

PRECIOS EXCESIVOS Y DISCRIMINATORIOS. ÚLTIMAS NOVEDADES DESDE EL TJUE. LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES DEBEN PONERSE AL DÍA

Rafael ALLENDESALAZAR

Socio Martínez-Lage, Allendesalazar & Brokelmann

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PRECIOS EXCESIVOS TRAS LA SENTENCIA *AKKA/LAA*: A. Los precios excesivos en Derecho de la Competencia. B. Concepto legal de precio excesivo como abuso de posición de dominio. C. Primer elemento del test *United Brands*: la determinación del precio excesivo: a) Precisiones respecto de la aplicación del test *Tournier-Lucazeau*. b) La elección de los países cuyas tarifas se van a comparar. c) Qué diferencia de precios es excesiva. D. Segundo elemento del test *United Brands*: precios no equitativos. E. Conclusión: la Sentencia *AKKA/LAA* y los precios excesivos.—III. PRECIOS DISCRIMINATORIOS DE SEGUNDA LÍNEA TRAS LA STJUE EN EL ASUNTO *MEO*: A. Respecto de la posición de dominio de la Entidad de Gestión y de su falta de interés por restringir la competencia en los mercados en los que no están presentes. B. La desventaja competitiva como requisito indispensable de la infracción. C. Conclusión: la Sentencia *MEO* y los precios discriminatorios de segunda línea.—IV. NECESIDAD DE AJUSTAR LA DOCTRINA DE CNMC Y TRIBUNALES ESPAÑOLES: A. Aplicación de la prohibición de precios excesivos por la CNMC y los tribunales españoles. B. Aplicación de la prohibición de precios discriminatorios por la CNMC y los tribunales españoles.—V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El art. 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y su correlativo art. 2 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia (LDC), prohíben la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en el mercado.

La definición del *abuso de posición de dominio* sigue siendo, en esencia, la misma que formuló hace cuarenta años el Tribunal de Justicia en su Sentencia *Hoffmann-La Roche*: «Concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trate, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, y que producen el efecto de obstaculizar, por medios diferen-

tes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios con arreglo a las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del nivel de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia»¹.

Tradicionalmente, los abusos se han clasificado en dos categorías:

- Los *abusos de exclusión*, por los cuales la empresa en posición de dominio puede excluir total o parcialmente a los competidores, actuales o potenciales del mercado; los ejemplos típicos son los precios predatorios; los acuerdos de compra exclusiva y descuentos condicionados; las ventas vinculadas; la negativa de suministro y el estrechamiento de márgenes.
- Los *abusos de explotación*, que perjudican directamente a los clientes de la empresa dominante o a los consumidores finales mediante la imposición de condiciones que dicha empresa no habría podido aplicar en un mercado en competencia; el ejemplo paradigmático son los precios excesivos.

Pero estas dos categorías no son compartimentos estancos. Por una parte, porque la finalidad última de toda práctica de exclusión es debilitar a los competidores de la empresa dominante para conseguir, una vez incrementado su poder de mercado, obtener beneficios supra-competitivos; o como dice Lars-Hendrik RÖLLER, que fuera el primer economista jefe de la DGCOMP, «one excludes in order to exploit»². RÖLLER incluso cuestiona la conveniencia de perseguir cualquier práctica de explotación: «Si uno no tuviese nunca la posibilidad de explotar su poder de mercado, no tendría incentivo para competir. De ahí que los comportamientos pro-competitivos también implican explotación (efecto positivo)»³.

Por otra parte, hay prácticas, y en particular los precios discriminatorios, que pueden encajar en ambas categorías de abuso, en función de quiénes sean los directamente perjudicados: la *discriminación de primera línea* o *de primer grado* es aquella que realiza la empresa dominante para atraer a los clientes de sus competidores con objeto de excluir o debilitar la posición competitiva de los operadores presentes en el mismo mercado y en el mismo nivel (desde el plano vertical) que aquel en el que opera la empresa dominante⁴. Este tipo de discriminación se examina normalmente como un supuesto de abuso de exclusión. Por el contrario, la *discriminación de segunda línea* o *de segundo grado* es la que afecta esencialmente a los clientes o proveedores de la empresa dominante en los mercados descendentes o ascendentes a aquel en el que opera dicha empresa dominante, y se analizan como supuestos abusos de explotación.

¹ Sentencia de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Comisión*, asunto 85/76, ECLI:EU:C:1979:36.

² L.-H. RÖLLER, ESMT, *Exploitative Abuses*, Business Brief No. BB-107-002; ESMT European School of Management and Technology, 2007.

³ *Ibid.*

⁴ Conclusiones del Abogado General WAHL, presentadas el 20 de diciembre de 2017 en el asunto C-525/16, *MEO c. Autoridade da Concorrência*, ECLI:EU:C:2017:1020.

De hecho, en varios de los primeros casos en los que la Comisión Europea analizó la existencia de precios excesivos, esos precios respondían esencialmente a una lógica de exclusión. En efecto, tanto en *United Brands*⁵, como en *General Motors*⁶ y en *British Leyland*⁷, los precios elevados no buscaban tanto explotar a los consumidores como segmentar los mercados nacionales, obstaculizando así las importaciones paralelas de sus propios productos.

La mayoría de las autoridades europeas de la competencia se han centrado en la represión de los abusos de exclusión, mientras que las sanciones por abusos de explotación son mucho más escasas. En su XXIV Informe sobre la Política de la Competencia (1994), la Comisión Europea explicó esta opción afirmando que «la existencia de una posición dominante no es contraria en sí misma a las normas de competencia. Los consumidores pueden verse perjudicados por el hecho de que una empresa dominante abuse de su situación, generalmente porque los precios serán más elevados que en un mercado sujeto a una competencia efectiva. Sin embargo, en sus prácticas decisorias, la Comisión no suele controlar o condenar el alto nivel de precios en sí mismo, sino que más bien analiza la actuación emprendida por la empresa dominante con objeto de mantener esta posición dominante, que suele ir dirigida directamente contra sus competidores o contra las nuevas empresas que intentan introducirse en el mercado y que podrían establecer una competencia real, que llevaría aparejada una nivelación de precios»⁸.

Sin embargo, en los últimos años, las autoridades de la competencia se han visto sometidas a una creciente presión para que persigan los precios que la opinión pública —o el Gobierno de turno— perciben como excesivos o discriminatorios⁹. Los casos europeos más conocidos tienen unos elementos comunes: la mayoría se refieren al sector de los productos farmacéuticos y las investigaciones surgieron como consecuencia de incrementos súbitos y muy significativos de los precios a los que las empresas investigadas venían vendiendo esos mismos productos¹⁰.

⁵ Sentencia de 14 de febrero de 1978, *United Brands Company c. Comisión*, asunto 27/76. ECLI:EU:C:1978:22.

⁶ Sentencia de 13 de noviembre de 1975, *General Motors c. Comisión*, asunto 26-75. ECLI:EU:C:1975:150.

⁷ Sentencia de 11 de noviembre de 1986, *British Leyland c. Comisión*, asunto 226/84.

⁸ XXIV Informe sobre la Política de la Competencia (1994), párrafo 270., ECLI:EU:C:1986:421.

⁹ F. JENNY, «Abuse of Dominance by Firms Charging Excessive or Unfair Prices: An Assessment» (11 de septiembre de 2016).

¹⁰ Decisión de la Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato italiana, de 29 de septiembre de 2016, imponiendo cinco millones de euros de multa al Grupo farmacéutico Aspen por incrementar entre 300-1.500 por 100 el precio de algunos medicamentos anticancerígenos; en mayo de 2017, la Comisión Europea anunció el inicio formal de una investigación contra ese mismo laboratorio por esencialmente los mismos motivos, sin que hasta la fecha haya recaído una decisión final; Decisión de la Competition & Markets Authority (CMA) británica imponiendo a los laboratorios Pfizer y Flynn multas que totalizaban casi 90 millones de libras por aplicar incrementos entre 2.300-2.600 por 100 a algunos medicamentos; decisión anulada por el Competition Appeal Tribunal (CAT) el 25 de julio de 2018, al considerar que las conclusiones del CMA se basaban más en una concepción idealizada de la competencia perfecta que en un análisis de la competencia efectiva en el mundo real; Investigación iniciada por el *Bundeskartellamt* cuando Lufthansa elevó sus precios en algunas líneas un 20-30 por

Por ello, resultan particularmente oportunas dos recientes sentencias del Tribunal de Justicia que han venido a precisar las condiciones en las que se pueden considerar abusivos los precios excesivos¹¹ y los precios discriminatorios¹². En ambos casos, las sentencias fueron precedidas por sendas conclusiones del Abogado General (A. G.) Nils WAHL, que contienen un esclarecedor examen de los principales problemas vinculados con la aplicación de ambos tipos de abusos, conclusiones que, sin duda, facilitaron el análisis del TJUE, y que, por su claridad y precisión, seguiremos muy de cerca en este comentario.

Para terminar esta introducción, y antes de entrar en el análisis concreto de los precios excesivos y los precios discriminatorios desde el punto de vista del Derecho de la Competencia¹³, creo conveniente hacer una precisión terminológica. Los adjetivos «excesivos» y «discriminatorios» tienen de por sí un marcado carácter peyorativo, y por tanto pueden llevar a pensar que, desde el momento en que se califica un precio de excesivo o de discriminatorio, debería estar prohibido y debería sancionarse a la empresa que los aplica. Esta concepción, que puede ser válida si se usan estas expresiones en un sentido lato o «de la calle», es radicalmente incorrecta —y peligrosa, por inducir a confusión— cuando analizamos precios supuestamente excesivos o discriminatorios desde el punto de vista económico y en el sentido técnico que tienen en Derecho de la Competencia.

En efecto, no todo los precios excesivos restringen la competencia, ni están prohibidos. Tomemos el ejemplo extremo de los monopolios. Algunas empresas pueden lícitamente tener en un momento dado un monopolio, porque se lo haya atribuido el Estado o por haber desarrollado un producto nuevo protegido por una patente. Esas empresas pueden vender sus bienes o servicios a un precio de monopolio que maximice su beneficio y que, por definición, será superior al precio en un mercado competitivo. Dicho precio de monopolio podría llegar a calificarse, como seguidamente veremos, de «excesivo»; pero no será un precio abusivo, ni estará prohibido.

Lo mismo ocurre con los precios discriminatorios. La aplicación de precios distintos a diferentes clientes es un fenómeno corriente en muchísimos sectores económicos, por lo general considerado perfectamente lícito y pro-competitivo desde un punto de vista económico, ya que el bienestar general se optimiza cuando las empresas pueden aplicar precios distintos

100 coincidiendo con el cese de actividad de Air Berlín; esta investigación fue cerrada sin declaración de práctica prohibida en mayo 2018.

¹¹ Sentencia de 14 de septiembre de 2017, *Autortiesību un komunikāšanās konsultāciju aģentūra / Latvijas Autoru apvienība c. Konkurences padome (AKKA/LAA)*, asunto C-177/16, ECLI:EU:C:2017:689. Conclusiones del A. G. Sr. N. WAHL, presentadas el 6 de abril de 2017, ECLI:EU:C:2017:286.

¹² Sentencia de 19 de abril de 2018, *MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA c. Autoridade da Concorrência*, asunto C-525/16, ECLI:EU:C:2018:270. Conclusiones del A. G. Sr. N. WAHL, presentadas el 20 de diciembre de 2017, ECLI:EU:C:2017:1020.

¹³ En este comentario no abordaremos la problemática específica de los precios excesivos aplicados por los titulares de patentes esenciales en la concesión de licencias sometidas a condiciones FRAND. A este respecto, véase la Sentencia de 16 de julio de 2015, *Huawei c. ZTE*, asunto C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477.

en función inversa a la elasticidad de la demanda (*precios Ramsey*). Así, las compañías aéreas intentar cubrir los costes de sus vuelos aplicando mayores precios a los pasajeros con menor elasticidad de demanda, lo que les permite ofrecer las plazas restantes a precios progresivamente menores, ampliando así su oferta a clientes más sensibles al precio que, de otra forma, no habrían comprado un billete.

