

UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA

La venta a pérdida como ilícito concurrencial

Autor: Santana Pérez, Antonio

Director: Pedro M. Yanes Yanes

Departamento de Derecho Internacional y Procesal

A Teresa, Pilar, familia y amigos

«LA VENTA A PÉRDIDA COMO ILÍCITO CONCURRENCIAL»

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	19
INTRODUCCIÓN.....	23
CAPÍTULO I	
UNA APROXIMACIÓN A LAS RELACIONES ENTRE COMPETENCIA Y MERCADO	
I. Delimitación de la relación ente competencia y mercado.....	29
II. La liberta de precios y sus limitaciones.....	42
III. La valoración de la conducta relevante, en particular.....	47
IV. (Sigue) Caracterización del ilícito concurrencial.....	51
V. El mercado como construcción normativa.....	59
1. Concepto tradicional y evolución hacia «mecanismo» o «sistema»	59
2. La intervención del Estado en la configuración del concepto de mercado.....	63
A) Necesidad de proceder a su acotamiento.....	66
B) Concepto jurídico de mercado.....	67
a) Mercado de productos.....	68
b) Mercado de servicios —capitales—.....	69
c) Mercado de personas.....	69
C) Evolución hacia el concepto de mercado de referencia de producto y acotamiento geográfico	70
D) Presupuestos necesarios para la definición.....	71
a) La sustituibilidad de la demanda.....	71
b) La sustituibilidad de la oferta.....	73
c) La competencia potencial.....	75

E) Determinación del concepto de mercado de producto de referencia.....	76
a) Análisis de la sustituibilidad de la demanda	
i.) Determinación de la sustituibilidad funcional	77
ii.) Uso y características de los productos.....	78
iii.) Preferencias del los consumidores y usuarios	78
iv.) Barreras y costes que limiten o impidan la sustitución efectiva.....	79
v.) La evolución de precios y el volumen de venta como criterios cuantitativos.....	80
vi.) La segmentación de la clientela.....	81
b) Análisis de la sustitución de la oferta.....	82
c) La competencia potencial.....	82
F) Determinación del concepto de mercado geográfico de referencia.....	82
a) Opiniones y preferencias de clientes y competidores.....	83
b) Características de la demanda.....	84
c) Localización geográfica de las compras.....	84
d) Desvío de pedidos en el pasado y pruebas.....	85
e) Flujos comerciales y estructura de compras.....	86
f) Barreras y costes asociados hacia otras zonas.....	86
G) Cautelas a tener en cuenta.....	87

CAPÍTULOS II

I. LAS CONDUCTAS PREDATORIAS EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

1. Cuestión sistemática previa.....	89
2. Concepto de práctica predatoria.....	90
3. El precio como señal.....	91
4. Clasificación de las prácticas predatorias.....	92

II. PRÁCTICAS PREDATORIAS. NO INSTRUMENTALIZADAS EN PRECIOS (I)

1. Introducción.....	95
2. Ejercicio abusivo de derechos	
2.1. Planteamiento.....	101
2.2. El abuso de Derecho con carácter genérico.....	103
2.3. El abuso de Derecho en nuestra jurisprudencia.....	104
3. Ejercicio abusivo de derechos de exclusiva	
3.1. Planteamiento.....	107
3.2. Abuso en el cambio de estándares consolidados.....	109
3.3. Especial referencia al diseño de productos o servicios.....	110
3.4. Abuso sobre creaciones industriales.....	112
3.5. Dependencia tecnológica en productos y servicios interoperables.....	113

3.6. Extensión por analogía a los supuestos de dependencia económica	118
3.7. Abuso en el registro de dominios en Internet	119
3.8. Abuso en el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual	
A) Planteamiento	124
B) Límite a la oponibilidad <i>erga omnes</i> de los derechos económicos de la propiedad intelectual.....	125
C) Límite al ejercicio de los derechos económicos por las sociedades generales de autores	127
D) Las Sociedades Generales de Autores como barrera de entrada	129
E) Legitimación activa genérica.....	130
4. <i>La publicidad y las promociones publicitarias</i>	
4.1. La conducta anticompetitiva.....	134
4.2. Finalidad económica de la práctica anticompetitiva.....	136
4.3. Presupuestos de la práctica predatoria	
A) Características de los operadores.....	136
B) Publicidad y promoción predatoria desde posición dominante.....	136
C) Efectos.....	142
D) Vías de represión de estas prácticas.....	144
5. <i>Exceso de servicio en relación con la contraprestación recibida</i>	
5.1. Planteamiento.....	144
5.2. La conducta anticompetitiva.....	145
5.3. La frontera de lealtad.....	146
5.4. Los servicios complementarios.....	146
6. <i>Abuso de procedimientos judiciales y administrativos</i>	
6.1. Planteamiento.....	147
6.2. Medios de represión en la jurisprudencia	
A) Vía artículo 81 y 82 del TCE.....	149
B) Vía artículos 6 y 7 de la LCD.....	152
7. <i>La «canibalización»</i>	154
8. <i>Contratación con proveedores, clientes y trabajadores de los competidores</i>	157
9. <i>Los grupos de interés</i>	158
10. <i>Operaciones de concentración como actos de rising rivals cost</i>	163
11. <i>La imitación predatoria</i>	165
12. <i>El boicot</i>	169

CAPÍTULO III

I. PRÁCTICAS PREDATORIAS (II). INSTRUMENTALIZADAS EN PRECIOS

1. <i>La amenaza de ofertar precios superiores a los del mercado</i>	
1.1. Concepto y caracteres.....	175
1.2. Requisitos.....	177

2.	<i>Los precios discriminatorios</i>	
2.1.	Caracterización	177
2.2.	Diferencia entre precios discriminatorios y precios desiguales	178
2.3.	Los precios discriminatorios en el Derecho comparado	
	A) En el Derecho comunitario	179
	B) En el ordenamiento de los EE.UU.	183
2.4.	Los precios discriminatorios en el Derecho español	
	A) En la ley de Defensa de la Competencia.....	185
	B) En la Ley de Competencia Desleal	
	a) «Precios discriminatorios».....	186
	b) Discriminación que afecte a las «demás condiciones de venta».....	189
	c) Excepción a la discriminación en precios.....	189
	C) Recapitulación.....	191
3.	<i>La oferta de precios superiores a los del mercado</i>	
3.1.	Introducción.....	192
3.2.	La lógica de la práctica	194
3.3.	Encuadre legal	195
3.4.	Jurisprudencia	
	A) Subasta de aceite de oliva.....	195
	B) Funerarias Ampordanesas.....	197
	C) La experiencia comunitaria.....	197
3.5.	Las subastas públicas como excepción	198
3.6.	Relación con el Derecho de marcas.....	199
4.	<i>Las ofertas de precios inferiores a los del mercado</i>	
4.1.	Los precios próximos al coste — <i>soft predation</i> —.....	199
4.2.	Condiciones del mercado	200
4.4.	Finalidad	201
4.5.	Calificación de la conducta.....	202
5.	<i>La venta a pérdida</i>	
5.1.	Introducción.....	206
5.2.	Aproximación al concepto de venta a pérdida.....	207
5.3.	Concepto de venta a pérdida en la doctrina y en la jurisprudencia	208
5.4.	Aproximación al concepto de costes en la jurisprudencia comparada y nacional.....	211
5.5.	Las ventas a pérdida desleales.....	223
5.6.	La lógica de la práctica comercial.....	224
5.7.	Requisitos objetivos y subjetivos.....	224
5.8.	Encuadre legal de la figura.....	225
5.9.	Planteamiento del estudio.....	226

CAPÍTULO IV

I. EXIGENCIA DE POSICIÓN DOMINANTE. PRIMERA HIPÓTESIS DE TRABAJO

1. Introducción.....	237
2. Presupuesto objetivo	
2.1. Para el agresor.....	228
2.2. Para el agredido.....	229
3. Elementos de la estrategia predatoria	
3.1. Existencia de posición dominante.....	233
3.2. Individual.....	234
3.3. Colectiva.....	236
3.4. En un mercado relevante.....	239
3.5. Elementos delimitadores:	
A) Cuota de mercado; excepciones.....	241
B) Periodo de mantenimiento de las cuotas.....	245
C) Barreras de entrada y salida.....	247
3.6. Otros elementos inherentes a la posición dominante.....	248
3.7. Concepto de abuso.....	249
3.8. Manifestación del abuso.....	249
3.9. Dificil clasificación.....	252
3.10. Necesidad de relación entre la posición y el abuso.....	254
4. Otros elementos de la estrategia predatoria	
4.1. Subvenciones cruzadas y exceso de capacidad	
A) Subvenciones cruzadas en la jurisprudencia comunitaria.....	256
B) Subvenciones cruzadas y venta a pérdida.....	258
a) «AKZO Chemie BV c. Comisión».....	259
b) «Tetra Pak International c. Comisión».....	261
4.2. Exceso de capacidad y costes de subactividad.....	262
A) Política de los costes de subactividad.....	264
B) Costes de subactividad como manifestación de poder de mercado.....	265
C) Costes de subactividad en la jurisprudencia comunitaria..	265
D) Costes de subactividad en las resoluciones del TDC.....	267
4.3. Barreras de entrada y barreras de salida.....	271
A) Barreras de entrada.....	274
B) Barreras de salida.....	275
C) Ventas a pérdida y las barreras de entrada o salida.....	276
D) Importancia del elemento temporal.....	277
E) Excepción: el principio de doble barrera.....	278
a) Acto realizado con <i>ius imperium</i>	280
b) Que afecte a los intercambios intracomunitarios.....	280
F) Derechos privados como barrera.....	283
G) Economías de escala como barrera.....	284
H) Ayudas de estado como barrera.....	285
4.4. Venta a pérdida entre acuerdos verticales y horizontales:	

A) Acuerdos horizontales.....	286
B) Acuerdos verticales.....	289
C) Posibles supuestos.....	293

CAPÍTULO V

CONTINGENCIA DE LA POSICIÓN DOMINANTE PARA REALIZAR VENTAS A PÉRDIDA CALIFICABLES COMO ILÍCITO CONCURRENCIAL REFRENDO DE LA SEGUNDA HIPÓTESIS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

1. <i>Introducción</i>	297
2. <i>En el Derecho antitrust</i>	300
2.1. Antecedentes en la jurisprudencia y doctrina comparada	
A) «Paultry Farms v. Rose Acre Farms».....	300
B) «Booke Group, Ltd. c. Williamson Tobacco Corp.».....	302
C) Planteamiento.....	304
2.2. Posible traslación de este planteamiento al ordenamiento europeo y español.....	305
A) En la normativa comunitaria.....	306
B) En la normativa española de libre y leal competencia.....	307
3. <i>En la disciplina de la competencia desleal</i>	
3.1. Estudio del artículo 17 de la LCD.....	308
A) Introducción.....	309
B) Finalidad y ámbito de aplicación.....	310
C) La conducta relevante.....	312
D) «comportamiento realizado en el mercado».....	312
E) La «finalidad concurrencial».....	314
F) Con «efectos sobre el mercado».....	314
G) La cláusula general.....	317
H) Una clasificación para limitar los «costes de error».....	319
I) El principio general de «libertad de precios»: límites públicos y privados.....	320
J) El límite como fundamento de la prohibición de la venta a pérdida.....	320
K) El oculto ánimo de lucro en la compra y venta a pérdida..	321
L) Los efectos distorsionadores sobre el modelo regulatorio de competencia.....	323
3.2. Delimitación del concepto «precio de adquisición» y «coste de producción»	
A) Introducción.....	324
B) La función de la contabilidad.....	326
a) La obligación de llevar contabilidad y el secreto contable.....	328
b) La contabilidad financiera y la contabilidad de costes.....	330
c) Los principios contables y las normas de valoración	333

C) Concepto de «precio de adquisición».....	335
D) Concepto de «coste de producción».....	337
E) Los problemas del umbral de legalidad del artículo 17 de la LCD en torno al coste marginal.....	340

CAPÍTULO VI

LAS VENTAS A PÉRDIDA PARA INDUCIR A ERROR SOBRE EL NIVEL GENERAL DE PRECIOS DEL MISMO ESTABLECIMIENTO

1. <i>Introducción</i>	343
2. <i>Consecuencias derivadas de estas prácticas</i>	345
2.1. Para los fabricantes y distribuidores.....	349
2.2. Para otros competidores en el mismo plano.....	350
2.3. Para los consumidores y usuarios:	
A) A propósito del concepto de consumidor.....	351
B) El riesgo de confusión y el concepto de consumidor normalmente informado.....	352
C) La definición del concepto.....	355
D) La importancia del producto o servicio para la realización de la venta a pérdida.....	357
E) La tutela penal de los consumidores y usuarios.....	358
F) Efectos de la venta a pérdida sobre los consumidores y usuarios.....	358
2.4. Para el mercado.....	359
3. <i>Bien jurídico protegido</i>	359
4. <i>La deslealtad de la venta a pérdida a través de la inducción al error</i> ..	360
5. <i>Otros elementos a tener en cuenta —sigue—</i>	
5.1. Las diferencias comparativas de márgenes.....	362
5.2. Incapacidad para hacer frente a la demanda, las <i>bait and switch advertising</i> en particular.....	364
5.3. En el Derecho español.....	366
5.4. La inducción por presión.....	366
5. La paradoja del 17.2. a) de la LCD. Un ejemplo más del modelo profesional.....	367
6. Contingencia de la posición dominante.....	370

CAPÍTULO VII

VENTA A PÉRDIDA DENIGRATORIA —17.2. b)—

1. <i>Introducción</i>	371
2. <i>Consecuencias de estas prácticas sobre la imagen de un producto o establecimiento ajenos</i>	
2.1. Que pueda «desacreditar».....	373
2.2. Que exijan la presencia de intención	375
2.3. Y «cuando tenga por efecto».....	378

3. <i>Los efectos del descrédito</i>	379
4. <i>El producto</i>	385
4.1. Cantidad de productos, servicios o establecimientos afectados.....	385
4.2. Supuestos especiales.....	385
4.3. Posibilidad de extensión a otros signos distintivos.....	386
5. <i>La extensión a los servicios</i>	387
6. <i>El establecimiento</i>	388
6.1. Ubicación o sede.....	390
6.2. Número de productos o servicios necesarios para que afecte la imagen de precios del establecimiento ajeno...	390
6.3. Número de establecimientos.....	391
7. <i>Delimitación del concepto de ajeneidad</i>	392
8. <i>Los derechos de exclusiva ante las normas de competencia</i>	393
9. <i>Requisitos de idoneidad objetiva para denigrar</i>	
9.1. Duración e intensidad de la práctica.....	394
9.2. Cualidades sobre las que incide el descrédito.....	396
9.3. Existencia de mecanismos de control por el fabricante o el oferente.....	396
9.4. Las pretendidas cautelas sobre la apreciación de la figura.....	397
10. <i>Consecuencias de estas prácticas</i>	
10.1. El mercado.....	400
11.2. Los concurrentes.....	401
11.3. Los consumidores y usuarios.....	401
11. <i>Contingencia de la posición dominante</i>	403

CAPÍTULO VIII

VENTA A PÉRDIDA CON FINALIDAD EXCLUYENTE —17.2. C)—

1. <i>Introducción</i>	405
2. <i>La venta a pérdida del Derecho antitrust a la disciplina de la competencia desleal</i>	406
3. <i>Presupuestos objetivos y subjetivos</i>	409
4. <i>La especialidad del artículo 17.2. c) de la LCD</i>	410
5. <i>Estudio del artículo 17.2. c) de la LCD</i>	
5.1. «Cuando forme parte de [...]».....	411
5.2. «[...] una estrategia encaminada [...]».....	411
5.3. «[...] a eliminar [...]».....	413
5.4. «[...] a un competidor o grupo de competidores».....	414
5.5. «[...] del mercado».....	414
6. <i>Número de ventas a pérdida necesarias para calificarla como desleal</i>	415
7. <i>Innecesariedad de capacidad de recuperación</i>	415
8. <i>Jurisprudencia y resoluciones en venta a pérdida</i>	416
9. <i>Traslación de la doctrina del TJCE al ordenamiento español</i>	416

10. <i>Los precios predatorios al alza en el artículo 17.2. c) de la LCD</i>	423
11. <i>La especial y avanzada regulación de la venta a pérdida en el Derecho antitrust español</i>	427
12. <i>Innecesariedad de posición dominante</i>	428

CAPÍTULO IX

LA VENTA A PÉRDIDA EN LA LOCM

I. EN LA NORMATIVA ORDENADORA DEL COMERCIO INTERIOR

1. <i>Introducción</i>	429
2. <i>Posible justificación de la venta con pérdida en la LOCM por insuficiencia de la LCD</i>	433
3. <i>El artículo 14 de la LOCM como límite a la libertad de empresa comercial</i>	438
4. <i>Calificación de la venta con pérdida cuando</i>	
4.1. «precio de adquisición según factura, [...]».....	441
4.2. y su valor probatorio.....	443
4.3. «[...] deducida la parte proporcional de los descuentos que figuren en la misma».....	447
4.4. «[...] o al de reposición si este fuere inferior a aquél».....	449
4.5. «o al coste efectivo de producción si el artículo hubiese sido fabricado por el propio comerciante, [...]».....	450
4.6. «[...] incrementados, en las cuotas de los impuestos indirectos que graven la operación».....	457
4.7. Elementos que no se computan aunque figuren en la factura....	461
4.8. Prohibición de ofertas conjuntas.....	462

II. POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL RÉGIMEN JUR VENTA CON PÉRDIDA

1. <i>Por infracción del artículo 38 de la CE</i>	464
2. <i>Por infracción del artículo 24.2. de la CE</i>	468

CAPÍTULO X

SUPUESTOS DE VENTA A PÉRDIDA AUTORIZADOS EN LA LDC, LCD y LOCM

1. <i>Introducción</i>	471
2. <i>Supuestos de venta a pérdida permitidos: no perseguidos —LDC—, excepcionados —LCD— y autorizados —LOCM—</i>	473
2.1. <i>Supuestos no perseguidos, excepcionados y autorizados de venta «a» o «con» pérdida</i>	
A) <i>Los productos percederos</i>	473
B) <i>Las excepciones por realineamiento</i>	474
C) <i>Precio de reposición inferior al precio de adquisición o al coste de producción si el minorista fabricase los productos</i>	477
2.2. <i>Supuestos autorizados</i>	

A) Ventas de saldos —artículos 14.1., 28 y 29 de la LOCM—	478
B) Ventas en liquidación —artículos 14.1., 30 y 31 de la LOCM—	480
2.3. Un caso especial, las ayudas públicas	
A) Introducción.....	482
B) Realidad económica subyacente.....	483
C) Concepto y naturaleza jurídica a la ayuda pública.....	484
D) Las ayudas públicas en el Derecho español	
a) La evolución histórica de las ayudas públicas en el Derecho español.....	491
b) El TDC ante las ayudas públicas y ventas a pérdida.....	492
c) En la jurisdicción del TJCE y ordinaria.....	494
2.4. Venta a pérdida para evitar quiebra o suspensión de pagos.....	497
CONCLUSIONES	499
ANEXOS	
I. Parte 5. ^a del Plan General de Contabilidad (Anexo I).....	509
II. Criterios para la determinación del coste de producción. Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. Resolución de 9 de mayo de 2000 (Anexo II).....	523
III. Jurisprudencia en materia de venta a pérdida (Anexo III).....	533
IV. Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de venta a pérdida y precios predatorios (Anexo IV).....	535
BIBLIOGRAFÍA	
Monografía y artículos.....	539
Informes.....	565
ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA, RESOLUCIONES Y CONSULTAS	
Sentencias del Tribunal de Derechos Humanos.....	567
Setencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.....	567
Setencias del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas.....	571
Decisiones de la Comisión de las Comunidades Europeas.....	572
Setencias del Tribunal Constitucional.....	574
Auto del Tribunal Constitucional.....	576
Sentencias del Tribunal Supremo.....	576
Sentencias de la Audiencia Nacional.....	578
Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia.....	578
Sentencias de Audiencias Provinciales.....	578
Auto de la Audiencia Nacional.....	580
Sentencias de Juzgados de Primera Instancia.....	580
Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia.....	581
Resoluciones del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.....	585

Consultas del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.....	585
Setencias del Tribunal Supremo de los EE.UU.	588
Sentencias de otros Circuitos de los EE.UU.	589
Resoluciones de la <i>Federal Trade Comisión</i> de los EE.UU.	590

Desearía hacer constar mi agradecimiento personal para el Ministerio de Educación y Ciencia Español por la concesión de una beca en el marco del Programa para la Formación del Personal Investigador —Ref. AP97. 45438778, Conv. 1997, *BOE*, de 18 de noviembre de 1997—, sin la cual no hubiera podido realizar el presente trabajo. Así como las ayudas para realizar las estancias en *Istituto Giurídico Antonio Cicu della Università di Bologna*, *Harvard Law Schoool*, Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad de Valladolid, Instituto de Derecho Europeo también de Valladolid, Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad de Santiago de Compostela, y finalmente, el Instituto de Dereito Industrial de la Universidad de Santiago de Compostela.

Conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 778/1998, de 6 de junio de 2003 se reunió en el «Aula Tomás y Valiente» de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna el Tribunal encargado de juzgar la lectura y defensa de la Tesis Doctoral presentada por el Doctorando D.º Antonio Santana Pérez y dirigida por el profesor Dr. D.º Pedro Yanes Yanes, Profesor Titular .de la Universidad de La Laguna

El Tribunal estaba compuesto por los siguientes miembros:

Presidente:	Dr. D. Jjustino F. Duque Domínguez
Secretario:	Dr. D.º José Antonio Gómez Segade
Vocal 1:	Dr. D.º Luis Fernández de la Gándara
Vocal 2:	Dr. D.º Luis Antonio Velasco San Pedro
Vocal 3:	Dra. D.ª María Ángeles Parra Lucán

Memoria de tesis y defensa que mereció la calificación de SOBRESALIENTE CUM LAUDE por unanimidad y propuesta para PREMIO EXTRAORDINARIO DE TESIS DOCTORALES.

ABREVIATURAS

<i>ADI</i>	<i>Actas de Derecho Industrial</i>
<i>AJA</i>	<i>Actualidad Jurídica Aranzadi</i>
<i>Alab. L. Rev.</i>	<i>Alabama Law Review</i>
<i>Alb. L. Rev.</i>	<i>Albany Law Review</i>
<i>Am. Buss. L. J.</i>	<i>American Business Law Journal</i>
<i>Am. Econ. L. Rev.</i>	<i>American Economic Law Review</i>
<i>Am. Econ. Rev.</i>	<i>American Economic Review</i>
<i>AAMN</i>	<i>Anales de la Academia Matritense del Notariado</i>
<i>AFDM</i>	<i>Anales de la Facultad de Derecho de Murcia</i>
<i>Antitrust Bull</i>	<i>Antitrust Bulletin</i>
<i>Antitrust L. & Econ. Rev.</i>	<i>Antitrust Law & Economics Review</i>
<i>Antitrust L. Jourl.</i>	<i>Antitrust Law Journal</i>
<i>APFCLI</i>	<i>Annual Preceedings of the Fordham Corporate Law Institute</i>
<i>Ap. Statistics.</i>	<i>Applied Statistics</i>
<i>AC</i>	<i>Aranzadi Civil</i>
<i>Art.</i>	<i>Artículo</i>
<i>AP</i>	<i>Audiencia Provincial</i>
<i>ATC</i>	<i>Auto del Tribunal Constitucional</i>
<i>BOE-Cám. Com. e Ind. de Madrid</i>	<i>BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid</i>
<i>B Fac. de Der. UNED</i>	<i>Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED</i>
<i>BOGJCE y de la C</i>	<i>Boletín de la Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia</i>
<i>BO</i>	<i>Boletín Oficial</i>
<i>BOE</i>	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
<i>BOICAC</i>	<i>Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoria de Cuentas</i>
<i>Calif. L. Rev.</i>	<i>California Law Review</i>
<i>Cap. Univ. L. Rev.</i>	<i>Capital University Law Review</i>
<i>CCAA</i>	<i>Comunidades Autónomas</i>
<i>CCv.</i>	<i>Código Civil</i>
<i>CCo.</i>	<i>Código de Comercio</i>
<i>CP</i>	<i>Código Penal</i>
<i>Colum. L. Rev.</i>	<i>Columbia Law Review</i>
<i>Compet. L. Rev.</i>	<i>Competition Law Review</i>
<i>Comp. L. Observer.</i>	<i>Computer Law Observer</i>
<i>CCE</i>	<i>Comunidad Económica Europea</i>
<i>Com. Eurp. Aranz.</i>	<i>Comunidad Europea Aranzadi</i>
<i>CECA</i>	<i>Comunidad Europea del Carbón y del Acero</i>
<i>CE</i>	<i>Constitución Española</i>
<i>Cornell L. Rev.</i>	<i>Cornell Law Review</i>
<i>Cuad. Der. Púb.</i>	<i>Cuadernos de Derecho Público</i>
<i>CJ</i>	<i>Cuadernos Jurídicos</i>
<i>DA</i>	<i>Disposición adicional</i>
<i>DN</i>	<i>Derecho de los Negocios</i>
<i>Der. y Opin.</i>	<i>Derecho y Opinión</i>

<i>Diar. La Ley</i>	<i>Diario La Ley</i>
<i>DOCE</i>	<i>Diario Oficial de las Comunidades Europeas</i>
<i>Dic. Econ. Pol.</i>	<i>Diccionario de Economía Política</i>
<i>Dic. Jur. Esp. Calpe</i>	<i>Diccionario Jurídico Espasa Calpe</i>
<i>DGRN</i>	<i>Dirección General del Registro y del Notariado</i>
<i>DF</i>	<i>Disposición Final</i>
<i>DRAE</i>	<i>Diccionario de la Real Academia Española</i>
<i>DT</i>	<i>Disposición transitoria</i>
<i>Distr. y Cons.</i>	<i>Distribución y Consumo</i>
<i>Drak. L. Rev.</i>	<i>Drake Law Review</i>
<i>Econ. Ind.</i>	<i>Economía Industrial</i>
<i>Econ. Policy</i>	<i>Economic Policy</i>
<i>Econcl.</i>	<i>Economical</i>
<i>E. de. M. / EE. de MM.</i>	<i>Exposición de Motivos</i>
<i>EE.MM.</i>	<i>Estados miembros</i>
<i>Emory L. Jounl.</i>	<i>Emory Law Journal</i>
<i>EJB</i>	<i>Enciclopedia Jurídica Básica</i>
<i>EAA</i>	<i>Estatuto de Autonomía de Andalucía</i>
<i>EAA.s.</i>	<i>Estatuto de Autonomía de Asturias</i>
<i>EACan</i>	<i>Estatuto de Autonomía de Canarias</i>
<i>EACTB</i>	<i>Estatuto de Autonomía de Cantabria</i>
<i>EACM</i>	<i>Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha</i>
<i>EAC</i>	<i>Estatuto de Autonomía de Cataluña</i>
<i>EAG</i>	<i>Estatuto de Autonomía de Galicia</i>
<i>EACV</i>	<i>Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana</i>
<i>EAPV</i>	<i>Estatuto de Autonomía para el País Vasco</i>
<i>ECLR</i>	<i>European Community Law Review</i>
<i>ELR</i>	<i>European Law Review</i>
<i>EPI</i>	<i>Estatuto de Propiedad Industrial</i>
<i>FTC</i>	<i>Federal Trade Commission</i>
<i>Fordham Corporate L. Inst.</i>	<i>Fordham Corporate Law Institute</i>
<i>FD.</i>	<i>Fundamento de Derecho</i>
<i>GJ</i>	<i>Gaceta Jurídica</i>
<i>Geo. L. Jounl.</i>	<i>Geo Law Journal</i>
<i>HPE</i>	<i>Hacienda Pública Española</i>
<i>HLR</i>	<i>Harvard Law Review</i>
<i>IGIC</i>	<i>Impuesto General Indirecto Canario</i>
<i>I+D</i>	<i>Investigación y Desarrollo</i>
<i>IVA</i>	<i>Impuesto sobre el Valor Añadido</i>
<i>ICE</i>	<i>Información Comercial Española</i>
<i>ICAC</i>	<i>Instituto de Contabilidad y Auditoria de Cuentas</i>
<i>Int. & Compar. L. Quaterly.</i>	<i>International and Comparative Law Quaterly</i>
<i>Int. Rev. of L., Comp. & Tec.</i>	<i>International Review of Law, Computer and Technology</i>
<i>Jounl. of Cons. Research.</i>	<i>Journal of Consumer Research</i>
<i>Jounl. of Ind. Econ.</i>	<i>Journal of Industrial Economics</i>
<i>Jounl. of L. & Econs.</i>	<i>Journal of Law and Economics</i>
<i>Jour. of Mark.</i>	<i>Journal of Marketing</i>
<i>Jounl. of Mark. Research</i>	<i>Journal of Marketing Research</i>
<i>JCP</i>	<i>Jurado Central de Publicidad</i>
<i>JPI</i>	<i>Juzgado de Primera Instancia</i>
<i>Kentackey L. Jounl.</i>	<i>Kentackey Law Journal</i>
<i>La Ley</i>	<i>La Ley</i>
<i>LCD</i>	<i>Ley de Competencia Desleal</i>
<i>LDC</i>	<i>Ley de Defensa de la Competencia</i>
<i>LGDCU</i>	<i>Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios</i>
<i>LGPu.</i>	<i>Ley General de Publicidad</i>
<i>LECiv.</i>	<i>Ley de Enjuiciamiento Civil</i>
<i>LECri.</i>	<i>Ley de Enjuiciamiento Criminal</i>
<i>LM</i>	<i>Ley de Marcas</i>
<i>LOCM</i>	<i>Ley de Ordenación del Comercio Minorista</i>
<i>LP</i>	<i>Ley de Patentes</i>
<i>LPI</i>	<i>Ley de Propiedad Industrial</i>

<i>LPI</i>	<i>Ley de Propiedad Intelectual</i>
<i>LPRC</i>	<i>Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia</i>
<i>LSA</i>	<i>Ley de Sociedades Anónimas</i>
<i>LSRL</i>	<i>Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada</i>
<i>LOPJ</i>	<i>Ley Orgánica del Poder Judicial</i>
<i>MEE / MM.EE.</i>	<i>Medida (s) de Efecto (s) Equivalente (s)</i>
<i>Mich. L. Rev.</i>	<i>Michigan Law Review</i>
<i>N. Y. Univ. L. Rev.</i>	<i>New York University Law Review</i>
<i>North W. Univ. L. Rev.</i>	<i>North West University Law Review</i>
<i>Noticias CEE</i>	<i>Noticias de la Comunidad Económica Europea</i>
<i>Notre Dame L. Rev.</i>	<i>Notre Dame Law Review</i>
<i>OCDE</i>	<i>Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico</i>
<i>ONG</i>	<i>Organización sin Ánimo de Lucro</i>
<i>OM</i>	<i>Orden Ministerial</i>
<i>OOMM</i>	<i>Ordenes Ministeriales</i>
<i>Otrosí</i>	<i>Otrosí</i>
<i>Oxf. Jour. of Leg. Studies</i>	<i>Oxford Journal of Legal Studies</i>
<i>p. / pp.</i>	<i>Página (s)</i>
<i>PC User</i>	<i>Personal Computer User</i>
<i>PGC</i>	<i>Plan General de Contabilidad</i>
<i>Psychol. Rev.</i>	<i>Psychological Review</i>
<i>R</i>	<i>Resolución</i>
<i>R. Ar.</i>	<i>Repertorio Aranzadi</i>
<i>RD</i>	<i>Real Decreto</i>
<i>RDLeg.</i>	<i>Real Decreto Legislativo</i>
<i>RDLeY.</i>	<i>Real Decreto Ley</i>
<i>Rec.,</i>	<i>Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia CE</i>
<i>Res.</i>	<i>Resolución</i>
<i>Regl.</i>	<i>Reglamento</i>
<i>RJCP</i>	<i>Resolución del Jurado Central de Publicidad</i>
<i>RR</i>	<i>Resoluciones</i>
<i>RDM</i>	<i>Revista de Derecho Mercantil</i>
<i>RDPriv.</i>	<i>Revista de Derecho Privado</i>
<i>REPol.</i>	<i>Revista de Economía Política</i>
<i>RFDUGrd.</i>	<i>Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada</i>
<i>RCEC</i>	<i>Revista del Centro de Estudios Constitucionales</i>
<i>RDComerc.</i>	<i>Revista del Derecho Comercial</i>
<i>Rect.</i>	<i>Rectificación</i>
<i>REEcon.</i>	<i>Revista Española de Economía</i>
<i>RFDUC</i>	<i>Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense</i>
<i>RGD</i>	<i>Revista General del Derecho</i>
<i>RHTP</i>	<i>Revista Hispanoamericana de Teología Pastoral</i>
<i>RVE y H</i>	<i>Revista Valenciana de Economía y Hacienda</i>
<i>R. Xuríd. da Univ. Sant. Compostela.</i>	<i>Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela</i>
<i>Riv. Dir. Ind.</i>	<i>Rivista di Diritto Industrialle</i>
<i>Rutgers L. Rev.</i>	<i>Rutgers Law Review</i>
<i>S</i>	<i>Sentencia</i>
<i>S.A.</i>	<i>Sociedad Anónima</i>
<i>S.L.</i>	<i>Sociedad de Responsabilidad Limitada</i>
<i>SS</i>	<i>Sentencias</i>
<i>SDC</i>	<i>Servicio de Defensa de la Competencia</i>
<i>Southern Cal. L. Rev.</i>	<i>Southern California Law Review</i>
<i>Southern Econ. Jounl.</i>	<i>Southern Economic Journal</i>
<i>SGAE</i>	<i>Sociedad General de Autores de España</i>
<i>Stockholm Sch. of Econ.</i>	<i>Stockholm School of Economics</i>
<i>Suffolk Univ. L. Rev.</i>	<i>Suffolk University Law Review</i>
<i>t. / ts.</i>	<i>Tomo, tomos</i>
<i>Texas L. Rev.</i>	<i>Texas Law Review</i>
<i>TCE</i>	<i>Tratado de las Comunidades Europeas</i>
<i>TC</i>	<i>Tribunal Constitucional</i>

<i>TDC</i>	<i>Tribunal de Defensa de la Competencia</i>
<i>TJCE</i>	<i>Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea</i>
<i>TPI</i>	<i>Tribunal de Primera Instancia</i>
<i>TEDH</i>	<i>Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>
<i>TRLPI</i>	<i>Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual</i>
<i>TSJ</i>	<i>Tribunal Superior de Justicia</i>
<i>TS</i>	<i>Tribunal Supremo</i>
<i>UE</i>	<i>Unión Europea</i>
<i>US</i>	<i>United States Supreme Court Reports</i>
<i>Univ. of Chicag. L. Rev.</i>	<i>University of Chicago Law Review</i>
<i>Univ. of Cincinn. L. Rev.</i>	<i>University of Cincinnati Law Review</i>
<i>Vid. / vid.</i>	<i>Véase</i>
<i>v. - vol. / vols.</i>	<i>Volumen, volúmenes</i>
<i>Vp.</i>	<i>Voto particular</i>
<i>Yale L. Jourl.</i>	<i>Yale Law Journal</i>

INTRODUCCIÓN

El trabajo que a continuación se presenta como Tesis Doctoral lleva por título «La venta a pérdida como ilícito concurrencial». La realidad económica subyacente en cualquier venta a pérdida es la misma en todo tiempo y espacio, variando únicamente la calificación jurídica que de ella se hace. Por lo que el estudio abordará la problemática que suscita en el ordenamiento jurídico español la falta de una construcción unitaria de la figura. Ha de tenerse presente que el mismo acto de vender a pérdida puede constituir, en el ordenamiento español, una infracción de la Ley de Defensa de la Competencia en materia *antitrust*, de la Ley de Competencia Desleal, de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista en la regulación del comercio interior e incluso podría constituir un ilícito penal. Asimismo, podría dar lugar a una infracción de la normativa *antitrust* comunitaria o de los acuerdos internacionales suscritos por España en la materia. La propia naturaleza de la figura dificulta su encuadre en una determinada normativa. Por ello, el estudio que a continuación se desarrolla trata de analizar la figura de la venta a pérdida de un modo conjunto, huyendo de análisis sesgados y limitados que impiden una visión unitaria. Este planteamiento es necesario si lo que se pretende exponer con claridad el contenido y alcance de una figura que es objeto de enorme polémica en la doctrina y al mismo tiempo de escasa aplicación por los Tribunales y órganos administrativos competentes.

El ordenamiento español ha carecido tradicionalmente de un adecuado entramado social y económico para el desarrollo de la normativa *antitrust* y la relativa a la competencia desleal. Por lo que la importación de figuras de otros ordenamientos, motivada más por acontecimientos histórico-políticos que por madurez propia, debe realizarse con cautela y con la finalidad de evitar que planteamientos interesados distorsionen la estructura competencial por la que se ha optado. De estos defectos adolece el actual régimen jurídico de la venta a pérdida en el ordenamiento español, en el que el Legislador no ha tenido claro si constituía un ilícito *antitrust*, un acto de competencia desleal, o ambos a la vez. Por consiguiente, la existencia de un régimen jurídico confuso, asistemático y las dificultades técnicas inherentes a la determinación de los conceptos de «precio de adquisición» y «coste de producción», en torno a los cuales estableció el umbral de legalidad, han contribuido a una escasa represión de tales prácticas. De ahí que la doctrina nacional e internacional que se verá a continuación haya venido

realizando contribuciones sobre algunas modalidades de venta a pérdida, especialmente en materia de precios predatorios.

Esta asintonía entre la finalidad perseguida por el Legislador en las diferentes normas que regulan la venta a pérdida y la falta del instrumental óptimo para proceder a la represión de las modalidades que contienen un mayor grado de reproche —sin que ello suponga eliminar conductas competitivas eficientes— ha contribuido a generar inseguridad jurídica. A lo que hay que sumar la creencia existente en los destinatarios de la norma de que no serán sancionados, que de serlo lo serán tarde y mal, por lo que básicamente el riesgo a la sanción por incumplimiento parece quedar diluido y compensado por las dificultades técnicas para su imposición. Las pretensiones de este trabajo son evidentemente modestas. Partiendo del hecho de que la estructura del ilícito concurrencial de la venta a pérdida y las dificultades técnicas para su identificación, cálculo y represión son comunes, se propone la delimitación y construcción de los elementos inherentes a la figura, que, como se observa, tiene un carácter transversal entre las diferentes normativas (que además persiguen fines económicos y políticos aparentemente divergentes). Por ello se acudirá al estudio del ordenamiento comunitario y del comparado, en especial el de los Estados Unidos.

En el Capítulo I se procede a exponer las notas más relevantes del «Marco constitucional económico e ilicitud concurrencial». Se profundiza desde una concepción unitaria en el estudio de los pilares de la competencia como institución que, sin duda alguna, informa y determina las características del régimen jurídico de la venta a pérdida actual y sus desarrollos futuros. Sobre todo, a los efectos de entender el difícil equilibrio entre el principio de libertad de precios y sus limitaciones en aras de satisfacer un interés superior al de los propios concurrentes, el del mercado y el de los consumidores y usuarios. Con ello se ha pretendido realizar una aproximación a la difícil tarea de abordar el estudio de un marco constitucional económico con cláusula de Estado social que tamiza políticamente el modelo regulatorio de competencia por el que se ha optado, y por ende, el régimen jurídico de cada una de las prácticas. Para ello, se acude al estudio de los diferentes modelos regulatorios y, en especial el actual, que hace recaer el juicio de deslealtad en torno a la cláusula general de la buena fe mercantil —al exigir la presencia de una relación de competencia—, más propia de un modelo profesional que de uno de carácter social. Una conclusión a la que puede llegarse tras el análisis de las características del actual, que más bien debería ser calificado de modelo social poco avanzado. Todo ello determina y permite la existencia de elementos de juicio suficientes para aproximarse al aparentemente complicado régimen jurídico de la venta a pérdida en el ordenamiento español. En concreto, para la exposición y estudio del contenido, alcance y límites del principio de libertad de empresa, y por ende, el de otros principios que a su alrededor orbitan como libertad de competencia, competencia, establecimiento, precios y daño concurrencial justo en una economía de mercado en régimen de competencia imperfecta. Todo ello en un ordenamiento donde ha

de partirse del principio de libertad de precios como regla general y donde cualquier limitación ha de ser interpretada con carácter excepcional.

Una vez acotado el marco jurídico se procede con carácter previo a delimitar el concepto de mercado, en concreto delimitando el mercado de producto y el de servicio, sin el cual no podría definirse el lugar de realización de la venta a pérdida, ni sus efectos sobre los concurrentes, el mercado y los consumidores y usuarios. Proponiendo a los efectos de valoración que se tengan en cuenta los sujetos afectados, la importancia relativa del producto o servicio en cuestión, los efectos sobre la sustituibilidad de la demanda, la elasticidad de la oferta, las opiniones y preferencias de los clientes, de los competidores, las características de la demanda y de la oferta, las barreras de entrada y salida, los costes asociados, los flujos comerciales, las estructuras de compras y la competencia potencial.

