos parcialmente, a los consumidores, cuestión que no fue examinada con precisión en la Resolución, aunque sí se sentó el

<sup>16</sup> Resolución Expte. 356/94, Roca Radiadores, de 28 de septiembre de 1995.

principio de referencia. En segundo lugar, que los efectos anticompetitivos de una conducta deben ser demostrados inequívocamente, de manera que no quepa otra explicación alternativa mejor. Y tal demostración no consta en el expediente de la autoridad peruana. Por el contrario, la CLC sostuvo que la fidelidad *«constituye una posible justificación para el otorgamiento de menores precios para los afiliados»*, conclusión que no ha sido desmentida por la Sala con el apoyo de la evidencia empírica que pusiera de manifiesto que tal estrategia era utilizada con fines distintos a los correspondiente a una estrategia comercial competitiva. Una vez más, la ausencia de análisis económico impide arrojar luz sobre cuestiones de importancia y coloca bajo sospecha determinadas estrategias empresariales que pueden contribuir a aumentar el excedente del consumidor.

Por su parte, la Audiencia Nacional al revisar la resolución del TDC se refirió a la jurisprudencia elaborada por el TJCE al resolver los asuntos Hoffmann-La Roche<sup>17</sup> y Michelin I citado, en el sentido de que son contrarios a la libre competencia: los descuentos vinculados a objetivos de aumentos de ventas en el mercado y las primas de fidelidad. Con estas referencias, la consideración del caso Roca Radiadores condujo a la Audiencia Nacional a sostener que dichos principios no ocurren en dicho caso *«puesto que los descuentos se vinculan al cumplimiento de un programa —que puede ser alterado al alza o a la baja en sucesivos periodos— ...»*. En relación con las primas de fidelidad sostiene *«que tienden a facilitar la distribución en exclusiva de los productos, y se dan a aquellos que comercialicen en exclusiva o de forma preferente el producto primado. Tampoco en nuestro caso se vincula el descuento y el premio a la exclusión de otros productos»*.

#### b) *La discriminación de precios*

No ha sido infrecuente que la doctrina económica y jurídica considerara la discriminación de precios como una conducta contraria a la competencia, pues se suponía que situaba a unos competidores en una posición de ventaja frente a otros. Sin embargo, dicha interpretación no incluía todos los elementos del problema en la reflexión. Los análisis recientes prueban que la discriminación de precios no siempre es perjudicial, pues, en determinadas circunstancias, puede incrementar el bienestar de los consumidores y del conjunto de la sociedad, especialmente cuando su primer efecto es un incremento de la producción. Esto puede ocurrir cuando la discriminación permite reducir los precios, aumentando la renta real de los consumidores y, en consecuencia, aumentar la demanda al poder atender a segmentos adicionales de clientes. También la discriminación puede contribuir a intensificar la competencia entre empresas oligopolistas que pugnan por incrementar sus cuotas de mercado respectivas, con el correspondiente

<sup>17</sup> Asunto 85/76, de 13 de febrero de 1979, Rec., p. 461.

beneficio para los consumidores. En todo caso, el eventual impacto perjudicial para la competencia tiene su origen en el posible efecto excluyente de los competidores, por lo que el análisis desde la perspectiva de la competencia en el mercado o mercados afectados deberá tomar en consideración esta posibilidad.

Parte el documento de la Sala de lo manifestado por la denunciante en el sentido de que la aplicación de menores precios a los subdistribuidores afiliados a la empresa dominante DINO —como contrapartida a la cláusula de compra exclusiva— en relación con los no afiliados no tiene justificación comercial. Se refiere también a la normativa peruana que menciona que la discriminación sin justificación comercial puede considerarse abusiva. Y, al amparo de dicha manifestación, sin que medie el correspondiente análisis, sostiene la Sala que dicha obligación de compra exclusiva «*constituye un ejercicio expreso y evidente de presión sobre los compradores para que se provean totalmente de la empresa dominante DINO, con el consiguiente efecto exclusorio hacia los competidores directos de DINO...*». Completa dicho aserto afirmando que los subdistribuidores «*no tienen opciones de libertad para rechazar el requerimiento, configurándose así la infracción restrictiva de la competencia*». Y concluye afirmando que «*esta conducta de DINO resulta una clara explotación abusiva exclusoria únicamente posible gracias a su posición dominante*». Las referencias empleadas para sostener tales afirmaciones son la sentencia del TJCE en el caso Hoffmann-La Roche y las directrices relativas a las restricciones verticales.