Para evitar la confusión entre las expresiones «precio excesivo» o «precio discriminatorio» en sentido lato y en su sentido técnico jurídico, cabría intentar reservar su uso únicamente a los casos en los que ya se ha comprobado que se cumplen los respectivos *test* legales por considerar que son abusivos y, por tanto, que están prohibidos. Pero eso nos obligaría a intentar en vano desterrar estas expresiones del lenguaje diario, y a generalizar en su lugar el uso de expresiones eufemísticas como «precios altos» o «precios elevados», en un caso, y «precios diferenciados» o «precios personalizados» en el otro. Sería sin duda un intento inútil. Por ello, no vamos a renunciar a utilizar estas expresiones, aunque recordando a los lectores, una vez más, que en un sentido técnico jurídico —y económico— no todos los precios excesivos, ni todos los precios discriminatorios, son abusivos en el sentido del art. 102.a) y c) TFUE y del art. 2.2.a) y c) LDC.

II. PRECIOS EXCESIVOS TRAS LA SENTENCIA AKKA/LAA

A. LOS PRECIOS EXCESIVOS EN DERECHO DE LA COMPETENCIA

En contraste con las legislaciones europeas de la competencia, el Derecho *antitrust* norteamericano, precursor del resto de las legislaciones de la competencia, ni siquiera prohíbe los precios excesivos, dado que en Estados Unidos prevalece la idea de que hay que dejar a las fuerzas del mercado corregir los eventuales desequilibrios puntuales. Por ello, la *Sherman Act* no prohíbe prácticas que en Europa se consideran como abusos de explotación, sino solo aquellas que favorecen la monopolización, y por tanto que coartan el desarrollo de nuevas fuerzas de mercado. Esta filosofía fue perfectamente expresada por el juez SCALIA en la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el asunto *Trinko*, cuando afirmó: «la mera [...] aplicación de precios monopolísticos no solo no es ilegal, sino que es un elemento importante del sistema de libre mercado. La oportunidad de cobrar precios monopolísticos —al menos durante un breve periodo— es lo que incita el “espíritu empresarial” en un primer momento; fomenta la asunción de riesgos, propiciando la innovación y el crecimiento económico. A fin de salvaguardar los incentivos a la innovación, solo se considerará que la tenencia de un poder monopolístico es ilegal cuando esté acompañada de una conducta contraria a la competencia»¹⁴.

¹⁴ Sentencia de Tribunal Supremo de Estados Unidos en el asunto *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP* (02-682) 540 U.S. 398 (2004), citada por el A. G. WAHL en sus conclusiones en el asunto AKKA/LAA.

En Europa, donde existe una menor confianza en las fuerzas del mercado, sí se ha encomendado a las autoridades de la competencia perseguir las prácticas de explotación. Pero como ya hemos señalado, la mayoría de estas autoridades de la competencia europeas han sido muy cautas a la hora de sancionar casos concretos de precios excesivos.

Ello se debe a que la doctrina económica coincide en la enorme dificultad de determinar cuándo un precio es excesivo por no tener una relación razonable con el valor económico de la prestación realizada. Además, como también han reconocido los expertos de las principales autoridades de la competencia en el seno de la OCDE, la seguridad jurídica exige que las normas que prohíben los precios abusivos sean lo suficientemente claras, predecibles y coherentes que puedan ser conocidas y aplicadas *ex ante* por las empresas en posición de dominio al establecer sus políticas de precios¹⁵.

A esta dificultad de establecer normas claras y predecibles se le suma el hecho de que existe un amplio consenso entre la doctrina de que los errores de Tipo I o falsos positivos en la persecución de las prácticas abusivas tienen, por regla general, un mayor coste social que los errores de Tipo II o falsos negativos. Así lo ha recogido el A. G. WAHL en sus conclusiones en el asunto *AKKA/LAA*, cuando afirmó, citando al final al profesor EASTERBROOK, que «el cálculo del precio de referencia¹⁶ es una operación bastante compleja e incierta. Si las autoridades de la competencia intervinieran por cualquier diferencia —por pequeña que fuera— entre esos dos precios, el riesgo de obtener falsos positivos sería sencillamente demasiado alto. Ello supone un problema no solo porque podría imponerse una cuantiosa multa a la empresa responsable, sino también porque una conducta neutral —o incluso posiblemente favorable a la competencia— podría estar prohibida». A este respecto, se ha afirmado con razón que los errores de tipo I en las decisiones de competencia relativas a conductas unilaterales suponen un coste mucho mayor para la sociedad que los errores de tipo II: «El sistema económico corrige los monopolios con mayor facilidad que los errores judiciales [...]. Una vez condenada una práctica, probablemente continuará condenada, con independencia de sus ventajas. Una práctica monopolística aceptada por error dará paso finalmente a la competencia, ya que los precios superiores de la entidad monopolística atraerán a competidores»¹⁷.

Otro de los motivos que explican el escaso entusiasmo de muchas autoridades de la competencia por sancionar precios excesivos, es el hecho de que les obliga, no solo a hacer complejas estimaciones de costes de la empresa para poder determinar que un precio es excesivo, sino también, una vez declarado que lo es, a vigilar que los nuevos precios aplicados por la empresa dominante ya no sean abusivos. Las autoridades de la competencia no están normalmente bien equipadas para hacer este tipo de función, que es más propia de los reguladores sectoriales.

¹⁵ OCDE. Documento de trabajo sobre Precios excesivos. DAF/COMP(2011)18, p. 25.

¹⁶ Para comparar con otro y determinar si este otro es excesivo.

¹⁷ Conclusiones del A. G. WAHL en el asunto *AKKA/LAA*, párrafo 103. El entrecomillado final es una cita de F. H. EASTERBROOK, «The limits of antitrust», *Texas Law Review*, 1984, p. 15.

De hecho, numerosos expertos europeos en política de la competencia han expresado sus dudas acerca de la conveniencia de mantener la prohibición sobre los precios monopolísticos, o, en todo caso, propugnan la necesidad de calibrar cuidadosamente los criterios legales a aplicar, de forma que la prohibición se aplique únicamente en los supuestos estrictamente necesarios¹⁸. Incluso el CAT británico, en su reciente sentencia anulando la resolución de la CMA que sancionó a Pfizer y Flynn por supuestos precios excesivos, reconoció que *«[c]ases of pure unfair pricing are rare in competition law. Authorities find them difficult to bring and are, rightly, wary of casting themselves in the role of price regulators. Generally, price control is better left to sectoral regulators, where they exist, and operated prospectively; ex post price regulation through the medium of competition law presents many problems»*¹⁹.

El siguiente cuadro, elaborado por expertos de la OCDE, resume los principales argumentos a favor y en contra de la intervención de las autoridades de la competencia en casos de precios excesivos²⁰.

Principales argumentos a favor y en contra de la intervención en casos de precios excesivos

<i>Argumentos para no intervenir</i>	<i>Argumentos en favor de la intervención</i>
Los mercados se auto-corrigen.	Los mercados no siempre se auto-corrigen (fallos de mercado).
Una incorrecta reglamentación puede agravar los fallos de mercado.	Los precios excesivos reducen el bienestar del consumidor.
El coste de la intervención es superior a sus beneficios, incluso cuando corrige el fallo de mercado.	Los precios excesivos reducen el bienestar total.
La intervención es innecesaria en la medida en que la competencia elimina progresivamente los precios excesivos.	La intervención puede colmar una laguna del Derecho de la Competencia y ofrecer una segunda oportunidad si la autoridad no ha detectado la práctica de exclusión.
Las reglamentaciones/intervenciones de precio son difíciles de ajustar.	La intervención vuelve a la opinión pública más favorable a la política de competencia.
El concepto de precio «excesivo» es arbitrario e incierto (difícil de determinar lo que es excesivo).	La vinculación entre precio excesivo y entrada en el mercado es ilusoria.

¹⁸ M. GAL, «Abuse of Dominance - Exploitative Abuses», en LIANOS y GERADIN (eds.), *Handbook on European Competition Law*, Edward Elgar, 2013, Capítulo 9, marzo, 2015, pp. 385-422.

¹⁹ Sentencia del CAT de 25 de julio de 2018, *Flynn Pharma Ltd and Flynn Pharma (Holdings) Ltd v. Competition and Markets Authority*, asunto núm. 1275-1276/1/12/17.

²⁰ OCDE, Documento de trabajo sobre Precios excesivos, DAF/COMP(2011)18, p. 28.

<i>Argumentos para no intervenir</i>	<i>Argumentos en favor de la intervención</i>
Prohibir precios de monopolio equivale a prohibir los monopolios.	Los precios excesivos son una infracción al Derecho de la Competencia.
La intervención falsea las inversiones y los comportamientos de las empresas y favorece la búsqueda de un alto de gama superfluo.	Consideraciones de políticas públicas; voluntad del legislador; presiones políticas (primacía de la política).

Sin embargo, la Comisión Europea ha señalado que existen al menos tres razones por las que no puede renunciar a perseguir los precios excesivos cuando sean abusivos²¹. La primera, es que el propio Tratado, en el párrafo 2, apartado *a*) del art. 102, califica de abusiva la imposición de precios u otras condiciones de transacción no equitativas. En segundo lugar, el hecho de que la política europea de la competencia tiene como objetivo fundamental proteger el bienestar del consumidor, siendo extraño hacerlo únicamente de forma indirecta, protegiendo el proceso competitivo sancionando las prácticas de exclusión, y no de forma directa, persiguiendo las de explotación. Y en tercer lugar que, dado que el Derecho europeo no prohíbe la posición de dominio sino solo su explotación, habría casos en los que no se podrían sancionar abusos de exclusión y en los que la persecución de los abusos de explotación sería la única forma de proteger a los consumidores.

B. CONCEPTO LEGAL DE PRECIO EXCESIVO COMO ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

En su Sentencia *United Brands* el Tribunal de Justicia calificó de abuso «el hecho de exigir un precio excesivo, sin relación razonable con el valor económico de la prestación realizada; [se] trataría entonces, de apreciar si existe una desproporción excesiva entre el coste efectivamente soportado y el precio efectivamente exigido y, en caso afirmativo, examinar si se ha impuesto un precio no equitativo, en términos absolutos o en comparación con los productos competidores»²².

Como nos recuerda el A. G. WAHL en sus conclusiones en *AKKA/LAA*, con cita de jurisprudencia, no cualquier precio que se desvíe de valor económico será contrario al art. 102 TFUE: «Únicamente los precios “desproporcionados” o «exorbitantes» podrán vulnerar dicha disposición»²³.

Para poder concluir que un precio excesivo es abusivo, es necesario realizar un análisis en dos pasos:

²¹ OCDE, Documento de trabajo sobre Precios excesivos. Aportación de la Unión Europea, DAF/COMP/WP2/WD(2011)54, p. 2.

²² Sentencia *United Brands*, párrafos 250 y 252.

²³ Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafo 16.

- En primer lugar, determinar que el precio es excesivo «comparando el precio de venta del producto con su precio de coste, comparación de la que se deduciría la magnitud del margen de beneficio»²⁴ o determinar si existe un exceso —es decir, una diferencia significativa— entre el precio efectivamente cobrado por la empresa que goza de posición dominante en el mercado de que se trate y el precio que dicha empresa habría cobrado hipotéticamente si hubiera existido competencia efectiva en el mercado (en lo sucesivo, «precio de referencia»)²⁵.
- Si se comprueba que existe una diferencia significativa entre el precio efectivamente cobrado y el precio de referencia, en una segunda etapa se determinará en qué medida ese precio efectivo «no es equitativo, en sí mismo o en comparación con los productos competidores», para lo cual es necesario «investigar si la diferencia de precio es simplemente el resultado de una explotación abusiva de la posición dominante de la empresa o es consecuencia de otras razones, legítimas»²⁶. A este respecto, el A. G. WAHL añade que «[un] precio solo puede considerarse “no equitativo” en el sentido del art. 102 TFUE, párrafo 2, letra a), si no hay una justificación válida de la diferencia entre el precio de referencia y el precio efectivo impuesto por la empresa en posición dominante a sus clientes»²⁷.