En los Capítulos II y III se estudia el concepto de práctica predatoria y el papel del precio como señal, tanto en las no instrumentadas en estrategias de precios como en las que sí lo están. El Capítulo II lleva por título «Las conductas predatorias en el Derecho de la competencia. No Instrumentalizadas en precios». En él se procede metodológicamente a exponer diferentes prácticas predatorias y, sin ánimo de ser exhaustivo se estudian las conductas que instrumentalizadas en estrategias de precios pueden ocultar actos de venta a pérdida dirigidos a incrementar los costes de los rivales y que la doctrina de los Estados Unidos ha calificado como *rising rivals costs*. Esto es, comportamientos con los que el agresor, aún cuando mantenga los precios a los que normalmente se viene vendiendo dicho producto o prestando el servicio, en realidad las prestaciones accesorias hacen más atractivas su oferta, a costa de sus beneficios presentes y pasados. De modo que cuando el margen de beneficios resulta insuficiente para cubrir un determinado nivel de costes la conducta está encubriendo una venta a pérdida. Una estrategia donde se revela una mayor sutileza que en las ventas a pérdida instrumentalizadas en precios. Aparentemente estos comportamientos gozan de una presunción de legitimidad en el ejercicio de derechos, lo que prácticamente las blindo y las deja sin represión, cuando en realidad ocultan un supuesto que entra en la categoría de abuso de Derecho. Conductas que lejos de beneficiar al conjunto del sistema se configuran como auténticos actos de competencia desleal. Al tiempo se proponen diferentes vías para su represión, tanto desde la normativa *antitrust* en el ordenamiento nacional y en el comunitario, como desde la disciplina de la competencia desleal. Entre estos, como se verá, se ha profundizado en el estudio de los supuestos de ejercicio abusivo de derechos de exclusiva, tales como el abuso de estándares consolidados, el abuso de creaciones industriales, la explotación abusiva de la situación de dependencia económica, el abuso en el registro de dominios en Internet, el abuso de los derechos de propiedad intelectual, en la particular situación de las sociedades generales, la publicidad y las promociones publicitarias, el exceso de servicio en relación con la contraprestación recibida, el abuso de procedimientos judiciales y administrativos, la canibalización de productos, la contratación con proveedores, clientes y trabajadores de los competidores, los grupos de interés, las

operaciones de concentración como actos de *rising rivals costs*, la imitación predatoria y el boicot, entre otros.

Evidentemente, la variedad de comportamientos susceptibles de entrar en esta categoría es amplísima. Las principales dificultades son de calificación jurídica porque muchas de ellas no están tipificadas y se manifiestan investidas de un halo de legitimidad, competencia y eficiencia sin tocar directamente los precios, que suele ser la señal que tiene en cuenta el Legislador cuando procede a establecer las características del régimen jurídico de la venta a pérdida. De modo que sólo pueden ser objeto de represión a través de la cláusula general del artículo 5 de la LCD, salvo que se articulen en formas prohibidas por la normativa *antitrust*. Por lo que se añaden, además, las dificultades inherentes a la delimitación de ilícitos concurrenciales cuyos contornos no aparecen expresamente tipificados. Por ello, la importancia metodológica de este capítulo es crucial al suministrar al lector los parámetros necesarios para identificarlas. Todo ello constituye una pieza esencial antes de pasar al estudio de las prácticas predatorias instrumentalizadas en precios.

En el Capítulo III se analizan diferentes figuras instrumentadas en precios como los amenazadores, los discriminatorios, los desiguales, los superiores a los del mercado, a la baja, los próximos al coste y finalmente la venta a pérdida. De suerte que el lector no sólo podrá diferenciar entre comportamientos que impliquen una práctica predatoria de venta a pérdida y los que no, sino que además se estará en condiciones de calificar si un supuesto de venta a pérdida está instrumentalizado o no en precios. Tarea que se aborda conforme a dos hipótesis de estudio. La primera y mayoritariamente aceptada por la doctrina, plantea que la venta a pérdida sólo puede ser realizada por empresas con posición de dominio —Capítulo IV—, y la segunda, que criticando el planteamiento anterior, se propone la no exigencia de esta posición como requisito de procedibilidad —Capítulos V a VIII—.

En el Capítulo IV se procede al estudio de los elementos inherentes a dicha posición acudiendo a la normativa y doctrina *antitrust* española y comunitaria, tanto desde la oferta como desde la demanda. Ya sea desde una posición individual o colectiva, analizando y cuestionando las cuotas de mercado exigidas, los periodos de mantenimiento, los requisitos exigibles para declarar la existencia de barreras de entrada, salida y doble barrera y el exceso de capacidad. Tras este análisis y después de cuestionar las exigencias que ha venido realizando el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en cuanto a las cuotas de mercado y período de mantenimiento, se procede a defender la posibilidad real de que este tipo de estrategias puedan ser realizadas por empresas sin posición de dominio cuando dispongan de determinadas ventajas estratégicas. Como por ejemplo en los mercados altamente fragmentados o en los de alta tecnología.

En los Capítulos V a VIII se desarrolla la segunda hipótesis. Con carácter previo se delimitarán los conceptos de «precio de adquisición» y «coste de

producción» para los que se acude a los principios contables y a las normas de valoración del Plan General de Contabilidad así como a las adaptaciones sectoriales del mismo. Posteriormente se constata cómo la afirmación anterior encuentra respaldo en el análisis del régimen jurídico de la venta a pérdida en la normativa *antitrust* española — a excepción, claro está, de los supuestos de abuso de posición dominante— en la disciplina de la competencia desleal y en la normativa ordenadora del comercio interior. Su régimen jurídico parte del principio de libertad de precios como regla general y cualquier límite debe ser interpretado como excepción, calificando de desleales sólo los supuestos más graves de venta a pérdida, aquéllos que revelan un mayor grado de deslealtad, las engañosas, las denigratorias y las excluyentes o predatorias en el marco del artículo 17.2. a), b) y c) de la LCD por constituir actos de confusión, denigración y obstaculización. Y cuya ilicitud no queda amparada por el principio de libertad de precios que gira en torno a la libertad de empresa. Para la realización de dichos comportamientos en la norma no se hace referencia alguna a la posición que tenga el agresor. Evidentemente si tuviera dicha posición podría tener mayores garantías de éxito, pero ha de observarse que el ilícito concurrencial se construye sobre el desvalor de la acción y no sobre el desvalor del resultado. De modo que, de alcanzarse éste, se tendrá en cuenta a los efectos de confirmar la objetiva idoneidad del comportamiento para producir el resultado lesivo y, en su caso, contribuirá a la determinación del daño causado. Pero en modo alguno constituye un requisito de procedibilidad.

Asimismo, se propone, en contra del planteamiento tradicional que se proceda a la represión de las ventas a pérdida que se manifiesten objetivamente idóneas para producir el resultado lesivo, con independencia de la intención de su autor. Un planteamiento que un su día ya propusieron los profesores AREEDA y TURNER. De lo contrario, una venta a pérdida culposa o negligente, con los mismos efectos que una venta a pérdida dolosa podría no ser reprimida en atención a que desde la normativa *antitrust* y desde la disciplina de la competencia desleal se exige la presencia de intención. En dichos capítulos se procede al estudio de un régimen jurídico especialmente avanzado que supera los problemas de concepción estática de que adolecían algunos planteamientos hasta dirigirse a la previsión de supuestos de venta a pérdida desde un punto de vista dinámico. Lo que permite superar la represión de algunas ventas a pérdida que lejos de ser calificadas de desleales se basan en criterios de eficiencia y racionalidad económica. Un planteamiento que parece verse refrendado en la Propuesta de Reglamento (COM (2001) 546 – C5-0475/2001 – 2001/0227(COD)), en cuya enmienda número 28 PE 307.505/27-31 plantea el problema de que la limitación de algunas normativas de no aceptar descuentos por volumen. Y que de aplicarse supondría la derogación de los artículos 14 y 26.1 de la LOCM y el 8.2 de la LCD.

Posteriormente, en el Capítulo IX, «La venta a pérdida en la LOCM», se examina la reciente ordenación jurídica de la venta a pérdida en la normativa ordenadora del comercio interior. Una regulación que como se observará, en un

intento por eliminar los problemas derivados de la determinación de los conceptos de «precio de adquisición», «coste de producción», intencionalidad y prueba, ha optado por un sistema que adolece de notables defectos técnicos. Para ello, se procede a un estudio detallado del artículo 14 de la LOCM realizando las correspondientes propuestas al considerarlo contrario a los artículos 24 y 38 de la CE.

Finalmente, en el Capítulo X, «Supuestos de venta a pérdida autorizados en la LDC, LCD y LOCM», se procede al estudio de los diferentes supuestos de venta a pérdida que, encontrándose en el ámbito de la prohibición, han quedado primero excepcionados en aplicación de la LDC y LCD, y segundo, autorizados después con la LOCM. Comportamientos que cayendo en el ámbito de la prohibición están dotados de racionalidad económica como las ventas a pérdida excepcionadas, la venta de productos perecederos próximos a su deterioro definitivo o pérdida, las ventas por realineamiento con los precios de la competencia, aunque sea a pérdida para evitar males mayores, y los supuestos autorizados como las ventas de saldos y las ventas en liquidación. Así como el caso especial, el de las ayudas públicas cuando la empresa que las reciba las incorpore al proceso productivo y resulten incapaces de obtener beneficios con cargo al margen al que vende. Y para terminar se plantea una aproximación a los supuestos de venta a pérdida para evitar quiebras o suspensión de pagos en los que el agente, ante un estado de necesidad, opta por infringir una norma concurrencial.

* * *

En otro orden de cosas, y con la finalidad de que el seguimiento del presente estudio resulte más fácil, se han utilizado cuatro tamaños de letras, cada una con una finalidad concreta. El primero y mayor —12— para la información esencial y clave del trabajo. El segundo —11— para los sangrados en el texto. El tercero —9— en el texto se ha empleado para las digresiones y tratamientos en detalle de algunos puntos que por sus características e importancia relativa no debían ni ir en el texto, ni en las notas al pie. Lo que simplifica el estudio y manejo de la obra. Y finalmente, en cuarto lugar —9— para las notas al pie se han realizado utilizando el sistema tradicional de obras, artículos, sentencias, ... Para ello, la primera cita de cada autor en la obra se hace de un modo completo, simplificándolo posteriormente. Pudiendo acudir el lector al amplio y detallado repertorio de bibliografía, jurisprudencia y resoluciones en las últimas páginas de este trabajo.

CAPÍTULO I

UNA APROXIMACIÓN A LAS RELACIONES ENTRE COMPETENCIA Y MERCADO

I. Delimitación de la relación entre competencia y mercado

En el estudio que a continuación se realiza propone partir de dos premisas metodológicas básicas para su acotamiento. En la primera, la superación de las tesis que parten de la privacidad de la relación entre el mercado y el Derecho¹. Y en la segunda, establecer la relación entre la Constitución Económica y la ilicitud concurrencial respondiendo así a la necesidad de delimitar el marco conceptual y jurídico en el que se sustenta el desarrollo legislativo en materia de libre competencia y competencia desleal². Básicamente porque el acotamiento permite

¹ Para una aproximación *vid.* REICH, N., *Mercado y Derecho (Teoría y praxis del derecho económico en la República Federal Alemana)*, Ariel, Barcelona, 1985, pp. 48 y ss. Y que puede observarse, entre otros, en los trabajos de LUDWIG RAISER y en sus discípulos FRIEDRICH KÜBLER y CLAUS OTT. Lo que en nuestra doctrina ha sido calificado por GIRÓN TENA, J., *Tendencias actuales y reforma del Derecho mercantil*, Madrid, 1986 como un giro «hacia un nuevo privatismo». Una idea expresada con anterioridad en relación con la necesidad de intervención en la economía en GIRÓN TENA, J., «Competencia ilícita y derecho a la empresa. Interpretación de nuestro derecho positivo», *RDP*, núm.330, septiembre, 1944. Como señala REICH, N., *Mercado y Derecho ...*, ob. cit., p. 49, «En el curso de esa evolución subyace la convicción de que el derecho privado es algo más que un simple marco de ordenación, como suponía la teoría del siglo XIX, y también algo más que un instrumento para combatir el abuso de poder, como mantenía la teoría ordoliberal. El derecho asume tareas de autodirección y de redistribución. Por ello, el Estado intervencionista se ve obligado a aceptar al mercado junto con el correspondiente material normativo, al objeto de poder alcanzar los fines propios del Estado social.» Se trata como señala FRIEDRICH KÜBLER de «[...] concepción democrático y pluralista de las relaciones entre mercado y derecho [...]», pp. 48-49 de REICH. En un sentido similar resulta interesante la propuesta de DEMSETZ, H., *La economía de la empresa*, Alianza Editorial, Madrid, 1997, pp. 83 y ss., quien al explicar la teoría de la agencia y las relaciones con la propiedad pone de manifiesto las contradicciones existentes entre dicha propiedad, la función que está debe cumplir, la supuesta existencia de instrumentos democráticos y los costes que ello genera.

² Por constitución económica el TC entiende en la sentencia de 28 de enero de 1982, núm. 1/1982. Conflicto[s] positivo[s] de competencia núms. 63/1981 y 191/1981 (acumulados), *BOE*, de 26 de febrero de 1982. FJ. 1.º que: «[...] En la Constitución Española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las Constituciones liberales del siglo XIX y de forma semejante a lo que sucede en las más recientes Constituciones europeas, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la constitución económica o constitución económica formal. Este marco implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse, con carácter unitario, unicidad que está reiteradamente exigida por la Constitución cuyo preámbulo garantiza la existencia de «un orden económico y

el análisis de una modalidad de venta que sólo cuando concurren determinadas circunstancias es calificada como un acto de competencia desleal contrario a los intereses de los competidores, de los consumidores o del mercado. La realidad empírica sobre la que nace la venta a pérdida es la misma en cualquier circunstancia de tiempo y lugar. Sin embargo, las consecuencias jurídicas que se atribuyen a la conducta ligada a ella, dependerá de los criterios seguidos por el regulador en cada ordenamiento en atención a las circunstancias del momento histórico. No obstante, siendo estas notas inherentes a la propia naturaleza de la norma jurídica y a los fines por ella perseguidos, parece haber cierto consenso en relación con los efectos anticompetitivos y desleales que desencadenan estas prácticas³.

La figura de la venta a pérdida aparece acotada por el régimen jurídico que ésta tiene en el Derecho español y comunitario, con referencias necesarias a otros ordenamientos en los que la figura ha experimentado un mayor desarrollo doctrinal y jurisprudencial, principalmente en el norteamericano. Presupuesto elemental para entender el tratamiento que se le ha dado y que constituye el antecedente inmediato de la actual regulación. No ha de olvidarse que las Constituciones de esos países y el propio Tratado de Roma aparecen impregnados por las tendencias del momento en el que nacen y más concretamente, en

social justo» y cuyo artículo 2.º establece un principio de unidad que se proyecta en la esfera económica por medio de diversos preceptos constitucionales, tales como el 128, entendido en su totalidad; el 131.1, el 139.2 y el 138.2, entre otros. Por otra parte, la Constitución fija una serie de objetivos de carácter económico cuya consecución exige la adopción de medidas de política económica aplicables, con carácter general, a todo el territorio nacional (artículos 40.1, 130.1, 131.1 y 138.1). Esta exigencia de que el orden económico nacional sea uno en todo el ámbito del Estado es más imperiosa en aquellos como el nuestro, que tienen una estructura interna no uniforme, sino plural o compuesta desde el punto de vista de su organización territorial (Título VIII CE). La unicidad del orden económico nacional es un presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materias económicas no conduzca a resultados disfuncionales y desintegradores. Por ello, la Constitución retiene en poder del Estado, como exclusivas en su integridad, aquellas competencias que atañen a determinados aspectos del orden económico y de su unidad, como sucede entre otros preceptos, con el artículo 149.1.10 CE, y en otros supuestos retiene en poder del Estado, también con carácter exclusivo, la competencia para fijar solamente las «bases», como ocurre con los indicados en el artículo 149.1.11 y 13 CE.» Similar criterio al ya tempranamente seguido por DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Problemas de constitución económica», en *Actas del Primer Congreso de Filosofía Jurídica y Social*, Madrid, 1964, pp. 305-319, al mantener que «[...] en un sentido jurídico, la constitución económica se identifica con la conexión de todas las normas que han de configurar la economía de mercado y regir su curso, es decir, son el conjunto de las normas constitucionales propiamente dichas y de principios contenidos en las leyes mediante las cuales el Estado predetermina la esfera de libertad en que pueden moverse los participantes en la vida económica para la satisfacción de las necesidades de sus miembros, [...] las normas que integran la constitución económica poseen una cierta estabilidad, una vocación a la duración que las distingue de las normas que encarnan una política determinada y, por tanto, transitoria. En un sentido jurídico estricto, la constitución económica está integrada por el conjunto de normas contenidas en la ley política fundamental mediante las cuales se concretan y especifican los principios del ordenamiento jurídico válido para la actividad económica, desarrollada por los individuos o por el Estado —en la medida en que éste, según la propia norma constitucional—, puede actuar como sujeto económico. No existe, pues, una legalidad económica distinta de la jurídica, sino un orden económico que se realiza en el ámbito de un ordenamiento y que no puede pensarse fuera de él [...] La constitución económica comprende normas de carácter material y de carácter organizador. Estas últimas concretan las fuentes del Derecho de la economía, esto es, las fuerzas sociales a las cuales se las encomienda la creación de normas jurídicas que afectan al proceso económico de la comunidad.» Para profundizar a este respecto en el ordenamiento alemán *vid.* REICH, N., *Mercado y Derecho ...*, ob. cit., p. 10.

³ *Vid. Predatory pricing*, OCDE, Paris, 1989.

postulados de corte social⁴. Lo que sin duda alguna introduce un modelo evolucionado en el desarrollo y protección de derechos subjetivos ya que se establece el marco jurídico sobre el que posteriormente se desarrollan muchos de los principios finalistas que la inspiran, entre los que destacan especialmente aquellos que se dirigen a la consecución de los objetivos marcados en la constitución económica. El régimen jurídico de la venta a pérdida viene determinado por los criterios de política económica previamente señalados en el modelo económico constitucionalizado⁵. Precisamente porque trata de combinar el reconocimiento de la propiedad privada, la libertad de empresa, la libre iniciativa económica y de competencia con la satisfacción no sólo de aspiraciones personales sino también colectivas, y donde los diferentes ordenamientos adoptan una posición activa para la consecución de dichos objetivos⁶.

La Constitución de 1978 se decanta por un modelo de economía de mercado fuertemente influido por la cláusula social⁷. La cláusula social es una fórmula en

⁴ La referencia al concepto social parece cobrar fuerza tras la primera Guerra Mundial y la Depresión económica mundial entre 1929 a 1938. Los Estados europeos abandonaron la cómoda postura de no intervenir en la Economía para adoptar soluciones a las necesidades sociales para las que el liberalismo económico se mostraba claramente insuficiente. La no intervención había contribuido a las grandes crisis económicas, precisamente porque la libertad llevaba al abuso de la misma, con lo que las necesidades de la gran mayoría quedaban sin cubrir. La libertad sin control generaba desigualdad, con lo que la igualdad formal consagrada en diferentes textos quedaba vacía de contenido en la práctica. En este sentido *vid.* entre otros el trabajo de SHUMPETER, J. A., *Diez grandes economistas. De Marx a Keynes*, trad. Esp. Madrid, 1967, pp. 364-365. Y tal vez con un mayor claridad el trabajo KEYNES, J. M., *Las consecuencias económicas de la paz*, 2. ed., Barcelona, Crítica, 1991. Una obra donde el autor manifiesta la necesidad de intervención para fijar no sólo el marco jurídico normativo sino la legitimación de la intervención también activa para la consecución de dichos fines. En un intento de garantizar no sólo la igualdad formal, sino también la igualdad material, superando así la separación liberal entre Estado y Sociedad. A este respecto *vid.* por todos ABENDROTH, W. E FORSTHOFF, E., y DOEHRING K., *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986; BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1988., pp. 21 y ss.; KINDLEBERER, C. P., «The world in the depression, 1929-1939», *University of California*, Berkeley Press, 1973, traduc. Castellana ARGEMI D'ABADAL, LL., Edic. española edit. Crítica, Barcelona, 1985. Recientemente ha sido publicado el interesante trabajo de MARTÍN LABORDA, A., *Libre competencia y competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2000, especialmente pp. 25-33. Una cláusula que inspira e informa las constituciones de los países de nuestro entorno, y como no, el Tratado de Roma en su preámbulo.

⁵ En este contexto internacional el Legislador español no permanece al margen, ni en la Constitución de 1931, ni en la de 1978. La escasa vigencia temporal y de desarrollo de la primera tal vez no permita una afirmación tan tajante, pero no así la segunda. Los más de veinte años de vigencia y la normativa desarrollada permite mantener la afirmación de los efectos de la cláusula social sobre el modelo y el sistema económico. En nuestra doctrina ROJO, A., «Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española», *RGD*, núm. 169-170, julio-diciembre, 1983, p. 309, habla de sistema económico y no de modelo. Un término también empleado por ANTONI FONT en las notas al pie de la traducción que realiza del libro de REICH, N., *Mercado y Derecho ...*, ob. cit. p. 69.