La consideración de las afirmaciones y juicios anteriores, analizados desde la perspectiva del moderno análisis económico de los mercados, constituyen un ejemplo de cómo no debe aplicarse el derecho de la competencia, pues la conclusión se alcanza exclusivamente mediante la referencia a dos documentos sin que medie análisis alguno, a pesar del esfuerzo instructor realizado en la resolución de referencia<sup>18</sup>. Este camino es claramente contrario al art. 2 del Reglamento (CE) núm. 1/2003, del Consejo, y a lo requerido en el párrafo 60 de la sentencia Michelin II. En relación con este aspecto, varias son las cuestiones que es oportuno resaltar.

En primer lugar, no es sostenible la afirmación de que la discriminación carece de justificación comercial, por lo que puede considerarse abusiva. Sin olvidar la existencia de descuentos por volumen, tal discriminación se justifica por las contrapartidas ofrecidas a los afiliados, que tienen un coste económico y que, en algunos casos, se traducen en un instrumento competitivo a través de reducciones de costes y de mayor y mejor presencia en el mercado. Lo que realmente resultaría discriminatorio, en este caso para los afiliados, sería que éstos tuvieran las mismas condiciones que los no afiliados, pues en este caso la afiliación no tendría sentido. En otros términos, la posición de la Sala deja sin salida a DINO: la discriminación existiría en

<sup>18</sup> Con demasiada frecuencia se sustituye el razonamiento económico y jurídico con el acrítico procedimiento de «cortar y pegar».

un caso o en otro, lo que en términos del análisis de las conductas competitivas no tiene sentido. Por otra parte, nada impide que quien compita con DINO establezca estrategias para incrementar sus ventas dentro del marco de las normas de defensa de la competencia. El embrollo sólo puede resolverse mediante el oportuno análisis económico. En ausencia de dicho análisis la inseguridad jurídica es notable, pues quien enjuicia da prioridad a su intuición sobre el resultado de un análisis amparado en los principios del método científico y que ya cuenta con una larga tradición.

Sin ser directamente comparable, la resolución del TDC recaída en el asunto Roca Radiadores citada tiene suficientes puntos en común con el caso que se analiza que sirve como una referencia válida para interpretar con la precisión debida la decisión de la Sala.

También en aquel caso el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, SDC) consideró que un sistema de descuentos sobre la base a unos programas de compra y de una sala de exposición *«digna y de categoría»* constituía una conducta abusiva, lo que no dejaba de ser sorprendente. Los argumentos tienen una gran similitud con los esgrimidos por la Sala. Decía el SDC que *«la realización de estas dos conductas constituye abuso perjudicial para la estructura de mercado que obstaculiza las posibilidades de competencia, pues restringe la libertad de elección de los distribuidores, puede suponer una injustificada desigualdad de trato y tiene por efecto limitar el acceso al mercado de otros distribuidores»*. Pese a tal afirmación, el TDC consideró más oportuno *«determinar si Roca, al distribuir sus productos, lo hace de una forma abusiva o si se encuentra en el límite de lo que es una lícita política comercial de una empresa que, al reducir sus costes, puede ofrecer sus productos a unos precios más bajos con beneficio para los usuarios de los mismos»*. Y afirmaba el TDC que la concesión de descuentos puede favorecer la competencia entre distribuidores, lo que es una cuestión nuclear en un mercado en el que, por su propia naturaleza, la competencia entre operadores económicos tiene límites precisos.