C. PRIMER ELEMENTO DEL TEST *UNITED BRANDS*: LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO EXCESIVO

En la Sentencia *United Brands*, el Tribunal dejó abierta la posibilidad de utilizar distintos métodos para determinar cuándo un precio podía ser considerado *a priori* excesivo.

En aquel asunto, el Tribunal se refirió en particular a la posibilidad de comparar el precio de venta del producto con su precio de coste, comparación de la que se deduciría la magnitud del margen de beneficio, lo que en esencia supone aplicar un método de *comparación precio-«cost-plus»*.

En relación con este método, el Tribunal ya dejó apuntadas las dificultades «no desdeñables y a veces muy grandes de la determinación del *precio de coste*, que a veces puede exigir un reparto discrecional de los costes indirectos y de los gastos generales y puede presentar importantes diferencias según la importancia de la empresa, su objeto, su complejidad, su extensión territorial, la unicidad o la diversidad de sus productos, el número de sus filiales y su imbricación»²⁸. En este mismo sentido, en *AKKA/LAA*, el A. G. WAHL puso de manifiesto que «la información requerida para llevar

²⁴ Sentencia *United Brands*, párrafo 251.

²⁵ Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafo 17.

²⁶ Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafos 20 y 21.

²⁷ Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafo 22.

²⁸ Sentencia *United Brands*, párrafo 254.

a cabo las operaciones necesarias para el cálculo del precio de referencia puede ser incompleta o inexistente, o cabe que su validez sea discutida. Por ejemplo, identificar costes y atribuirlos a un determinado producto es una tarea sumamente compleja en la mayoría de los tipos de negocios y en muchas empresas. El cálculo de los márgenes de beneficio es, pues, una labor bastante incierta. No debe olvidarse que las tarifas y las normas de contabilidad pueden variar entre los distintos sectores o países, debido a diferentes disposiciones legales o convenciones contables, y además cabe que no siempre reflejen los conceptos económicos pertinentes»²⁹.

Respecto del beneficio, además de las dificultades inherentes a su cálculo, la doctrina ha señalado que márgenes podrían, a primera vista, parecer muy elevados, son sin embargo normales en muchos sectores, no debiendo considerarse como un indicio de precios excesivos. Así Lorenzo COPPI ha explicado que márgenes del 60-80 por 100 sobre costes variables no son inusuales en algunas industrias, y aporta el siguiente cuadro ilustrativo de su amplitud y dispersión³⁰:

<i>Company</i>	<i>Gross margin (septiembre 2016)</i>	<i>Company</i>	<i>Gross margin (septiembre 2016)</i>
Statoil ASA	54,66 %	BHP Billiton plc	83,58 %
3M Co	49,33 %	Dow Chemical Co	22,62 %
Dell Inc	21,40 %	Hewlett Packard	29,13 %
BMW	19,67 %	Audi	19,47 %
Coca Cola	60,53 %	PepsiCo	54,99 %
Nike	46,24 %	Puma	45,47 %
Johnson & Johnson	69,27 %	Starbucks	59,36 %

Por si estas dificultades a la hora de calcular los costes y los beneficios fuesen pocas, en la medida que se trata de determinar si el precio es excesivo por no ser razonable respecto del valor económico de la prestación realizada, es indispensable también examinar el *valor atribuido por la demanda* al producto o servicio. En efecto, como reconoció la Comisión Europea en el asunto del *Puerto de Helsingborg*, en el que rechazó dos denuncias que consideraban excesivas sus tarifas, si los clientes atribuyen un mayor valor intangible a un bien o servicio (en ese caso, la mejor localización del puerto), y están por ello dispuestos a pagar un precio superior, dicho intangible incrementa el valor económico del producto ofrecido, en el sentido de la Sentencia *United Brands*, incluso aunque no implique que el suministrador haya incurrido en un mayor coste³¹.

²⁹ Conclusiones A. G. WAHL en asunto AKKA/LAA, párrafo 38.

³⁰ L. COPPI, *The Rediscovery of Excessive Pricing in Europe Fairness in action?* Presentación en la 13.ª GCLC Annual Conference, 19 de enero de 2018.

³¹ Decisiones de 22 de julio de 2004, *Scandlines/Puerto de Helsingborg*, Case COMP/A.36.568/D3, y *Sundbusserne/Puerto de Helsingborg*, COMP/A.36.570/D3.

Por otra parte, como señala el A. G., el método de la comparación coste-precio no tiene sentido para analizar el posible carácter excesivo del suministro de bienes inmateriales y, en particular, de obras protegidas por derechos de autor³².

En los precedentes comunitarios podemos encontrar comparaciones entre, por una parte, el precio efectivamente cobrado por la empresa en posición dominante y, por otra parte, los precios cobrados en el mismo mercado por empresas que no disfrutaban de posición dominante (*comparación entre competidores*)³³, o por la misma empresa en posición dominante en distintos momentos (*comparación en el tiempo*)³⁴, o los precios aplicados en otros mercados geográficos por la misma empresa en posición dominante³⁵ o por otras empresas³⁶ (*comparación geográfica*).

Todas estas comparaciones deben realizarse con las debidas cautelas, pues hay distintos factores que pueden incidir en el nivel de los precios y que son completamente ajenos a su eventual carácter excesivo. Así, en relación con la comparación entre competidores, el A. G. avisa de la necesidad de tomar en consideración que las diferencias de precios pueden reflejar simplemente diferencias de calidad entre los productos, diferencias que pueden ser reales o fruto de la percepción de los clientes.

En relación con las comparaciones geográficas, señala que los impuestos nacionales, las características particulares del mercado de trabajo nacional y las preferencias de los consumidores locales pueden incidir considerablemente en los precios finales.

La comparación en el tiempo entre los precios practicados por la propia empresa en posición de dominio puede ser relevante en la medida en que el incremento de precio no responda al coste de desarrollo del producto que ya se venía comercializando a un precio sensiblemente inferior. Sin embargo, incluso en este supuesto, un súbito incremento de precio no es, por sí mismo, prueba de la existencia de un precio excesivo; es importante comprobar si el precio anterior era el resultado de condiciones normales de competencia o si, por ejemplo, estaba topado por un marco regulatorio que limitaba la libertad de la empresa de fijarlo libremente.

Pero incluso si la comparación se realiza entre precios homogéneos y se demuestra que el precio actual es sensiblemente superior al precio anterior, antes de considerarlo abusivo, la empresa habrá de poder acreditar que su incremento es el resultado de otros factores externos. En efecto, como recuerda el A. G. WAHL «los factores que pueden afectar al precio final de un producto o servicio en el mercado pueden cambiar con gran celeridad.

³² Conclusiones A. G. WAHL en asunto AKKA/LAA, párrafo 37.

³³ Véanse, entre otras, las Sentencias de 29 de febrero de 1968, *Parke, Davis & Co.* (24/67, EU:C:1968:11), y de 5 de octubre de 1988, *CICRA* y *Maxicar* (53/87, EU:C:1988:472).

³⁴ Véanse las Sentencias *General Motors c. Comisión* y *British Leyland c. Comisión*, ya citadas.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Véanse las Sentencias de 8 de junio de 1971, *Deutsche Grammophon* (78/70, EU:C:1971:59), y de 4 de mayo de 1988, *Bodson* (30/87, EU:C:1988:225).

Dichos factores pueden estar relacionados con estrategias empresariales legítimas (por ejemplo, una empresa puede decidir intentar entrar en un nuevo mercado y, durante algún tiempo, aplicar unos precios muy bajos, aceptando así reducir al mínimo sus márgenes), con un aumento de los costes (debido a factores externos, como modificaciones del régimen fiscal local o de los costes de endeudamiento, o decisiones de la propia empresa relativas, por ejemplo, a campañas publicitarias o investigación y desarrollo), o incluso con cambios en las preferencias de los consumidores (por ejemplo, variaciones en la forma en que los consumidores perciben un producto a raíz de nuevas estrategias de marketing). Todos estos factores pueden propiciar cambios súbitos y significativos (habitualmente legítimos) en los precios»³⁷.

Dadas las limitaciones de cada uno de los métodos de comparación señalados, y dado también el alto riesgo de que se produzcan errores tipo I o tipo II, el A. G. WAHL considera que las autoridades de la competencia deberían combinar varios de estos métodos: resulta «crucial que, con objeto de evitar (o, para ser más exacto, minimizar) el riesgo de errores, las autoridades de la competencia examinen un caso combinando varios de los métodos aceptados por el pensamiento económico convencional y que resulten idóneos y viables en el supuesto concreto»³⁸. Y aunque señala el peligro de que la utilización de varios métodos no dé lugar a una conclusión fiable, concluye afirmando que «siempre que los métodos utilizados no sean defectuosos en sí mismos y se apliquen todos ellos con rigor y objetividad, la convergencia de los resultados puede considerarse un indicador del posible precio de referencia en un caso concreto»³⁹.

Tras explicar los posibles métodos que permiten determinar los precios de referencia que se podrán comparar con los de la empresa dominante, el A. G. WAHL deja apuntados tres indicadores que, de concurrir, hacen más difícil que existan precios excesivos. En relación con el primer indicador, señala que cuando en un mercado no existen barreras de entrada significativas, es difícil que existan precios excesivos. En este sentido, hace claramente suyo el enfoque imperante en Estados Unidos de que, en ausencia de barreras de entrada, los precios elevados atraerán nuevos operadores o inducirán a los existentes a expandirse, con lo que se corregirá el nivel de precios.

En virtud del segundo indicador, entiende que, cuando existe un regulador sectorial que fija o controla los precios de las empresas del sector, es menos probable que existan precios excesivos; además, esos reguladores sectoriales están claramente más capacitados que las autoridades de la competencia para corregir los posibles abusos. En este punto, también el A. G. se acerca a la doctrina americana contenida en la Sentencia *Trinko*, que viene a dar la última palabra en materia de precios en sectores re-

³⁷ Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafo 41.

³⁸ Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafo 43.

³⁹ Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafo 45.

gulados a las autoridades reguladoras sectoriales en detrimento de las de competencia; y aunque no reniega abiertamente de la doctrina contraria tradicional en Europa, y expresada en las Sentencias *Deutsche Telecom* y *Telefónica*, que permiten a las autoridades de la competencia sancionar precios autorizados por reguladores sectoriales, el A. G. concluye afirmando que «las infracciones de la competencia en tales situaciones deberían limitarse principalmente a casos de error o, en general, fallos del regulador: supuestos en los que la autoridad sectorial debería haber intervenido pero por error no lo hizo»⁴⁰.

En tercer lugar, el A. G. recuerda que una empresa en posición de dominio «es evidentemente menos capaz de hacer uso de su posición cuando negocia con compradores poderosos»⁴¹. Esta idea le llevará, en sus conclusiones en el asunto *Meo*, a cuestionarse si la entidad de gestión portuguesa, pese a ser la única que ofertaba los derechos de autor que necesitaban las cadenas de televisión, estaba en posición de dominio frente a estos clientes tan poderosos.