⁶ Resulta interesante el análisis del mismo fenómeno aquí expuesto por MARTÍN LABORDA, A., *Libre competencia y competencia desleal ...*, ob. cit., pp. 13 y ss., en el que partiendo de los mismos presupuestos constitucionales posteriormente el autor concluye que la normativa *antitrust* y la de competencia desleal deben ser separadas. Mientras que como se observará en el presente estudio los puentes y conexiones materiales y finalistas son más convergentes que divergentes.

⁷ La mayoría de la doctrina nacional y comparada coincide con el hecho incuestionable de que la cláusula social inspira, informa y limita el desarrollo del modelo económico y por consiguiente acota el sistema económico por el que opta. Evidentemente esta es una opción política impregnada de una gran carga ideológica. El desarrollo del programa contenido en la Constitución y el mandato a los poderes públicos dependerá de la existencia de medios para realizarlo. Aunque se les exige una función activa para su consecución. A este respecto *vid.* ROJO, A., «Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española», *RGD*, núm. 169-170, julio-diciembre, 1983, p. 314, al mantener que: «A la voluntad de progreso se contraponen la insuficiencia de los medios. La contraposición entre épocas de

la que los Estados modernos compendian los parámetros para el desarrollo de un Derecho de la economía entendido como el «[...] derecho de la ordenación económica», aunando a tal fin las perspectivas de las diferentes ramas en las que se divide disciplinariamente el Derecho⁸. La cláusula social permite al Legislador constituyente combinar la inicial rigidez del modelo económico con la necesaria flexibilidad que dé cabida a los diferentes sistemas⁹. El Derecho económico pasa a

crecimiento y progreso y épocas de crisis es uno de los argumentos de mayor evidencia para afirmar el relativismo o la historicidad del Estado social. Los «valores supremos» del ordenamiento jurídico están condicionados, en cuanto a su concreta realización, y en cuanto a la intensidad de esa realización, por los medios de que dispone el Estado. La realización del Estado social está en función de los recursos económicos («tesis de la dependencia de los recursos económicos») No obstante, si bien el autor coincide en el planteamiento inicial, plantea límites por lo que deben ser tomadas con cautela porque los presupuestos ideológicos que contienen son también de gran calado. Si se acepta que en un momento de recesión económica se pueda retroceder en el grado de desarrollo de los derechos alcanzados en atención al principio de disponibilidad de recursos, esto podría conllevar un retroceso hacia una posición contraria a la contenida en el mandato constitucional. Resulta cuando menos cuestionable que en el caso de que estos recursos económicos disminuyan se pueda proceder a una limitación en el alcance de derechos ya realizados. Puede que la falta de recursos motive el que no se siga avanzado en el grado de protección de una determinada cobertura social, pero en modo alguno puede aceptarse como válida una limitación en el grado de ejecución alcanzado en un determinado derecho. Esto no debería suponer una hipoteca de futuro, sino en todo una premisa de obligatoria previsión para el desarrollo futuro.

⁸ GALÁN CORONA, E., en el Prólogo a la edición española de REICH, N., *Mercado y Derecho ...*, ob. cit., p. 10.

⁹ El término constitución económica como Derecho económico instrumental próximo al concepto de orden público económico, en cuyas directrices se mueve la política económica, ha sido objeto de amplios y detallados estudios por una doctrina constitucional y administrativista más relevante. La elaboración de una relación detallada de las diferentes aportaciones resulta inabarcable, pero no obstante, sirva exponer aquí aquellas más significativas por su enfoque mercantil. Especialmente *vid.* MÜLLER ARMACK, A., «Economía dirigida y economía de mercado», Madrid, 1963, pp. 15-49, 57-64, 132 y ss.; SANTOS, V., «Derecho económico y Derecho mercantil», en *AFDM*, 1978, pp. 37 y ss.; DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Problemas de la constitución ...», ob. cit., pp. 305-319; *idem*; «Constitución económica y Derecho mercantil», en Fundación Universidad Empresa, *La reforma de la Legislación mercantil*, Madrid, 1979, pp. 63 y ss.; FONT GALÁN, J. I., «Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978», *RDM*, núm. 152, 1979, pp. 205 y ss.; *idem*, «Constitución económica y Derecho de la competencia», Tecnos, Madrid, 1987; CAZORLA PRIETO, J. M., «Artículo 38», en *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 461-472; GARRIDO FALLA (dir.) *El modelo económico en la Constitución española*, Madrid, 1981, pp. 15 y ss.; ENTRENA CUESTA, «El principio de libertad de empresa», en GARRIDO FALLA (dir.) *El modelo económico en la constitución española*, Madrid, 1981, pp. 103 y ss.; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *Constitución, sistema económico y ...*, ob. cit., pp. 23 y ss.; ESTEBAN VELASCO, G., «El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español», Civitas, Madrid, 1982, pp. 561-638; ROJO, A., «Actividad económica pública y ...», ob. cit., pp. 309-341; GALÁN CORONA, E., Prólogo a la edición española de la obra REICH, N., *Mercado y Derecho ...*, pp. 67-153; BUCHANAN, J. M., «Economía política constitucional», Valladolid, 2 de diciembre de 1987; BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, 2.^a ed., Madrid, 1988; MARTÍN RETORTILLO, *Derecho administrativo económico*, I, Madrid, 1988; DE JUAN, *La constitución económica española*, Madrid, 1984; GARCÍA Pelayo, «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», en *Obras completas*, III, Madrid, 1991, pp. 2856 y ss.; LÓPEZ GARRIDO, D., «Apuntes para un estudio sobre la Constitución económica», *RCEC*, núm. 15, 1993, pp. 79 y ss.; ARIÑO ORTIZ, G., *Principios constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 21-47, 81-126; RUÍZ-RICO RUÍZ, G., «La libertad de empresa en la Constitución Económica española: Especial referencia al principio de la libre competencia», *RDM*, núm. 215, 1995, pp. 223 y ss.; ARAGÓN REYES, M., «Constitución económica y libertad de empresa», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, I, Madrid, 1996, pp. 162 y ss.; FIGA FAURA, L., «Norma, norma jurídica y norma mercantil», *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, I, Madrid, 1996; MASSAGUER FUENTES, J., «El Derecho mercantil ante las transformaciones político-sociales. Una aproximación», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, I, Madrid, 1996, pp. 399 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO, J., «Derecho y economía», *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, I, Madrid, 1996, pp. 5541-5549.; RUBIO LLORENTE, F., «La libertad de empresa en la Constitución», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, I, Madrid, 1996, pp. 431 y ss.; TENA PIAZUELO, V., *La unidad de mercado en el Estado Autonomo*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997, pp. 89-162; SACRISTÁN REPRESA, M., «Derecho económico y Derecho mercantil», en *Estudios de Derecho mercantil. Homenaje al*

cumplir una función instrumental de primer orden para alcanzar los fines de política económica¹⁰. Opera así como un instrumento que está al servicio del programa que ordena la actividad económica lo que permitirá alcanzar mayores cotas de libertad individual en el seno de una economía de mercado¹¹. Para ello

Profesor Justino F. Duque, I, Valladolid, 1998, pp. 65 y ss.; LORENZETTI, R., «La influencia del derecho constitucional en el derecho privado», *RDComerc.*, v.31, 1998, pp. 355- 375; SPELLENBERG, U., «La influencia de la constitución sobre el derecho privado», *RDComerc.*, v.31., 1988, pp. 231-253; DE LA QUADRA SALCEDO, T., «Constitución y modelo económico liberalizador», *Cuad. Der. Púb.*, núm. 9., enero-abril, 2000; TORRES LÓPEZ, J., «Sobre la ida y vuelta al liberalismo de la economía y del derecho», *RFDUG*, 3, 2000, pp. 27-30; IMMENGA, U., «El mercado y el derecho. Estudios de Derecho de la competencia», Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 17-36.

¹⁰ Por Derecho económico el TC alemán entiende «[...] no sólo aquéllos preceptos que hacen referencia a la producción, distribución de bienes y recursos económicos, son también todas aquellas normas que, como tales, hacen referencia de uno u otro modo a la actividad económica o a la economía en general (BverfGE, 4, 7 y 29, 406) [...] Los problemas decisivos de la relación entre mercado y Constitución no residen, según la jurisprudencia, en las declaraciones generales de principios, sino en la interpretación individual para cada caso concreto, esto es, en la llamada «afectación de los derechos fundamentales» En este punto se hace patente el *segundo aspecto* de la doble instrumentalidad del derecho (económico)». *Vid.* REICH, N., *Mercado y Derecho ...*, ob. cit., pp. 85-86. Y aunque encuentra numerosos puntos débiles por la inercia histórica de nuestra realidad económica y del modelo diseñado, la función de este puede resumirse en las siguientes objetivos: «a) libertad de acceso al mercado y multiplicidad de empresarios; b) falta de homogeneidad de los productos o servicios y carácter sustituibles de los mismos; c) presencia en cada mercado de los denominados poderes económicos, que controlan o manipulan, directa o indirectamente, la oferta, la demanda y los precios; d) tendencia a la concentración de grandes empresas que crean situaciones monopolísticas; e) intervención del Estado en la economía, tanto para regular la vida económica de los distintos sectores y mercados como para desarrollar directamente actividades económicas; f) existencia de un cierto grado de competitividad entre las empresas», *Vid.* FONT GALÁN, J. I., «Notas sobre el modelo económico ...», ob. cit., p.238. Con similar criterio *vid.* IMMENGA, U., *El mercado y el Derecho de mercado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 19, quien define el Derecho de mercado desde un punto de vista sistemático como «[...] aquella parte del Derecho de la Economía vinculada al mercado como principio de ordenación de la economía nacional». Incluyendo en dicho concepto el «[...]Derecho mercantil y de sociedades hasta ciertos ámbito del Derecho administrativo especial, pasando por el Derecho de la propiedad industrial y el Derecho de la competencia» —p. 18—.

¹¹ Aunque no obstante, deben de observarse ciertas cautelas porque la calificación del Derecho de la economía como derecho de la ordenación económica en el sistema económico no está exento de cierta impregnación ideológica. Pero además, tal vez por la propia naturaleza de los términos «derecho de ordenación económica» surgen en este punto dos pensamientos prácticamente opuestos. «Mientras por un lado se concibe al derecho de la economía desde una perspectiva metodológica, otra corriente atribuye al mismo un contenido material determinado» *Vid.* GALÁN CORONA, E., en el Prólogo al libro de REICH, N., *Mercado y Derecho ...*, ob. cit., p. 10. En cualquier caso, el derecho económico como el derecho de la ordenación económica no debe ser interpretado únicamente con criterios económicos, sino que serán tenidos en cuenta junto a otros elementos para realizar doble función instrumental que está llamado a cumplir en atención a los valores sobre los que se ha construido el modelo económico. Un argumento evidente para cualquier interprete objetivo de la norma constitucional. No obstante, a mayor abundamiento, este argumento aparece refrendado en el artículo 3.1. del CCiv. que establece que «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.» Por consiguiente, lo económico y la exigencia de eficiencia en «defensa de la productividad» como principio rector que debe impregnar toda norma sólo es un elemento más, importante, tal vez esencial en la normativa mercantil, pero en modo alguno debe prevalecer sobre el resto. Téngase presente que éste tiene un carácter meramente instrumental para alcanzar los objetivos y valores de los que está impregnado el modelo económico. Unas ideas que hay que tener presente y no dejarse seducir por los aparentes encantos de aplicar conceptos económicos al Derecho sin las debidas limitaciones tal y como señala GIRÓN TENA, J., *Tendencias actuales y reforma del Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 117-118, «Esta escuela americana ha producido actitudes, frecuentemente apasionadas o inspiradas en posiciones ideológicas, con rechazos frontales o acogidas vehementes, en las que no ha dejado de influir una especie de moda. Conviene ser cuidadosos y analíticos en el juicio de la misma. Desde luego, juicios de valor normativo implica un aposición en el campo económico, sobre la significación del Mercado y su realidad en la Sociedad y la «verdad» de la «mano invisible», que hace depender esta tesis de la aceptación de una escuela económica que no está ni con mucho generalizada [...] Pero si interesante es esta escuela, tanto más lo es que no se olvide la sustantividad del Derecho en su

utiliza una técnica en la que en ciertos supuestos limita la libertad individual en beneficio del interés general sobre conceptos jurídicos indeterminados o meramente elásticos¹². Simplemente establece cauces para canalizar el conflicto social y los abusos y deficiencias a los que por naturaleza tiende el ejercicio incontrolado del individualismo en la actividad económica¹³.

El Derecho económico opera así como un instrumento ordenador del modelo regulatorio de competencia, que evidentemente se impregna de los valores constitucionalizados y de los objetivos de política económica propios de una economía de mercado¹⁴. Siendo esto así, resulta esencial una aproximación con

finés, en su valores y en su propia técnica. Y sin descartar que siempre estará flotando, al menos en el «quantum», el gran problema de si el mercado es susceptible de funcionamiento autónomo y sobre él se superpone el Derecho con una finalidad de orientación o corrección con incentivos, sanciones, atribuciones de derecho subjetivos, etc., o si, contrariamente, no existe ese mercado es estado natural y en el mercado mismo está ya el Derecho.» A mayor abundamiento sobre esta idea *vid.* GONDRA, J. M., «¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía? (A propósito de una teoría del Derecho que postula una jurisprudencia orientada por el calor de la “eficiencia económica”», *RDM*, núm. 226, oct.-nov., 1997, Madrid, pp. 1545-1672. Una idea con la que coincide FIKENTSCHER, W., «Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio), *RDM*, núm.172-173, 1984, p.479, quien con indudable acierto mantiene que: «[...] El jurista debería tomar conocimiento de la dimensión social del Derecho frente a la individual. Dicho de otro modo, el jurista debe ocuparse no sólo del particular sino también de la sociedad y de sus grupos. Sería funesto reservar el problema sólo a los economistas, a los políticos, o a ambos a la vez.»

¹² Con similar criterio *vid.* BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985, p.111.; DEMSETZ, H., *La economía de la empresa*, Alianza Editorial, Madrid, 1997, p. 57, quien propone la superación de la concepción liberal y neoliberal de la propiedad y de la función de la empresa en relación a la maximización del beneficio con respecto al problema de la agencia sobre dos conceptos básicos: propiedad y control. Parte de que el fundamento del desarrollo económico obedece a «[...] la distribución de la riqueza, la cultura, las instituciones y los principios de organización (deben) contarse como inversiones si persisten las diferencias en las combinaciones de producción.», p.57. En definitiva, vienen a garantizar un cierto estadio de homogeneidad básico sobre el que posteriormente tienen lugar los problemas que trata de solucionar a través de los límites de la teoría de la agencia a la propiedad y control. Donde tiene lugar una especie de secuestro de los presupuestos democráticos en los que se sustenta el control de la empresa. Para determinar el contenido y alcance de estos conceptos jurídicos indeterminados es de gran ayuda ver la aplicación que ha venido realizando la jurisprudencia del TC al respecto. Para profundizar sobre la interpretación de los mismos *vid.*, SAINZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, pp. 63-190.

¹³ Lo que se pone de manifiesto por ejemplo en los supuestos de cogestión paritaria por mandato constitucional y el reconocimiento de la propiedad privada como acertadamente señala ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 604-612, al exponer equilibrio relativo entre el reconocimiento del derecho subjetivo y el mandato al mantener —p. 605— que «[...] El problema consiste en si con la sujeción de la libertad a través de la cogestión paritaria actúa el legislador dentro del mandato constitucional o se traspasan aquellos límites afectando al contenido esencial de la garantía constitucional indisponible para el legislador (art. 19, 2, GG). Premisa indispensable para su análisis en determinar la configuración de la garantía constitucional de la propiedad según la más acreditada doctrina y jurisprudencia germánicas.»

¹⁴ Supone una clara superación de los planteamientos liberales, neoliberales e incluso ordoliberalistas de la escuela de Friburgo de la competencia por eficiencia en una economía de mercado, hacia las tesis funcionales en el que «[...] La supuesta autonomía de la competencia se ve obligada a retroceder a favor de la consideración instrumental y funcional (Huffschmid, 1970, pp. 109 y ss)» REICH, N., *Mercado y Derecho ...*, ob. cit. Con el término escuela de Friburgo se hace referencia a una corriente de pensamiento de economistas y juristas surgida en Alemania en la década de los años treinta y que toma especial fuerza tras las Segunda Guerra Mundial al proponer los postulados para el desarrollo de la «economía social de mercado». Básicamente inspirados en principios teórico democráticos vienen a mantener que la libertad económica sólo es viable si se la protege de su autodestrucción, por lo que entre otras medidas proponen la ordenación de la competencia como institución llamada a cumplir una función político social de control del poder económico. Que sólo es posible si dicho «[...] ordenamiento es garantizado jurídicamente por el Estado, es decir, por el ordenamiento de la competencia». Lo que se conoce como la teoría del ordoliberalismo. *Vid.* FIKENTSCHER,

carácter previo al contenido y alcance del sistema de economía de mercado, a los efectos de determinar la relación entre Derecho y mercado. Unas relaciones que se manifiestan plenamente en el denominado Derecho económico como categoría sistemática claramente impregnada por la cláusula del Estado social¹⁵. Resultando especialmente interesantes a los efectos de este estudio, las libertades de contenido económico como la propiedad privada, la libertad de empresa, libertad de concurrencia, libertad de competencia y licitud de la actividad concurrencial. Libertades cuyo reconocimiento constitucional y desarrollo suponen una clara superación de los problemas derivados de una estricta concepción *ius-privatista*¹⁶.

El reconocimiento constitucional de la propiedad privada en nuestro Derecho, si bien funcionalizada al interés social, opera como base sobre la que se asientan el resto de derechos subjetivos de contenido patrimonial¹⁷. La nueva configuración de este derecho subjetivo rompe claramente con su concepción liberal¹⁸. De suerte que pasa a cumplir una función institucional y otra individual

W., «Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio), *RDM*, núm.172-173, 1984, pp. 462-463. Como señala este autor, «[...] la libertad autoasegurada tiende a su autosupresión. Por ello hay que situarla en un marco de ordenación. La disposición de este marco de ordenación constituye la tarea principal de la política económica estatal. Los fines que se persiguen con ella pueden dividirse en dos grupos: el desarrollo de la personalidad y la dirección y encauzamiento de la actividad económica.» Para una aproximación a las diferentes teorías de la relación entre el mercado y el derecho y su carácter instrumental, *vid.* entre nuestra doctrina REICH, N., *Mercado y Derecho ...*, ob. cit., pp. 32-59.

¹⁵ El Derecho económico desempeña una función instrumental doble —REICH— «[...] por un lado, organiza los procesos que discurren conforme a las reglas de una economía de mercado, poniendo a su disposición normas e instituciones (en especial, el contrato, la propiedad privada, el derecho de la propiedad industrial, etc.) y que, por otro, se convierte en un instrumento del Estado para ejercer su influencia en dichos procesos y, al mismo tiempo, obtener la consecución de determinados objetivos de política social. Así pues, el derecho resulta de este modo *instrumentalizado doblemente*: por parte del Estado (social) por parte de los agentes que actúan en el mercado; y precisamente en ello, como se verá, hay que buscar la razón de la contradicción fundamental que existe en el moderno derecho de la economía. La ideología de un derecho unitario presenta ya fisuras considerables; los conflictos entre economía y política se reproducen ahora en el plano del derecho.» *Vid.* REICH, N., *Mercado y Derecho ...*, ob. cit., p. 61. Para profundizar en el carácter instrumental del Derecho económico como categoría sistemática *vid.* ROJO A., «El derecho económico como categoría sistemática», en *Estudios en Homenaje al Profesor ANTONIO POLO*, Madrid, 1981, pp. 977 y ss. *Vid.* también SANTOS, V., «Derecho económico y derecho mercantil», *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia*, 1978, p. 37.

¹⁶ Y que también tiene lugar en ordenamientos aparentemente tan inspirados en postulados neoliberales como el de los EE.UU. De hecho la normativa *antitrust* a través de la *Sherman Act* y el resto de leyes complementarias constituye un claro ejemplo de los esfuerzos por proteger a la sociedad norteamericana de los abusos de las grandes corporaciones. Básicamente porque los intereses colectivos de la sociedad e individualistas de las empresas es contrapuesto. En este sentido también se pronuncia FIKENTSCHER, W., «Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio), *RDM*, núm.172-173, 1984, pp. 462. Y con similar criterio *vid.* GALÁN CORONA, E., *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Madrid, 1977, pp. 35 y ss.

