

INSTITUTO DE DERECHO INDUSTRIAL  
UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA (ESPAÑA)  
**IDIUS**

**ACTAS**  
**DE DERECHO INDUSTRIAL**  
**Y**  
**DERECHO DE AUTOR**

**Volumen 31**  
**(2010-2011)**

Coedición:  
UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA (USC)

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2011

## ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
Índice de abreviaturas .....	13
 <b>I. DOCTRINA</b>	
<b>La doctrina de las infraestructuras esenciales en Derecho antitrust europeo: cuestiones escogidas</b> Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Juliana Rodríguez Rodrigo.....	27
<b>La política de competencia en el sector farmacéutico: nuevos desafíos para la relación entre los derechos de propiedad industrial y el Derecho de competencia</b> Beatriz Conde Gallego.....	55
<b>Publicidad, medicina y protección de consumidores</b> Ana Díaz Martínez.....	81
<b>Destrucción creativa y licencias de patentes: reglas de competencia, racionalidad económica y ética del mercado</b> Vincenzo Di Cataldo .....	109
<b>Dos processos de constituição automática de sociedades nos regimes português e espanhol – a bolsa de firmas como elemento promotor de conflitos entre sinais distintivos</b> Marisa Catarina da Conceição Dinis .....	125
<b>Las propuestas telefónicas o por correo electrónico no deseadas: un supuesto de prácticas agresivas por acoso</b> Alberto Empananza Sobejano .....	153
<b>Las normas de determinación del Derecho nacional aplicable frente a una infracción de la marca comunitaria: La aplicación del Reglamento Roma-II</b> David Gómez Sánchez.....	176
<b>Protección de las interfaces gráficas de usuario de programas de ordenador en el ámbito de los derechos de autor: evolución y perspectivas</b> Begoña González Otero .....	205

<b>El tratamiento de los signos distintivos en la reforma de la Ley de competencia desleal: principales cuestiones</b>	
Luis Alberto Marco Arcalá .....	231
<b>Sobre las marcas geográficas en el ámbito oleícola. Un apunte crítico</b>	
Ángel Martínez Gutiérrez .....	255
<b>El arte efímero como objeto de la propiedad intelectual. Especial referencia a los embalajes monumentales y demás instalaciones conceptuales.</b>	
María Cruz Mayorga Toledano .....	281
<b>La peligrosa vocación extraterritorial de la Ley Sinde</b>	
Miguel-Ángel Michinel Álvarez.....	301
<b>Redes P2P y la mal llamada cultura del compartir: el pulso entre el Derecho de autor y las posiciones ciberlibertarias</b>	
Juan Francisco Ortega Díaz .....	319
<b>Las condiciones de licitud de la publicidad comparativa tras la Ley 29/2009: Un análisis a la luz de la jurisprudencia comunitaria</b>	
M.ª Teresa Ortuño Baeza .....	347
<b>«Anuencia prévia» – A (i)licitude da interferencia da Autoridade sanitária brasileira nos procedimentos de patenteabilidade de fármacos</b>	
João Paulo F. Remédio Marques.....	373
<b>La Ley gallega de prevención del consumo de bebidas alcohólicas en menores de edad: especial referencia a la regulación de la publicidad, la promoción y el patrocinio</b>	
Manuel José Vázquez Pena.....	401
<b>El nuevo régimen jurídico de la transferencia de tecnología entre las entidades públicas de investigación y la empresa</b>	
Gonzalo Vicente Lacambra.....	423
<b>Cloud computing: su problemática jurídica</b>	
José Ignacio Vidal Portabales .....	449
 <b>II. CRÓNICA Y DOCTRINA BREVE</b>	
<b>La Oficina española de patentes y marcas (OEPM) en 2010</b>	
Josefina Aljaro.....	477
<b>El sistema de observancia de los derechos de propiedad intelectual en el Acuerdo comercial contra la falsificación (ACTA)</b>	
Manuel J. Botana Agra.....	491
<b>O estudo sobre o funcionamento geral do sistema europeu de marcas</b>	
Maria Miguel Carvalho.....	509

Pág.

<b>La patente europea con efecto unitario: ¿Hacia el final del túnel o un nuevo fiasco?</b>	
José Antonio Gómez Segade.....	527
<b>El registro de marcas extranjeras por sus distribuidores</b>	
José María Muñoz Paredes .....	545
<b>Nuevo tratamiento de los acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor</b>	
María Teresa Ortuño Baeza .....	553
<b>Innovación, competitividad sostenible y lucha contra la crisis: a propósito de varios documentos estratégicos de la Unión Europea</b>	
Elena F. Pérez Carrillo .....	567
<b>III. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES ESPAÑOLAS</b>	
<b>En torno a la limitación del Derecho de patente por uso con fines experimentales de la invención patentada. [Comentario a la Sentencia núm. 424/2010 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 30 de junio]</b>	
Manuel J. Botana Agra.....	581
<b>Algunas incógnitas de la política de clemencia en la Ley 15/2007, de defensa de la competencia: coacción para tomar parte en el cártel, valor añadido significativo y continuidad de la infracción para preservar la investigación (A propósito de la Resolución de la CNC, de 2 de marzo de 2011, Peluquerías profesionales; Expte. S/0086/08)</b>	
Antonio López Miño.....	597
<b>Naturaleza jurídica de los contratos de distribución de carburantes y Derecho de la competencia: una ecuación que es necesario resolver (Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de noviembre de 2010 (RJ 2010/7978), Caso Repsol Productos Petrolíferos, S. A. y Repsol YPF, S. A.)</b>	
M. <sup>a</sup> Rocío Quintáns Eiras.....	613
<b>IV. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES EUROPEAS E INTERNACIONALES</b>	
<b><i>Nomina sunt consequentia rerum: of descriptive trademarks and secondary meaning</i></b>	
Bernardo Calabrese .....	643
<b>Reflexiones sobre la aptitud diferenciadora de las marcas constituidas exclusivamente por una sola letra (A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-265/09 P, <i>OAMI v. Borco-Marken-Import Matthiesen GmbH and Co. KG</i>, de 9 de septiembre de 2010 —Caso «Alfa»—)</b>	
Elena Rus Alba.....	657

**La STJUE (Sala 3.<sup>a</sup>) de 21.10.2010 («Caso Padawan»). Consecuencias y sugerencias para una reforma**

José Manuel Ventura Ventura..... 683

**V. JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES ESPAÑOLAS (2010)**

**1. Tribunal Supremo y otros tribunales ..... 707**

A) Patentes y obtenciones vegetales ..... 707

B) Modelos de utilidad..... 723

C) Diseños industriales ..... 731

D) Marcas..... 737

E) Otros signos distintivos ..... 761

F) Propiedad intelectual ..... 767

G) Competencia desleal y publicidad ..... 773

**2. Órganos de Defensa de la Competencia ..... 795**

A) Comisión Nacional de la Competencia..... 797

B) Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia..... 823

**3. Resoluciones del Jurado de la publicidad de Autocontrol..... 825**

**VI. JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES COMUNITARIAS (2010)**

**1. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ..... 867**

**2. Jurisprudencia del Tribunal General..... 887**

**VII. TEXTOS Y DOCUMENTOS**

1. Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (extracto)..... 911

2. Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (extracto) ..... 919

3. Reglamento (UE) núm. 461/2010 de la Comisión, de 27 de mayo de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor ..... 925

4. Acuerdo comercial contra la falsificación ..... 933

**VIII. NOTICIAS**

**1. ESPAÑA: Reconocimientos públicos al Profesor Carlos Fernández-Nóvoa (José A. Gómez Segade) ..... 953**

	<u>Pág.</u>
2. <b>ESPAÑA: Las Jornadas de propiedad industrial del IDIUS (María del Mar Maroño Gargallo)</b> .....	953
3. <b>ESPAÑA (GALICIA): La UE reconoce como IGP y DOP varias indicaciones geográficas para productos agroalimentarios gallegos (Manuel Botana Agra)</b> .....	955
4. <b>ESPAÑA: Nuevo reglamento general del registro de variedades comerciales: el Real Decreto 170/2011, de 11 de febrero (Ángel García Vidal)</b> .	956
5. <b>UNIÓN EUROPEA: Alcance territorial de las decisiones de los tribunales de marcas comunitarios en los casos de violación de marca comunitaria (José A. Gómez Segade)</b> .....	958
6. <b>UNIÓN EUROPEA: Disminución de los acuerdos de patentes entre empresas generadoras de nuevos fármacos y empresas productoras de genéricos (José A. Gómez Segade)</b> .....	960
7. <b>UNIÓN EUROPEA: El etiquetado de los productos alimenticios que utilizan como ingrediente un producto con DOP o IGP (María del Mar Maroño Gargallo)</b> .....	962
8. <b>UNIÓN EUROPEA: Hacia una normativa de la UE sobre la utilización de Obras Huérfanas protegidas por derechos de autor (Manuel Botana Agra)</b> .....	965
9. <b>UNIÓN EUROPEA: Inclusión en la publicidad de medicamentos dirigida al personal facultado para prescribirlos o dispensarlos de información sobre el medicamento que no está incluida en la ficha técnica (Ángel García Vidal)</b> .....	968
10. <b>UNIÓN EUROPEA: La comercialización de productos de marca ajena en mercados electrónicos (Sentencia del TJUE, de 12 de julio de 2011, en el caso L’Oreal-eBay) (Ángel García Vidal)</b> .....	970
11. <b>UNIÓN EUROPEA: La imposibilidad de que los Estados miembros amplíen el catálogo de prácticas comerciales desleales con los consumidores (Ángel García Vidal)</b> .....	976
12. <b>UNIÓN EUROPEA: La interfaz gráfica de un programa de ordenador no es protegible como programa de ordenador, y su difusión por televisión no implica violación del derecho de comunicación pública (José A. Gómez Segade)</b> .....	979
13. <b>UNIÓN EUROPEA: Publicidad en Internet con palabras clave (<i>keyword advertising</i>), constituidas por la marca renombrada de un competidor. Victoria pírrica de la marca renombrada y función de inversión de las marcas (José A. Gómez Segade)</b> .....	980
14. <b>ONU: Protocolo de Nagoya sobre el acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios derivados de su utilización (José A. Gómez Segade)</b> .....	982