En otros términos, la esencia del argumento del TDC puede resumirse como sigue: en aquellos mercados en los cuales el número de operadores con una dimensión mínima óptima es reducido, la competencia entre ellos siempre estará sujeta a limitaciones. En consecuencia, adquiere todo el sentido que dichos operadores establezcan procedimientos para desplazar la competencia a otros segmentos del mercado: los subdistribuidores, en el caso que nos ocupa. Por lo tanto, el sistema de descuentos permite que los subdistribuidores tengan capacidad para ofrecer precios distintos, compitiendo entre sí en beneficio de los operadores más eficientes y de los consumidores. De esta forma, la competencia no resulta restringida sino potenciada.

En relación con la presión sobre los compradores para que se provean exclusivamente de DINO debe subrayarse que el mercado ofrece otras posibilidades, entre las cuales se incluyen las derivadas de la libertad de recurrir a otro proveedor, lo que prácticamente no supone costes relevantes debido a la inexistencia de barreras de salida. En este punto debe subrayar-



se que la exigua diferencia de precios entre afiliados y no afiliados, alrededor de un 10 %, permite sostener que la misma no se traduce en un arma competitiva insalvable, pues dicha diferencia puede compensarse mediante pequeñas mejoras en la organización competitiva de las empresas. El argumento contrario supone caer en el terreno confuso de interpretar que las normas de defensa de la competencia tienen como misión proteger a los competidores. Los mercados vibran y al amparo de dichas vibraciones las empresas establecen estrategias para mejorar su posición competitiva frente a sus rivales. Y cuando los márgenes no permiten establecer estrategias basadas, de forma contundente, en los precios, la competencia exige adentrarse en estrategias relacionadas con las condiciones de distribución. Y esto es, precisamente, lo que hacía DINO, sin que quepa atribuir a dicha conducta la calificación de abusiva. Abona esta opinión el hecho de que la Sala, en ningún caso, hace mención alguna a la exclusión real de competidores. Y si no se acredita la exclusión no puede sostenerse que la discriminación tiene como objetivo la misma. En consecuencia, la conclusión de la Sala cae por el propio peso de la falta de acreditación de los efectos de la conducta abusiva que, dice, ha tenido lugar.

Tampoco resulta justificada la afirmación de la Sala de que los subdistribuidores *«no tienen opciones de libertad para rechazar el requerimiento, configurándose así la infracción restrictiva de la competencia»*. Y no es cierta, además de por no demostrada, porque la condición de subdistribuidor se adquiere voluntariamente, por las ventajas que ofrece, y voluntariamente puede abandonarse, sin barreras significativas de salida, si quien abandona el acuerdo considera que es capaz de estructurar de forma más competitiva su negocio. Porque si no fuera así, se llegaría a la conclusión de que el acuerdo alcanzado con DINO es el más eficiente de los posibles, lo cual alejaría el análisis del abuso de posición de dominio y lo acercaría al terreno de la eficiencia en beneficio de los consumidores, que es uno de los bienes que deben defender las autoridades de defensa de la competencia. En consecuencia, también desde esta perspectiva decaería el argumento de la Sala.

Tampoco es sostenible la afirmación de la Sala de que dichas conductas son posibles por la posición de dominio de DINO. Y no lo es, además de por no demostrada en el procedimiento, porque en un mercado competitivo el operador que debe estar más interesado por mejorar su posición competitiva es el que no dispone de posición de dominio. Y en el presente caso los hechos ponen de relieve que es precisamente el operador con posición de dominio el que introduce los necesarios elementos competitivos y de eficiencia. En consecuencia, el análisis de las conductas empresariales revela que las vibraciones competitivas resultan incómodas para competir con DINO. Las reacciones competitivas pueden ser desarrolladas tanto por las empresas con posición de dominio en el mercado como por las que no disponen de dicha condición. No es, pues, algo que recaiga en exclusiva en las empresas que, por una razón u otra, han alcanzado una posición hegemónica en el mercado.