¹⁷ La funcionalización de la propiedad privada a raíz de la cláusula del Estado social como una manifestación de la creciente democratización es una idea presente en la obra de GIRÓN TENA, J., *Tendencias actuales del Derecho Mercantil*, ob. cit. Resulta interesante a este respecto las ideas presentes en la página 70 en la que mantiene que: «Tanto respecto de la propiedad —que se reconoce pero con su contenido ceñido por su función social— como en lo que se refiere a la empresa, se preconizan la promoción del acceso a la propiedad de cualesquiera bienes y la participación en las empresas, con lo que parece perseguirse una profundización en la democratización, características de la búsqueda de la igualdad real. [...]» Para un estudio del régimen jurídico de la propiedad privada, aunque desde una perspectiva administrativista, pero coincidente en lo esencial *vid.* LEGUINA VILLA, J., «El régimen constitucional de la propiedad privada», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3., mayo-agosto, 1994, p. 11.

¹⁸ A este respecto *vid.* STC 37/1987, de 26 de marzo

bajo el prisma del modelo y sistema económico¹⁹: mientras en la primera, no obstante, se parte de su reconocimiento formal —artículo 33.1. de la CE—, en algunos supuestos y siempre que se respete su contenido esencial —artículo 53.1. de la CE— tolera limitaciones o vinculaciones de inequívoco carácter social —artículo 33.2. de la CE—²⁰; y en la segunda, el reconocimiento en el marco constitucional tiene por objeto el posibilitar los cauces adecuados para el

¹⁸ A este respecto *vid.* STC 37/1987, de 26 de marzo en cuyo FD 2.º se pronuncia en este sentido al mantener que «[...] la referencia a la “función social” como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como menor ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente a su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, en decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio es llamada a cumplir [...] esa dimensión social de la propiedad privada, en cuanto institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea y, por ende, deber ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a la otrora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito. Por otra parte, no cabe olvidad que la incorporación de tales exigencias a la definición misma del derecho de propiedad responde a principios establecidos en intereses tutelados por la propia Constitución, y de cuya eficacia normativa no es posible sustraerse [...]» Un criterio muy similar al mantenido por BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 111-112.

¹⁹ *Vid.* STC 37/1987, de 26 de marzo, FD. 2.º Una idea mantenida en el proceso constituyente y posteriormente en su obra PECES-BARBA, G., *La Constitución española de 1978*, Fernando Torres, Valencia, 1981, p. 42 y ss. Asimismo el estudio sobre la garantía constitucional de la propiedad y la doble función que está llamada a cumplir en el ordenamiento alemán y perfectamente trasladable al ordenamiento español la realizada por ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español ...*, ob. cit., pp. 604-612, al mantener que: «De forma prácticamente unánime se entiende que la garantía constitucional de la propiedad privada comprende tanto la llamada garantía institucional («Institutsgarantie»), es decir, la garantía de la propiedad como institución (complejo normativo) que por su función debe mantenerse con unas características típicas y determinadas, como la garantía de la posición jurídica («Rechtstellungsgarantie»), en decir, la garantía del derecho subjetivo concreto del ciudadano sobre los bienes.»

²⁰ *Vid.* ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español ...*, ob. cit. pp. 636-638. El autor tempranamente ya expone las similitudes de la regulación del derecho de propiedad privada en la CE española y la alemana de las nuevas notas del reconocimiento de dicho derecho bajo el prisma de la CE y en contraposición con el planteamiento liberal. La regulación en el artículo 33 supone la ruptura «[...] con el concepto liberal de la propiedad del artículo 348 del Código Civil y se sitúa en línea —ya iniciada en parte en la legislación anterior— de las modernas concepciones que, frente a la propiedad como situación típica y unitaria de poder, por un lado, sostienen la existencia de un contenido diversificado según los distintos objeto de propiedad —no hay propiedad, sino propiedades— y, por otro, postulan la consideración de la función social en la determinación por el legislador del contenido concreto de cada situación (compleja) de propiedad.» Un planteamiento que posteriormente se ve refrendado en la STC 37/1987, de 26 de marzo al mantener que el reconocimiento de la «[...] propiedad privada en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación profunda que impide concebirla hoy como una figura reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el art. 348 del CC, que los recurrentes citan en apoyo de su alegato inconstitucional. Por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencia la flexibilidad o plasticidad del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae.»

desarrollo de la personalidad del individuo²¹. Pues bien, lo que importa destacar desde este momento es que ambas funciones se contienen en la competencia como institución, que se preordena al cumplimiento de una función político-económica donde adquiere pleno sentido la limitación a la libertad empresa y como manifestación de ésta, la libertad de precios en determinados supuestos y bajo ciertas condiciones²².

También el reconocimiento constitucional de la *libertad de empresa* supone una ruptura con los postulados sobre los que se habían sustentado las concepciones liberales. La construcción de la libertad de empresa sigue cimentándose sobre la propiedad privada, aunque reclame para sí un cierto grado de autonomía en la medida en que la propiedad privada de los factores de producción no es un requisito esencial para el desenvolvimiento de la actividad mercantil²³. La libertad de empresa presupone, como se ha dicho, otras libertades como la «[...] libertad de acceso al mercado, libertad de actuación y libertad de cesación de ese mismo ejercicio»²⁴. En cualquier caso, nunca habrá de interpretarse atendiendo únicamente a la primera referencia que se hace a la economía de mercado, sino que por el contrario, ha de tenerse presente «[...] el conjunto de datos que conforman el marco constitucional español para el ejercicio de aquella libertad.»²⁵ Sobre todo en materia de defensa de la competencia como

²¹ La propiedad privada en los términos así concebida pasa a cumplir también una función instrumental para el Derecho de la competencia, como un medio para alcanzar mayores cotas de desarrollo de dicha libertad en el seno de una colectividad. Por ello se proponen con cautelas ciertas limitaciones al objeto de garantizar el libre desarrollo de la personalidad. Lo que ciertamente es de importancia en una «[...] determinada estructura económica, en la medida que el acceso al mercado depende de forma decisiva de la estructura del mismo. Resulta más sencillo introducirse en un mercado estructurado sobre la base de la pequeña y mediana empresa que en un organizado en forma de monopolio u oligopolio. Prácticamente cualquier persona puede abrir una “tienda en la esquina”... en cambio, resulta imposible para un particular la apertura de un negocio de alimentación con sistema de descuentos y ofertas.» Vid. FIKENTSCHER, W., «Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)», *RDM*, núm. 172-173, 1984, p. 479.

²² Para una aproximación más detenida al estudio del contenido y alcance del derecho a la propiedad privada y la libertad económica en la jurisprudencia alemana, por la interpretación que el Tribunal realiza de los artículos 14 —reconocimiento de la propiedad privada— y 19.2. —respeto al contenido esencial— vid. REICH, N., *Mercado y Derecho ...*, ob. cit., pp. 91-98. Y para una visión retrospectiva de la evolución del derecho de propiedad es interesante por la simplicidad con la que es tratada BASSOLS COMA, M., *Constitución económica y sistema económico ...*, ob. cit., pp. 113-128.

²³ Entre ambas libertades existe «[...] una correlación, normal pero no necesaria, entre propiedad —cualificación jurídica de una compleja situación jurídica estática de disfrute— y empresa —cualificación de una situación jurídica dinámica—» DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Iniciativa privada y empresa», en *Constitución y Economía*, Madrid, 1977, pp. 30 y ss.

²⁴ Vid. ROJO, A., «Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española», *RDM*, 1983, p. 309 y ss.

²⁵ Vid. ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español ...*, ob. cit., p. 627, para quien. «[...] hay una tendencia interpretativa que, a nuestro juicio, desorbita el significado de la primera frase del artículo 38 y privilegia de forma injustificada la referencia en el mismo a la economía de mercado, al ver en ello la opción rígida por un modelo de organización de la actividad económica predeterminado. Se sigue para ello una vía metodológica no libre de graves reparos. En esta lectura de la Constitución en clave liberal se toma la referencia a la economía de mercado como marco de la libertad de empresa no tal como resulta del conjunto de la Constitución, sino partiendo de los datos que integran una determinada concepción de la economía de mercado como programa político, económico y social o, incluso, como realidad en mayor o menor medida hoy en tal o cual país. La secuencia lógica de este proceder es estimar que sólo caben intervenciones “conformes al mercado” según esa concepción previa del mismo. El intento de ver interpretar el significado de referencia al mercado con los ojos de una ideología previa y no con los datos que proporciona la misma Constitución, no permite considerar en su justa medida

parte de ese Derecho económico que directamente incumbe a los poderes públicos para evitar los efectos de las concentraciones y de los abusos de poder económico²⁶. Lo que constituye un claro ejemplo no sólo del atemperamiento de la libertad de empresa a las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación²⁷. En este supuesto, sometidas a los mandatos de política económica, en el que la competencia desempeña un papel institucional y que se instrumenta en la normativa *antitrust* y en la competencia desleal²⁸. Por ello, resulta esencial proceder a realizar una aproximación al conjunto de libertades que orbitan en torno al principio de libertad de empresa a los efectos de comprender las posteriores limitaciones que de ellos se pueda realizar a través de la prohibición de determinadas modalidades de venta a pérdida.

En este sentido la *competencia* también adquiere un nuevo significado frente al tradicional, inexorablemente enraizado en la naturaleza del hombre y que viene a expresar una idea de lucha extrapolable a cualquier faceta de la vida, se pasa a la función institucional, como inspiradora y ordenadora del Derecho económico²⁹.

En efecto, «[...] la competencia es, pues, un fenómeno jurídico, aunque los móviles sean económicos.»³⁰ Es precisamente la calificación jurídica lo que determina la definición del acto de competencia, la concurrencia y realización de éste en libertad como sinónimo de igualdad en sentido material y finalmente, la calificación del acto. En definitiva, el régimen jurídico y la función que se atribuya a la competencia viene a establecer los cauces para canalizar el conflicto

una distinción que tiene una trascendencia fundamental, y es que una cosa son las opciones político económicas compatibles con la Constitución, y que deberán desarrollarse con las garantías democráticas que ésta prevé, y otra la fijación de lo que constituye programa normativo mínimo de Constitución.»

²⁶ Vid. DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Constitución económica y Derecho mercantil», en *La reforma de la Legislación mercantil*, Madrid, 1979, p. 99.

²⁷ La ambigüedad ha sido buscada a propósito, hasta el punto de que cabrían interpretaciones que van desde los supuestos en los que la economía de mercado opera como límite a la planificación económica, y viceversa, en el que la planificación opera como límite a la economía de mercado. Pero en la práctica más parece orientarse hacia el primer planteamiento, y de ahí, el especial reconocimiento del principio de libertad de empresa en el artículo 38 de la CE, fuera del ámbito del capítulo Título I, Capítulo III «De los principios rectores de la política social y económica» —artículos 39 a 52—. Vid. SUÁREZ GONZÁLEZ, F., «El Derecho del Trabajo en la Constitución», en *Lecturas sobre la Constitución española*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1978, p. 219.

²⁸ Al haberse superado la tradicional diferenciación de ambas disciplinas con la aprobación de la LDC — artículo 7— y de la LCD — artículo 15—. Porque aunque los órganos sean diferentes, el interés de la represión en atención a los bienes jurídicos protegidos es prácticamente coincidente, en uno garantizar la libertad de concurrencia y competencia en condiciones de igualdad, y en otro evitar el falseamiento por actos de competencia desleal. Y todo ello, partiendo de la licitud del daño concurrencial. En sentido contrario al carácter unitario de ambas disciplinas con base en el diferente interés jurídico tutelado *vid.* entre otros OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, J. J., *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Pamplona, 1994, pp. 67-68; MARTÍN LABORDA, A., *Libre competencia y competencia desleal*, ... ob. cit.

²⁹ Vid. GIRÓN TENA, J., «Competencia ilícita y derecho a la empresa. Interpretación de nuestro derecho positivo», *RDP*, núm.330, septiembre, 1944, pp. 693-694. Con cierta ironía mantiene que «La competencia es tan vieja como la economía de cambio y la posibilidad de decidir entre dos ofertas. El liberalismo económico hace de la libre competencia el principio rector de la economía; pero lo que había de funcionar automáticamente, hubo de ser reglamentado, porque era una abdicación en el capitalismo.»

³⁰ Vid. GARRIGUES, J., *La defensa de la competencia* ..., ob. cit., p. 12.

social³¹. Podría afirmarse que, aunque no se realiza una referencia expresa en la CE, la *libertad de competencia* en el plano institucional encuentra su fundamento en la libertad de empresa y por tanto impregnada de los valores descritos³². Por consiguiente, como institución en su doble faceta, libre y leal, actúa como un elemento dirigido a «[...] garantizar el orden económico constitucional en el sector de la economía de mercado, desde la perspectiva de la defensa de los intereses públicos [...]»³³. Cobrando especial importancia el mandato realizado a los poderes públicos para que asuman una función institucional en el desarrollo de la política económica en el que, como se ha indicado, la competencia adquiere un carácter instrumental. La competencia se convierte así en fundamento del sistema económico al tiempo que opera como límite a determinados excesos de la libertad de precios, particularmente visible en ciertas prácticas predatoria. Se comporta «[...] como principio rector de toda la economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra Sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa.»³⁴ En consecuencia, la competencia tiene por objeto, de acuerdo con las exigencias de la economía general, y en su caso de la planificación «[...] garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, siendo asimismo compatible con las demás leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias jurídicas o económicas, de orden público o privado.»³⁵ Y por ello, con la aprobación de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, de 10 de enero —LCD— se pretende en el plano institucional «[...] garantizar o asegurar una ordenación del juego competitivo acorde con la escala de valores e intereses que ha cristalizado en nuestra constitución económica.»³⁶ Cumpliendo de este modo con el mandato dirigido al legislador ordinario para que establezca «[...] los mecanismos precisos para impedir que tal principio pueda verse falseado por prácticas desleales, susceptibles, eventualmente, de perturbar el funcionamiento concurrencial del mercado.»³⁷

³¹ Una idea tempranamente expuesta por GIRÓN TENA, J., «Competencia ilícita y derecho a la empresa. Interpretación de nuestro derecho positivo ...», ob. cit., p. 697, al indicar en relación con la doble función de la competencia que «La doctrina, [...] ha dirigido sus esfuerzos hacia la solución de dos problemas principales: bien jurídico protegido y pensamiento director o fundamental de la ley de ordenación de la competencia.» Básicamente porque manifiesta la desconfianza hacia un la competencia en ausencia de limitaciones al derecho de propiedad. Manifiesta su «agnosticismo liberal», y «[...] dentro de la materia económica de la competencia lo que interesa a los juristas es el *aspecto negativo*, [...] sino un examen de aquellos elementos que tengan una repercusión en el fin de ordenación social que el Derecho cumple.

³² Una afirmación realiza por el Legislador en la Exposición de Motivos de la LCD al mantener que «Obedece la Ley, finalmente, a la necesidad de adecuar el ordenamiento concurrencial a los valores que han cuajado en nuestra constitución económica. La Constitución Española de 1978 hace gravitar nuestro sistema económico sobre el principio de libertad de empresa y, consiguientemente, en el plano institucional, sobre el principio de libertad de competencia. [...]»

³³ Vid. Exposición de Motivos de la LDC, párraf. 1.º

³⁴ Vid. Exposición de Motivos de la LDC, párraf. 1.º

³⁵ Vid. Exposición de Motivos de la LDC, párraf. 2.º

³⁶ Vid. Exposición de Motivos de la LCD, párraf. III, *in fine*. BOE, de 11 de enero de 1991, núm. 10.

³⁷ Vid. Exposición de Motivos de la LCD, párraf. II, 4.º Por consiguiente, la competencia en su función institucional vine a garantizar también un elemento consustancial, la libertad concurrencial. Debe de realizarse esta precisión terminológica porque no debe confundirse con la competencia. La posibilidad de que tenga lugar la libre concurrencia se encuentra en un estadio anterior. Si se concurre, se puede posteriormente competir, pero no a la inversa. En determinados supuestos, la concurrencia no es libre, sino que aparece

Llegados a este punto, y una vez expuestas las líneas maestras en la que se cimenta el Derecho económico en el ordenamiento español, cabría preguntarse si la nueva regulación de la competencia viene a cumplir una función de protección de clase o capas medias *Mittelstandsschutz*³⁸. Como señala la Exposición de Motivos de la LCD la norma obedece «[...] a la necesidad de adecuar el ordenamiento concurrencial a los valores que han cuajado en la constitución económica [...]», a la apertura de nuevos mercados, a la emancipación de la vida mercantil y a la entrada en la Comunidad Económica Europea. Y su regulación tiene en cuenta que esta nueva situación socio-económica podría dar lugar a abusos «[...] gravemente nocivos para el conjunto de los intereses que confluyen en el sector como: el interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del Estado al mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado.»³⁹ Evidentemente el poder de mercado podría producir abusos que lesionaran los diferentes intereses en juego. De ahí la función tuitiva de la competencia hacia los diferentes intereses convergentes. La protección de los consumidores y usuarios, la de los concurrentes y la del propio mercado es un claro ejemplo de ello. En concreto, la prohibición de determinadas modalidades de venta a pérdida constituye una forma de protección directa del pequeño comerciante frente al ataque en precios de empresas de superior envergadura. Se trata por consiguiente de un supuesto de discriminación positiva horizontal del pequeño comerciante. Lo que indirectamente implica la protección de los consumidores y usuarios y del propio mercado, que de este modo asegura que la competencia sea libre y leal en atención a criterios de eficiencia y racionalidad económica⁴⁰. Por lo que podría resultar extraordinariamente difícil de combinar la protección de los pequeños comerciantes como clase media y los intereses de los consumidores y usuarios⁴¹.

condicionada. Tal vez se entienda mejor con un ejemplo. En los concursos públicos para prestar el servicio de transporte local de pasajeros o de telefonía móvil. Las empresas que concurren deberá reunir una determinados requisitos objetivos y subjetivos de acuerdo con el pliego de condiciones. Y sólo aquéllos que los reúnan tendrán la condición de concurrentes. Una vez hayan superado el correspondiente concurso y acceden al mercado podrán competir con el resto de los concurrentes. Por ello, en la Exposición de Motivos el Legislador entre las funciones que tiene atribuida se encuentra la de garantizar un orden concurrencial debidamente saneado. Aunque en contra de esta diferenciación técnica cabría hablar de dos momentos diferentes en los que tiene lugar la competencia, una en el concurso y otra, una vez superado dicho concurso.

³⁸ Siguiendo la traducción realizada por ANTONI FONT en la traducción del libro de REICH, N., *Mercado y Derecho ...*, ob. cit., p. 168, define el término en su acepción literal como «protección de las clases o capas medias». Indicando que con ello se hace referencia a un «[...] determinado tipo de política económica que exige el fomento de las pequeñas y medianas unidades productivas frente a la concentración empresarial.»

³⁹ Vid. Exposición de Motivos de la LCD, párraf. III, 2. 4.º

⁴⁰ El que el Derecho económico dimanante del sistema económico vea en la institución de la competencia un medio informador e instrumental adecuado para el desarrollo de la política económica, lo cierto es que a ésta no le alcanza el concepto de eficiencia en la acepción liberal del término. Precisamente porque determinadas cuestiones no pueden ser medidas en atención a criterios de eficiencia económica. En cualquier caso la acepción liberal del término es útil para mantener que en algunos supuestos la propia competencia como institución acepta como válidos ciertos niveles de ineficiencia o incompetencia. Este es el caso de ciertas grandes empresas. Vid., DEMSETZ, H., *La economía de la empresa ...*, ob. cit., pp. 93 y ss.