15. **ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI): Despejado el camino para la firma de un Tratado sobre la protección de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales (José A. Gómez Segade)**..... 984
16. **ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI): El PCT confirma su éxito al alcanzar los 2.000.000 de solicitudes de patente (José A. Gómez Segade)**..... 985
17. **ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO: Proyecto de texto único para el establecimiento de un registro multilateral de notificación y registro de las indicaciones geográficas de vinos y bebidas espirituosas en el marco de los ADPIC (María del Mar Maroño Gargallo)** ..... 987
18. **ALEMANIA: Informe del Abogado general en el caso *Brüstle v. Greenpeace*: concepto de «embriones humanos» (José A. Gómez Segade)** ..... 987
19. **BRASIL: Continúa la «recuperación» de marcas renombradas (José A. Gómez Segade)**..... 989
20. **ITALIA: Reforma del Código de la Propiedad Industrial (José A. Gómez Segade)** ..... 990
21. **USA: La Ley Bayh-Dole no priva de sus derechos de patente a los inventores que trabajan en centros universitarios (José A. Gómez Segade)** ..... 991
22. **USA: Una legislación de patentes para el siglo XXI. Nueva Ley de Patentes con importantes cambios (José A. Gómez Segade)**..... 992

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- A. RECENSIONES..... 997
- AAVV, *Publicidad, defensa de la competencia y protección de datos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010  
 Miriam Martínez Pérez ..... 999
- BERCOVITZ (dir.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*  
 José Antonio Gómez Segade..... 1001
- CARVALHO, María Miguel, *A marca enganosa*, Almedina, Coimbra, 2010  
 José Antonio Gómez Segade..... 1004
- GHIDINI, G., *Innovation, competition and consumer welfare in intellectual property law*, Edward Elgar. UK y USA, 2010  
 M.<sup>a</sup> Luz Sánchez García..... 1006

	<u>Pág.</u>
GÓMEZ SEGADE, J. A., y GARCÍA VIDAL, A., (eds.), <i>El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI, Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa en su octogésimo cumpleaños</i> , Marcial Pons, Madrid, 2010	
Begoña González Otero .....	1010
TATO PLAZA, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO y HERRERA PETRUS, <i>La reforma de la Ley de Competencia Desleal</i> , La Ley, Madrid, 2010	
Rafael García Pérez .....	1012
B. NOTICIAS DE LIBROS .....	1017

# LA DOCTRINA DE LAS INFRAESTRUCTURAS ESENCIALES EN DERECHO *ANTITRUST* EUROPEO: CUESTIONES ESCOGIDAS

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA\*  
JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO\*\*

## RESUMEN

La doctrina de las infraestructuras esenciales pretende evitar que las empresas que poseen o controlan una infraestructura esencial nieguen el acceso a otras empresas y causen así un perjuicio a la competencia. En este ensayo, se analizan dos cuestiones de la mayor importancia práctica: si la empresa-no monopolista debe probar la existencia de un mercado primario (*upstream market*) y de un mercado secundario (*downstream market*) y cuáles son los argumentos que la empresa monopolista puede emplear para justificar su negativa de acceso a la infraestructura esencial.

**Palabras clave:** Abuso de posición dominante, Derecho UE, infraestructuras esenciales, propiedad intelectual, negativa a contratar, paradigma de los dos mercados, efecto palanca.

## ABSTRACT

The essential facilities doctrine aims prevent companies owning or controlling an essential facility refuses access to other companies and thus cause harm to competition. In this paper, we analyze two issues of greatest practical importance: if the non-monopoly-company must prove the existence of a primary market (*upstream market*) and secondary market (*upstream market*) and which are arguments that the monopolist can use to justify their denial of access to essential infrastructure.

**Keywords:** Abuse of a dominant position, EU Law, essential facilities, intellectual property, refusal to deal, two market approach, leveraging.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PARADIGMA DE LOS DOS MERCADOS.—III. LOS MEDIOS DE DEFENSA DE LA EMPRESA MONOPOLÍSTICA.—1. TEST PARA ANALIZAR LAS NEGATIVAS DE ACCESO A UNA INFRAESTRUCTURA ESENCIAL.—2. PRÁCTICA ANTES ÓRGANOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS DE LA UE.—3. EL ARGUMENTARIO APROPIADO PARA LAS NEGATIVAS A CONTRATAR.

\* Catedrático de Derecho Internacional Privado. Universidad Carlos III de Madrid. Dirección de correo electrónico: [alfonsoluis.calvo@uc3m.es](mailto:alfonsoluis.calvo@uc3m.es).

\*\* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad Carlos III de Madrid. Dirección de correo electrónico: [jrodrig@der-pr.uc3m.es](mailto:jrodrig@der-pr.uc3m.es).

## I. INTRODUCCIÓN

La *doctrina de las infraestructuras esenciales* (*essential facilities doctrine*) es un supuesto de abuso de posición dominante (art. 102 TFUE). *Grosso modo*, se caracteriza por dos rasgos:

1.º) Un *supuesto de hecho*: una o varias empresas con poder de mercado poseen bienes escasos que las rivales necesitan para competir<sup>1</sup>. En efecto, se trata de un comportamiento llevado a cabo por una o más empresas que poseen la *infraestructura* necesaria para entrar en un determinado mercado. Al tener la llave del acceso, tales empresas con posición dominante —más bien, monopolio— en el mercado de la infraestructura, también la poseen en un mercado anexo donde se precisa la utilización de la misma. Así, *ad ex.*, la empresa de camiones propietaria del único puente que lleva a una isla posee una instalación que es esencial para que las empresas de transporte por carretera rivales puedan efectuar sus entregas en la isla (D. W. CARLTON y J. M. PERLOFF)<sup>2</sup>.

2.º) Una *consecuencia jurídica*: la empresa o empresas poseedoras de la infraestructura esencial deben, en determinadas circunstancias, ponerla a disposición de las empresas rivales a cambio de una remuneración adecuada; por consiguiente, la consecuencia de esta doctrina no es la prohibición del monopolio, sino la limitación de la libertad del monopolista (*principle of unlimited freedom of contract, der Grundsatz der Vertragsfreiheit*), que no puede rehusar los servicios a terceros o reservárselos para sí mismo o para las empresas de su grupo<sup>3</sup>.

Como señaló un Tribunal de apelación estadounidense, «*the essential facilities doctrine imposes liability when one firm, which controls an essential facility, denies a second firm reasonable access to a product or service that the second firm must obtain in order to compete with the first*»<sup>4</sup>. Dicho con otros términos, «[c]uando la doctrina de las instalaciones esenciales se aplica, una empresa dominante se ve obligada a

<sup>1</sup> Según D. W. CARLTON y J. M. PERLOFF, *Modern Industrial Organization*, 4.ª ed., Boston, 2005, pág. 667, las *essential facilities* no son más que *scarce resources that a rival needs to use to survive*.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> I. SCHMIDT, *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht: eine interdisziplinäre Einführung*, 8.ª ed., Lucius & Lucius Verlagsgesellschaft, Stuttgart, 2005, pág. 120, ha visto la razón de ello en que la instauración del principio de la libertad contractual ilimitada sólo tendría pleno sentido, si los sujetos tuvieran poderes económicos semejantes, algo que está muy lejos de ocurrir en la realidad.

<sup>4</sup> *Alaska Airlines, Inc. c. United Airlines, Inc.*, 948 F.2d 536, 542 (9th Cir. 1991). Unos años antes, en otro caso, *Byars c. Bluff City News Co.*, 609 F.2d 843, 856 & núm. 34 (6th Cir. 1980), se había indicado que «*a business or group of businesses which controls a scarce facility has an obligation to give competitors reasonable access to it*». Con términos semejantes, *ad ex.*, M. IBSCH, *Die Übernahme der Essential-Facilities-Doktrin aus dem US-amerikanischen Kartellrecht in das europäische Wettbewerbsrecht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Anwendungspraxis der Essential-Facilities-Doktrin im US-amerikanischen und europäischen Rechtssystem unter besonderer Berücksichtigung geistiger Eigentumsrechte*, Frankfurt am Main, Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2007, pág. 38; J. TEMPLE LANG, «Defining legitimate competition: companies' duties to supply competitors and access to essential facilities», *Fordham Int.L.J.*, vol. 18, 1994-1995, págs. 437-524, concr. pág. 486; T. A. PIRAINO, JR., «An antitrust remedy or monopoly leveraging by electronic networks», *Northwestern University Law Review*, 93, 1, 1998, págs. 1-63, concr. pág. 22; M. M. WIRTZ y M. HOLZHÄUSER, «Die kartellrechtliche Zwanglizenz», *WRP*, 2004, págs. 683-694, concr. pág. 684.

proporcionar un bien “fundamental” o “esencial” a sus competidores en un mercado descendente (o, con menor frecuencia, en un mercado ascendente) a un precio “no discriminatorio”. El efecto de la doctrina será similar a una regulación de los precios de los bienes intermedios. Esto, a su vez, permitirá o fomentará la competencia en sentido descendente» (M. A. BERGMAN)<sup>5</sup>.

El objeto del presente trabajo es el estudio de la denominada *doctrina de las infraestructuras esenciales en el Derecho antitrust de la UE* y, en concreto, de dos de las cuestiones que plantea (el paradigma de los dos mercados y los medios de defensa de la empresa monopolística); sin embargo, dado su origen en la jurisprudencia estadounidense y la validez substancial de los argumentos a favor y en contra de dicha doctrina, una amplia referencia al *status quaestionis* al otro lado del Atlántico resulta no sólo conveniente, sino del todo necesaria.