El A. G. termina su exposición general sobre los precios excesivos con un recordatorio muy útil para minimizar el riesgo de errores tipo I, es decir, de imputaciones erróneas de precios excesivos. Comienza por recordar que la obligación de demostrar que los precios son excesivos recae en las autoridades de la competencia, y que las empresas investigadas deben disfrutar de una presunción de inocencia. En este sentido, precisa que «las posibles dificultades que encuentre una autoridad al realizar una apreciación no pueden ir en detrimento de la empresa investigada». Y termina señalando que, para que las autoridades de la competencia puedan concluir que un precio aplicado por la empresa dominante es excesivo, deben examinar los distintos indicadores y ver si el conjunto de ellos, de manera suficientemente completa y fiable apuntan en una misma y única dirección: la existencia de una diferencia notable y persistente entre el precio de referencia (hipotético) y el precio (efectivo) aplicado por la empresa en posición dominante de que se trate⁴².

a) *Precisiones respecto de la aplicación del test Tournier-Lucazeau*

Una vez examinadas las cuestiones generales acerca de la aplicación de la prohibición contenida en el art. 102 TFUE a los precios excesivos, en todo similar a la que establece el art. 2 LDC, el A. G. en sus conclusiones y el Tribunal de Justicia en la sentencia analizan varias importantes cuestiones concretas planteadas por el tribunal letón de remisión del asunto *AKKA/LAA*, relativas a la aplicación del método de comparación geográfica para la determinación de precios supuestamente excesivos en relación con tarifas aplicadas por entidades de gestión de derechos de autor.

⁴⁰ Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafo 49.

⁴¹ Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafo 50.

⁴² Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafos 52 a 54.

Este método, conocido como test *Tournier-Lucazeau* por haber sido definido en dos sentencias de 1989 en recursos relativos al eventual carácter excesivo de unas tarifas de la SACEM, está resumido en el considerando 38 de la Sentencia *AKKA/LAA*: «Cuando una empresa en una posición dominante impone por los servicios que presta tarifas que son notablemente más elevadas que las que se aplican en los restantes Estados miembros, y cuando la comparación entre las cuantías de las tarifas se haya llevado a cabo sobre una base homogénea, dicha diferencia deberá ser considerada como el indicio de la explotación abusiva de una posición dominante (Sentencias de 13 de julio de 1989, *Tournier*, 395/87, EU:C:1989:319, apartado 38, y de 13 de julio de 1989, *Lucazeau y otros*, 110/88, 241/88 y 242/88, EU:C:1989:326, apartado 25)».

Algún autor ha criticado este método indicando que, en la medida en que las Entidades de gestión en la mayoría de los Estados miembros tienen, en la práctica, un monopolio respecto de los derechos de autor que gestionan, no cabe presumir que las tarifas de las entidades tomadas como referencia sean competitivas⁴³. El A. G. reconoce esta circunstancia, pero no considera que invalide la comparación, en la medida en que favorecería a la entidad investigada⁴⁴, en consonancia con los principios de presunción de inocencia y de interpretación *pro reo* que deben regir en un ordenamiento sancionador como es el de aplicación del art. 102 TFUE.

b) *La elección de los países cuyas tarifas se van a comparar*

Dadas las frecuentes diferencias entre las tarifas aplicables por las entidades de gestión de los distintos Estados miembros, puede ser crucial para el resultado de la comparación la elección de las entidades cuyas tarifas se utilizarán para determinar el precio de referencia respecto del cual se comparará la tarifa de la entidad investigada.

En los asuntos *Tournier* y *Lucazeau*, la comparación se había realizado con las tarifas del resto de los Estados miembros de la época. En el caso *AKKA/LAA*, el Consejo de competencia letón comparó las tarifas de *AKKA* con las aplicables en los países limítrofes, Lituania y Estonia, que se consideraron relativamente similares a Letonia en cuanto a hábitos de consumo, economía y producto interior bruto, y respaldó esta comparación con las tarifas de otros Estados miembros, teniendo en cuenta el índice de paridad del poder adquisitivo basado en el producto interior bruto (en lo sucesivo, «índice PPA»)⁴⁵.

A este respecto, aunque el A. G. consideraba que una comparación limitada a dos países podía no proporcionar datos fiables⁴⁶, el Tribunal de Justicia

⁴³ G. MONTI, *Excessive pricing: Competition Law in Shared Regulatory Space*, presentado en 23rd Competition Law and Policy Workshop, European University Institute (2018).

⁴⁴ Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, pie de página 37.

⁴⁵ Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafo 10 y considerando 39 de la Sentencia *AKKA/LAA*.

⁴⁶ Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafo 67.

afirmó que no se puede establecer un número mínimo de mercados que deban compararse, y que una comparación no es insuficientemente representativa por el mero hecho de que implique a un número restringido de Estados miembros. Ello es así siempre que los Estados miembros de referencia se seleccionen según *criterios objetivos, apropiados y comprobables*⁴⁷, a lo que añade el A. G., como requisito, que estos criterios sean «reales y verdaderamente pertinentes» para el análisis realizado por la Autoridad de competencia⁴⁸.

El A. G. da algunas orientaciones suplementarias dirigidas a los tribunales que revisen, en su caso, la comparación realizada por una autoridad de la competencia. Si la autoridad ha comparado únicamente con unos Estados miembros de referencia elegidos con arreglo a criterios objetivos, adecuados y comprobables, el tribunal revisor habrá de cerciorarse de que ningún otro Estado miembro cumple esos mismos criterios, y en particular «ha de verificar también que [la autoridad de la competencia] no ha excluido países de forma arbitraria o, peor aún, porque tales países aportan datos que no “encajan” en su argumentación»⁴⁹.

Respecto de los criterios que pueden utilizar las autoridades de la competencia para elegir los mercados análogos, el Tribunal de Justicia menciona con carácter enunciativo los hábitos de consumo y otros elementos económicos o socioculturales, como el producto interior bruto *per cápita* y el patrimonio cultural e histórico⁵⁰. A este respecto, reconoce que pueden existir diferencias significativas de precios entre Estados miembros para servicios idénticos, ligadas a la diferencia de poder adquisitivo de los ciudadanos. Es importante tener en cuenta este hecho, dado que «el nivel de vida y el poder adquisitivo influyen en la capacidad de los explotadores de los comercios o de los espacios de servicios para abonar los servicios de la sociedad de gestión de derechos de autor»⁵¹, y, por tanto, en el valor económico de la prestación realizada a la que se refiere la Sentencia *United Brands*.

Ello lleva al Tribunal de Justicia a completar el método *Tournier-Lucazeau*, incluyendo un nuevo criterio no mencionado en la jurisprudencia anterior: las autoridades de la competencia y los tribunales que revisen sus decisiones deberán «necesariamente» —dice el considerando 46— utilizar el índice PPA para comprobar si existen diferencias entre el nivel de vida de los Estados miembros tomados como referencia y aquel cuyas tarifas está examinando, para así asegurarse de que la comparación es suficientemente significativa. Como afirma el A. G., la comparación del valor económico de una determinada operación no puede realizarse *in abstracto*, sino que necesariamente debe tenerse en cuenta el contexto económico y financiero en el que se lleva a cabo la operación⁵².

⁴⁷ Conclusiones A. G. WAHL en asunto AKKA/LAA, párrafo 10 y Considerando 39 de la Sentencia AKKA/LAA.

⁴⁸ Conclusiones A. G. WAHL en asunto AKKA/LAA, párrafo 64.

⁴⁹ Conclusiones A. G. WAHL en asunto AKKA/LAA, párrafo 65.

⁵⁰ Considerando 42 de la Sentencia AKKA/LAA.

⁵¹ Considerando 46 de la Sentencia AKKA/LAA.

⁵² Conclusiones A. G. WAHL en asunto AKKA/LAA, párrafo 90.

Dada la redacción imperativa del citado considerando 46, la realización de esta comprobación suplementaria no queda al albedrío de la autoridad de competencia y los tribunales revisores. Es una comprobación que deberán realizar siempre y en todos los casos en que utilicen el test *Tournier-Lucazeau* para determinar si una tarifa aplicada por una entidad de gestión es excesiva. Cuestión distinta es si únicamente puede utilizarse el índice PPA para comprobar si existen diferencias entre el nivel de vida de los Estados miembros. A este respecto, y pese a la redacción imperativa de la sentencia, creemos que sería aceptable que la autoridad de competencia o el tribunal revisor utilicen otros métodos diferentes que permitan realizar esa misma comprobación, siempre que cumplan dos condiciones: i) que expliquen suficientemente por qué, en ese caso concreto, la utilización de un índice alternativo resulta más adecuada, y ii) que comprueben que el resultado de utilizar ese índice no desvirtúa el resultado que se obtendría aplicando el índice PPA propugnado por el Tribunal de Justicia.

Concluimos con dos precisiones respecto de la comparación entre Estados miembros que, como expresamente recuerda el Tribunal, «debe efectuarse sobre una base homogénea».

La primera, se refiere a la estructura y base de cálculo de la tarifa investigada en los Estados miembros de referencia. Cabe preguntarse si, cuando las estructuras o bases de cálculo entre las tarifas de los distintos Estados miembros son diferentes, las autoridades de la competencia pueden, sin embargo, seguir considerando que la comparación se realiza sobre una base homogénea. La sentencia, en su considerando 45, parece descartar con claridad esta posibilidad: «Incumbe al tribunal remitente comprobar si el método de cálculo de las tarifas en los Estados de referencia seleccionados, basado en la superficie del comercio o del espacio de servicios en cuestión, es análogo al método de cálculo aplicable en Letonia». Solo en ese caso podrá el tribunal «concluir que la base de la comparación ha sido homogénea». Esta exigencia es, además, coherente con el hecho de que la comparación deba realizarse entre los precios «efectivamente cobrados» por las entidades en los distintos Estados miembros que se comparan. Si las estructuras o las bases de cálculo de las tarifas son distintas, difícilmente se podrán comparar los precios efectivamente cobrados sobre una base coherente, tal y como exige el test *Tournier-Lucazeau*. Esta conclusión queda corroborada por el hecho de que, en su Sentencia *AKKA/LAA*, el Tribunal de Justicia ha querido reforzar la exigencia de que la comparación se haga sobre una base homogénea, introduciendo la obligatoriedad de incluir el índice PPA en dicha comparación.

La segunda cuestión, se refiere a la posibilidad de utilizar como referencia las tarifas aplicadas en otros Estados que no sean Estados miembros, tal y como hizo la CNMC en su Resolución de 6 de noviembre de 2014 en el expte. S/0460/13, *SGAE-CONCIERTOS*, donde utilizó como referencia las tarifas en Estados Unidos. A nuestro juicio, esta posibilidad no es conforme con el test *Tournier-Lucazeau* por al menos dos razones. En primer lugar, porque en todos los asuntos en los que ha aplicado este test, el Tribunal

de Justicia se ha referido de manera reiterada a «los Estados miembros de referencia»; en ningún caso ha previsto poder utilizar como país de referencia uno que no sea Estado miembro. En segundo lugar, por la exigencia de que la comparación se haga sobre una base homogénea, y, en particular, que los Estados tengan similares hábitos de consumo y otros elementos económicos o socioculturales, tales como el producto interior bruto *per cápita* y el patrimonio cultural e histórico. Si el Tribunal exige comprobar la similitud de estos criterios entre Estados miembros, no existe razón para considerar que sería aceptable tomar en consideración un Estado tercero en el que, no solo esos criterios serían sin duda más divergentes que entre los Estados miembros, sino que, además, la propia configuración legal de los derechos de autor difiere radicalmente de la existente en las legislaciones de los Estados miembros.

En definitiva, en relación con la elección de los Estados miembros de referencia, la Sentencia *AKKA/LAA* viene a reiterar y reforzar la exigencia de que la comparación se realice sobre una base homogénea, y a introducir la obligación de utilizar el índice PPA para asegurarse de que las diferencias de precios que se puedan observar no respondan a diferencias en el nivel adquisitivo de esos Estados miembros.

c) *Qué diferencia de precios es excesiva*

El tribunal nacional de referencia había preguntado al Tribunal de Justicia si existía un umbral a partir del cual la diferencia de precio entre los efectivamente aplicados en los Estados miembros de referencia y el supuestamente excesivo pueda considerarse excesiva.