⁴¹ Esta protección tiene diferentes ventajas, para los consumidores y usuarios porque permite una reducción del coste de oportunidad en pequeños aprovisionamiento y una oferta plural mayor cuantitativa y cualitativamente, y para el mercado porque permite una mayor capilaridad empresarial lo que implica más puestos de trabajo y mayor grado de dinamismo y de competencia relativa. Sobre todo si se tiene en cuenta aquéllos supuestos en los que se produce una pérdida de eficiencia por tamaño, lo que se conoce en la ciencia económica con el nombre de *diseconomies of scale*. Se trata pues de un planteamiento en el que los intereses

Finalmente, con base en estos argumentos y en la construcción del ilícito concurrencial, que se verá más adelante, resulta realmente complicado establecer diferencias entre la normativa *antitrust* y la disciplina de competencia desleal. Como se ha observado, ambas cumplen una función institucional de primer orden: la primera, garantizar que en el sistema económico por el que se opte, el orden concurrencial este saneado, y la segunda, que en dicho orden la competencia no sea falseada por prácticas desleales, excluyendo a través de la cláusula general y el catálogo de actos que comportamientos competitivos y eficientes puedan ser calificados por ello de desleales⁴². Asimismo, establece nexos de unión entre ambas disciplinas, desde la Ley 16/1989 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia —LDC— a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal —LCD— a través del artículo 7 cuando el acto de competencia desleal distorsione gravemente —que afecte al interés público— las condiciones de competencia en el mercado⁴³. Y a la inversa, a través del artículo 15.2. de la LCD cuando se

parecen dignos de protección frente a los de las grandes empresas. A este respecto *vid.* REICH, N., *Mercado y Derecho ...*, ob. cit., p. 168-169. El autor señala que «[...] no es admisible mezclar el problema de una evidente y necesaria *Mittelstandsschutz* con el tema de la protección del consumidor. En el último caso se trata de una *situación estructural de desigualdad de fuerzas*; en cambio, en el primer supuesto existe sólo un desequilibrio puntual, determinable en cada caso concreto, y de una posible necesidad social de protección que también puede dar lugar a la adopción de medidas de tipo jurídico. La diferencia reside, pues, en el carácter abstracto de la necesidad de protección del consumidor, mientras que en el caso de la *Mittelstandsschutz* se trata de una necesidad concreta, de la necesidad que tienen de protección aquellos operadores del mercado que como consecuencia del proceso de concentración económica se han visto empujados a ocupar una posición de «pequeño empresario dependiente» sin poder ni incidencia alguno. Ahora bien, desde un punto de vista económico estructural constituyen ambos supuestos perfectamente diferenciados que exigen una también distinta regulación jurídica. Este extremo aparece ya reconocido en el vigente derecho de cárteles, en donde se establece una prohibición de discriminación impuesta a las empresas con posición dominante en el mercado con respecto a otras empresas que no gozan de esa posición, pero nunca en relación el consumidor final (*vid.*, GWB, § 26, II) Este planteamiento sigue la denominada por la doctrina alemana como *Tante-Emma-Laden* o política de protección de la «tienda de la tía Emma», o «la tienda de la esquina» *Vid.* REICH, N., *Mercado y Derecho ...*, ob. cit., p. 169; FIKENTSCHER, W., «Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio) ...», ob. cit., pp. 474 y 477. Para este último autor «Una estructura comercial en la que aparezcan pequeñas tiendas como oferentes de un producto, quizás a un precio superior, pero con una presencia en cada esquina, pone a disposición del consumidor frente al precio ventajoso una alternativa suplementaria, en la medida que supone una menor inversión de tiempo y energía respecto de la actividad adquisitiva. También ello es *efficiency* y aquéllos teóricos que solo contemplan la ventaja del precio, no son consecuentes con su propio argumento: el aprovisionamiento óptimo de la población.» Asimismo, *vid.* también HERRERO SUÁREZ, C., «La excepción de eficiencia económica (*efficiency defense*) en control de la concentración empresarial (análisis comparado entre el Derecho Antitrust estadounidense y el Derecho de la Competencia comunitario europeo), *RDM*, núm. 242, octubre-diciembre, 2001, pp. 1943-1968.

⁴² La competencia como institución en su doble faceta cumple con una función dinámica, la de garantizar y organizar la: «1) Distribución de la renta; 2) Composición de la oferta; 3) Dirección de la producción; 4) Elasticidad en el proceso de adaptación; 5) Progreso técnico.» *Vid.* KANTZEMBACH, (1967) en REICH, N., *Mercado y Derecho ...*, ob. cit., p. 40. Con similar criterio se pronuncia FIKENTSCHER, W., «Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio) ...», ob. cit., p. 475, al mantener que: «[...] La función de encauzamiento de la competencia ayuda a garantizar que la población de un país, es decir, sus ciudadanos, esté provista de forma óptima con los bienes y prestaciones de servicios necesarios. Por óptima hay que entender, de un lado, que se ofrezca la prestación a un precio lo más ventajoso posible; de otro, que se ofrezca además el mayor número de prestaciones distintas con el objeto de que las necesidades individuales de los demandados puedan ser satisfechas.»

⁴³ Un argumento que resulta evidente del propio precepto y que se ha venido aplicándose por el TDC en diferentes resoluciones. *Vid.* Anexo III. Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia —BOE, de 18 de julio de 1989, núm. 179—. Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal —BOE, de 11 de enero de 1991, núm. 10—

infrinjan normas jurídicas que tenga por objeto la regulación de la actividad concurrencial⁴⁴.

II. La libertad de precios y sus límites

Como ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia 88/1986, de 1 de julio, el mandato que se hace a los poderes públicos para la defensa del principio de libertad de empresa, lejos de parecer una restricción, se convierte en un auténtico instrumento de defensa de la economía de mercado. En efecto, el modelo de competencia al que se ha aludido en el epígrafe precedente debe cohonestarse con el principio de libertad de precios⁴⁵.

Con carácter general, nuestro ordenamiento, al igual que en la mayoría de los europeos, se parte del reconocimiento de dicha libertad, adquiriendo carácter excepcional cualquier limitación de la misma, lo que únicamente podrá establecerse por Ley, que en todo caso deberá respetar el contenido esencial del derecho a la propiedad y a la libertad de empresa —artículo 53.1. de la CE—. Por consiguiente, y con base en argumentos expuestos, cabe afirmar que cualquier limitación a la libre fijación de precios deberá ser interpretada restrictivamente⁴⁶. Y coherentemente, la facultad de limitación atribuida a los poderes públicos está condicionada, como no podía ser de otro modo, por los intereses de la economía

⁴⁴ Vid. ALFARO-ÁGUILA REAL, J., «Competencia desleal por infracción de normas», *RDM*, núm. 202, 1991, pp. 668 y ss.; SÁNCHEZ SOLÉ, S., «La violación de normas como acto de competencia desleal. [Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6.ª) de 21 de marzo de 1994], *RGD*, núms. 604-5, 1995, pp. 791 y ss.; VICENT CHULIÁ, F., «Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal», *RGD*, núms. 589-90, 1993, pp. 9975 y ss.; MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, p. 462-468. Al mantener que por esta vía «[...] no ha de ofrecer reparo alguno la calificación como desleal de cualquier conducta de las catalogadas como ilícitas según la legislación de defensa de la competencia.», p. 463.

⁴⁵ STC 88/1986 (Pleno), de 1 de julio, Recurso de Inconstitucionalidad núms. 352/1983, y 367/1983.

⁴⁶ Una limitación que resulta coherente en atención a la función social que ha de cumplir la propiedad, y en consecuencia el ejercicio que de ella se realice desde la libertad de empresa. A este respecto vid. PAZ-ARES, C., «La venta a pérdida como supuesto de competencia desleal [Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2.ª) de 12 de junio de 1992]», *RGD*, núm. 589-590, 1993, p. 10349, al indicar que: «[...] la libertad de competencia y la libertad de iniciativa que aquella implica han de permitir a cualquier empresario vender productos o prestar servicios al precio que tengan por conveniente si con ello persigue desplazar a sus competidores, incluso cuando eso suponga vender por debajo del coste de producción o de adquisición que ese producto ha supuesto para el vendedor. Sin embargo, la libertad empresarial en la determinación de esos precios desaparece y da paso a un acto ilícito cuando esa fijación implica la vulneración de otros principios del ordenamiento concurrencial, ya sea por lesionar intereses de los competidores ya por afectar a los de los consumidores o los intereses públicos implícitos en el adecuado funcionamiento del mercado en el que se produce esa fijación de precios.» Con similar criterio vid. MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal ...*, ob. cit., p. 499 «La vigencia del principio de libertad de precios y, en especial, su arraigo constitucional obliga a interpretar restrictivamente todas las normas que de una forma u otra entrañan su constricción. De ahí que todas las normas limitadoras de la libertad de fijación de los propios precios, y entre ellas se cuentan las relativas a la venta a pérdida, deban ser interpretadas de forma restrictiva». Con similar criterio vid. ALONSO SOTO, R., «Supuestos de competencia desleal por venta a pérdida y discriminación», en *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, p. 82, cuando mantiene que los límites a las políticas comerciales de precios deben ser interpretadas restrictivamente. Y hasta tal punto llega esta protección que ni siquiera puede procederse a limitar dicha libertad en supuestos en los que no guarde racionalidad económica alguna la práctica en cuestión.

general⁴⁷. De modo tal, que cualquier limitación de precios que cumpla con los requisitos señalados no podrá ser considerada como una limitación de la libertad de empresa⁴⁸.

Llegados a este punto, y habiendo reconocido el TC en 1986 algo por todos sabido, que de la libertad de precios reconocida en el artículo 38 de la CE emana del reconocimiento de la propiedad privada y de la libertad de precios, y de ahí su especial protección a través del artículo 53.1. de la CE, resulta extraño que el Legislador, celosamente incorpore nuevamente dicho principio en la LCD y recientemente en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista —LOCM—⁴⁹. Básicamente por tres motivos: en primer lugar, por lo evidente del enunciado ya recogido en el artículo 38 de la CE, siendo dicha declaración del todo punto innecesaria. En segundo lugar, porque sistemáticamente reconocer la libertad de precios tras la cláusula general del artículo 5 y el catálogo conductas calificadas como desleales difícilmente tienen encuadre en dicho enunciado, porque evidentemente no se trata de un acto de competencia desleal. Y finalmente, en tercer lugar, como resultado de las dos primeras el artículo 17.1. de la LCD viene a romper la sistemática de la Ley⁵⁰.

No obstante, se observa un régimen similar al descrito en la Directiva 70/50/CEE, de 22 de diciembre de 1969, en el que primeramente se reconoce la facultad de cada Estado para ordenar los precios y a continuación se aceptan limitaciones —que serán sobre la libertad de precios—, siempre que ello no implique una medida de efecto equivalente que comporte restricciones de los intercambios comerciales intracomunitarios al establecer precios o márgenes comerciales diferenciados, según se trate de productos nacionales o comunitarios. Y lo mismo en el ordenamiento español, donde tras enunciar primero la libertad

⁴⁷ En relación con los límites al principio de libertad de precios *vid.* ALONSO SOTO, R., «Supuestos de competencia desleal por venta a pérdida y discriminación ...», *ob. cit.* p. 82. Al mantener que ese principio general de libertad de precios será objeto de delimitación «por la existencia de regulaciones administrativas en materia de precios (precios intervenidos o controlados), y por el propio abuso de derecho consistente en utilizar esa libertad para menoscabar la competencia o los mecanismos del mercado, tal sería el caso, por ejemplo, de la conductas de abuso de posición dominante (tipificadas en el artículo 6.º de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia), de deslealtad en sentido estricto (supuestos contemplados en los apartados a), b) y c) del número 2 del artículo 17 de la Ley que comentamos, [...] o de falseamiento de la libre competencia por actos desleales (sancionadas por el artículo 7.º de la citada Ley de Defensa de la Competencia).»

⁴⁸ En este sentido *vid.* STS, de 28 de octubre de 1983, en la que se mantiene: «[...] que la inexistencia de enfrentamiento entre el principio de libertad de empresa del artículo 38 CE en materia libertad de fijación de precios y los precios fijados por alguna normativa. Como en este supuesto, la fijación por Decreto del precio del pan. Se trata de la impugnación del Real Decreto 193/1979 por el que se establecen las normas sobre fijación de precios, lo que a juicio de los recurrentes implica una violación de derechos constitucionales de los fabricantes de pan. Finalmente, el TS entiende que el recurso resulta improcedente porque la limitación de los precios no implica una limitación al principio de libertad de empresa siempre que la norma no implique una desigualdad de trato [...]»

⁴⁹ Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, *BOE*, de 17 de enero de 1996, núm. 15., *rect.* *BOE*, de 17 de febrero de 1996, núm. 42.

⁵⁰ En este sentido, proponiendo la eliminación de toda referencia a la libertad de precios se pronunciaba la enmienda número 23 presentada en el Senado durante la tramitación de la LCD y que posteriormente no prosperó. Con similar planteamiento *vid.* OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, J. J. *Competencia Desleal. Análisis de ...*, *ob. cit.*, p. 189; *idem.* *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Pamplona, 1994, p. 251.

de precios a continuación, por ley se establecen ciertos límites. Pudiendo diferenciar en atención a la procedencia del límite a la libertad de fijación de precios dos tipos, unos privados y otros públicos.

En los primeros, queda al arbitrio de la autonomía de las partes, salvo que sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público —en los términos del artículo 1255 del CCiv.— Quedando al margen de la legalidad vigente los que infrinjan la prohibición del artículo 281.1. del CP⁵¹. Un reproche que se incrementa cuando el hecho se realice «[...] en situaciones de grave necesidad o catastróficas.»⁵² Un límite penal que obedece a criterios de política económica, entre las que se encuentran el control reglamentario de la fijación privada de los precios de venta al público y de los márgenes comerciales, el control de las operaciones de concentración económica, el control de los acuerdos horizontales y verticales a través de las limitaciones y los contratos de distribución de determinados productos o servicios⁵³. Sobre todo de aquellos que se ofertan bajo el paraguas de una marca, en los que los precios serán, en todo caso, recomendados, lo que no deja de ser un modo de influir en la libertad para la fijación del precio final por el vendedor⁵⁴.

⁵¹ El precepto incluye un límite legal a la libertad de precios al calificarlo como un delito relativo al mercado y a los consumidores cuando se «[...] detrajere del mercado materias primas o productos de primera necesidad con la intención de desabastecer un sector del mismo, de forzar una alteración de precios, o de perjudicar gravemente a los consumidores [...]. Imponiendo en este caso la pena de prisión de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.» Para una aproximación al estudio del delito de alteración de precios en nuestro Derecho histórico, desde el Derecho romano a su relación con el Derecho francés, la regulación de los códigos penales españoles y las reformas parciales posteriores al código de 1944 hasta la actual regulación y por su claridad expositiva *vid.* GRAGE CEDÁN, S. B., «Los delitos de alteración de precios en nuestro Derecho histórico», *R. Xuríd. da Univ. Sant. Compostela*, v.9, núm. 2, 2000, pp. 7-32.

⁵² En relación con la «alteración de los precios» en materia de libre competencia *vid.* los artículos 1.1. c) y 6.2 b) y c) de la LDC, y el RD 295/1998, de 27 de febrero, de aplicación en España de las reglas europeas de competencia; esa misma «alteración de los precios» desde la disciplina de competencia desleal *vid.* el artículo 5 de la LCD; finalmente, en relación con el intento de «perjudicar gravemente a los consumidores», *vid.* los artículos 1.2. 3. y 34.5. de LGDCU. Una normativa a la que habrá que añadirle el artículo 3.3.2. del RD, de 22 de junio de 1983, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria, y el RD 2160/1993, de 10 de diciembre, por el que se regula la indicación de precios de los productos ofrecidos a los consumidores y usuarios.

⁵³ Al respecto *vid.* *Libro Verde sobre las restricciones verticales en la política de la competencia*, así como la *Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas comunitarias de competencia a las restricciones verticales en la política comunitaria de la competencia* <http://www.europa.eu.int/comm/dg04/dg4home.htm> y el *Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE*, Bruselas, 28 de abril de 1999, <http://www.europa.eu.int/comm/dg04/dg4>

⁵⁴ *Vid.* ALONSO SOTO, R., «Supuestos de competencia desleal por venta a pérdida y discriminación ...», *ob. cit.* p. 82; cuando en la enumeración de los límites al principio de libertad de precios mantiene que éste sólo podrá estar limitado por «[...] regulaciones administrativas en materia de precios (precios intervenidos o controlados) y por el abuso de derecho consistente en utilizar esa libertad para menoscabar la competencia o los mecanismos del mercado, tal sería el caso, por ejemplo de las conductas de abuso de posición dominante (tipificadas en el artículo 6.º de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia), de deslealtad en sentido estricto (supuestos contemplados en los apartados a), b) y c) del número 2 del artículo 17 de la Ley que comentamos [...]) o de falseamiento de la libre competencia por actos desleales (sancionadas por el art.7.º de la citada Ley de Defensa de la Competencia). Fuera de estos límites existe una completa libertad para el establecimiento de los precios que se extiende más allá incluso de los criterios de la pura racionalidad económica.» Y con un criterio similar *vid.* VICENT CHULIA, F., «Otra opinión sobre la Ley ...», *ob. cit.*, p. 10006.

Y en cuanto a los segundos, a través del régimen jurídico de la venta a pérdida en el artículo 17.1. de la LCD, en el artículo 13.1. de la LOCM, y en la legislación autonómica, los límites legales establecidos al efecto son los siguientes:⁵⁵

En primer lugar, en el artículo 17.1. de la LCD sólo se admiten como límite a la libertad de precios los contemplados en los apartados a), b) y c) del artículo 17.2., aquéllos que revelan un mayor grado de deslealtad. Debiendo observarse que existe un estrecho límite en el que juega cualquier limitación al principio de libertad de precios que va desde el precio de adquisición o coste de producción — salvo los supuestos excepcionados— y el precio de mercado del producto o servicio en cuestión. De modo que este margen deberá cubrir los costes fijos y variables en los que incurra el oferente. Por todo ello, cualquier limitación del principio de libertad de precios debe ser interpretado restrictivamente, debiendo quedar únicamente este recurso para los supuestos de deslealtad más grave. Unos límites que en atención a la excepcionalidad de los mismos deben venir establecidos por leyes y reglamentos, que en todo caso deberán respetar su contenido esencial.

Y finalmente, en segundo lugar, la LOCM en el artículo 13.2. recoge los supuestos excepcionales que suponen una restricción de la libertad de precios en la ordenación del comercio interior. Conforme a ella, «[...] el Gobierno del Estado, previa audiencia de los sectores interesados, podrá fijar los precios», — incluyendo por tanto los márgenes comerciales—, en;

«[...] sectores estratégicos, en productos de primera necesidad y materias primas, en las concesiones administrativas, en los casos de monopolios —ya sean de hecho o Derecho—, y excepcionalmente, mientras las circunstancias aconsejen la intervención en políticas de regulación de subvenciones u otras ayudas a empresas o sectores específicos, en los casos de ausencia de competencia efectiva en determinados sectores, cuando existan obstáculos graves al funcionamiento del mercado, y finalmente, en casos de desabastecimiento del mercado».

Dos son las características que más resaltan de esta regulación como límite al principio general de libertad de precios. La primera, porque el artículo 13.2. de la LOCM implica una habilitación al Gobierno más limitada si se la compara con el derogado Decreto Ley 12/1973, de 30 de noviembre, cuyo artículo 3.º suponía una habilitación amplia para regular los precios de los bienes y servicios o sus componentes, en cualquiera de sus fases de producción o comercialización. Y la

⁵⁵ Asimismo, el principio de libertad de precios también aparece presente en la legislación autonómica en el artículo 7 de la Ley 8/1986, de 29 de diciembre, de Ordenación del Comercio en la Comunidad Valenciana — *BOE*, 30 de enero de 1987, núm. 26, *DOGV*, 31 de diciembre de 1986, núm. 497.—; artículo 5 de la Ley 9/1989, de 5 de octubre de Ordenación de la Actividad de Comercial de Aragón — *BOE*, 4 de noviembre de 1989, núm. 265, *BOA*, 16 de octubre de 1989, núm. 108.—; el artículo 8.1. de la Ley 4/1994, de 25 de abril de Ordenación de la Actividad Comercial en Canarias — *BOE*, 27 de mayo de 1994, núm. 126, *BOC*, 29 de abril de 1994, núm. 53— y el artículo 9.1. de la Ley 7/1994, de 13 de junio sobre Actividad Comercial del País Vasco — *BOPV*, 13 de junio de 1994, que viene a derogar la Ley 9/1983, de 19 de mayo de Ordenación de la Actividad Comercial — *BOPV*, 31 de mayo de 1983, y la Ley 3/1986, de 19 de febrero—.

segunda, la facultad del Gobierno, y no de las Comunidades Autónomas, previa audiencia de los sectores interesados, derivada del artículo 149.1. 13.^a de la CE, conforme al cual es el Estado quien tiene la competencia exclusiva para fijar las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica». Sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas, en cumplimiento de dichas bases, para el control o modificación de los precios en su respectivo ámbito territorial.