## II. EL PARADIGMA DE LOS DOS MERCADOS

En la práctica, un problema procedimental que surge es el de saber *cuántos mercados competitivos tiene que probar el demandante* para que se pueda aplicar la doctrina de las infraestructuras esenciales. Esta pregunta no es ociosa. Es un hecho, verificable en la jurisprudencia estadounidense, que «en muchos casos en los que se aplica la doctrina de las infraestructuras esenciales, los demandantes son tanto clientes (que requieren la infraestructura esencial o activo) como competidores de las partes que rehúsan el acceso a la infraestructura esencial» (R. PITOFSKY, D. PATTERSON y J. HOOKS)<sup>6</sup>. En efecto, el *supuesto prototípico* de la doctrina de las infraestructuras esenciales ha llevado, incluso, a algunos académicos a afirmar que únicamente cabe aplicar la doctrina de las infraestructuras esenciales allí donde una empresa con poder de mercado posee una infraestructura que sus rivales en un mercado anterior (*upstreammarket*) o posterior (*downstreammarket*) necesitan para competir (*vertically related-markets*) (P. D. MARQUARDT, M. LEDDY y J. TEMPLE LANG)<sup>7</sup>. Un mercado —se señala— es el de los servicios portuarios a las compañías de transbordadores de automóviles y otro distinto es el de las propias compañías transbordado-

<sup>5</sup> M. A. BERGMAN, «The role of the essential facilities doctrine», *Antitrust Bull.*, 46, 2, 2001, págs. 403-435, concr. pág. 403.

<sup>6</sup> R. PITOFSKY, D. PATTERSON y J. HOOKS, «The Essential Facilities Doctrine under U.S. antitrust law», *Antitrust L. J.*, 70, 2002-2003, pág. 458. *Vid., ad ex.*, *American Tel. & Tel. Co. v. North American Industries, Inc.*, 772 F. Supágs. 777, 784 (SDNY 1991), «*Otter Tail... stands for the principle that “a monopolist may not abuse its monopoly power in one market to gain an improper advantage or to destroy threatened competition in an adjacent market in which it also operates”*»; *Advanced Health-Care Servs., Inc. v. Radford Cmty. Hosp.*, 910 F.2d 139,150 (4th Cir. 1990), «*the central concern in an essential facilities claim is whether market power in one market is being used to create or further a monopoly in another market*»; *Twin Labs., Inc. v. Weider Health & Fitness*, 900 F.2d 566,568 (2d Cir. 1990), «*The policy behind prohibiting denial of an essential facility to a competitor ... is to prevent a monopolist in a given market ... from using its power to inhibit competition in another market*».

<sup>7</sup> P. D. MARQUARDT y M. LEDDY, «The Essential Facilities Doctrine and intellectual property rights: a response to Pitofsky, Patterson and Hooks», *Antitrust L. J.*, 70, 2003, págs. 847 y sigs.; J. TEMPLE LANG, «The Principle of Essential Facilities in European Community Competition Law - The Position since Bronner», *J. Network Ind.*, 1, 2000, págs. 375-405, concr. págs. 378 y 383.

ras: sus clientes son los propietarios y conductores de camiones y turismos (J. TEMPLE LANG)<sup>8</sup>.

Frente a ellos, se sitúan los que consideran que, aunque la existencia de dos mercados verticalmente relacionados constituye el supuesto más habitual en el que opera la doctrina de las infraestructuras esenciales, el *caso Aspen* dejó clara la oportunidad de aplicar esta doctrina, aunque la empresa monopolista y el solicitante de la infraestructura esencial operen en un único y solo mercado: «Aunque el test de la infraestructura esencial se ha aplicado principalmente a los casos en que un monopolista controla una instalación que resulta necesaria para un competidor en un mercado verticalmente relacionado, por lo menos un tribunal la ha aplicado en un caso, que implicaba solamente a un único mercado, en el que un monopolista se negó a continuar una relación empresarial de cooperación con un competidor» (J. C. BURLING, W. F. LEE y A. K. KRUG)<sup>9</sup>. Dicho con otros términos, «... no se requiere que el demandante que alega la denegación contraria a la competencia de acceso a una instalación esencial demuestre la existencia de dos mercados de productos de referencia. En su lugar, como se ha demostrado en casos recientes que configuran la doctrina, las partes que presentan demandas sobre instalaciones esenciales pueden ser simultáneamente clientes y competidores de los supuestos monopolistas en un único mercado» (R. PITOFSKY, D. PATTERSON y J. HOOKS)<sup>10</sup>. En efecto, el Tribunal de apelación que conoció del *caso Aspen* tuvo resolver si, como sostenía la empresa demandada, la obligación de negociar «puede suscitarse sólo en diferentes circunstancias en las que, a través de la integración vertical, una empresa ha conseguido monopolizar o controlar la oferta de un componente necesario para la producción, distribución o venta de un producto o servicio de un rival»<sup>11</sup>. Dicho tribunal negó por tres veces que la integración vertical fuese un elemento medular de la doctrina de las infraestructuras esenciales. En su lugar, el Tribunal se mostró «not convinced that the essential touchstone of bottleneck cases is vertical integration»<sup>12</sup>. El Tribunal dejó clara cuál era su opinión al respecto: «We decline to adopt a narrow rule that would immunize an unintegrated monopolist from antitrust liability for refusing a competitor Access to an essential facility in these circumstances. Vertical integration is not essential to finding a violation of the antitrust laws for a refusal to deal under the intent test»<sup>13</sup>. En definitiva, el Tribunal de apelación

<sup>8</sup> J. TEMPLE LANG, «The Principle of Essential Facilities in European Community Competition Law - The Position since Bronner», *J. Network Ind.*, 1, 2000, págs. 375-405, concr. pág. 378.

<sup>9</sup> J. C. BURLING, W. F. LEE y A. K. KRUG, «The Antitrust Duty to Deal and Intellectual Property Rights», *Iowa J. Corp. L.*, 24, 1998-1999, págs. 527-552, concr. pág. 531.

<sup>10</sup> R. PITOFSKY, D. PATTERSON y J. HOOKS, «The Essential Facilities Doctrine under U.S. antitrust law», *Antitrust L. J.*, 70, 2002-2003, pág. 458. En este mismo sentido, J. S. VENIT y J. J. KALLAUGHER, «Essential facilities: A comparative law approach», en B. HAWK (ed.), *Fordham Corporate Law Institute*, 1994, págs. 315-344, concr. pág. 339.

<sup>11</sup> *Aspen Highlands Skiing Corp. c. Aspen Skiing Co.*, 738 F.2d 1509, 1518 (10<sup>th</sup> Cir. 1984): «a duty can arise only in different circumstances where, through vertical integration, one firm has come to monopolize or control the supply of a component necessary for production, distribution or sale of a rival's product or service».

<sup>12</sup> *Aspen Highlands Skiing Corp. c. Aspen Skiing Co.*, 738 F.2d 1509, 1519, n. 11 (10<sup>th</sup> Cir. 1984).

<sup>13</sup> *Aspen Highlands Skiing Corp. c. Aspen Skiing Co.*, 738 F.2d 1509, 1519, n. 11 (10<sup>th</sup> Cir. 1984).

rechazó una posible interpretación jurídica, a la que consideró fruto de un «*restrictive analysis*»<sup>14</sup>.

De acuerdo con esta línea jurisprudencial, algunos tribunales inferiores estadounidenses han aplicado la doctrina de las infraestructuras esenciales, aunque no existiesen dos mercados separados verticalmente relacionados<sup>15</sup>. «Como sugieren estos casos —se ha señalado (R. PITOFSKY, D. PATTERSON y J. HOOKS)—, la doctrina de los servicios esenciales no requiere que un demandante distinga claramente los niveles pertinentes de producción en dos mercados de productos de referencia. Es suficiente probar que las partes compiten o competirían si al demandante se le hubiera permitido el acceso a los activos del demandado en el mismo mercado final»<sup>16</sup>.

Aunque siguen un camino diferente, llegan a esta misma conclusión numerosos tribunales estadounidenses que han hecho hincapié en que es la condición del demandante como un competidor (actual o potencial) de la supuesta empresa monopolista —no como su cliente— lo que permite a una empresa buscar auxilio en la doctrina de las instalaciones esenciales<sup>17</sup>. «La relación competitiva entre las partes —no la relación entre la infraestructura esencial y el mercado relevante— es la piedra de toque de la responsabilidad bajo la doctrina de las infraestructuras esenciales» (R. PITOFSKY, D. PATTERSON y J. HOOKS)<sup>18</sup>.

La polémica sostenida por la doctrina estadounidense en este punto, pese a los términos muy radicales en que a veces se formula, se asemeja a una *tormenta en un vaso de agua*. No hay autor que discuta que el supuesto más frecuente sea el de dos mercados separados relacionados verticalmente o que la doctrina de las infraestructuras esenciales abarque, desde luego, estos casos: «Esto no quiere decir que la doctrina de los servicios esenciales no se aplica cuando dos mercados verticalmente relacionados están involucrados, obviamente, como los casos citados anteriormente indican, también

<sup>14</sup> *Aspen Highlands Skiing Corp. c. Aspen Skiing Co.*, 738 F.2d 1509, 1521 (10<sup>th</sup> Cir. 1984).

<sup>15</sup> Este es el caso de *Delaware & Hudson Ry. Co. c. Consol. Rail Corp.*, 902 F.2d 174 (2d Cir. 1990) y de *Sunshine Cellular c. Vanguard Cellular Sys., Inc.*, 810 F. Supágs. 486, 496-498 (E.D. Pa. 1992). Sumamente expresiva es la decisión de *Intergraph Corp. c. Intel Corp.*, 195 F.3d 1346, 1357 (Fed. Cir. 1999), «*Although the viability and scope of the essential facility doctrine has occasioned much scholarly commentary, no court has taken it beyond the situation of competition with the controller of the facility, wether the competition is in the field of the facility itself or in a vertically related market that is controlled by the facility*». Ahora bien, dado que, en este último caso, el tribunal no se enfrentaba a un supuesto de un solo mercado, dicha declaración no tiene más valor que el de un *obiter dictum*. Vid. R. PITOFSKY, D. PATTERSON y J. HOOKS, «The Essential Facilities Doctrine under U.S. antitrust law», *Antitrust L. J.*, 70, 2002-2003, págs. 459-460.