A este respecto, cabe recordar que el Tribunal de Justicia, en su Sentencia *Post Denmark II*, rechazó la posibilidad de fijar con carácter general un umbral de apreciabilidad (*de minimis*) por debajo del cual no se aplicaría la prohibición contenida en el art. 102 TFUE⁵³. El A. G. se plantea, desde un punto teórico, si cualquier desviación respecto del precio competitivo en un mercado regulado justificaría una intervención de las autoridades de la competencia, pero concluye que este enfoque «no sería realista ni aconsejable», y ello por tres razones. En primer lugar, si las autoridades de la competencia intervinieran por cualquier diferencia, por pequeña que fuera, el riesgo de un falso positivo y de sancionar a una empresa por una conducta neutral, o incluso pro-competitiva, «sería sencillamente demasiado alto», en particular porque, como señala el propio A. G., el coste social de los errores de tipo I es mucho mayor que el de los errores de Tipo II. En segundo lugar, precisamente por las dificultades e incertidumbre de determinar cuándo una diferencia es excesiva, puede ser difícil para la empresa conocer por anticipado, con suficiente grado de certidumbre, cuándo el precio será excesivo; por ello la seguridad jurídica exige que ese umbral no se fije

⁵³ Sentencia de 6 de octubre de 2015, *Post Danmark A/S c. Konkurrencerådet*, asunto C-23/14. ECLI:EU:C:2015:651.

demasiado cerca del precio de referencia. En tercer lugar, porque un enfoque estricto exigiría que las autoridades de la competencia se convirtieran en reguladoras de precios con la obligación de intervenir continuamente y en cualquier mercado, siendo así que no tienen ni los recursos ni los conocimientos especializados para ello⁵⁴.

Partiendo de la base de que, en *Tournier y Lucazeau*, el Tribunal había señalado que solo las tarifas que eran «notablemente más elevadas» podían dar lugar a un posible abuso, el A. G. afirma que la diferencia entre los precios únicamente podrá calificarse de abusiva si cumplen dos requisitos: debe ser *significativa y persistentemente* superior al precio de referencia⁵⁵. Por ello, concluye afirmando que «una autoridad solo debe intervenir en virtud del art. 102 TFUE cuando *tenga certeza* de que, al margen de las limitaciones e incertidumbres que rodean el cálculo del precio de referencia, *la diferencia entre este y el precio efectivo es de tal magnitud que no queda casi ninguna duda del carácter abusivo de este último*. Por otro lado, cuanto más significativa sea la diferencia entre el precio de referencia y el precio efectivo, y cuanto más prolongado sea el periodo durante el que ese precio alto se aplica, más fácil será para una autoridad satisfacer la carga de la prueba que recae sobre ella»⁵⁶. El Tribunal, por su parte, hace suyo el razonamiento del A. G., y confirma que, si bien no existe un umbral concreto, «una diferencia entre cánones podrá calificarse de “notable” si, vistos los hechos, es significativa y persistente en lo que atañe, concretamente, al mercado de que se trate, lo que incumbe comprobar al tribunal remitente»⁵⁷.

D. SEGUNDO ELEMENTO DEL TEST *UNITED BRANDS*: PRECIOS NO EQUITATIVOS

Como hemos señalado anteriormente, para que un precio sea contrario al art. 102 TFUE, no solo debe ser excesivo (primer elemento del test *United Brands*), sino que también ha de ser inequitativo «en sí mismo o en comparación con los productos competidores»⁵⁸.

A este respecto, el A. G. afirma que un precio es *no equitativo en sí mismo* cuando dicho carácter «puede determinarse sin necesidad de efectuar una comparación con productos similares o competidores»⁵⁹. Este sería el caso cuando la empresa exige un precio por un servicio que los clientes

⁵⁴ Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafos 101 a 105. Al referirse a la investigación que la DGCOM está realizando a los laboratorios Aspen por precios supuestamente excesivos, la comisaria Vestager reconoció el riesgo de convertirse en un regulador de precios, y añadió: «*This is a risk that we are really, really trying to avoid because this is not our role*», citada por PARR, *Vestager flags EC desire to avoid Price regulation in Aspen probe* (15 de julio de 2018).

⁵⁵ Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafo 106.

⁵⁶ Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafo 112.

⁵⁷ Considerando 55 de la Sentencia *AKKA/LAA*.

⁵⁸ Considerando 252 de la Sentencia *United Brands*.

⁵⁹ Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafo 121.

no han solicitado o que la empresa no ha prestado, y también cuando fija un precio especialmente elevado porque en realidad no está interesada en vender el producto, sino alcanzar un objetivo distinto y contrario a la competencia⁶⁰.

En relación con el carácter *no equitativo en comparación con los productos competidores*, el A. G. comienza por recordar «caben diversas razones —posiblemente legítimas— por las que una empresa puede fijar el precio de un determinado producto o servicio por encima del importe calculado por la autoridad como precio competitivo (hipotético)». Ello puede ocurrir, por ejemplo, porque los costes que soporta la empresa en posición de dominio sean superiores a los correspondientes a las empresas en mercados de referencia. La empresa no puede justificar sus costes invocando simplemente mayores costes de una estructura ineficiente o económica, pero sí otros costes imputados al desarrollo del servicio, como por ejemplo, los costes de I+D. La empresa dominante también puede justificar un mayor precio si acredita que los clientes obtienen o perciben un valor económico superior⁶¹.

El A. G. concluye resumiendo la esencia del segundo elemento del test *United Brands*, proponiendo lo que podríamos calificar de «test de racionalidad económica»: «[Un] precio solo podrá calificarse de abusivo a efectos del art. 102 TFUE cuando no sea posible apreciar ninguna explicación económica racional —salvo la mera capacidad y voluntad de hacer uso de una posición dominante, incluso de forma abusiva— para el elevado precio aplicado por una empresa en posición dominante»⁶².

A diferencia del primer elemento, cuya prueba recae en la autoridad de la competencia, la prueba de que un precio excesivo no es inequitativo recae sobre la empresa. A este respecto, el Tribunal recuerda que «la sociedad de gestión de derechos de autor tiene la posibilidad de justificar la diferencia, basándose en la existencia de divergencias objetivas entre la situación del Estado miembro de que se trate y la situación que prevalezca en los demás Estados miembros incluidos en la comparación»⁶³.

E. CONCLUSIÓN: LA SENTENCIA AKKA/LAA Y LOS PRECIOS EXCESIVOS

Aunque la Sentencia *AKKA/LAA* no supone un cambio radical respecto de la jurisprudencia anterior en relación con los precios excesivos, sí que impone a las autoridades de la competencia un análisis mucho más riguroso, tanto en la selección de los criterios de comparación de los precios de referencia como en la coherencia en su comparación, así como a la hora de analizar las posibles razones aducidas por la empresa justificando sus

⁶⁰ Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafos 122-123.

⁶¹ Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafos 124-130.

⁶² Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafo 131.

⁶³ Considerando 57 de la Sentencia *AKKA/LAA*.

mayores precios, que pueden estar vinculadas tanto al mayor coste del producto como al mayor valor ofrecido o percibido por los clientes.

La sentencia sí introduce una novedad en relación con la aplicación de la comparación geográfica, y es la obligatoriedad de utilizar el índice PPA para asegurarse analizar la diferencia en el nivel de vida en los distintos mercados geográficos.

Pero en realidad lo más novedoso de la sentencia es que desaparece la sospecha, casi presunción, de que cualquier precio superior de una empresa en posición de dominio es abusivo. Esta nueva orientación es todavía más palpable en las conclusiones del A. G., que claramente asume la concepción económica de que los precios excesivos no son necesariamente anti-competitivos, e incluso pueden ser pro-competitivos; resulta difícil de imaginar, hace unos años, una cita a las tesis del juez SCALIA en la Sentencia *Trinko*, o la advertencia a las autoridades de la competencia del riesgo de incurrir en falsos positivos. De ahí que concluya proponiendo la aplicación del test de racionalidad económica: en precio elevado por una empresa en posición de dominio solo será abusivo si carece de esa aplicación económica racional lícita.

III. PRECIOS DISCRIMINATORIOS DE SEGUNDA LÍNEA TRAS LA STJUE EN EL ASUNTO *MEO*⁶⁴

Las autoridades de la competencia y los tribunales europeos han tenido numerosísimas ocasiones de pronunciarse sobre la aplicación del art. 102 TFUE a precios discriminatorios que perjudicaban principalmente a las empresas competidoras de la empresa que otorgaba dichos descuentos (de *primera línea*). Son en cambio mucho más infrecuentes los casos de discriminación tarifaria de *segunda línea*, que afecta esencialmente a los clientes con los que la empresa dominante mantiene únicamente una relación vertical. Por ello, a diferencia de lo que ocurre con los efectos de exclusión de los descuentos condicionados⁶⁵, no existen reglas claras que permitan determinar cuándo una discriminación supone un abuso de explotación y, por tanto, incurre en la prohibición tipificada en el art. 102 TFUE, párrafo 2, letra c), así como en el correspondiente art. 2.2.d) LDC: «Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes⁶⁶, que ocasionen a estos una desventaja competitiva».

En la mayoría de los casos de precios discriminatorios, el debate se ha centrado fundamentalmente en determinar si los terceros contratantes es-

⁶⁴ Véase nota 12 de este artículo.

⁶⁵ La Comisión Europea expresamente no incluyó los abusos de exclusión en sus Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del art. [102 TFUE] a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes; véase párrafo 7.

⁶⁶ Desde un punto de vista económico, también existiría una discriminación cuando una empresa otorga las mismas condiciones a terceros que se encuentren en condiciones objetivas diferentes, pero este supuesto no está contemplado en la prohibición.

taban o no en una situación equivalente, y, por tanto, en si las condiciones desiguales implicaban o no una discriminación. Se trata de una cuestión más filosófica que jurídica: dado que, en la práctica, no hay dos clientes iguales⁶⁷, la empresa normalmente intentará convencer a la autoridad de que no hay discriminación porque la diferencia en las condiciones aplicadas está justificada por diferencias objetivas entre ellos, mientras que las autoridades pueden tender a tratar cualquier diferencia de trato como discriminación, para luego ver si está justificada o no. Esa es, por ejemplo, la concepción tradicional de la CNMC y de los tribunales españoles, tal y como señaló el Gobierno español en el asunto *MEO*⁶⁸.

Cuando las autoridades llegan a la conclusión de que hay una discriminación, en la mayoría de los casos se olvidan del segundo requisito del tipo (existencia de desventaja competitiva causada por la discriminación), o se limitan a presuponer su cumplimiento subsumiéndolo dentro de la propia discriminación.

La Sentencia *MEO* tiene la virtud de abordar precisamente esta cuestión, y de poner de manifiesto la importancia de que se compruebe la concurrencia de los dos requisitos del tipo.

El litigio en cuestión tiene su origen en una denuncia presentada por el operador portugués de televisión MEO ante su autoridad nacional de la competencia contra la entidad de gestión GDA, por haberle aplicado una tarifa superior a la que aplica a su competidor NOS, por el uso en sus emisiones de obras protegidas por derechos de autor. La autoridad portuguesa de la competencia, aun reconociendo que GDA había aplicado tarifas distintas, desestimó la denuncia al considerar esa diferencia no tenía efecto restrictivo sobre la posición competitiva de *MEO*.

A. RESPECTO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO DE LA ENTIDAD DE GESTIÓN Y DE SU FALTA DE INTERÉS POR RESTRINGIR LA COMPETENCIA EN LOS MERCADOS EN LOS QUE NO ESTÁN PRESENTES

Pese a que GDA era la única entidad en Portugal que podía otorgar a las televisiones una licencia para la utilización de las obras protegidas por derechos de autor que, como señaló el Gobierno español, estas necesitan para ofrecer sus servicios, y pese a que ni la autoridad portuguesa de competencia ni el tribunal que planteó la cuestión prejudicial cuestionaron que GDA estuviese en posición de dominio, esta es la primera cuestión que aborda el A. G. WALH.

A este respecto, GDA había señalado que no podía ejercer ningún tipo de presión comercial sobre MEO y NOS, ya que son sus dos principales

⁶⁷ Teóricamente, cabría también pensar en una empresa con un poder de demanda tal que fuese capaz de extraer de sus proveedores condiciones distintas por un mismo producto. Pero se trata casi de un caso de laboratorio, dado que las autoridades de competencia raramente intervienen en caso de empresas con poder de demanda.