La normativa ordenadora para la intervención de los precios bajo la forma de precios autorizados en la mayoría de los casos operan con el régimen de precios máximos. Esta normativa contribuye a fijar de modo directo e indirecto el margen comercial en el artículo 16 y anexos 1.^o —precios autorizados de ámbito nacional— y 2.^o —precios autorizados de ámbito local— del RD Ley 7/1996, de 7 de junio, que vino a derogar en parte el RD 2695/1977, de 28 de octubre, parcialmente en vigor, así como la Ley 13/1999 que modifica la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común. Por consiguiente, para intervenir los precios será necesario, con carácter general, un informe preceptivo, no vinculante, de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia del Ministerio de Economía y Hacienda —anteriormente correspondía a la Junta Superior de Precios, a excepción de determinados sectores —artículo 16.1. del RD Ley 7/1996—. Y con carácter especial, en los siguientes casos: para la fijación de los precios en la electricidad será necesario un informe elaborado por la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional; para los precios de los servicios de gas canalizado para usos domésticos y comerciales el informe será elaborado por el Ministerio de Economía y Hacienda; para la fijación de las tarifas telefónicas y los servicios de telecomunicaciones, será competente la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones; para las especialidades farmacéuticas —cuando lo aconsejen los intereses sociales y sanitarios, artículo 100. 4. de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre—, será competente el Ministerio de Sanidad para fijación del precio máximo para el mercado nacional de la especialidad farmacéutica de que se trate, obteniendo el precio de venta al público sumando a los precios anteriores los costes en los que incurra —artículo 100. 2 y 3— de la citada Ley. En dicho cálculo interviene la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos; y finalmente, los libros a los que es de aplicación la Ley 9/1975 del libro, de 12 de mayo y el RD 484/1990, de 30 de marzo, que establece un sistema de precio tasado al controlar los descuentos en los diferentes tramos de distribución, en atención, como dice el preámbulo de la Ley, a: «[...] favorecer una oferta editorial y librería plural, permitiendo la competencia entre establecimientos de diverso tamaño y un mayor número de puntos de venta en beneficio del consumidor final [...]». En el artículo 1 de la Ley se establecía que el descuento máximo permitido es del 5 por cien en el precio de venta al público, aunque ha sido derogado por el RD que liberaliza el sector.

Para el cálculo, tanto de la fijación y por tanto, para la aprobación de precios, como para su modificación, se requiere un informe en los términos del

artículo 16.2. del RD Ley 7/1996. Debiendo tener en cuenta, como elementos esenciales para su análisis, los precios máximos sectoriales, la evolución de los costes del sector, las ganancias de productividad en relación con el IPC, los costes de producción industrial, los gastos de administración, los costes de comercialización, el volumen de ventas, la evolución futura del mercado, la situación de la industria, y la necesidad y eficacia del producto o servicio entre las más relevantes. Salvo que excepcionalmente se establezca otro sistema de cálculo para la modificación de los precios en otros sectores. Esta tarea corresponde, con carácter general al Gobierno y al Ministerio correspondiente, pues se trata de una competencia exclusiva, diferenciándose en atención a su ámbito geográfico. Cuando es de ámbito nacional —artículo 16.1. y anexo 1 del RD Ley 7/1996—, la fijación del precio corresponderá a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, y cuando sea de ámbito provincial o autonómico, corresponderá a las respectivas Comisiones Autonómicas y Provinciales de precios.

Esta fijación de precios a través de acuerdos autorizados, que normalmente revisten la forma de precios máximos, deben ser notificados a los interesados y publicados⁵⁶. Con lo que ya sea de modo directo o indirecto se está controlando los márgenes comerciales —artículo 13.2. de la LOCM, artículo 18 del RD 2695/1977 y artículo 16 del RD Ley 7/1996—.

Finalmente, del estudio de los límites a la libertad para la fijación de precios se puede observar una tendencia legislativa dirigida hacia una reducción del ámbito de los precios autorizados, al establecer, como no podía ser de otro modo, el carácter excepcional del régimen de precios comunicados —recogido el RD 7/1996 en sus artículos 16. 3 y 16. 5— .

III. La valoración de la conducta relevante, en particular

A los efectos de acotar el ilícito concurrencial y con carácter previo a su valoración, el Legislador establece la obligatoriedad de que concurren los siguientes requisitos *finalidad, ámbito objetivo, subjetivo y territorial*, y sin cuya presencia no podrá procederse a la valoración de la desleal del acto.

La *finalidad* de las diferentes normas ordenadoras de la competencia —LDC, LCD, LOCM— en el plano institucional es coincidente en cuanto a su defensa «[...] en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal.»⁵⁷ Una afirmación

⁵⁶ Vid. LÓPEZ PEÑICER, J. A., «Libertad de precios ...», ob. cit., p. 230. «[...] No sólo por tratarse de un acto administrativo, sino porque dicha fijación de precios afecta a una pluralidad de sujetos [...]».

⁵⁷ Vid. artículo 1 de la LCD. Y con similar criterio la LDC en cuya Exposición de Motivos —párraf. 2.º— expone que: «La presente Ley responde a ese objetivo específico: garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés general [...]» Y con similar criterio la Exposición de Motivos de la LOCM —párraf. 2.º— en el que a los efectos de garantizar un sistema de distribución eficiente para asegurar el aprovisionamiento de los consumidores con el mejor nivel de servicio

que supone la «[...] aproximación teleológica y sustantiva entre los ilícitos de deslealtad concurrencial y de defensa de la competencia»⁵⁸. Lo que constituye un ejemplo de la superación del modelo regulatorio anterior y el reconocimiento de la defensa de todos los intereses concurrentes partiendo del principio de igualdad⁵⁹; en especial, la posición débil de los consumidores y usuarios en reconocimiento expreso del mandato contenido en el artículo 51 de la CE⁶⁰.

Asimismo, como se ha indicado el Legislador exige la presencia de dos elementos, uno *objetivo* y otro *subjetivo*. El primero, significa que el acto se realice o pueda producir efectos sustanciales presentes o futuros en el mercado español, y además que ese acto este dotado de trascendencia externa⁶¹. Un elemento esencial, porque de lo contrario no se podría pasar al análisis de los restantes elementos⁶². Incluso, aunque dicho comportamiento sea esporádico, bien desde la oferta o desde la demanda, incluyendo «[...] aquellas que no forman parte de un programa organizado de producción, intermediación o prestaciones de bienes o servicios [...]»⁶³ Lo que constituye en este punto un inequívoco ejemplo de su acotamiento territorial. Y el segundo elemento, que se realice con fines concurrenciales, establece al respecto una presunción *iuris tantum*⁶⁴. Presumiendo

posible y con el mínimo coste de distribución en la economía española «[...] es preciso que el mercado garantice la óptima asignación de los recursos a través del funcionamiento de la libre y leal competencia.» Por consiguiente, si la práctica implicara un falseamiento sensible de la libre competencia en todo o en parte del mercado que afecte al interés público daría lugar a la aplicación de la normativa *antitrust*. Cuando resultara afectado el nacional daría lugar a la aplicación de los artículos 1, 6 y 7 de la LCD, mientras que si el mercado afectado fuera el comunitario sería de aplicación los artículos 81 y 82 del TCE. Y en el caso de que diera lugar a un acto contrario al comercio interior, la LOCM.

⁵⁸ Vid. MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal* ..., ob. cit., p. 118.

⁵⁹ Vid. MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal* ..., ob. cit., p. 117, al mantener en relación al reconocimiento de los intereses generales que básicamente responden al «[...] mantenimiento de mercados abiertos, plurales y transparentes, en la igualdad de condición de los diversos operadores que en ellos actúan, en la satisfacción de las necesidades de la demanda y en la libre formación de las relaciones económicas.»

⁶⁰ Vid. el párrafo 4.º *in fine* de la Exposición de Motivos de la LCD. Pero los consumidores y usuarios en sentido amplio, y no limitado a la definición contenida en el artículo 1.2. de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General Para la Defensa de los Consumidores y Usuarios —BOE, de 24 de julio de 1984, núm. 176—

⁶¹ La trascendencia externa, definiéndola negativamente, tiene lugar cuando el acto de competencia sale de la esfera privada y se realiza en el mercado, cualquiera que sea la forma en la que se manifieste o el grado de ejecución del acto. Téngase presente que no es una exigencia que el acto produzca el resultado lesivo, siendo suficiente con que del mismo pueda inferirse que resulta objetivamente idóneo para producir el resultado lesivo. En relación con la exigencia de que el acto se realice en el mercado *vid.*, entre otras, la SAP de Vizcaya, de 29 diciembre 1999 «Consejeros de Imagen, S.A. c. Asociación de Agencias de Publicidad de Bizkaia»; SAP de Barcelona, de 31 enero 1996; «The Polo Lauren Company, Polo Ralph Lauren Corporation c. D. ARMANDO L. I. y Almandrana, S.A.»; SAP de de Barcelona, de 29 diciembre 1995, «Pepe V.K. Ltd. c. Grupo LIWE ESPAÑOLA, S.A. y LIWE ESPAÑOLA, S.A.»

⁶² En palabras de MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la ley de Competencia Desleal* ..., ob. cit., p. 120., «[...] se extiende a todas las actividades que se desarrollan en el mercado, o lo que es lo mismo a todas las actividades económicas en sentido amplio (cualquiera que sea la iniciativa o finalidad a que obedezcan), entre las que se cuentan no sólo las actividades empresariales (civiles o mercantiles) sino también las profesionales, [...] las artísticas e intelectuales (explotación o comercialización de los Derechos de autor o de creaciones industriales), las científicas o las deportivas.»

⁶³ Vid. MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la ley de Competencia Desleal* ..., ob. cit., p. 124.

⁶⁴ En relación con la finalidad concurrencial *vid.* SAP Madrid de 22 de abril de 1998, por la que las entidades «El Corte Inglés, S.A.» e «Hipercor, S.A. c. Mobelcor Mobiliario y Declaración, S.L.» por competencia desleal consistente en la asociación de un triángulo isósceles idéntico al utilizado por las demandantes y el nombre comercial que mantenía la demandada. FD. 6.º «Actuar legalmente es actuar con buena fe en el tráfico mercantil, estableciéndose en el artículo 2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal,

que existe esa finalidad cuando por las circunstancias en que se realice el acto éste se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar las prestaciones propias o las de un tercero —artículo 2.2. de la LCD—⁶⁵. Ello supone la manifestación de una voluntad por competir, de ofrecer los productos y servicios y obtener la contratación de los mismos en detrimento de otros competidores. Esta objetiva idoneidad implica una ponderación de la intensidad del acto concurrencial, pero sin llegar a establecer una escala valorativa, lo que posteriormente se determinará en relación con el ilícito concurrencial⁶⁶. Básicamente, esta objetividad se manifiesta cuando el comportamiento en cuestión está «[...] orientado a influir en la estructura del mercado o posición competitiva de los operadores [...] y/o condicionar la formación y el desenvolvimiento de las relaciones económicas [...]»⁶⁷. Téngase presente que la utilización del término *ámbito subjetivo* hace referencia al sujeto y no a su expresión volitiva⁶⁸. Por consiguiente, la presencia de la intencionalidad no resulta esencial a los efectos de proceder a la valoración del acto de competencia desleal⁶⁹. La deslealtad podrá inferirse así del propio acto cuando este se «revele objetivamente idóneo para promover las prestaciones propias o de un tercero.»⁷⁰ A *contrario sensu*, las conductas que no resulten objetivamente idóneas no podrán ser calificadas de desleales. Lo que imposibilita

cuya finalidad precisamente es la defensa de la competencia, que se presumen desleales los comportamientos que previstos en la Ley se realizan con fines concurrentes en el mercado, presumiéndose la finalidad concurrencial cuando estos actos se revelen idóneos objetivamente para promover o asegurar la difusión en el mercado de los productos propios o de un tercero [...]»; SAP Valencia de 6 de octubre de 1997, «Loewe, S.A.c. Juan Vicente L.S.», FD. 3; SAP Valladolid de 26 de mayo de 1997 «Flexibreaks Internacional, S.A. c. Venancio Tomás F.V y otros». FD. 6 habla de acto en el mercado en los términos del artículo 2.1 LCD «[...] como señala la doctrina este requisito es de orden subjetivo, de manera que ese elemento intencional exige examinar si el acto se orienta a esa finalidad. Es evidente que por la documentación aportada (folletos, promociones de campañas y citas de empresas), se deduce que «dadas las circunstancias, objetivamente es idóneo para promover en el mercado la prestación propia» (STS de 20 de marzo de 1996)»; SAP Badajoz de 24 de enero de 1997 en cuyo FD. 5.º establece que «[...] es obvio ya que nos encontramos, en relación con los anunciados a que se refiere la demanda, con un acto de competencia desleal, al concurrir los elementos generales del ilícito concurrencial, prevenidos en los artículos 2 y 3 de la Ley 3/1991, a saber: que el acto se ha realizado en el mercado, es decir, es un acto dotado de trascendencia externa (pues no en vano, se trata de anuncios publicados en un medio de comunicación general) y se ha llevado a cabo con fines concurrenciales (es decir, que el acto tuvo por finalidad promover la difusión en el mercado de las prestaciones propias)»; SAP León de 24 de octubre de 1994, FD. 3.º; SAP Valencia de 5 de mayo de 1993, «Procter y Gamble España» y «Richardson-Vicks Inc. c. Sociedad Química de Perfumería y Color, S.A.» actos en el mercado, concurrencia, confusión entre sus champúes «Neymi» y «Tayko» de la demandada y «Vidal Sassoon» de los demandantes; y STS de 20 de marzo de 1996.

⁶⁵ Vid. entre otras SAP de Barcelona, de 21 septiembre 1999, «A & N, SRL c. Rayen, SL»; SAP de Navarra, de 25 enero 1993 «Asociación de Empresarios de Salas de Fiestas, Baile y Discotecas de Navarra» (ASBANA) c. JUAN ANTONIO R. M»

⁶⁶ En este mismo sentido vid. MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la ley de Competencia Desleal ...*, ob. cit., p. 126., «No se hace depender la finalidad concurrencial de la presencia de una intensidad mínima o de unos efectos sensibles, de la aptitud de la conducta considerada para alterar la posición competitiva de los operadores o el normal desenvolvimiento de su actividad de una forma apreciable (SAP Barcelona de 7 de febrero de 1996 [...])» Y con similar el comentario al artículo 5 de la LCD en la misma obra, pp. 143-163.

⁶⁷ Vid. MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal ...*, ob. cit., p. 122.

⁶⁸ No en vano, el Legislador con buen criterio incluye este elemento dentro del «ámbito objetivo» en las disposiciones generales en el artículo 2 apartados 1.º y 2.º de la LCD.

⁶⁹ La objetivación de la deslealtad del acto es un elemento esencial y constituye un avance frente a los anteriores modelos regulatorios. Lo se que realiza al establecer en el artículo 2.2. que se pueda inferir la deslealtad del acto cuando de las circunstancias en las que se realice, «se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.»

⁷⁰ Vid. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión de Justicia, núm. 76, p. 1861, col. izq.

acudir a la siguiente fase, al análisis de la relación de competencia y, en su caso, al juicio de deslealtad⁷¹. El elemento clave consiste en la determinación de si la conducta realizada por el sujeto y con efectos en el mercado persigue o no una finalidad concurrencial⁷². Siempre, claro está, que sean ciertos y no se manipulen los datos objetivos a favor de una de las partes.

⁷¹ No siempre los actos que se realicen en el mercado se hacen con un finalidad concurrencial. Esta situación la pudo observar, entre otros supuestos, en la SAP de Navarra de 18 de diciembre de 1992, en el que la «Asociación de Empresarios de Salas de Fiestas, Bailes y Discotecas de Navarra» contra el «Colectivo estudiantil de tercer Curso de la Escuela de Ingenieros Técnicos Industriales de la Universidad Pública de Navarra». Los demandados tenían organizada la celebración de una fiesta el 20 de diciembre de 1991 con el fin de sufragar los gastos de un viaje de estudios, lo que a juicio de los demandantes produce graves perjuicios. Sin embargo la Audiencia considera en el FD. 2.º que la conducta no es desleal porque aunque se hace en el mercado, carece de una finalidad concurrencial⁷¹. Resulta interesante la afirmación contenida en el FD. 2.º «[...] es fundamental, conforme a los artículos 1, 2 y 3 de la Ley de Competencia Desleal, que haya un comportamiento en el mercado con fines concurrenciales, lo cual no puede considerarse existente en un acto aislado y contingencia del colectivo estudiantil; y también es preciso destacar que tampoco concurre mala fe, ya que la buena fe se presume siempre, tendente aquélla a asegurar difusión en el mercado, que nunca se producirá ante un hecho concreto y aislado, y si a ello se añade que la celebración de la fiesta estaba autorizada administrativamente y que no tenía una finalidad mercantil competitiva, lógicamente habría de deducirse, como lo ha hecho el Juez «a quo», la improcedencia de la pretensión deducida en la demanda [...]»

⁷² Lo que no ocurre en el caso de los alumnos que organizan una fiesta para recaudar fondos de cara a su viaje de fin de curso, en las publicaciones o trabajos de carácter científico, técnico y económico que pongan de manifiesto los pros y contras de un determinado producto o servicio que se ofrece en el mercado, así como los realizados por las organizaciones de consumidores y usuarios, la actuación de los poderes públicos en el marco legal establecido, y las organizaciones empresariales y profesionales, entre otros. *Vid.* MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la ley de Competencia Desleal ...*, ob. cit., p. 125., cuando dice que «[...] deben excluirse del ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal aquellas conductas que son plenamente conformes a la finalidad institucional no concurrencial propia de su autor y de su comportamiento [...] En otros términos, deben escapar a la presunción de finalidad concurrencial aquellas conductas que por su naturaleza estén ordenadas a la obtención de los fines (no concurrenciales) propio del sujeto agente y además sean objetivamente idóneas para su obtención, y ello a pesar de que puedan contribuir de forma más o menos directa a mejorar o empeorar la posición competitiva de determinados operadores y a estimular o retraer la contratación de sus prestaciones [...]». Con similar criterio *vid.* la SAP de Navarra de 25 de enero de 1993, cuyo FD. 3.º mantiene que: «En desarrollo de tal regulación fundamental, la LCD establece con carácter general, en su Capítulo I los elementos generales del ilícito concurrencial, dedicándose el capítulo segundo a la tipificación de las conductas desleales. [...] Por tanto, en nuestro caso, a efectos de valorar la ilicitud del acto de competencia denunciado, se debe considerar en primer lugar si se dan los elementos generales del ilícito concurrencial concretados en los arts. 2 y 3 de la LCD, en que: 1) El acto se realice en el mercado, es decir, provisto de trascendencia externa, y 2) Que se lleve a cabo con fines concurrenciales, delimitados según se especifica en el núm. 2, del citado artículo 2, de la LCD, en la finalidad de: «promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero». [...] La confrontación de los datos fácticos acreditados que se refieren en el precedente fundamento, con los elementos generales del ilícito concurrencial que se acaban de referir no puede menos que determinar, un resultado desfavorable a la apreciación de la realidad de tales elementos. Pues el carácter aislado y esporádico del acto -caracterización, ya considerada en la Sentencia de la Sección Primera de este Tribunal de 18 de diciembre de 1992, dictada en el Rollo 248/1992, a efectos de negar la ilicitud del acto competencial allí enjuiciado-, la carencia de un acreditado ánimo de lucro y su efectiva suspensión, impiden establecer que el acto enjuiciado, se verificó en el mercado con fines concurrenciales. [...] Consideración que dispensa acerca de la valoración sobre la tipificación como desleal del acto denunciado. Debiendo recordarse tan sólo que la LCD, ha tratado de verificar «tipificaciones muy restrictivas» -párrafo final del punto 3 de su Exposición de Motivos-, con el fin de evitar que, «prácticas concurrenciales, incómodas para los competidores pueden ser calificadas simplemente por ello de desleales». [...] Otra cosa bien distinta es que el sujeto que realiza el acto concurrencial persiga unos fines que directa o indirectamente lo beneficien a él, a la oferta de productos o servicios suyos o de un tercero en el mercado, en cuyo caso el acto si estará investido de finalidad concurrencial y de competencia. A partir de aquí habrá que determinar si el acto en cuestión puede ser calificado o no como de acto de competencia desleal, debiendo concurrir los requisitos examinados con anterioridad.»

Aunque no obstante, como se ha indicado, sí resulta esencial la determinación del sujeto que realice el acto de competencia desleal al establecer la Ley que «será de aplicación a los empresarios y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado» —artículo 3.1. de la LCD—. Lo que como se observa, se hace en sentido amplio y con independencia de la forma organizativa que adopten, y sin que se exija —a los efectos de calificar el acto de competencia con el calificativo de desleal— una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo —artículo 3.2. de la LCD—⁷³.

Finalmente, bajo la expresión *ámbito territorial* y a los efectos de acotar jurídicamente el marco para proceder a la calificación del acto como de competencia ilícita la Ley acude a una suerte de «norma de conflicto» con base en los efectos anticompetitivos, reales o potenciales, que dicha conducta pueda desplegar en el mercado español. De este modo y con base en estas cuatro cuestiones preliminares se acota perfectamente el ámbito en el que se procede a realizar la valoración del ilícito concurrencial, cuyo estudio se abordará a continuación.