<sup>16</sup> R. PITOFSKY, D. PATTERSON y J. HOOKS, «The Essential Facilities Doctrine under U.S. antitrust law», *Antitrust L. J.*, 70, 2002-2003, pág. 460.

<sup>17</sup> *Ad ex., Mid-South Grizzlies c. Nat'l Football League*, 550 F. Supágs. 558, 570 (E.D. Pa. 1982); *Interface Group, Inc. c. Mass. Port Auth.*, 816 F.2d 9, 12 (1st Cir. 1987); *Driscoll c. City of New York*, 650 F. Supágs. 1522, 1529 (SDNY 1987); *Ad-Vantage Tel. Directory Consultants, Inc. c. GTE Directories Corp.*, 849 F.2d 1336, 1348 (11th Cir. 1987); *Ferguson c. Greater Pocatello Chamber of Commerce, Inc.*, 848 F.2d 976, 983 (9th Cir. 1988); *Kramer c. Pollock-Kranser Found.*, 890 F. Supágs. 250, 257 (SDNY 1995); *Caribbean Broad. Sys., Ltd. c. Cable & Wireless PLC*, 148 F.3d 1080, 1088-89 (D.C. Cir. 1998); *America Online, Inc. c. GreatDeals.net*, 49 F. Supágs. 2d 851, 862 (E.D. Va. 1999); *Intergraph Corp. c. Intel Corp.*, 195 F.3d 1346, 1356 (Fed. Cir. 1999). Vid. R. PITOFSKY, D. PATTERSON y J. HOOKS, «The Essential Facilities Doctrine under U.S. antitrust law», *Antitrust L. J.*, 70, 2002-2003, pág. 461.

<sup>18</sup> R. PITOFSKY, D. PATTERSON y J. HOOKS, «The Essential Facilities Doctrine under U.S. antitrust law», *Antitrust L. J.*, 70, 2002-2003, pág. 461.

alcanza a tales situaciones. El principio rector, sin embargo, es simplemente que los tribunales de EEUU no tienen que preocuparse con una demostración de que la infraestructura esencial se refiere a un mercado de productos distinto. Los tribunales sólo requieren que el demandante pruebe que la instalación es indispensable para la competencia en un mercado de productos de referencia, está controlada por un monopolista que prácticamente podría hacer que el acceso fuese disponible y que (la infraestructura) no es susceptible de duplicación» (R. PITOFKY, D. PATTERSON y J. HOOKS)<sup>19</sup>.

En realidad, por tanto, la discusión se ciñe al supuesto menos frecuente: Se trata de saber si, como sostiene la última de las tesis expuestas, la doctrina de las infraestructuras esenciales se aplica, aunque no haya más que un mercado relevante. Para responder a esta pregunta, conviene tener en cuenta *tres consideraciones*:

1.<sup>a</sup>) La doctrina de las infraestructuras esenciales ha sido contemplada con desconfianza desde sus orígenes. Quizá lo que determine que los autores estadounidenses se adscriban a una u otra interpretación doctrinal sea la actitud más favorable o, por el contrario, más recelosa ante dicha doctrina, más que la polémica en sí misma.

2.<sup>a</sup>) Existe una poderosa razón para seguir la interpretación más amplia. Como han señalado R. PITOFKY, D. PATTERSON y J. HOOKS: «Teniendo en cuenta las razones políticas para la doctrina de las infraestructuras esenciales —preservar la competencia en cada fase de producción, ya sea definida como un mercado separado o no—, es comprensiblemente irrelevante para los tribunales de los EEUU si la infraestructura esencial de que se trata se caracteriza por ser un mercado separado verticalmente relacionado o como parte del mercado en el que las dos partes compiten. La preocupación política es simplemente asegurar la competencia en el mercado en el que las dos partes podrían competir si no fuera por la negativa de proporcionar acceso al activo esencial; cualquier caracterización de la infraestructura esencial (más allá de cumplir los elementos que prueban que es, de hecho, esencial) sería superflua y artificial»<sup>20</sup>.

3.<sup>a</sup>) En la doctrina europea, donde —salvo en casos aislados— la discusión no ha alcanzado ni la altura ni la radicalización de la doctrina estadounidense, según la opinión mayoritaria, «la integración vertical no es ninguna característica necesaria de un caso de infraestructuras esenciales» (A. BECKMERHAGEN)<sup>21</sup>. En apoyo de esta interpretación, cabe alegar:

a) La Dec.Com. de 16 de mayo de 1995, *Irish Continental Group c. CCI Morlaix (Port of Roscoff)*, IV/35.388<sup>22</sup>. Su origen es el siguiente: En

<sup>19</sup> R. PITOFKY, D. PATTERSON y J. HOOKS, «The Essential Facilities Doctrine under U.S. antitrust law», *Antitrust L. J.*, 70, 2002-2003, pág. 460.

<sup>20</sup> R. PITOFKY, D. PATTERSON y J. HOOKS, «The Essential Facilities Doctrine under U.S. antitrust law», *Antitrust L. J.*, 70, 2002-2003, pág. 460.

<sup>21</sup> A. BECKMERHAGEN, *Die essential facilities doctrine im US-amerikanischen und europäischen Kartellrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2002, pág. 273.

<sup>22</sup> XXV Informe sobre la política de competencia 1995, núm. 43; IP/95/492 de 16 de mayo de 1995; CMLR, 1995, pág. 177. Vid., ad ex., A. BECKMERHAGEN, *Die essential facilities doctrine...*, págs. 256-257 y 273; A. JONES y B. SUFRIN, *EU Competition Law. Text, Cases and Materials*, 4.<sup>a</sup> ed., Oxford University Press, 2010, pág. 489.

noviembre de 1994, Irish Continental Group (ICG), compañía marítima irlandesa Irish que prestaba servicios de transporte de vehículos y de pasajeros por medio de trasbordadores, solicitó a la Cámara de Comercio e Industria de la ciudad de Morlaix (CCI Morlaix), situada en Bretaña (Francia), acceso al puerto de Roscoff (Bretaña) con objeto de iniciar un servicio de transbordador entre Irlanda y Bretaña (que empezaría a funcionar en verano de 1995). La CCI Morlaix tenía una concesión pública que le permitía controlar las operaciones del puerto de Roscoff, que gestionaba como autoridad pública. Hasta entonces, sólo una empresa de transbordadores, Brittany Ferries, operaba entre dichos destinos. Tras un acuerdo de principio sobre el acceso de ICG al puerto de Roscoff, el programa de escalas y algunas cuestiones técnicas (diciembre de 1994), ICG anunció sus servicios hacia Roscoff y empezó a aceptar reservas. Sin embargo, no se pudo llegar a un acuerdo definitivo. Tras la denuncia presentada por ICG ante la Comisión, ésta consideró que la CCI Morlaix disponía, aparentemente, de una posición dominante al ser el operador del puerto de Roscoff, que era el único que ofrecía las instalaciones portuarias adecuadas en Francia para los servicios de transbordador entre Bretaña e Irlanda, un mercado que, en 1994, tuvo 100.000 pasajeros. Además, la Comisión estimó que, al denegar injustificadamente a ICG el acceso a las instalaciones portuarias de Roscoff, la CCI Morlaix había abusado, aparentemente, de su posición de dominio. Dicho con otras palabras, la Comisión consideró, en un primer análisis, que el comportamiento de la CCI Morlaix constituía una denegación de venta de sus servicios. La Comisión, por tanto, adoptó medidas provisionales, exigiendo a la CCI Morlaix que dispusiese lo necesario para permitir el acceso de ICG al puerto de Roscoff hasta el final del verano. Tras intervenir la Comisión, las partes firmaron un contrato por cinco años relativo a la utilización por ICG de las instalaciones portuarias de Roscoff.

Cabe preguntarse cuál es el valor de este caso para la doctrina de las infraestructuras esenciales. En principio, podría suponerse que la Comisión reconoció que la CCI Morlaix era dominante en el mercado de prestación de servicios portuarios entre Bretaña y de Irlanda y valoró la negociación de la CCI Morlaix como denegación de acceso a un servicio básico y, por tanto, como abuso de posición dominante<sup>23</sup>. Con la adopción de sus medidas provisionales, la Comisión se alineó con su propia práctica administrativa anterior relativa al acceso a instalaciones portuarias y reiteró, en particular, la postura que adoptó en el asunto *Sea Containers*<sup>24</sup>. Según la Comisión, era irrelevante, desde el punto de vista de la competencia, si la empresa que solicita el acceso para entrar en el mercado es nueva o ya había operado en él<sup>25</sup>. Debe observarse, sin embargo, que, en este caso, la CCI Morlaix no operaba en el mercado de servicios de transporte. Faltaba —como se ha observado (A. BECKMERHAGEN)— el elemento de la integración vertical que era reconocible en las anteriores decisiones de la Comisión sobre acceso a

<sup>23</sup> *Vid., ad ex.*, A. BECKMERHAGEN, *Die essential facilities doctrine*..., pág. 256.

<sup>24</sup> Dec.Com. 21 de diciembre de 1993, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 86 Tratado CE (IV/34689 — *Sea Containers c/ Stena Sealink* — medidas provisionales), DOCE L 15, de 18 de enero de 1994, págs. 8-19.

<sup>25</sup> *CMLR*, núm. 60, 1995, pág. 177 y sigs., concr. pág. 189.

instalaciones portuarias<sup>26</sup>. Además, en opinión de la Comisión, la existencia de vínculos financieros con el principal usuario del puerto, que hubiera podido justificar la afirmación de que había integración vertical, era jurídicamente irrelevante para evaluar la situación<sup>27</sup>. Tales vínculos financieros de la CCI Morlaix no eran más que el 5 por 100 del capital del principal usuario de sus instalaciones portuarias, Brittany Ferries<sup>28</sup>.