Más aún, la evidencia empírica demuestra que en el marco de la subdistribución los competidores compiten. Baste para ello considerar las variaciones en su número y en sus cuotas de mercado. La ausencia de competencia se traduciría en una estabilidad de cuotas. Sin embargo, los datos revelan oscilaciones, en ocasiones significativas y, sobre todo, un incremento en el número de operadores, manifestación inequívoca de ausencia de barreras de entrada y de la existencia de vibraciones competitivas entre los operadores económicos. Es decir, en el mercado relevante se compite. La conducta de DINO, en consecuencia, no ha sido restrictiva de la competencia, sino todo lo contrario: se han incrementado las posibilidades de elección de los consumidores y, en consecuencia, la evidencia permite sostener que el bienestar de los consumidores también se ha incrementado en coherencia con uno de los bienes públicos que deben perseguir las autoridades de defensa de la competencia.

### C. LAS VENTAS VINCULADAS

La venta vinculada consiste en condicionar la adquisición de un bien o servicio a la compra de otro. Las ventas vinculadas pueden referirse a bienes o servicios complementarios, sustitutivos o independientes y pueden reflejar proporciones fijas o variables. La cuestión relevante, en cualquier caso, es que dichos bienes o servicios sean adquiridos por los mismos compradores.

En el asunto analizado, los contratos de afiliación utilizados por la empresa que ostentaba la posición de dominio imponían la obligación de comprar exclusivamente todos los materiales de construcción (cemento y otros) a dicha empresa. La Sala de INDECOPI sostuvo que si el cliente se oponía al contrato de compra exclusiva —o, lo que es lo mismo, a comprar los productos vinculados— no era posible suscribir el contrato de afiliación «y, en consecuencia, no podría comprar cemento a DINO o lo podría comprar en condiciones desventajosamente diferentes—en cuanto a cantidad, precio y condiciones de venta— a aquellas de quienes aceptaron la atadura».

Sin embargo, un análisis de las condiciones de contratación<sup>19</sup> revelaba que la primera parte de la proposición del órgano de defensa de la competencia era falsa, pues los compradores podían dirigirse al operador dominante con independencia de su condición de afiliados o no al sistema de contratación. En consecuencia, y sólo por este hecho, la afirmación de la Sala no se sostiene, cayendo, por lo tanto, el núcleo de su argumentación y, en consecuencia, su conclusión.

Ahora bien, desde la perspectiva del análisis de la competencia, en el caso de las ventas vinculadas los hechos tampoco deben examinarse sobre

---

<sup>19</sup> La experiencia demuestra que uno de los medios para conocer las condiciones reales de competencia en los mercados —y, en especial, la posición real de dominio— es el análisis de los contratos.

la base de elementos abstractos o consideraciones generales. La referencia, como se ha dicho, deben ser los efectos de las conductas sobre el(los) mercado(s) afectado(s). El Informe del EAGCP considera que la cuestión fundamental reside en determinar inequívocamente si las ventas vinculadas benefician a la empresa que las impone, provocando la exclusión de sus rivales y perjudicando a los consumidores. Avala esta aproximación el hecho de que la evidencia empírica pone de manifiesto que el resultado final de las ventas vinculadas puede que no sea la eliminación de la competencia en el mercado afectado sino la mejora de la eficiencia y la calidad de los productos ofrecidos.

La consecuencia de dicha consideración es que no se puede sostener, sin más, que las ventas vinculadas deban ser prohibidas *per se*. En efecto, el estudio de la moderna teoría de los mercados revela que, a menudo, las ventas vinculadas generan beneficios para los consumidores pero también pone de manifiesto que pueden generar efectos anticompetitivos si la empresa dominante distorsiona el funcionamiento de la competencia con el fin de excluir o controlar a sus rivales o influir en las condiciones de entrada en el mercado. En otros términos, las ventas vinculadas benefician a la empresa dominante pero desde la perspectiva del bienestar sus resultados son ambiguos<sup>20</sup>, debiéndose rechazar cualquier conclusión que no vaya acompañada del suficiente análisis económico. En este punto, en consecuencia, el análisis económico es fundamental y no puede eludirse. Y dicho análisis, como ocurre muy a menudo en diversos lugares, no se ha realizado en este caso por la Sala que, ni tan sólo, tomó en consideración el detallado estudio efectuado por la CLC.