⁶⁸ Conclusiones A. G. WAHL en asunto *MEO*, párrafo 29 y pie de página 7.

clientes y constituyen un potente duopolio (en realidad, un «duopsonio») del que dependen la gran mayoría de los ingresos que obtiene la entidad. Además, la fijación de las tarifas estaba condicionada por la ley nacional, que obliga a las partes, a falta de acuerdo, a recurrir a arbitraje. Por último, al no estar integrada verticalmente, GDA alegó no tener ningún interés en los mercados ascendentes y descendentes ni en situar a un usuario de sus derechos en desventaja competitiva respecto del otro. Es más, el debilitamiento de la posición competitiva de uno de ellos probablemente perjudicaría a GDA.

El A. G. WAHL asume esencialmente los argumentos de GDA. Reconoce que MEO y NOS tienen un cierto poder de negociación que puede contrarrestar el de GDA, y recuerda que el hecho de que esta sea la única entidad de gestión en Portugal no significa que esté efectivamente en posición dominante, pues «no dispone de un poder de mercado que le permita actuar al margen de sus socios comerciales»; es este, y no la cuota de mercado, el test utilizado por la jurisprudencia *Hoffmann-La Roche* y *United Brands* para definir la posición dominante⁶⁹.

A continuación, el A. G. viene a aplicar un test de racionalidad económica similar al que menciona en *AKKA/LAA* para los precios excesivos, y niega que GDA tenga un interés en imponer precios discriminatorios con el fin de excluir o debilitar la posición competitiva de uno de sus clientes, dado que no está presente en el mercado descendente en el que operan MEO y NOS. Su único interés, afirma, «parece residir en dinamizar sus ingresos mediante la fijación de precios negociados de forma individual y bilateral con esos proveedores»⁷⁰, sin que encuentre ninguna tacha en este (lícito) interés de GDA por incrementar sus ingresos.

El A. G. WAHL concluye sus consideraciones preliminares afirmando que «resulta problemático sancionar a una empresa por haber abusado de su supuesta posición dominante debido a la diferenciación de precios que aplica a sus socios situados en el mercado descendente, cuando no opera en dicho mercado y se beneficia directamente de la competencia entre esos socios. Estas dudas llaman, con mayor razón, a ser prudentes en el examen de las prácticas de diferenciación de precios controvertidas»⁷¹.

Aunque estas reflexiones del A. G. exceden del objeto concreto de este artículo, son ilustrativas de un enfoque abierto que toma en consideración las circunstancias de hecho y de derecho reales en las que a menudo se mueven las empresas en posición de dominio, y en particular las entidades de gestión. Estas ideas contrastan vivamente con los razonamientos, por lo general mucho más formalistas, que podemos encontrar en la gran mayoría de las resoluciones de la CNMC que examinan las tarifas de las entidades de gestión, razonamientos formalistas que en muchos casos son asumidos por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo.

⁶⁹ Conclusiones A. G. WAHL en asunto *MEO*, párrafos 50-53.

⁷⁰ Conclusiones A. G. WAHL en asunto *MEO*, párrafo 54.

⁷¹ Conclusiones A. G. WAHL en asunto *MEO*, párrafo 59.

B. LA DESVENTAJA COMPETITIVA COMO REQUISITO INDISPENSABLE DE LA INFRACCIÓN

Del tenor literal del art. 102 TFUE, párrafo 2, letra c), así como en el correspondiente art. 2.2.d) LDC, se deduce que para incurrir en la prohibición, deben concurrir tres requisitos: i) que la empresa investigada esté en posición de dominio; ii) que esta empresa aplique a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, y iii) que estas condiciones desiguales ocasionen a esos terceros una desventaja competitiva.

Las autoridades de la competencia se esfuerzan por acreditar las dos primeras condiciones, pero con frecuencia no le prestan atención a la tercera. De hecho, en el propio asunto *MEO*, el Gobierno español presentó unas alegaciones recogiendo la doctrina tradicional de la CNMC, que «[considera] sistemáticamente como infracción la aplicación de tarifas discriminatorias cuando el organismo de gestión de los derechos de autor y de los derechos afines no la puede justificar»⁷², obviando así completamente el tercer requisito.

En relación con este tercer requisito, el A. G. WAHL comienza por recordar que las prácticas discriminatorias, incluidas las relativas a precios, no son en sí mismas problemáticas desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, ya que pueden tener el efecto de reforzar la eficiencia económica y, por ende, el bienestar del consumidor. Como ya hemos indicado, la aplicación de precios discriminatorios permite a una empresa, aunque sea dominante, ofrecer productos y servicios a un mayor número de consumidores, y en particular a los de menor poder adquisitivo, por lo que puede ser un importante estímulo de la competencia. De ahí que, como afirma el A. G., a diferencia de lo que podría sugerir un análisis superficial, el art. 102 TFUE, párrafo 2, letra c), no obliga a los titulares de un monopolio o de una posición dominante a aplicar tarifas uniformes⁷³, sino que, por el contrario, la discriminación tarifaria por una empresa dominante «*única-mente* estará comprendida en el ámbito de la prohibición de abuso de posición dominante *si* [y solo si, añade la versión inglesa de las conclusiones] *la competencia entre esos socios resulta falseada* a consecuencia de dicha discriminación» (en cursiva en el texto original)⁷⁴.

El A. G. afirma que no puede presumirse que toda discriminación dé lugar a una situación de «desventaja competitiva» en el sentido del art. 102 TFUE, párrafo 2, letra c). Por ello, la autoridad debe proceder en todos los casos a examinar los efectos reales o potenciales de la conducta discriminatoria. Ello es particularmente importante en los casos de *discriminación de*

⁷² Conclusiones A. G. WAHL en asunto *MEO*, párrafo 29 y pie de página 7.

No deja de llamar la atención que el Gobierno español fuese el único que presentase observaciones en este sentido. Es más, también apuntó a una presunción de que las entidades de gestión están en posición de dominio, al subrayar que las licencias que conceden constituyen un elemento esencial para que los usuarios de que se trata puedan prestar sus servicios finales (párrafo 31).

⁷³ Conclusiones A. G. WAHL en asunto *MEO*, párrafo 64, reiterado en el párrafo 87.

⁷⁴ Conclusiones A. G. WAHL en asunto *MEO*, párrafos 65 a 68.

segunda línea, cuando la empresa dominante no compite con sus clientes a los que aplica condiciones distintas y, por tanto, no tiene en principio ningún interés en excluir a ninguno de sus clientes del mercado.

En relación con la desventaja competitiva, el A. G. WAHL aclara «no debe confundirse con la desventaja sentida o incluso sufrida de forma inmediata por los operadores a los que se les han aplicado precios más elevados para la adquisición de un bien o de un servicio»⁷⁵. Más adelante concluye que «para que pueda apreciarse la existencia de una “desventaja competitiva” en el sentido del art. 102 TFUE, párrafo 2, letra c), además de la desventaja que genera la discriminación tarifaria tomada de forma aislada, la práctica en cuestión debe tener un efecto específico sobre la posición competitiva de la empresa supuestamente discriminada. Dicho de otro modo, es preciso que la desventaja sufrida sea lo suficientemente significativa como para tener consecuencias en la posición competitiva de la empresa discriminada. Es pues necesario comprobar que los precios discriminatorios falsean la relación de competencia entre los socios comerciales en el mercado descendente»⁷⁶.

Aunque en el ámbito del art. 102 TFUE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (y entre otras, la Sentencia AKKA/LAA que hemos comentado anteriormente) no existe un umbral *de minimis* que excluya su aplicación, el A. G. señala que eventuales diferencias de trato que no incidan en la competencia o que, a lo sumo, tengan efectos muy limitados, no pueden ser constitutivas de un abuso de posición dominante⁷⁷.

Para determinar si unas condiciones discriminatorias resultan en una verdadera distorsión de la competencia, la autoridad deberá examinar sus efectos reales o potenciales «a la luz de todas las circunstancias pertinentes», y cuanto menos dos circunstancias: i) «la realidad y la importancia relativa de la diferenciación de precios», y ii) la importancia del coste de los insumos suministrados en condiciones discriminatorias con respecto a los costes totales soportados por las empresas perjudicadas⁷⁸.

En relación con este segundo factor, el A. G. propone las siguientes reglas: «Cuando el peso relativo de los precios impuestos por la empresa dominante sea irrisorio, estos no pueden incidir en la posición competitiva del cliente perjudicado»; en cambio, «cuando el precio impuesto por la empresa dominante represente una parte significativa de los costes totales que soporta el cliente perjudicado, la discriminación de precios podría incidir no ya en la rentabilidad de la actividad de dicho cliente, sino también en su posición competitiva»⁷⁹.

Aplicando estos criterios al caso de referencia, el A. G. concluía que, dado que los importes que MEO abonó a GDA representaban un por-

⁷⁵ Conclusiones A. G. WAHL en asunto MEO, párrafo 63.

⁷⁶ Conclusiones A. G. WAHL en asunto MEO, párrafos 96 y 97.

⁷⁷ Conclusiones A. G. WAHL en asunto MEO, párrafo 105.

⁷⁸ Conclusiones A. G. WAHL en asunto MEO, párrafos 106-108.

⁷⁹ Conclusiones A. G. WAHL en asunto MEO, párrafos 109 y 110.

centaje escaso de los costes soportados por MEO y una parte ínfima de los beneficios obtenidos por la prestación de su servicio de televisión de pago, no se veía cómo podía incidir la diferenciación de las tarifas aplicada por GDA en la posición competitiva de MEO y, por consiguiente, generar una desventaja competitiva en el sentido del art. 102 TFUE, párrafo 2, letra c).

En su sentencia, el Tribunal de Justicia hizo plenamente suyas las conclusiones del A. G. Así, en relación con la distinción entre la desventaja sufrida por el operador al que la empresa en posición de dominio aplica un mayor precio y la «desventaja competitiva» que exige el art. 102 TFUE, afirmó que «la mera presencia de una desventaja inmediata que afecte a los operadores a quienes se hayan aplicado precios superiores respecto de las tarifas aplicables a sus competidores por una prestación equivalente no significa sin embargo que la competencia haya sido falseada o que pueda serlo. En efecto, la discriminación de socios comerciales que se encuentran en relación de competencia solo podrá considerarse abusiva si el comportamiento de la empresa en posición dominante pretende, según se desprende de todas las circunstancias del caso concreto, llevar a una distorsión de la competencia entre esos socios comerciales»⁸⁰.

En cuanto a la necesidad de que la discriminación produzca un impacto significativo, el Tribunal de Justicia aclaró que «cuando el impacto de una diferenciación de tarifas sobre los costes soportados por el operador que se considera perjudicado, o sobre la rentabilidad y los beneficios obtenidos por dicho operador, no es significativo, cabe deducir, en su caso, que dicha diferenciación de tarifas no puede tener efecto alguno sobre la posición competitiva de dicho operador»⁸¹.

El Tribunal de Justicia parece también asumir el test de racionalidad económica propuesto por el A. G. ya que concluye formulando una presunción favorable si la discriminación es de segunda línea, al señalar que «[cuando] la aplicación de las distintas tarifas afecta únicamente al mercado descendente, la empresa en posición dominante no tiene, en principio, ningún interés en excluir del mercado descendente a uno de sus socios comerciales»⁸².

C. CONCLUSIÓN: LA SENTENCIA *MEO* Y LOS PRECIOS DISCRIMINATORIOS DE SEGUNDA LÍNEA

La Sentencia *MEO* es el «asunto de referencia» que fija importantes pautas que las autoridades de la competencia y los tribunales deberán seguir cuando tengan que enjuiciar la aplicación de condiciones discriminatorias de segunda línea por una empresa en posición de dominio.

⁸⁰ Considerandos 26 y 27 de la Sentencia *MEO*.

⁸¹ Considerando 34 de la Sentencia *MEO*.

⁸² Considerando 35 de la Sentencia *MEO*.