Si, en efecto, la CCI Morlaix no operaba directa ni indirectamente en el transporte por transbordadores de pasajeros y vehículos, el abuso de posición dominante consistiría en la negativa de acceso a una infraestructura esencial a una empresa no competidora de la que controla las instalaciones portuarias. Ahora bien, ¿es éste, en rigor, un supuesto de doctrina de las infraestructuras esenciales? En nuestra opinión, la respuesta es negativa. Baste señalar que: a) La decisión de la Comisión se apoyó explícitamente en la STJCE de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche/Comisión (Vitaminas)*, 85/76, Rec., pág. 461, § 91. El Tribunal de Justicia había declarado que un abuso de posición dominante es susceptible de afectar el comercio intracomunitario, cuando supone un «atentado a una estructura de competencia efectiva», lo que, en el caso concreto que resolvió, se manifestaba en que el conjunto de los hechos imputados «implicaba el mantenimiento de cierres de mercados». Había, pues, un «cierre de mercados», como en el asunto *ICG/CCI Morlaix*. Nadie ha sostenido nunca que la STJCE 13 febrero 1979, *Hoffmann-La Roche/Comisión (Vitaminas)*, 85/76, Rec., pág. 461, constituya un ejemplo de aplicación de la doctrina de las infraestructuras esenciales. b) En el Derecho *antitrust* estadounidense, el asunto *ICG/CCI Morlaix* no constituiría una manifestación de la doctrina de las infraestructuras esenciales; porque los tribunales de aquel país han establecido con claridad meridiana que la empresa que controla la infraestructura esencial y la que solicita el acceso a la misma tienen que ser competidores<sup>29</sup>. En efecto, según opinión dominante en los Estados Unidos, la Sección 2 de la Sherman Act no alcanza la denominada *arbitrary refusal to deal* —es decir, la negativa a contratar con una empresa no competidora— y, por tanto, no supondría responsabilidad alguna en virtud de la doctrina de las infraestructuras esenciales<sup>30</sup>. c) Por último, resulta más sencillo considerar

<sup>26</sup> A. BECKMERHAGEN, *Die essential facilities doctrine...*, pág. 256.

<sup>27</sup> *CMLR*, núm. 59, 1995, pág. 177 y sigs., concr. pág. 189.

<sup>28</sup> Obsérvese que la participación financiera del 5 por 100 era tan baja que no otorgaba la menor posibilidad de control sobre la principal empresa favorecida por las instalaciones portuarias. La observación es importante; porque, en efecto, en el Derecho *antitrust* estadounidense se ha revelado, como especialmente problemático, el supuesto de que la empresa que controle la infraestructura esencial participe en el capital de la principal usuaria de ésta y surja así la cuestión de si la empresa titular de la infraestructura y la empresa que solicita el acceso a ella son competidoras. En *Caribbean Broadcasting System Ltd. c. Cable & Wireless PLC* (148 F.3d 1080, 1088), el tribunal consideró que una participación minoritaria de *Cable & Wireless*, que no tenía programas de radio, en la *Caribbean Communications Company* (27 por 100), empresa competidora de la *Caribbean Broadcasting System Ltd.*, que era la empresa solicitante, no bastaba para que se la considerase «competidora» a efectos del Derecho *antitrust*: «*One company's minority ownership interest in another company is not sufficient by itself to make the owner a competitor, for purposes of the antitrust laws, of the subsidiary's rivals. To be a competitor at the level of the subsidiary, the parent must have substantial control over the affairs and policies of the subsidiary*». Vid., ad ex., A. BECKMERHAGEN, *Die essential facilities doctrine...*, pág. 76.

<sup>29</sup> Vid., ad ex., *Intergraph Corp. c. Intel Corp.*, 195 F.3d 1346 (Fed. Cir. 1999).

<sup>30</sup> Sobre la *arbitrary refusal to deal*, vid., ad ex., *Official Airline Guides, Inc. c. FTC*, 630 F.2d 920 (2nd Cir. 1980); *Interface Group, Inc. c. Massachusetts Port Authority*, 816 F.2d 9, 12 (1st Cir. 1987);

que el asunto *ICG/CCI Morlaix* es un simple caso de *refusal to deal*, que es un género, y no un caso de aplicación de la doctrina de las infraestructuras esenciales, que es una especie de dicho género. Por consiguiente, el asunto *ICG/CCI Morlaix* no es, en modo alguno, un precedente que pueda invocarse para responder a la pregunta de si la integración vertical es un elemento esencial o sólo natural de la doctrina de las infraestructuras esenciales: lo que sí es esencial, porque es lo que explica el origen histórico de esta doctrina, es que la empresa que controla la infraestructura esencial y la que solicita el acceso a la misma sean competidoras. Nada de todo esto obsta al hecho de que frecuentemente existan dos mercados (un *mercado originario/primario/ascendente* y un *mercado derivado/secundario/descendente*), en uno de los cuales se encuentra la empresa con posición de dominio; mientras que, en el otro, intenta proyectar su poder de mercado (en esto consiste el denominado *efecto palanca*). Tampoco obsta al hecho de que, con su negativa, la empresa con posición de dominio en el mercado no pretenda reservarse el mercado a sí misma, sino a una filial (hermana) perteneciente al mismo grupo de sociedades.

b) La *Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones, marco jurídico, mercados de referencia y principios* (DO C 265, de 22 de agosto de 1998). En ella, se contempla la posible comisión de abuso de posición dominante por parte de los operadores de telecomunicación tradicionales con respecto a la «denegación de acceso a instalaciones», «84. En términos generales, se pueden dar tres situaciones distintas: a) la denegación de acceso en relación con un servicio en el caso de que el proveedor haya concedido acceso a otro operador para ejercer su actividad en dicho mercado de servicios; b) la denegación de acceso en relación con un servicio en el caso de que el proveedor no haya facilitado el acceso a ningún otro operador para ejercer su actividad en dicho mercado de servicios; c) la retirada de acceso a un cliente». Según algún autor, la Comunicación de la Comisión confirmaría así la tesis interpretativa de que el operador que tiene la instalación no tiene que participar necesariamente en el mercado descendente<sup>31</sup>. Llegar a esta conclusión a partir de una norma pensada para un sector tan específico como el de la telecomunicaciones puede parecer, sin embargo, excesivo. Incluso, cabría llegar a partir de ella a la conclusión contraria conforme al principio jurídico *inclusio unius est exclusio alterius*.

c) La Dec.Com. de 3 de julio de 2001, *NDC Health/IMS Health: Medidas cautelares*, COMP D3/38.044, núms. 183, 184 y 185, DO L 59, de 28 de febrero de 2002, «rechazó, por primera vez, de manera explícita, la necesidad de probar la existencia de dos mercados en un caso de infraestruc-

*Ferguson c. Greater Pocatello Chamber of Commerce*, 848 F.2d 976, 983 (9th Cir. 1988); *In re Air Passenger Computer Reservations System Antitrust Litigation*, 694 F. Supágs. 1443, 1455 (C.D. Cal. 1988); *Mr. Furniture Warehouse, Inc. c. Barclays American/Commercial Inc.*, 919 F.2d 1517, 1523 (11th Cir. 1990); *Intergraph Corp. c. Intel Corp.*, 195 F.3d 1346 (Fed. Cir. 1999); *Thomas c. Network Solutions*, 176 F.3d 500, 509 (D.C. Cir. 1999). En doctrina, *ad ex.*, A. BECKMERHAGEN, *Die essential facilities doctrine...*, págs. 73-76, 257 y 273; G.J. WERDEN, «The Law and Economics of the Essential Facility Doctrine», *St. Louis U. L. J.*, 32, 1987, págs. 433-480, *concr.* págs. 447-448.

<sup>31</sup> A. BECKMERHAGEN, *Die essential facilities doctrine...*, pág. 273.

turas esenciales» (F. FINE)<sup>32</sup>. En ella, como acaba reconociendo el propio J. TEMPLE LANG, «[I]a Comisión dice que no hay necesidad de dos mercados separados en los casos de licencia obligatoria o de infraestructuras esenciales: es suficiente con que haya fases separadas de producción y con que cualquier activo empresarial inconfundible o aparentemente cualquier derecho de propiedad intelectual pueda ser una infraestructura esencial, si es suficientemente valioso. La Comisión dice aparentemente esto, incluso si el activo empresarial fuese una ventaja competitiva de una clase que nunca ha sido previamente comercializada o licenciada por cualquier empresa y que nunca fuese económicamente racional concederle la licencia a un competidor directo»<sup>33</sup>.

Si suponemos, aunque sólo sea como una hipótesis provisional, que la tesis amplia es la correcta (= no es necesario que existan «dos mercados»), cabría preguntarse cómo es posible que, en los análisis jurídicos de la doctrina de las infraestructuras esenciales, el *modelo de los dos mercados* (*two market/leveraging approach*) haya tenido tanto arraigo en las instituciones comunitarias y en los autores que se han ocupado de esta cuestión. F. FINE lo ha explicado acertadamente con los siguientes argumentos<sup>34</sup>:

1.º) Antes del caso *IMS*, el lenguaje de *los dos mercados* era el dominante tanto en la Comisión como en los Tribunales comunitarios; sin embargo, nunca se había exigido explícitamente por la Comisión o el Tribunal de Justicia que debiese haber dos mercados implicados para que pudiese aplicarse la doctrina de las infraestructuras esenciales.

2.º) Las referencias a los *dos mercados* se explicaban por razones históricas, más que por razones lógicas. En efecto, la doctrina de las infraestructuras esenciales había tenido su origen en casos — como, *ad ex.*, *Commercial Solvents* — en los que había *dos mercados fácilmente identificables* y una empresa dominante abusaba de su posición en un mercado primario (*upstream market*) — como, *ad ex.*, el de ciertas materias primas — para intentar un *apalancamiento* (*leverage*) en un mercado derivado (*downstream*) — como, *ad ex.*, el de ethambutol, que era una droga contra la tuberculosis —<sup>35</sup>.