En este caso, el núcleo de la cuestión sólo puede dilucidarse mediante el análisis de si las empresas rivales están situadas en una posición de desventaja competitiva de manera que no puedan competir eficazmente en el mercado adyacente. Es la imposición de condiciones lo que cuenta como referencia, no la ineficacia o la falta de vibraciones competitivas. En este caso, de nuevo, aparece la sombra de la aplicación del derecho de la competencia como un instrumento de ayuda a los competidores ante la incapacidad de que una empresa pueda contrarrestar eficazmente las estrategias competitivas de sus rivales. Subraya el informe de la CLC que *«Estas prácticas serán menos preocupantes cuando varias compañías suministren paquetes de bienes complementarios, ya que en este caso los precios suelen ser más bajos porque las empresas tienen en cuenta que un precio menor en uno de los productos aumenta la demanda de sus complementarios»*. En definitiva, *«pueden existir razones sólidas de optimización de beneficios por las que las empresas dominantes intentan extender su poder de mercado más allá de su propio mercado doméstico»*. Este mismo análisis puede extenderse a la consideración de conductas dentro de un mismo país.

Como se ha apuntado, de nuevo surge la referencia al riesgo de exclusión de los competidores que, como se ha sostenido, no puede alegarse pues

<sup>20</sup> Ver, por ejemplo, M. MOTTA (2004), *Competition Policy. Theory and Practice*.

no se ha demostrado que la conducta de la empresa dominante se haya traducido en la desaparición de competidores. Y si no hay tal desaparición el argumento de la Sala no se sostiene. En consecuencia, sus conclusiones son más apoloéticas que consecuencia de un análisis riguroso —jurídico y, sobre todo, económico— de las condiciones de competencia en el mercado de referencia. El fantasma del error como resultado de la ausencia de un estudio riguroso de los hechos y sus consecuencias —con independencia de las razones de la misma— sobrevuela la aplicación del derecho de la competencia en perjuicio de unas empresas y en beneficio de otras. El problema adquiere una relevancia especial cuando las empresas perjudicadas son las empresas eficientes.

Tampoco puede sostenerse, como hace la Sala siguiendo la tradición, que la conducta del operador dominante sea perjudicial para los consumidores sobre todo si no se acredita inequívocamente tal perjuicio. El examen de los datos pone de manifiesto que los consumidores se benefician del sistema de descuentos porque en el marco competitivo de la actividad de la subdistribución, los menores costes para las empresas subdistribuidoras y la mejora de las condiciones de la oferta, unidas a las posibilidades de competir derivadas de las condiciones favorables ofrecidas por DINO, pueden traducirse en menores precios en beneficio, precisamente, de los consumidores. Son, precisamente, las favorables condiciones abiertas por la afiliación al sistema de ventas del operador dominante, la clave que abre las posibilidades de competir en un mercado que, sin la agitación competitiva de dicha empresa, las condiciones de oferta serían homogéneas en perjuicio, precisamente, de los consumidores y de la competencia. Por ello, puede afirmarse que la estrategia competitiva introducida por las condiciones que DINO ofrece a sus afiliados es el instrumento que permite introducir elementos de competencia en un mercado que, en otras circunstancias, difícilmente sería testigo de la competencia. El excedente del consumidor, por lo tanto, se incrementa.

Igualmente insostenible es que la estrategia del operador dominante influya negativamente en las condiciones de entrada. Otro suministrador —competidor de DINO— ofrece sus productos al mercado en las condiciones que estima más adecuadas. En consecuencia, la ruptura de las relaciones con el operador dominante no supone la expulsión del mercado. Tan sólo supone un cambio en las condiciones de adquisición de los bienes que son distribuidos posteriormente y en las condiciones en la que los oferentes ofrecen sus bienes. Pero asimilar el cambio de condiciones a la expulsión supone un salto argumental a todas luces insostenible, especialmente cuando lo que se enjuicia es la conducta de las empresas desde la perspectiva del análisis de la competencia. En otros términos, la falta de evidencia en relación con la afectación sensible a las condiciones de la entrada conducen a que la conclusión alcanzada por la autoridad de defensa de la competencia sea una conclusión vacía que no puede ser aceptada en el marco del derecho sancionador.