En primer lugar, pone de relieve la importancia de uno de los elementos del tipo —la necesidad de que las condiciones discriminatorias produzcan una «desventaja competitiva»— que las autoridades de la competencia habían tendido a olvidar o a presumir su existencia vinculada a la discriminación. Como señala el A. G., esa presunción está «desfasada», y responde a una concepción, también superada, de la prohibición contenida en el art. 102 TFUE basada en el objeto formal de la práctica y no en sus efectos.

Por otra parte, aclara que esa desventaja competitiva no puede identificarse con la desventaja sufrida de forma inmediata por los operadores a los que la empresa en posición de dominio ha aplicado precios más elevados.

Para poder considerar que unos precios discriminatorios de segundo grado son contrarios al art. 102 TFUE por producir una desventaja competitiva significativa, las autoridades de la competencia deberán examinar, no solo la amplitud de la discriminación y su duración, sino también su impacto sobre la rentabilidad, los beneficios y los costes soportados por los operadores que se consideran perjudicados. Si ese impacto no es significativo, cabe presumir que la discriminación no puede tener efecto alguno sobre la posición competitiva de dicho operador.

Por último, cuando la empresa dominante no compite con los operadores a los que aplica condiciones discriminatorias, el test de racionalidad económica permite presuponer que no tiene ningún interés en excluir del mercado descendente a parte de sus socios comerciales.

IV. NECESIDAD DE AJUSTAR LA DOCTRINA DE CNMC Y TRIBUNALES ESPAÑOLES

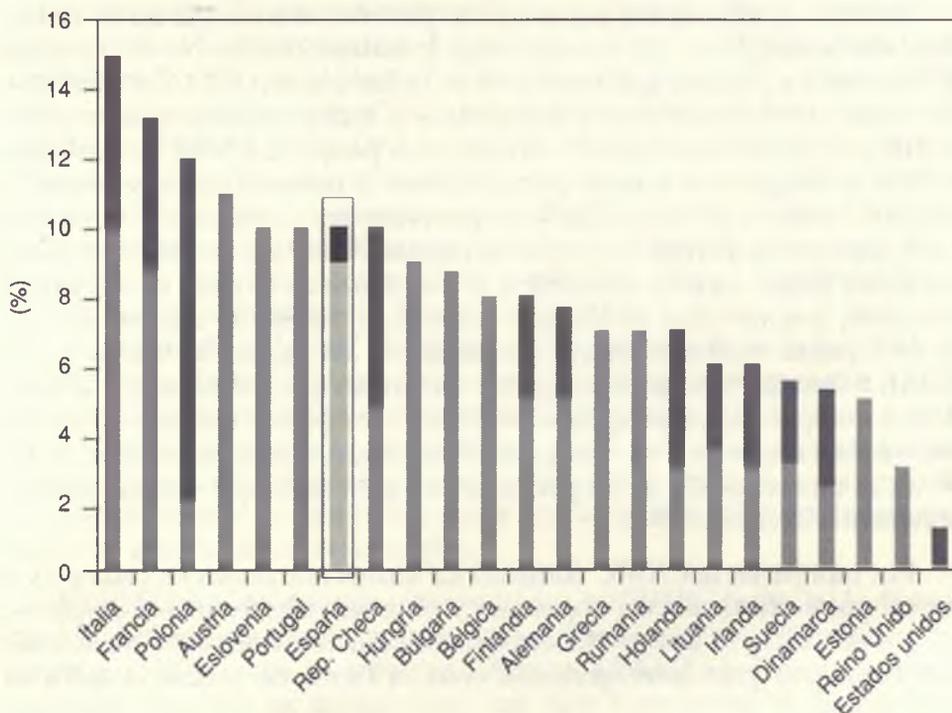
Frente a la prudencia mostrada por otras autoridades europeas de la competencia en la persecución de los abusos de exclusión, la CNMC ha sido mucho más proclive a calificar los precios aplicados por empresas en posición de dominio —y en particular por entidades de gestión— de abusivos por excesivos o por discriminatorios. Además, el análisis que tanto la CNMC, como la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en su función revisora, aplicaron en esos casos a veces raya con un «mero ejercicio formal de deducción automática, basado en presunciones jurídicas o fácticas»⁸³, que el A. G. criticaba en sus conclusiones del asunto *MEO*. La disparidad entre, por una parte, la posición formalista de la CNMC y los tribunales españoles, y por otra, la aplicación del art. 102 TFUE basada en los efectos que se desprende de las Sentencias *AKKA/LAA* y *MEO*, quedó expresamente reflejada en este segundo asunto, relativo a los precios discriminatorios, donde, como ya hemos señalado, el Gobierno español fue el único interviniente ajeno a las partes que propuso obviar el tercer requisito expresamente previsto en el art. 102 TFUE, párrafo 2, letra c).

⁸³ Conclusiones A. G. WAHL en asunto *MEO*, párrafo 115.

A. APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE PRECIOS EXCESIVOS POR LA CNMC Y LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

En su Resolución de 6 de noviembre de 2014 (expte. S/0460/13, *SGAE-CONCIERTOS*) la CNMC consideró que la SGAE había abusado de su posición dominante al aplicar tarifas inequitativas y excesivas en las licencias concedidas para la comunicación pública de las obras musicales en conciertos celebrados en España. La CNMC aplicó como criterio de comparación el test *Tournier-Lucazeau* y comparó las tarifas de la SGAE con las aplicadas por otras entidades de gestión extranjeras para remunerar los derechos de autor en el marco de la ejecución de obras musicales en conciertos. A estos efectos, elaboró una tabla comparativa con las tarifas establecidas por algunas entidades que fijaban un porcentaje determinado sobre los ingresos de taquilla. La tabla revelaba que en 14 Estados miembros se aplicaban tarifas más reducidas que la SGAE, en tres, la tarifa era la misma, y en otros tres, se aplicaba una tarifa superior⁸⁴.

Gráfico 1. Tarifas en la UE por derechos de autor por el uso de la música en conciertos, según la CNMC



Fuente: elaboración propia a partir de información en el PCH de la CNMC.

⁸⁴ En este gráfico, la parte sombreada en cada país refleja la tarifa nominal, mientras que la clara compara las tarifas efectivas.

La CNMC hizo especial referencia a las tarifas más bajas aplicadas en Estados Unidos y el Reino Unido, que consideró especialmente relevantes porque el mayor porcentaje de los pagos efectuados por la SGAE a entidades de gestión extranjeras en virtud de sus contratos de representación recíproca se destinaban a estos países, y concluyó que las diferencias que reflejaba la tabla permitían concluir que las tarifas de la SGAE eran abusivas. La apreciación de la CNMC fue confirmada por la Audiencia Nacional en su Sentencia de 7 de febrero de 2018⁸⁵, que tuvo especialmente en cuenta el contenido de la referida tabla (FD. 4º).

Sin embargo, la aplicación al caso del test *Tournier-Lucazeau* realizado por la CNMC incurrió, a nuestro juicio, en diversos errores que no fueron corregidos por la Audiencia Nacional.

En relación con la comparación respecto a las tarifas en Estados Unidos y en el Reino Unido, debemos recordar en primer lugar que, como ya hemos señalado, ni las Sentencias *Tournier* y *Lucazeau*, ni la más reciente Sentencia *AKKA/LAA*, prevén la posibilidad de utilizar como criterio de comparación los precios aplicados en países terceros —caso de Estados Unidos—, sino que expresamente se refieren siempre a los precios en otros Estados miembros.

Además, se trata de dos países que no permiten una comparación «sobre una base homogénea», tal y como exige la jurisprudencia. No solo porque difieran en los factores que menciona en la Sentencia *AKKA/LAA* (hábitos de consumo y otros elementos económicos o socioeconómicos, tales como el PIB y el patrimonio cultural e histórico), o porque la CNMC no utilizase el PPA ni ningún otro criterio para justificar la supuesta homogeneidad⁸⁶; Estados Unidos y el Reino Unido no permiten una comparación sobre una base homogénea porque la propia configuración de los derechos de autor en dichos países es muy diferente a la que existe en el resto de los países europeos, y entre ellos en España. Además, el hecho de que los autores de esos países reciban el mayor porcentaje de los pagos efectuados por la SGAE a autores extranjeros, no parece un motivo que justifique que se trata de una comparación homogénea. Más bien cabe pensar que la elección de estos países responde a un «sesgo confirmatorio», o parafraseando al A. G. WAHL, a una selección de los países que aportan datos que «encajan» en la argumentación de la CNMC.

Por otra parte, la CNMC comparó las tarifas nominales en cada país y no «el coste efectivamente soportado y el precio efectivamente exigido», tal y como dicta la jurisprudencia. En relación con esto, cabe mencionar que existe una gran heterogeneidad entre la forma de aplicar la tarifa en

⁸⁵ Sentencia de 7 de febrero de 2018, recurso 23/2015, ECLI:ES:AN:2018:414.

⁸⁶ Aunque la Resolución de la CNMC es anterior a la Sentencia *AKKA/LAA*, lo que podría explicar el hecho de que la CNMC no comparase, tal y como exigió el Tribunal de Justicia, el PPA de los países considerados como referencia, la sentencia de la Audiencia Nacional es posterior, y de hecho se refiere expresamente a *AKKA/LAA*, aunque permanece completamente muda respecto de esta obligación que impuso el Tribunal de Justicia.

los distintos Estados miembros: en algunos países, la base de la remuneración son los ingresos brutos por taquilla del concierto, mientras que en otros, son los ingresos netos; en algunos, se incluyen otro tipo de ingresos en la base (venta de bebidas, de productos de *merchandising*, patrocinios, etc.); las invitaciones (entradas gratuitas) pueden no computar, o sí, y a diferentes precios, etc. Por ello, la comparativa simplista de tarifas que realizó la CNMC, avalada por la Audiencia Nacional, donde únicamente se cotejaba el porcentaje nominal aplicado en cada uno de los países, no es representativa del coste efectivamente soportado y el precio efectivamente exigido, como dicta la jurisprudencia.

Pero donde creemos que estriba el error más relevante del análisis realizado por la CNMC y confirmado por la Audiencia Nacional, estriba en la conclusión de que las tarifas de la SGAE eran «notablemente más elevadas» que las aplicadas en otros Estados miembros, tal y como exige la jurisprudencia. De hecho, la sentencia de la Audiencia Nacional cita reitradamente de forma incorrecta la jurisprudencia *Tournier-Lucazeau*, cuando omite el adverbio de modo «notablemente» y al afirmar que las tarifas de la SGAE eran más elevadas que las de «*otros* Estados miembros», en lugar de «*en los restantes* Estados miembros». Tanto en la Resolución de la CNMC como en la sentencia de la Audiencia Nacional, se reconoce expresamente que tres Estados miembros (Polonia, Francia e Italia —países con características socioeconómicas y tradición cultural y jurídica mucho más cercanas a España que el Reino Unido y Estados Unidos—), tenían tarifas más elevadas que las de la SGAE, y de la tabla se desprende que otros tres aplicaban la misma tarifa. De esta manera, la comparación queda reducida a la mera comprobación de si en unos países se aplican tarifas más altas que en otros, lo que claramente no es conforme con la exigencia jurisprudencial de que sean «*notablemente más elevadas* que las que se aplican en los *restantes* Estados miembros», tal y como ha quedado establecida por el Tribunal de Justicia en sus Sentencias *Tournier* y *Lucazeau* y reiteró en su Sentencia *AKKA/LAA*⁸⁷. En efecto, de aceptarse la tesis de la CNMC y la Audiencia Nacional de que basta con que una tarifa sea superior a la de algunos Estados miembros aunque sea igual o inferior a la de otros, y en la medida en que no todas las entidades de gestión aplican las mismas tarifas, siempre habría unas entidades cuyas tarifas serían abusivas por excesivas, con independencia de que la diferencia con las tarifas del resto de las entidades de gestión sea o no «notable».