3.º) El lenguaje de *los dos mercados* (*two market language*) se siguió usando también para *otro tipo de casos* de infraestructuras esenciales, en

<sup>32</sup> F. FINE, «NDC/IMS: A logical application of Essential Facilities Doctrine», *Eur.Compet.L.Rev.*, 23, 9, 2002, págs. 457-468, conr. pág. 460.

<sup>33</sup> J. TEMPLE LANG, «European competition law and compulsory licensing of intellectual property rights: a comprehensive principle», *Europarättslig Tidskrift*, 4, 2004, págs. 558-588, conr. pág. 585. En este mismo sentido, *ad ex.*, F. FINE, «NDC/IMS: A logical application of Essential Facilities Doctrine», *Eur.Compet.L.Rev.*, 23, 9, 2002, págs. 457-468, conr. pág. 460, sostuvo que, dado que la infraestructura esencial en el caso *IMS* era una estructura estándar de la industria que proporcionaba la base para el método de presentación de datos de ventas regionales farmacéuticos en Alemania: 1.º) Era difícil argumentar que esta infraestructura en sí misma formase parte de un mercado. No había comercio en la infraestructura: se trataba simplemente de una herramienta, cuyo acceso era necesario, si una compañía quería estar activa en el mercado del suministro de datos regionales de ventas de productos farmacéuticos. 2.º) La voluntad de la Comisión de aplicar el artículo 102 TFUE, a pesar de la ausencia de dos mercados no había cambiado la jurisprudencia anterior; porque el paradigma de los dos mercados, en estos casos, sólo fue un elemento que sobraba y que no tuvo ningún efecto sobre el proceso de razonamiento de la Comisión ni sobre la conclusión a la que llegó. Es más: ni el Tribunal de Justicia ni el TPI habían declarado que la existencia de dos mercados fuese una condición previa para la aplicación de la doctrina de las infraestructuras esenciales.

<sup>34</sup> F. FINE, «NDC/IMS: A logical application of Essential Facilities...», págs. 458-460.

<sup>35</sup> F. FINE, «NDC/IMS: A logical application of Essential Facilities...», pág. 458.

los que éstas eran instalaciones telefónicas o eléctricas. Es cierto que, en cuanto tales, nunca habían sido un mercado: no se había «comerciado» con ellas, entre otros motivos porque históricamente las empresas telefónicas y eléctricas habían sido monopolios e, incluso, en opinión de muchos economistas, *monopolios naturales*. Lo más que podía afirmarse de tales infraestructuras es que formaban parte de un solo mercado: el telefónico o el eléctrico. Si no había dos mercados, tampoco podía haber «apalancamiento de un mercado a otro»: en rigor, se trataba de casos en los que «sólo se había impedido el acceso a una infraestructura esencial por la parte que dominaba el mercado relevante en el que se usaba la infraestructura esencial». Cabía, pues, extraer una consecuencia clara al respecto: la doctrina de las infraestructuras esenciales se aplicaba igualmente a casos de *un mercado* en los que no había apalancamiento de una infraestructura a un mercado derivado o, dicho con otros términos, «casos en los que el cierre del mercado (*market foreclosure*) más que el apalancamiento en un mercado (*market leveraging*) era lo que aportaba una justificación subyacente a para la aplicación de dicha doctrina»<sup>36</sup>. Que, pese a todo esto, se siguiera usando el *paradigma de los dos mercados* (*two-market paradigm*), no es más que el resultado de un análisis desafortunado, de una inferencia o generalización abusiva.

4.º) La consecuencia de esa desafortunada generalización fue que se forzó a la Comisión y a los Tribunales comunitarios en aras de una construcción conceptual restrictiva, la «errónea camisa de fuerza de los dos mercados» (*erroneus two-market straitjacket*), en virtud de la cual sólo se apreciaba la «dominación», si el mercado estaba ocupado por la propia infraestructura esencial. Esto suponía, sin embargo, ignorar que la realidad es más compleja y que ésta muestra varios *grupos de casos*: a) En primer lugar, conceptualmente era imaginable que la entidad con el control de la infraestructura esencial y la que tiene el monopolio en el mercado derivado fuesen empresas legalmente diferentes: de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, el hecho de que el propietario de la infraestructura esencial se negase a permitir el acceso a la misma de un tercero equivaldría a un acceso discriminatorio a favor del operador tradicional, que estaría prohibido por el artículo 102 TFUE —caso, *ad ex.*, de STJCE de 12 de junio de 1997, *Tiercé Ladbroke SA/Comisión*, T-504/93, Rec., 1997, pág. II-923, § 124—. b) En segundo lugar, conceptualmente era asimismo, imaginable que el propietario de la infraestructura esencial favoreciese sus propias operaciones en el mercado derivado —caso, *ad ex.*, de que las llevase a cabo directamente o a través de una filial perteneciente al mismo grupo de sociedades—: habría un comportamiento abusivo conforme al artículo 102 TFUE; puesto que sería la única manera de impedir que, excluyendo el acceso de un tercero a la infraestructura esencial, se consolidase una posición dominante. *Ergo*, podía afirmarse que, en definitiva, es irrelevante, a estos efectos, que el monopolio en el mercado derivado (el segundo monopolio) lo tuviese la empresa propietaria o con el control de la infraestructura esencial (*empresa monopolística integrada verticalmente*) o lo tuviese otra em-

<sup>36</sup> F. FINE, «NDC/IMS: A logical application of Essential Facilities...», pág. 458.

presa (*monopolio sucesivo*)<sup>37</sup>. También podía afirmarse que muchas de las decisiones de la Comisión hubieran podido, como en el caso *Commercial Solvents*, resolverse, considerándolas una «sencilla aplicación de la clásica teoría de la negativa a suministrar» (*simple application of classic refusal to supply theory*). c) En tercer lugar, los hechos no sólo son tozudos, sino también complejos: Existía un tercer grupo de casos en que la infraestructura esencial no podía ser contemplada como un mercado en ningún sentido económico; puesto que no había sido objeto de comercio. *Ejemplo 1*: Así, en el caso *Magill*, las empresas de televisión remitían a los periódicos su programación diaria con la suficiente antelación, no podía afirmarse que se apalancasen en el «mercado de la programación diaria» para hacerse con el «mercado de las guías semanales de televisión». Se trataba más bien de otra cosa: a') Simplemente era una negativa de acceso a la información indispensable para la elaboración de estas guías semanales, por más que, en palabras del Tribunal de Justicia, con las que éste se alineó con el *paradigma de los dos mercados*, se dijera que: «[...], las recurrentes [RTE, ITP y BBC] se reservaron mediante su comportamiento un mercado secundario, el de las guías semanales de televisión, excluyendo cualquier competencia en el mercado [...], puesto que las recurrentes negaban el acceso a la información básica, materia prima indispensable para la elaboración de dicha guía» (STJCE de 6 de abril de 1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP)/Comisión*, asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P, Rec., 1995, pág. I-743, § 56). b') El hecho de que, gracias a la propiedad intelectual (el *copyright*), las empresas televisivas conservasen el dominio sobre sus parrillas de programación explica la razón de que pudieran legalmente excluir a Magill; pero no es, en modo alguno, un indicio de que se «apalancasen» en un mercado para dar el salto a otro. Más bien habría que interpretar que el hecho de que se reservaran a ellas mismas las informaciones necesarias indicaba que ellas monopolizaban colectivamente este mercado antes incluso de que Magill quisiera acceder a él<sup>38</sup>. *Ejemplo 2*: En el caso *Bronner*, no sólo tampoco hubo apalancamiento, sino que el propio el Tribunal de Justicia dio por supuesto que Mediaprint poseía una posición dominante en el mercado austríaco de la prensa diaria, antes incluso de que Bronner pretendiese acceder a su sistema de reparto (STJCE de 26 de noviembre de 1998, *Oscar Bronner*, C-7/97, Rec., 1998, pág. I-7791, § 46). Dicho con otras palabras, el caso tenía más que ver con el cierre de un mercado potencial a la competencia (*potential market foreclosure*) que con el *efecto palanca* desde un mercado en que se ejercita poder a un mercado secundario en que tal poder está ausente: el Tribunal de Justicia no consideró que la ausencia de dos mercados fuese un impedimento para la aplicación del artículo 102 TFUE, siempre que concurrieran

<sup>37</sup> Sobre los *monopolios sucesivos*, en general, *vid., ad ex.*, R. CLARKE, *Economía Industrial*, Colegio de Economistas de Madrid, Celeste Ediciones, Madrid, 1983, págs. 258-261; J. SEGURA, *Teoría de la Economía Industrial*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 228-230. En Economía Industrial, esta cuestión se conoce también como «doble marginalización» (*double marginalisation*), desde que el célebre trabajo de J. J. SPENGLER, «Vertical Integration and Antitrust Policy», *Journal of Political Economy*, 58, 1950, págs. 347-352, la descubrió. *Vid., ad ex.*, M. MOTTA, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, págs. 307-313, 323-324 y 332.

<sup>38</sup> F. FINE, «NDC/IMS: A logical application of Essential Facilities...», págs. 458-459.

los demás presupuestos<sup>39</sup>. *Ejemplo 3*: En línea con los dos anteriores ejemplos, en el caso *IMS*, también se acusa a un monopolio (o, al menos, a una empresa con posición dominante) pre-existente en el «mercado derivado» de preservar su poder de mercado, denegando el acceso a la infraestructura que es esencial para que las terceras partes puedan entrar en dicho mercado (Dec.Com. de 3 de julio de 2001, *NDC Health/IMS Health: Medidas cautelares*, COMP D3/38.044, núms. 183, 184 y 185, *DO L* 59, de 28 de febrero de 2002)<sup>40</sup>.