Tampoco hay evidencia alguna en la decisión del órgano de defensa de la competencia en relación con el comportamiento de los precios. La deter-

minación de los precios corresponde a la síntesis entre las condiciones de la oferta y la demanda en el mercado relevante. Es decir, de los comportamientos de distribuidores y consumidores. A su vez, cada una de las partes está sometida a otro tipo de consideraciones, como sus estrategias o el nivel de renta, por ejemplo. Por lo tanto, el análisis del comportamiento de los precios no es una cuestión sencilla. Por el contrario, exige un análisis pormenorizado y detallado que conduzca a conclusiones inequívocas, algo que la Sala no ha hecho. Tal evidencia, por sí misma, invalida su conclusión, basada más en juicios de valor que en un análisis económico de la situación concreta que se enjuicia. En todo caso, si alguna conducta puede incidir en el comportamiento de los precios a la baja ésta es la relacionada con la reducción de los costes, condición necesaria pero no suficiente. Y en la tramitación del caso ha sido demostrado que tal reducción de costes ha tenido lugar. En consecuencia, desde esta perspectiva no puede declararse la conducta del operador dominante como anticompetitiva, pues el análisis de la estructura del mercado y de las conductas de los operadores económicos conduce justamente a la opinión contraria: la conducta de dicho operador favorece las condiciones de la competencia en el mercado relevante.

Por último, y con la finalidad de abordar la totalidad de argumentos avanzados por la Sala de Competencia, se examinará una cuestión adicional relacionada con los flujos de información.

#### D. LOS FLUJOS DE INFORMACIÓN

Reconoce la Sala que DINO limitaba su riesgo comercial y aumentaba su penetración en el mercado apoyándose en la información que le suministraban sus subdistribuidores. La información se refería a las ventas y existencias de los afiliados y de sus estados financieros y era una contrapartida por la cesión del logo de DINO y el apoyo publicitario, comercial, técnico y promocional. Ciertamente, mediante dicha información DINO obtenía información en relación con el estado del mercado relevante. Sobre estas cuestiones poco cabe objetar. Lo que es discutible y debe ser discutido con el apoyo del análisis económico es la conclusión que alcanza la Sala: *«Dicha información le permite a DINO reforzar su posición dominante, al poder elaborar estrategias que anticipen cualquier movimiento de sus competidores e impedir cualquier intento de burlar la obligación de exclusividad por parte de sus afiliados»*.

Aun aceptando que DINO persiguiera asegurar el cumplimiento de sus contratos con los subdistribuidores, lo que resulta a todas luces lógico, no puede aceptarse la relación causal entre obtención de información y abuso de posición de dominio. Lo que pretendía DINO era obtener información con el objetivo de conocer el mercado y adoptar sus estrategias a los movimientos del mismo, tal como sucede en una economía de mercado dominada por las vibraciones competitivas de cuantos intervienen en el mismo. A las empresas les interesa más el conocimiento de las conductas —es

decir, de las estrategias— que el estado —término de significado estático que se refiere a la estructura del mercado— del mercado. Para ello las empresas necesitan información y DINO obtenía información sobre el mercado a través de sus sub distribuidores, lo que tiene todo el sentido. Y el resultado de las reacciones de DINO ante los movimientos del mercado se traducían en reducciones de costes susceptibles de ser trasladadas a los precios, en beneficio de los subdistribuidores y, en última instancia, de los consumidores.

En ocasiones, las autoridades de defensa de la competencia, al prescindir del análisis económico y del conocimiento real de los movimientos de las empresas en los mercados competitivos, pueden manejar los argumentos alejándolos de la realidad. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, cuando la Sala llega a afirmar que *«al incrementar la transparencia del mercado, puede facilitar la colusión entre proveedores...»*. Siendo a todas luces imposible que en el presente caso tal movimiento colusivo pueda darse, lo cierto es que la Sala ni lo demuestra, pues si así lo hiciera su obligación hubiera sido instar la apertura de un expediente por acuerdo entre operadores económicos susceptible de falsear la competencia en el mercado, lo que no hizo.