En definitiva, en nuestra opinión, tanto la CNMC como la Audiencia Nacional efectuaron en ese caso una aplicación incorrecta del test *Tournier-Lucazeau*, tal y como ha sido precisado en *AKKA/LAA*. No realizaron la comparación entre las tarifas sobre una base homogénea ni demostraron que el resultado de esa comparación pusiera de manifiesto que las tarifas de la SGAE fuesen «*notablemente más elevadas* que las que se aplican en los *restantes* Estados miembros», como exige la jurisprudencia para considerar

⁸⁷ Véanse, por ejemplo, los considerandos 38 y 53 de la Sentencia *AKKA/LAA*.

que son excesivas. Además, tampoco acometieron el segundo paso tendente a demostrar que el precio es inequitativo, ya que no investigaron si la diferencia de precio era esencialmente el resultado de una explotación abusiva de la posición dominante, o si respondía a otras razones legítimas.

La declaración por parte de la CNMC del carácter excesivo y abusivo de la tarifa aplicada por la SGAE a las licencias concedidas para la comunicación pública de las obras musicales en conciertos celebrados en España, resulta aún más llamativa si se tiene en cuenta que, unos años antes, el entonces denominado Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) había confirmado el sobreseimiento dictado por el antiguo Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) de una denuncia formulada contra esa misma tarifa. Esta decisión se basó en tres argumentos⁸⁸: 1.º el reconocimiento de que el hecho de que la tarifa aplicada por la SGAE difiera de las tarifas aplicadas por entidades similares en otros países de la Unión Europea, no es condición suficiente para concluir que dicha disparidad suponga *per se* una conducta abusiva; 2.º «la dificultad y complejidad que requiere la comparación sobre bases homogéneas propuesta por la Jurisprudencia Europea para abordar los casos de abuso en materia de propiedad intelectual», que ya había sido enfatizada por el TDC en una Resolución de 13 de julio de 2006 (expte. 593/05, *televisiones*) y, como consecuencia de lo anterior, y 3.º la imposibilidad de reunir los elementos necesarios que permitan acreditar que dicha tarifa pudiera considerarse abusiva en el sentido de los entonces vigentes arts. 6 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia y 82 del Tratado. Dicha Resolución de 2007 fue anulada por la Audiencia Nacional al considerar que el TDC debía profundizar en la investigación. Y, aunque esa nueva investigación solo pudo corroborar la diferencia entre la tarifa de la SGAE y la de otras entidades europeas —que ya había quedado acreditada en 2007 y no había cambiado desde la primera Resolución del TDC—, la CNMC llegó en 2014 a la conclusión radicalmente opuesta a la que había alcanzado el TDC en 2007. En efecto, el razonamiento del TDC en el año 2007 era mucho más próximo a la doctrina del Tribunal de Justicia en *Tournier-Lucazeau* y en *AKKA/LAA* que la lógica formalista aplicada por la CNMC y la Audiencia Nacional en 2014 y 2017, respectivamente.

B. APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE PRECIOS DISCRIMINATORIOS POR LA CNMC Y LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

En la Resolución de 3 de julio de 2012 (expte. S/0220/10, *SGAE*) la CNC analizó la tarifa aplicada por esa entidad a las autorizaciones por el derecho de comunicación pública de obras musicales en bailes celebrados con motivo de bodas, bautizos y comuniones, o en los que el acceso de los asistentes se realice a través de invitación personal, llegando a la conclusión de que era discriminatoria e inequitativa. Para incentivar el cumplimiento por parte de los establecimientos que hacen uso de esos derechos, la SGAE

⁸⁸ Resolución de 8 de marzo de 2007 (expte. R 701/2006, *Promotores Musicales/SGAE*).

había acordado con sendas asociaciones representativas de los establecimientos que ofrecen ese tipo de eventos la aplicación de descuentos del 20 y del 15 por 100 a los usuarios que fuesen miembros de esas asociaciones y que, además, cumpliesen con las obligaciones relativas a la comunicación previa a la SGAE de los eventos, a la obtención de la correspondiente licencia, y domiciliasen sus pagos. En un primer momento, los usuarios que hubieran optado por no pertenecer a ninguna organización sectorial, no obtenían ningún descuento; posteriormente, la SGAE introdujo la posibilidad de que obtuviesen descuentos de hasta el 15 por 100, vinculados al cumplimiento de las obligaciones formales relativas a la declaración previa de los eventos, obtención de la licencia y domiciliación de los pagos. Tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo confirmaron la Resolución de la CNC salvo en el extremo relativo a la multa⁸⁹.

Tanto CNMC como los tribunales revisores concluyeron que la SGAE había incurrido en una conducta abusiva consistente en la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes a distintos agentes, al considerar que únicamente podía ofrecer lícitamente descuentos si correspondían exactamente con el ahorro de costes que obtenía, y si los ofrecía también a todos los usuarios. Además, afirmaron que «una diferencia de trato entre los clientes que suponga un 15 o un 20 por 100 del coste, sin justificación objetiva, es suficientemente relevante para considerarla una discriminación y para colocar en desventaja a unos operadores frente a otros».

A nuestro juicio, este razonamiento diverge claramente de la doctrina relativa a los precios discriminatorios contenida en la Sentencia *MEO*.

En primer lugar, ni la CNMC ni los tribunales revisores tuvieron en cuenta que, al igual que ocurría con la entidad de gestión portuguesa en el asunto *MEO*, la SGAE no está presente en el mismo mercado ni compite con los establecimientos de bailes y bodas a los que se aplicaba la tarifa calificada de abusiva. Por ello, ignoraron que el trato favorable aplicado a los usuarios miembros de las asociaciones representativas del sector no pretendía producir un efecto de exclusión prohibido, sino que respondía a un deseo lícito de la SGAE de dinamizar sus ingresos primando a los establecimientos que cumpliesen puntualmente con sus obligaciones relativas a la obtención y pago de la correspondiente licencia. En un sector tan atomizado y en el que existe un grado muy elevado de incumplimiento en relación con los derechos de autor, la SGAE suscribió convenios con las entidades representativas del sector a fin de que estas le ayudasen a fomentar, a través de la oferta de descuentos a sus miembros, la obtención previa de licencias y el pago puntual de la tarifa. El otorgamiento de descuentos vinculados a la pertenencia a una asociación, cuyo efecto discriminatorio sería en todo caso de segundo grado, era pues una conducta racional desde el punto de vista económico, que, como seguidamente veremos, no oca-

⁸⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de diciembre de 2015, recurso 452/2012, ECLI:ES:AN:2015:4724, y Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2018, recurso 271/2016, ECLI:ES:TS:2018:2073.

sionaba una desventaja competitiva entre los usuarios de los derechos de autor, en el sentido del art. 102 TFUE, párrafo 2, letra c), así como en el correspondiente art. 2.2.d) LDC.

En relación con este elemento del tipo, la CNMC y los tribunales revisores consideraron que la SGAE únicamente hubiese podido aplicar una bonificación igual al menor coste que suponían la gestión de los establecimientos favorecidos, pero «una diferencia de trato entre los clientes que suponga un 15 o un 20 por 100 del coste, sin justificación objetiva, es suficientemente relevante para considerarla una discriminación y para colocar en desventaja a unos operadores frente a otros».

Este razonamiento confunde, a nuestro juicio, la ventaja obtenida por la SGAE y la desventaja que podían sufrir los establecimientos a los que se aplicaba la tarifa completa frente a los que obtenían una tarifa reducida, con la «desventaja competitiva» que exigen tanto el art. 102 TFUE como el art. 2 LDC.

En relación con la ventaja obtenida por la SGAE, debemos recordar que, tanto de las conclusiones del A. G. WAHL como de la sentencia del Tribunal en el asunto *MEO*, se desprende que el art. 102 TFUE no se opone a que las entidades de gestión traten de forma diferente a los usuarios de sus derechos para dinamizar sus ingresos, siempre que esa diferencia no produzca una «desventaja competitiva».

En relación con dicha desventaja competitiva, tanto la CNMC como los tribunales revisores se limitaron a enfatizar el porcentaje del descuento otorgado por la SGAE a los usuarios que, además de cumplir determinadas obligaciones que facilitaban la obtención de la licencia y la gestión y liquidación de los derechos de autor, pertenecían a las asociaciones representativas del sector que habían suscrito un convenio con la SGAE. Pero ignoraron los argumentos que demostraban el escaso impacto de la tarifa aplicada por la SGAE en relación con el conjunto de los ingresos y gastos que generan para los establecimientos la celebración de los eventos que daban lugar a la percepción de derechos de autor y, por tanto, la ínfima repercusión que sobre estos ingresos y gastos suponía el descuento otorgado a algunos de esos establecimientos⁹⁰.

De haber realizado el examen correcto, habrían tenido que concluir, de conformidad con lo afirmado por el Tribunal de Justicia en su Sentencia *MEO*, que el impacto de la diferenciación de tarifas sobre los costes soportados por los establecimientos a los que no se aplicaba el descuento nego-

⁹⁰ La diferencia de trato equivalía a una parte marginal del presupuesto de un evento de este tipo, no superando el 0,35 por 100 por evento en cada caso. En efecto, según datos del expediente, que eran pacíficos, el coste promedio de un banquete con barra libre y música se situaba entre 7.400 y 14.100 euros para un evento medio de unos 100 invitados. Esta cantidad incluía el local, la comida, la bebida y la música. El precio que pagaría el organizador del evento a la SGAE sería de alrededor de 132 euros. Teniendo en cuenta estos datos, el descuento del 20 por 100 aplicado por la SGAE a las asociaciones (que sería de 26 euros) equivalía a un 0,35 y a un 0,18 por 100 del total del presupuesto de los banquetes de 7.400 y 14.100 euros, respectivamente. La supuesta diferenciación afectaría, por tanto, a una parte mínima de la estructura de costes de los usuarios de la SGAE para este tipo de eventos.

ciado con las asociaciones, o sobre su rentabilidad y beneficios, no era significativa, por lo que «dicha diferenciación de tarifas no puede tener efecto alguno sobre la posición competitiva de [dichos establecimientos]»⁹¹, y que, por tanto, dichos descuentos no ocasionaban una desventaja competitiva en el sentido de los arts. 2, letra *d*), LDC y 102, letra *c*), TFUE.

V. CONCLUSIÓN

Tanto el A. G. WAHL en sus conclusiones en los asuntos *AKKA/LAA* y *MEO* como el Tribunal de Justicia en las sentencias de esos asuntos vienen claramente a reforzar la exigencia de una aplicación medida y rigurosa de la prohibición contenida en el art. 102 TFUE (y también en el art. 2 LDC) de los precios excesivos y discriminatorios.

Dicha aplicación debe huir de un análisis meramente formal y de la presunción de que los precios aplicados por las entidades en posición de dominio son abusivos, y exige que las autoridades de la competencia, y los tribunales revisores, realicen un examen riguroso de todas las circunstancias de hecho y de derecho caso. Así lo pone de manifiesto el A. G. WAHL cuando afirma que «tanto en la práctica decisoria de las autoridades de competencia como en la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia, ha ido cuajando la idea de que, cuando debe examinarse un comportamiento empresarial desde la perspectiva del art. 102 TFUE, no puede presumirse la existencia de una restricción de la competencia. Para concluir que dicha restricción existe, es preciso proceder en todo caso a un examen de los efectos reales o potenciales de la medida censurada a la luz de todas las circunstancias del asunto de que se trate»⁹².

En particular, deben prestar una especial atención a la racionalidad económica de esos precios y a su impacto real sobre el comportamiento competitivo de los clientes. Además, dada la dificultad de determinar *a priori* lo que pueda ser un precio abusivo por excesivo o por discriminatorio, deben respetar escrupulosamente la presunción de inocencia de las empresas en posición de dominio. En este sentido, deben tener muy presente el riesgo de incurrir en falsos positivos, y sancionar estructuras de precios cuyos efectos pueden ser neutrales desde el punto de vista de la competencia, o incluso pro-competitivas.

⁹¹ Considerando 34 de la Sentencia *MEO*.

⁹² Conclusiones A. G. WAHL en asunto *MEO*, párrafo 70.