Desde el punto de vista de la lógica jurídica, los argumentos a favor de cualquiera de las dos tesis interpretativas frente a la otra acaban en tablas. Para salir de este *impasse*, caben dos posibles soluciones: a) Construir una doctrina de las infraestructuras esenciales que resulte aplicable a tres tipos de casos: la negativa de acceso a un mercado en el que el titular de la infraestructura o un tercero ya opera (*die Verweigerung des Zugangs zu einem Markt, auf dem der Inhaber der Einrichtung oder ein Dritter bereits tätig ist*), la negativa de acceso a un mercado en el que hasta ahora nadie ha actuado (*die Verweigerung des Zugangs zu einem Markt, auf dem bisher niemand tätig ist*) y, por último, la privación de acceso a un mercado descendente (*der Entzug des Zugangs zu einem nachgelagerten Markt*)<sup>41</sup>. Es una explicación posible, pero no deseable. Lleva la línea demarcadora de la doctrina de las infraestructuras esenciales más allá de lo que es deseable, difuminando la línea divisoria entre el género (la negativa a contratar o *refusal to deal*) y una de sus especies (la doctrina de las infraestructuras especiales). No es, por último, tampoco original: en los Estados Unidos, alguna decisión judicial (*Hecht c. Pro Football Inc.*, 570 F.2d 982, 922 [DC Cir. 1977], *cert. denied*, 436 US 956 [1978]) y, con base en ella, algunos autores han defendido que la *arbitrary refusal to deal* constituiría un supuesto específico de la doctrina de las infraestructuras esenciales<sup>42</sup>. Esto significaría, dicho con otros términos, que la relación de competencia entre la empresa que controla la infraestructura esencial y la que solicita el acceso a la misma no sería un requisito obligatorio de la doctrina de las infraestructuras esenciales. Pero esta interpretación minoritaria en los Estados Unidos no ha sobrevivido: a') ni a la exigencia explícita por el *MCI-Test* de que la doctrina de las infraestructuras esenciales consiste en negar el acceso

<sup>39</sup> F. FINE, «NDC/IMS: A logical application of Essential Facilities...», pág. 459.

<sup>40</sup> F. FINE, «NDC/IMS: A logical application of Essential Facilities...», pág. 460.

<sup>41</sup> Vid. A. BECKMERHAGEN, *Die essential facilities doctrine...*, pág. 273, nota 1048.

<sup>42</sup> A favor de esta interpretación se ha utilizado toda una batería de argumentos, que, en esencia, se reducen a dos ideas: 1.º) Esta interpretación es posible: La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso *Colgate* no era más que un aviso de que el monopolista sería despojado de su libertad contractual. 2.º) Esta interpretación es deseable: Desde un punto de vista económico, el resultado es igual de dañino para el consumidor en ambos casos; puesto que, sean o no competidores el monopolista y la empresa solicitante del acceso a la infraestructura esencial, se elimina a un participante en el mercado que hubiera podido satisfacer las necesidades de los consumidores. Vid., en este sentido, A. KEZSBOM y A. V. GOLDMAN, «No shortcut to antitrust analysis: The twisted journey of the "Essential Facilities" Doctrine», *Colum. Bus. L. Rev.*, 1996, págs. 1 y sigs., concr. págs. 7 y 16, nota 57; J. R. RATNER, «Should there be an Essential Facility Doctrine?», *U. C. Davis L. Rev.*, 21, 1988, págs. 327 y sigs., concr. págs. 362-363 y 368; A. B. LIPSKY y J. G. SIDAK, «Symposium: Essential Facilities», *Stan. L. Rev.*, 51, 1999, 1187-1249, concr. pág. 1203; D. E. TROY, «Unclogging the bottleneck: A new Essential Facility Doctrine», *Colum. L. Rev.*, 83, 1983, págs. 441-487, concr. págs. 471-472.

a ésta a un competidor, *b'*) ni al tenor literal de la Sección 2 de la Sherman Act, que obliga a verificar la monopolización de un mercado —que obviamente no se produce cuando se niega el acceso a un activo empresarial de una empresa a otra que no es rival de la anterior (= la primera empresa no amplía o refuerza su poder en el mercado derivado a costa de la segunda empresa)—, *c'*) ni a la propia jurisprudencia, que mayoritariamente se ha decantado por la interpretación tradicional. *b)* O bien sostener que la única exigencia esencial para la doctrina de las infraestructuras esenciales es que el titular de la infraestructura esencial y la empresa que solicite el acceso sean competidores, sin perjuicio de que la existencia de dos mercados vecinos y relacionados entre sí sea un elemento habitual que caracteriza la situación prototípica en la que la doctrina de las infraestructuras esenciales se aplica, aunque no una *conditio sine que non* (= es irrelevante para los tribunales si la infraestructura esencial de que se trata se caracteriza por ser un mercado separado verticalmente relacionado o una parte del mercado en el que las dos partes compiten). En su favor, se pueden esgrimir el mismo argumento que, como hemos visto antes, emplean, en la doctrina estadounidense, R. PITOFSKY, D. PATTERSON y J. HOOKS: preservar la competencia en cada fase de producción, ya sea definida como un mercado separado o no (= la preocupación política es simplemente asegurar la competencia en el mercado en el que las dos partes podrían competir si no fuera por la negativa de proporcionar acceso al activo esencial).

### III. LOS MEDIOS DE DEFENSA DE LA EMPRESA MONOPOLÍSTICA

Es posible que el comportamiento aparentemente abusivo esté justificado por diversas razones: *a)* Es una posibilidad que, *a sensu contrario*, reconoció en Tribunal Supremo de Estados Unidos, cuando afirmó que el derecho a negarse a contratar (*right to refuse to deal*) sólo existe si hay razones legítimas de competencia para la denegación: «... *exists only if there are legitimate competitive reasons for the refusal*»<sup>43</sup>. *b)* En el Derecho *antitrust* europeo, la prohibición de abuso de posición dominante del artículo 102 TFUE no significa que exista una obligación general de contratar por parte de la empresa con posición de dominio en el mercado: apreciada de forma aislada, una denegación de acceso a una infraestructura esencial por una empresa con poder de mercado no puede ser considerada como un abuso *per se*<sup>44</sup>. De acuerdo con la práctica comunitaria, sólo existiría un incumplimiento del artículo 102 TFUE si la prohibición de acceso a

<sup>43</sup> *Eastman Kodak Co. c. Image Technical Servs., Inc.*, 504. U.S. 451, 483 núm. 32, 1992. En *City of Anaheim c. S. Cal. Edison Co.*, 955 F.2d 1373, 1379 (9th Cir. 1992), se aplica el mismo principio a la doctrina de las infraestructuras esenciales: «*A company which has monopoly power over an essential facility may not refuse to make the facility available to others where there is no legitimate business reason for the refusal*».

<sup>44</sup> W. DESELAERS, «Die Essential Facilities Doktrin im Lichte des Magill-Urteils des EuGH», *EuZW*, núm. 6, 1995, págs. 563-569, concr. pág. 564; M. IBSCH, *Die Übernahme der Essential-Facilities-Doktrin...*, pág. 155; F. MONTAG, «Gewerbliche Schutzrechte, wesentliche Einrichtungen und Normung im Spannungsfeld zu artículo 86 EGV», *EuZW*, núm. 3, 1997, págs. 71-78, concr. pág. 76.

una infraestructura o la imposición de condiciones desiguales de uso no se pudiera justificar con razones objetivas<sup>45</sup>. c) En todo caso, tanto en el Derecho *antitrust* estadounidense como en el europeo, cuanto más involucradas estén la estructura de la competencia y las necesidades de los consumidores, mayor peso deben tener las razones alegadas por la empresa con posición dominante para justificar su conducta, si no quiere incurrir en responsabilidad<sup>46</sup>.

## 1. TESTS PARA ANALIZAR LAS NEGATIVAS DE ACCESO A UNA INFRAESTRUCTURA ESENCIAL

Las dificultades de prueba en esta materia han llevado tanto a los autores estadounidenses como a los juristas y economistas europeos a proponer *tres tests* que permitan a los órganos administrativos y judiciales determinar si la negativa de un monopolista a conceder el acceso a una infraestructura esencial a una empresa competidora está justificado por razones objetivas o esconde una práctica monopolizadora:

1.º) *Sacrifice-test* (o *profit sacrifice test*): el *sacrifice-test* examina si la conducta de una empresa que niega el acceso a otra empresa rival suya supone que la primera tenga que prescindir de ingresos a corto plazo<sup>47</sup>. El sacrificio de los ingresos es una *conditio sine qua non*, pero no suficiente, para distinguir una actuación nociva; puesto que no es extraño que las empresas, a menudo, renuncien o sacrifiquen ganancias a corto plazo, si, con ello, esperan futuros beneficios o aumentos de la cuota de mercado a largo plazo. Este test es erróneo por cuatro razones: a) El test es *demasiado amplio* (*too broad*) (H. HOVENKAMP): podría emplearse para condenar actividad competitiva, que conduciría a un resultado que no debiera ser sancionado por el Derecho *antitrust* como, *ad ex.*, el monopolio que resulta

<sup>45</sup> D. GLASL, «Essential Facilities Doctrine in EC Antitrust Law: A Contribution to the Current Debate», *Eur.Compet.L.Rev.*, núm. 6, 1994, págs. 306-314, conr. pág. 314; M. IBSCH, *Die Übernahme der Essential-Facilities-Doktrin...*, pág. 155; A. KLIMISCH y M. LANGE, «Zugang zu Netzen und anderen wesentlichen Einrichtungen als Bestandteil der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht», *WuW*, núm. 47, 1998, págs. 15-26, conr. pág. 24; P. MENNICKE, «“Magill” — Von der Unterscheidung zwischen Bestand und Ausübung von Immaterialgüterrechten zur “essential facilities” — Doktrin in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes?», *ZHR*, 1996, págs. 626 y sigs., conr. pág. 655.