#### 4. CONCLUSIONES

En la resolución de la Comisión de libre competencia de INDECOPI se recoge un punto fundamental: *«266. Sin embargo, en opinión de la Secretaría los descuentos por fidelidad deben recibir un tratamiento similar al que la Comisión ha tenido para el resto de prácticas de abuso de posición de dominio, es decir, un análisis bajo la regla de la razón y no merecen una condena por sí misma (per se) sin haberse analizado sus posibles justificaciones y sus efectos sobre la competencia y los consumidores»*.

Éste debería ser un elemento crucial y un punto de guía en las resoluciones o decisiones que valoren las situaciones de abuso de posición dominante. En Perú y también en Europa. Como se ha desarrollado, no puede aceptarse, como hacen diversos autores, que los descuentos por fidelidad desde una posición de dominio impliquen necesariamente un abuso. El análisis económico subyacente a este tipo de situaciones es complejo y debe aplicarse con precisión tanto por los profesionales como por las autoridades de defensa de la competencia: desde el órgano instructor hasta quien toma la decisión definitiva. De no hacerlo de esta manera pueden condenarse conductas que mejoran la eficiencia económica y/o incrementan el excedente del consumidor causando un daño que puede ser irreversible en un contexto caracterizado por la ausencia de indemnizaciones por error de las administraciones.

El realizar este examen no es ni más ni menos que cumplir con lo previsto en el art. 2 del Reglamento núm. 1/2003 del Consejo; esto es, descar-

garse de la carga de la prueba con independencia de quién sea quien deba probar inequívocamente: la Administración, una empresa o los ciudadanos afectados por un abuso presunto o real.

Y como telón de fondo, este análisis pone de relieve que en las modernas economías de mercado quienes se dediquen a los menesteres relacionados con la defensa de la competencia, desde cualquier posición, deberán combinar sus conocimientos jurídicos con los pertinentes conocimientos de análisis económico de los mercados. De no hacerlo, quienes administran el derecho de la competencia serán responsables de los errores. A quienes ejercen la profesión el mercado les juzgará.

Juan Sánchez Barriola \*

Universidad de Navarra

Anita Martín-Castro \*\*

Universidad de Zaragoza

## EL LENTO AVANCE DE LA COMPETENCIA EN EL SECTOR FARMACÉUTICO ESPAÑOL

Este artículo es uno de los países con una regulación de los precios de los medicamentos más autocrítica e intensiva del mundo. Examinamos algunos de los aspectos más polémicos de la Ley de Competencia y Comercio de los medicamentos de 1992, así como algunos de los aspectos de la ley de 1992 que se han ido modificando con el tiempo, como el sistema de financiación por la Seguridad Social extra, por ejemplo, los medicamentos publicitarios.

Además, la regulación es ambigua, ya que no define ni regula el precio máximo de venta de los medicamentos (PMV) y, al mismo tiempo, el margen (coste) real sobre la base de los costes de producción y de las reformas de fabricación.

El precio de venta máximo regula los precios y la demanda de los medicamentos y, al mismo tiempo, regula los costes de producción y, al mismo tiempo, regula los precios de venta de los medicamentos. El precio de venta máximo regula los precios y la demanda de los medicamentos y, al mismo tiempo, regula los costes de producción y, al mismo tiempo, regula los precios de venta de los medicamentos.

\* Departamento de Política Económica y Comercio de Navarra, Universidad de Navarra, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales.

\*\* Departamento de Economía y Comercio de Navarra, Universidad de Navarra, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales.

Los autores agradecemos a los señores Juan Barriola y Anita Martín-Castro por su colaboración en la redacción de este artículo. Los autores agradecen también a los señores Juan Barriola y Anita Martín-Castro por su colaboración en la redacción de este artículo. Los autores agradecen también a los señores Juan Barriola y Anita Martín-Castro por su colaboración en la redacción de este artículo.