<sup>46</sup> W. DESELAERS, «Die Essential Facilities Doktrin im Lichte des Magill-Urteils des EuGH», *EuZW*, núm. 6, 1995, págs. 563-569, conr. pág. 563; M. IBSCH, *Die Übernahme der Essential-Facilities-Doktrin...*, pág. 155; A. KLIMISCH y M. LANGE, «Zugang zu Netzen und anderen wesentlichen Einrichtungen als Bestandteil der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht», *WuW*, núm. 47, 1998, págs. 15-26, conr. pág. 24; M. MÜLLER, «Die Essential-Facilities-Doktrin im Europäischen Kartellrecht», *EuZW*, núm. 8, 1998, págs. 232-237, conr. pág. 235; J. TEMPLE LANG, «Defining legitimate competition: companies’ duties to supply competitors and access to essential facilities», *Fordham Int.L. J.*, vol. 18, 1994-1995, págs. 437-524, conr. pág. 475.

<sup>47</sup> Este es el test que, con carácter general, sigue para los precios predatorios la Comunicación de la Comisión de 24 de febrero de 2009 (Comunicación de la Comisión - Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, *DOUE C 45*, de 24 de febrero de 2009, núms. 64 y 65). *Vid.*, *ad ex.*, A. JONES y B. SUFRIN, *EU Competition Law. Text, Cases and Materials*, 4.ª ed., Oxford University Press, 2010, pág. 371; R. O’DONOGHUE y A. J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2006, págs. 185-187; S. C. SALOP, «Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Standard», *Antitrust L. J.*, 73, 2006, págs. 311-374.

de una innovación tecnológica<sup>48</sup>. b) El test es *demasiado estrecho (too narrow)* (H. HOVENKAMP): no todas las conductas empresariales anticompetitivas suponen pérdidas a corto plazo<sup>49</sup>. c) Salvo que la empresa monopolista cancele un acuerdo previo entre ella y la empresa solicitante, se niegue a prorrogarlo o rompa unas negociaciones muy avanzadas, es *difícil probar* ante un tribunal que la empresa que niega el acceso a la infraestructura esencial renuncia a beneficios a corto plazo<sup>50</sup>. d) La pérdida de beneficios no es el único criterio para determinar el *daño a la competencia* o el *perjuicio a los consumidores*<sup>51</sup>.

2.º) *No economic sense-Test*: este test examina con base en criterios objetivos, transparentes y económicos (*objective, transparent, and economically based framework for assessing single-firm conduct*), si el comportamiento de una empresa tiene sentido al margen de una reducción de la competencia (= *action makes no economic sense but for the lessening of competition*)<sup>52</sup>. Por el contrario, si se verifica que el comportamiento de la empresa sólo se ha llevado a cabo para mantener su poder de mercado, se considerará perjudicial para la competencia. Este test, que está considerado fácil de manejar por las empresas y los tribunales, fue construido a partir de casos jurídicos reales<sup>53</sup>. Así, *ad ex.*, en el caso *Aspen*, el Tribunal Supremo de Estados Unidos sostuvo que la negativa de la empresa demandada de continuar su programa de bonos combinados de esquí con la empresa demandante violó la Sec. 2 de la Sherman Act, al considerar que la demandada «no estaba motivada por cuestiones de eficiencia y que estaba dispuesta a sacrificar los beneficios a corto plazo y los buenos deseos de los consumidores a cambio de un impacto percibido a largo plazo sobre su rival más pequeño» («*was not motivated by efficiency concerns and that it was willing to sacrifice short-run benefits and consumer goodwill in exchange for a perceived long-run impact on its smaller rivals*»). Éste es el test que

<sup>48</sup> H. HOVENKAMP, *The Antitrust Enterprise. Principle and Execution*, Massachusetts-London, England, Harvard University Press, Cambridge, 2005, pág. 152.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> Vid. M. LAO, «*Aspen Skiing and Trinko: Antitrust Intent and “Sacrifice”*», *Antitrust L. J.*, 73, 2005, págs. 171-208, concr. págs. 180-181.

<sup>51</sup> Vid. M. LAO, «*Aspen Skiing and Trinko: Antitrust Intent and “Sacrifice”*», *Antitrust L. J.*, 73, 2005, págs. 171-208, concr. págs. 205-206.

<sup>52</sup> Así, *ad ex.*, en un documento presentado por el *amicus curiae* del Departamento de Justicia en el caso *Trinko*, declaró que: «*In the context of an alleged refusal to assist a rival, conduct is exclusionary only if it would not make business or economic sense apart from its tendency to reduce or eliminate competition*» (conocida como la *DOJ Trinko Brief*). El texto citado se encuentra en *DOJ Trinko Brief*, pág. 7, *Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004), disponible en <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f201000/201048.pdf>. Otra formulación del mismo dice que: «*[...] refusal to aid rivals that makes economic or business sense apart from a tendency to impair competition is not exclusionary*» (*DOJ Trinko Brief*, pág. 17). Vid., *ad ex.*, A. DOUGLAS MELAMED, «*Exclusionary Conduct Under the Antitrust Laws: Balancing, Sacrifice, and Refusals to Deal*», *Berkeley Tech. L. J.*, 20, 2005, págs. 1247 y sigs.; A. JONES y B. SUFRIN, *EU Competition Law. Text, Cases and Materials*, 4.ª ed., Oxford University Press, 2010, págs. 371-372; R. O'DONOGHUE y A. J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2006, págs. 187-188; G. J. WERDEN, «*The “No Economic Sense” Test for Exclusionary Conduct*», *J. Corp. L.*, 293 31, 2005-2006, págs. 293 y sigs.; ID., «*Identifying Exclusionary Conduct Under Section 2: The “No Economic Sense” Test*», *Antitrust L. J.*, 73, 2, 2006, 413 y sigs.

<sup>53</sup> *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585, 608, 610-11 (1985); *General Indus. Corp. v. Hartz Mountain Corp.*, 810 F.2d 795, 803 (8th Cir. 1987); *Stearns Airport Equip. Co. v. FMC Corp.*, 170 F.3d 518, 523-524 & n.3 (5th Cir. 1999); *Advanced Health-Care Servs. v. Radford Cmty. Hosp.*, 910 F.2d 139, 148 (4th Cir. 1990); *United States v. Dentsply Int'l, Inc.*, 399 F.3d 181 (3rd Cir. 2005).

sigue la Comunicación de la Comisión de 24 de febrero de 2009 (Comunicación de la Comisión - Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, *DOUE C 45*, núm. 22, de 24 de febrero de 2009), cuando afirma que: «[...] Si resulta que la conducta no puede sino crear obstáculos a la competencia y que no genera ninguna eficiencia, cabe deducir que produce un efecto anticompetitivo [...]». El test permite identificar los efectos a menudo anticompetitivos y raramente competitivos derivados de las negativas a contratar: «*reflects the infrequent pro-competitive benefits and the frequent anticompetitive risks posed by a generalized requirement that firms assist rivals*»<sup>54</sup>. Se le critica que es demasiado genérico: el test «*does not purport to condemn all conduct that might create market power or reduce economic welfare*»<sup>55</sup>.

3.º) *Consumer welfare effects-test*: por medio del *consumer welfare effects-test* se mide el impacto del comportamiento de una empresa sobre el bienestar de los consumidores; es decir, se examina de antemano, si la conducta de la empresa tendrá efectos positivos sobre el bienestar de los consumidores<sup>56</sup>. Este método de análisis es muy difícil; puesto que también se deben contemplar hipotéticos resultados del mercado a largo plazo (*hypothetical long-term market results*). Ha sido probado con éxito para las concentraciones de empresas. Fuera de este ámbito, debe ser empleado con una *gran cautela* por varios motivos: a) Es difícil evaluar objetivamente la negativa a contratar, si, *ad ex.*, si se pierde de vista el largo plazo como consecuencia de un aumento a corto plazo de los precios que perjudica a los consumidores<sup>57</sup>. b) El bienestar del consumidor no coincide necesariamente con sus preferencias. Éste antepone, a menudo, fallos del mercado y elige comprar productos baratos, aunque hayan sido fabricados incumpliendo la normativa medioambiental, o contratar con *free-rider*, aunque éstos sólo ofrezcan precios más bajos que los que fijan distribuidores oficiales<sup>58</sup>. Por el contrario, hay sectores económicos, como, *ad ex.*, las telecomunicaciones o la informática, en los que el bienestar del consumidor exige mucho más que buenos precios (sobre todo, innovación). c) Como los resultados que ofrece este tipo de test son aproximados y no exactos, es frecuente que la prueba así obtenida se discuta en el transcurso de largos y costosos litigios: «*The test is too difficult for businesses to apply, it gives rise to too much uncertainty, it creates too high a risk of “false positives”, and it leads to costly, lengthy litigation in which judge and jury are left with too little guidance*»<sup>59</sup>.

<sup>54</sup> DOJ *Trinko Brief*, pág. 17.

<sup>55</sup> A. DOUGLAS MELAMED, «Exclusionary Conduct Under the Antitrust Laws: Balancing, Sacrifice, and Refusals to Deal», *Berkeley Tech. L. J.*, 20, 2005, págs. 1247 y sigs., concr. pág. 1258.

<sup>56</sup> *Vid.*, *ad ex.*, A. JONES y B. SUFRIN, *EU Competition Law. Text, Cases and Materials*, 4.ª ed., Oxford University Press, 2010, pág. 372; R. O'DONOGHUE y A. J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, Portland, Oregon, 2006, págs. 191-194.

<sup>57</sup> A. J. MEESE, «Property, *Aspen*, and Refusals to Deal», *Antitrust L. J.*, 73, 2005, págs. 81-114, concr. pág. 113.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> R. H. PATE, «Exclusionary Conduct: Refusals to Deal and Bundling and Loyalty Discounts», *Testimony before the Antitrust Modernization Commission Hearing Panel*, Washington, DC., September 29, 2005.