IV. (Sigue) Caracterización del ilícito concurrencial

Históricamente se han empleado diferentes técnicas legislativas para proceder a la represión de los actos de competencia desleal y por consiguiente la delimitación de los contornos caracterizadores del ilícito concurrencial. Inicialmente se ha partido de preceptos de Derecho común y su correspondiente desarrollo jurisprudencial, hasta su regulación en una ley especial. Tratando de integrar en las normativa civil el acto de competencia desleal, lo que implica enormes dificultades técnicas y de seguridad jurídica al fundamentarse dicha valoración en la ética de un grupo profesional. Posteriormente se trata además de dar cabida al resto de intereses concurrentes sobre la base de la misma construcción. Una evolución que a los efectos del presente estudio, tal y como se indico al inicio de este capítulo parte, como premisa metodológica, de la CE de 1978, lo que evidentemente alcanza al análisis del ilícito concurrencial⁷⁴. En

⁷³ En sentido contrario ya se pronunciaron antes de la aprobación de la LCD autores como BERCOVITZ, A., «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», en BERCOVITZ, A. (coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, p. 21; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 118-121; PAZ ARES, C., «El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolística a la política antitrust. Un ensayo sobre el Derecho alemán de la competencia desleal», ... ob. cit., p. 142. Lo que tuvo también su reflejo en el debate parlamentario a través de las enmiendas número 4, 9 y 80 de los Grupos Parlamentarios Catalán, Vascos y Mixto del Congreso de los Diputados, *BOCG*, IV Legislatura, Serie II, núm. 19 —d—. A este respecto *vid.* SAP de Barcelona, de 8 septiembre 2000, «Destilerías del Penedés, S.A c. la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 22 de Barcelona, en reconocimiento de derechos a la inicial demandante Pernod Ricard, S.A.»; Sentencia de 8 septiembre 2000; SAP de Zamora, de 29 diciembre 1995 «D. MARTÍN M. S. C. D. Manuel María J. R.».

⁷⁴ En el Derecho español se trata de construir inicialmente a partir de la Ley de Propiedad Industrial de 1902 en aplicación de los artículos 131 y 132. Se mostró claramente insuficiente —*vid.* GIRÓN TENA, J., «Competencia ilícita y derecho a la empresa. Interpretación de nuestro derecho positivo», ... ob. cit.,— Por lo que se acude al artículo 1902 del CCiv. y posteriormente a la teoría del abuso de Derecho del artículo 7 del CCiv, y al artículo 10 bis del Convenio de la Unión de París. Similar criterio sigue el ordenamiento italiano a

consecuencia, el juicio de deslealtad deja de definirse en relación a la concreta lesión de un derecho subjetivo de corte corporativista —el de los competidores—, sino que trata de buscar una solución de equilibrio entre los tres bienes jurídicos objeto de protección en el nuevo orden económico; el de los concurrentes, el del propio mercado, y el de los consumidores y usuarios, y todo ello aglutinado en torno a la cláusula general de la buena fe⁷⁵. Presente, tanto en la normativa de competencia desleal —expresamente— como en la normativa *antitrust* —lealtad hacia el mercado o eficiencia—⁷⁶. Y de ello se infiere el paso de «[...] un Derecho de conflictos a un Derecho de ordenación; en términos más concretos, el paso de una concepción centrada en el «desvalor del resultado» a una concepción basada en el «desvalor de la conducta.»⁷⁷

En efecto, la construcción dogmática del ilícito concurrencial es el claro ejemplo de una institución en constante cambio, en un intento de dar respuesta a los diferentes intereses en pugna. En el actual modelo regulatorio de la competencia se ha pasado desde la tradicional neutralidad político económica a la intervención ordenadora con la reinterpretación de la cláusula general de las *gute Sitten* a la luz de la cláusula del Estado social. Lo que constituye una clara evolución al superar el «teorema de la neutralidad» hacia la necesidad de

través del artículo 1151 del CCv. de 1865, y posteriormente del artículo 2598 del CCv. de 1942 —*vid.* PAZ-ARES, C., «Constitución económica y competencia desleal (Reflexiones sobre la experiencia Italiana)», *ADC*, 1981, pp. 929-957—. Y también se produjo una evolución similar en el Derecho alemán en el que primero se construye la cláusula general sobre las *Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb* de 1909 —*vid.* PAZ-ARES, C., «El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolística a la política *antitrust* ...», *ob. cit.*, pp. 7-147—. En todas estas construcciones se puede observar como el ilícito concurrencial se construye sobre el derecho subjetivo de los empresarios sobre una cláusula general a través de la construcción de «teorías heterointegradoras», lo que conlleva un juicio ético, aunque con tímidos intentos por proteger otros intereses concurrentes como los del propio mercado y los de los consumidores y usuarios —*vid.* PAZ-ARES, C., «El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolística a la política *antitrust* ...», *ob. cit.*, pp.95-102—. Pasando posteriormente de una interpretación subjetiva a la construcción de una norma específica sobre criterios objetivos, siguiendo probablemente el ejemplo alemán en el que la cláusula general se construye sobre el «concepto de orden público», «juicio de intereses» o «posiciones eclécticas con criterios éticos, jurídicos y ontológicos» —sobre esta idea *vid.* VEGA GARCÍA, F., *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial*. Resarcimiento del daño causado, Civitas, Madrid, 2001, pp. 220-225—. Debiendo concluir que la antijuridicidad de la cláusula general en nuestro ordenamiento jurídico aparece objetivada —como se verá más tarde— y está compuesta por normas de orden público desarrolladas en el marco de los valores morales y éticos de la constitución económica y de exigencias política.

⁷⁵ Una norma, que aparece claramente inspirada en la normativa Suiza al respecto. *Vid.* Diario de Sesiones del Senado, Comisiones, IV Legislatura, núm. 56, p. 16, derecha. Y que en su aplicación ha sido objeto de múltiples variaciones como «comportamiento justo y adecuado [...], la moral comercial [...], las concepciones sociales vigentes en cada momento [...], el uso y la costumbres [...], las normas de la buena práctica comercial o ética comercial [...], la honestidad o juego limpio [...], comportamiento que no observe las normas de corrección y buenos usos mercantiles [...]» *Vid.* MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal* ..., *ob. cit.*, p. 155.

⁷⁶ *Vid.* VEGA GARCÍA, F. L., *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial*. Resarcimiento del daño causado al competidor ..., *ob. cit.*, p. 229.

⁷⁷ *Vid.* MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal* ..., *ob. cit.*, pp. 108-109, «[...] la deslealtad competitiva ya no proviene tanto del resultado que una determinada estrategia económica provoca en ciertos Derechos ajenos, cuanto de la incongruencia o disconformidad de la propia conducta concurrencial respecto de la escala de intereses que ha cristalizado en un determinado orden económico [...] Podríamos decir que se percibe, en cierta manera, el paso de un Derecho de conflictos a un Derecho de ordenación; en términos más concretos, el paso de una concepción centrada en el «desvalor del resultado» a una concepción basada en el «desvalor de la conducta»; FONT GALÁN, J. I., *Constitución económica y ...*, *ob. cit.*, pp. 212 y ss. *Vid.* también la STS de 15 de abril de 1998.

intervención funcional y político económica en la determinación del ilícito concurrencial⁷⁸. Ello permitirá diferenciar entre los comportamientos concurrenciales lícitos, competitivos o no, y los ilícitos. Al tiempo que asegura un nivel de competencia eficiente y suficiente sin que se infrinja el principio *alterum non laedere*⁷⁹. Y ello resulta plenamente coherente con la licitud del daño concurrencial en una economía de mercado en el que la competencia basada en los propios méritos no sólo es un elemento inspirador y director, sino una exigencia a los agentes concurrentes⁸⁰.

Cabe afirmar, pues, que resulta inherente al modelo y sólo serán declarados ilícitos los supuestos más graves, aquéllos que revelen una mayor grado de deslealtad frente al conjunto de intereses objeto de protección⁸¹. Pero llegados a este punto cabría preguntarse cuál debería ser el contenido de esta cláusula general para la identificación del abuso y la deslealtad de una conducta concurrencial y competitiva, sin que por ello se califiquen como desleales conductas meramente incómodas. Debiendo necesariamente concluir que el ilícito concurrencial comprendido en la cláusula general, una vez interpretado a tenor del resto de principios constitucionales, y en particular, en cumplimiento de la función institucional que tiene atribuida la competencia entre otros, cabe concluir que viene a establecer el juicio de deslealtad en torno al concepto de ejercicio abusivo de la competencia objetivamente considerada⁸². Se parte por tanto del reconocimiento de la igual protección de todos los intereses concurrentes y por ello se interviene limitando cualquier comportamiento que limite o falsee la competencia, tanto en la relación entre concurrentes, como en su faceta institucional, como ordenadora y defensora de la estructura competitiva en el mercado y del resto de intereses⁸³.

Con ello se consigue cumplir varios objetivos, se fijan los criterios positivos para determinar lo que resulta leal y negativamente lo que resulta desleal. Y ello,

⁷⁸ Término empleado por PAZ-AREZ, C., «El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolística a la política *antitrust* ...», ob. cit., pp. 115-119.

⁷⁹ Por consiguiente la competencia en el desarrollo de su función institucional viene a cumplir con cinco principios «[...] complementarios: 1.º Igualdad de condiciones de todos los competidores en el mercado; 2.º principio de competencia por propio esfuerzo y no por interferencia en la actividad de otros competidores; 3.º libre utilización de iniciativas no protegidas; 4.º principio de veracidad y 5.º principio de legalidad.» VIRGÓS SORIANO, M., *El comercio internacional en el nuevo derecho español de la competencia desleal*, Madrid, 1993, p.170.

⁸⁰ Este era el criterio que originariamente contenía el artículo 6 de la LCD—actual artículo 5— Y que, como no podía ser de otro modo, también en nuestra jurisprudencia, *vid.* SAP de Valladolid, de 30 de enero, FD. 2.º ; y SAP de Girona, de 19 de diciembre de 2000 «Cromaresme, SL», contra la Sentencia dictada, en fecha 30 de abril de 1999, por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Sant Feliu de Guixols, FD. 6.º

⁸¹ *Vid.* VEGA GARCÍA, F. L., *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial. Resarcimiento del daño causado al competidor ...*, ob. cit., pp. 262-265.

⁸² Con este criterio *vid.* MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal ...*, ob. cit., pp. 104-121; también en MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal ...*, ob. cit., p. 147, al mantener que «[...] la deslealtad se funda en la trasgresión de las normas objetivas de conducta que emanan directamente del principio de competencia económica y que pesan sobre todos los que desarrollan una actividad económica de producción o mediación de bienes o servicios en el mercado, y no en la incompatibilidad con unos usos o costumbres de clase que deslegitiman el daño que pueda ocasionarse a los terceros.»

⁸³ *Vid.* VEGA GARCÍA, F. L., *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial. Resarcimiento del daño causado al competidor ...*, ob. cit., p. 226.

con una norma técnica, flexible y con sustantividad propia⁸⁴. Lo que permite determinar, si el acto concurrencial se encuentra dentro de los parámetros de la buena fe, que la conducta es lícita, y si sale fuera de dicho marco que el comportamiento sea calificado como ilícito concurrencial. Debiendo tenerse presente que uno de los grandes cambios en el paso a un Derecho ordenador es el haber calificado el ilícito concurrencial como un ilícito de peligro y no de resultado⁸⁵. Por lo que a estos efectos será irrelevante la exigencia de elementos de la acción como dolo o culpa⁸⁶. Siendo además su naturaleza de carácter extracontractual «[...] puesto que el desvalor del mismo tiene su origen en la contravención de deberes generales de conducta y no del quebrantamiento de relaciones jurídico-obligacionales que vinculen al sujeto infractor con el que padece los resultados del acto.»⁸⁷ Resultando suficiente a tenor del juicio de lealtad de la cláusula general, que la conducta se realice en el mercado, con fines concurrenciales y se muestre objetivamente idónea para producir el hecho prohibido en la norma y que será objeto de estudio en el siguiente epígrafe. De modo que, el reproche de deslealtad concurrencial:

«[...] no se hace depender de la presencia de ningún requisito de orden subjetivo. La deslealtad concurrencial no depende del dolo o la culpa del sujeto agente (STS. 15-IV-1998 «Cadena Clarín» [...], tampoco se condiciona al conocimiento de las circunstancias de hecho en que se funda la deslealtad (vid. SAP de Madrid 28-III-1998 «asistencia técnica especializada»), sin perjuicio de que en algún caso de exija en particular el conocimiento de dichas circunstancias [...], tampoco se supedita a la presencia de finalidades específicas en la conducta relevante; no obsta a lo anterior que en ciertos casos se requiera la finalidad de impedir u obstaculizar el asentamiento de un competidor en el mercado o de eliminar a un competidor en el mercado [11.3., 14.2, 17.2.c) LCD) pues esta exigencia, en mi opinión, ha de ser necesariamente interpretada en clave objetiva: la fórmula legal comprende toda conducta que, atendidas las circunstancias del caso, carezca de una justificación razonable desde el punto de vista de la

⁸⁴ Vid. MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal* ..., ob. cit., p. 152, y de este modo, la cláusula general «[...] juega como válvula de autorregulación del sistema: asegura su adaptación a las cambiantes circunstancias del mercado y de las conductas concurrenciales y permite especialmente que los comportamientos ahora extravagantes a los tipos en particular puedan someterse al control de deslealtad concurrencial.»

⁸⁵ Vid. SAP de Girona, de 19 de diciembre de 2000 «Cromaresme, SL», contra la Sentencia dictada, en fecha 30 de abril de 1999, por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Sant Feliu de Guixols, FD. 6.º tres., «[...] ya que no se hace depender de los resultados finales del mismo [...]; SAP de Valladolid, de 30 de enero (AC 2002\515), FD. 2.º, párrafo 4.º

⁸⁶ Vid. SAP de Vizcaya de 3 de diciembre de 1986. Y con similar criterio vid. STS, de 15 de abril de 1998, «Don JOVINO ALBERTO F. V. c. Cadena Clarín». Y recientemente vid. SAP de Valladolid, de 30 de enero de 2001, FD. 2.º, párrafo 4.º al mantener que: «[...] el acto de deslealtad se construye, desde su óptica positiva, como un ilícito objetivo que no depende del dolo o grado de culpa del causante (STS de 15 de abril de 1998), como un ilícito de peligro, ya que no se hace depender de los resultados finales del mismo, y de naturaleza extracontractual puesto que el desvalor del mismo tiene su origen en la contravención de deberes generales de conducta y no del quebrantamiento de relaciones jurídico obligaciones que vinculen al sujeto infractor con el que padece los resultados del acto.»

⁸⁷ Vid. SAP de Valladolid, de 30 de enero, FD. 2.º, párrafo 4.º; SAP de Girona, de 19 de diciembre de 2000 «Cromaresme, S.L.», contra la Sentencia dictada, en fecha 30 de abril de 1999, por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Sant Feliu de Guixols, FD. 3.º Y a mayor abundamiento vid. MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal* ..., ob. cit., p. 150.

estrategias y de los comportamientos conformes con el modelo de competencia por méritos de las propias prestaciones.»⁸⁸

A tenor del conjunto de valores constitucionales, la cláusula general, tiene autonomía propia y cumple con las exigencias de los principios de legalidad y seguridad jurídica del artículo 9.3. de la CE⁸⁹. El ilícito concurrencial de peligro reúne así las notas de (a) tipicidad, (b) antijuridicidad, (c) culpabilidad y en su caso responsabilidad, aunque como se verá esta quede objetivada.

a) La *tipicidad* viene determinada por la existencia de la cláusula general del artículo 5 de la LCD de la buena fe objetivamente considerada⁹⁰. La tipificación se realiza en defensa del bien jurídico protegido, que aquí es triple⁹¹. Y que institucionalmente la competencia trata de garantizar a través de la buena fe objetiva en los términos de los artículos 1258 del CCiv., y más concretamente, del

⁸⁸ Vid., MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de competencia desleal ...*, ob. cit., p. 149, al mantener que de este modo se cumple con un «[...] doble cometido: de un lado, fija los caracteres generales del acto de competencia desleal como un ilícito objetivo, de peligro y de naturaleza extracontractual y, de otro lado, establece una norma sustantiva suficiente para determinar la deslealtad de las conductas que la contravengan».

⁸⁹ Vid. SAP de Valladolid, de 30 de enero, FD. 2.º al mantener que: «[...] Este precepto contiene una verdadera norma sustantiva de la que, en sentido propio, se derivan deberes jurídicos precisos para los particulares y de la que en consecuencia, puede perfectamente sustentarse el ejercicio de acciones de competencia desleal distintas de los restantes ilícitos particularmente tipificados en la Ley, pues establece un límite jurídico al ejercicio del derecho a desarrollar una actividad económica en el mercado e instaura el principio básico de que los agentes económicos han de competir sobre la base de sus propios méritos y la eficacia de sus propias prestaciones, sin aprovecharse para sí o para tercero, del esfuerzo desplegado por otros participantes en el mercado.» De modo que, sí el ilícito concurrencial encaja en algunos de los supuestos del catálogo de actos, no será de aplicación la cláusula general. Precisamente porque los supuestos contenidos en el catálogo ya contienen la definición de lo que resulta contrario a la buena fe. De este modo el Legislador evita los «costes de error» y que con base en la cláusula general se impidan prácticas comerciales eficientes. Vid. MASSAGUER FUENTES, J., *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal ...*, ob. cit., pp. 152-153. Asimismo vid. Sobre los costes de error vid. VICENT CHULIÀ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, I, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1991, p. 1063. Ello permite no sólo evitar que se tenga que crear el catálogo a través de la aplicación, sino que además, se evita que comportamientos competitivos puedan ser declarados ilícitos. En este sentido y siguiendo el orden de la LCD se expondrán cuatro ejemplos. El primero, en el artículo 9 conforme al cual, se admite la difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito siempre que sean exactas, verdaderas y pertinentes. El segundo, en el artículo 11.2. de la LCD cuando tras declarar ilícita la imitación cuando implique un aprovechamiento indebido de la reputación ajena, permite la imitación para reproducción. El tercero, en el artículo 16.1. de la LCD en el que se declara desleal el tratamiento discriminatorio del consumidor, a no ser que medie causa justificada. Y el cuarto, en el artículo 17.2. de la LCD en el que se declara lícita la venta a pérdida con carácter general y sólo declara ilícitas los supuestos que caigan en los supuestos a), b) y c).» VEGA GARCÍA, F. L., *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial. Resarcimiento del daño causado al competidor ...*, ob. cit., p. 229.

⁹⁰ Con similar criterio se pronuncia el TS en la sentencia de 15 de abril de 1998, «Don JOVINO ALBERTO F. V. c. Cadena Clarín», al mantener que: «[...] la buena fe que se contiene en la norma viene hecha a la buena fe objetiva, prescindiendo de la intencionalidad (dolo o culpa) del sujeto y que encuentra acogida en el art. 7.1 del Código Civil como límite en el ejercicio de los derechos subjetivos; dice la Sentencia de 21 septiembre 1987 que «el art. 7.1.º del Código Civil, como ya expresó la Sentencia de 8 julio 1981, es una norma que en su profundo sentido obliga a la exigencia, en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atendimento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena». La generalidad del art. 5 de la Ley de Defensa de la Competencia exige, al igual que ha sucedido con el art. 7.1.º del Código Civil, una concreción de los supuestos a que se aplica.»

⁹¹ Vid. VEGA GARCÍA, F. L., *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial. Resarcimiento del daño causado al competidor ...*, ob. cit., pp. 233-244.

artículo 57 del CCom. con el establecimiento de medidas dirigidas a evitar actos desleales, ya sean de obstaculización o de exclusión⁹². Básicamente porque la ventaja obtenida con el ilícito concurrencial no se sustenta en la mejora de las prestaciones propias. Bien sea por la deslealtad implícita en la forma en la que tienen lugar —prácticas concertadas, abuso de posición de dominio, determinadas operaciones de concentración, determinadas ayudas públicas—, o bien, por el acto en sí mismo considerado⁹³. Y como se ha indicado, en ambos casos —libre competencia y competencia desleal—, el juicio de deslealtad del comportamiento reside en la cláusula general de la buena fe, que es aquella que resulta del principio de eficiencia en la acepción constitucional del término, esto es, defensa de la productividad y respeto del resto de principios del orden económico constitucional⁹⁴. Como señala la Exposición de Motivos de la LCD, la finalidad de la Ley «[...] se cifra en el mantenimiento de mercados altamente transparentes y competitivos [...]»⁹⁵. Por ello, la tipificación de los diferentes actos de competencia desleal «[...] ha estado presidida por la permanente preocupación de evitar que prácticas concurrenciales incómodas para los competidores puedan ser calificadas simplemente por ello, de desleales.» Y por ello también el tipo de la deslealtad se construye sobre una norma flexible que permite moderar los límites del enjuiciamiento a diferentes momentos y a las «dimensiones de la empresa»⁹⁶.

b) La *antijuridicidad* concurrencial tiene lugar por la realización un comportamiento previamente tipificado en una norma positiva ordenadora de la actividad económica. Esto es, la antijuridicidad relevante es la de «la conducta y no la del daño.»⁹⁷ Lo que tiene lugar cuando el ejercicio abusivo de la

⁹² Vid. OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, J. J., *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal ...*, ob. cit., p. 167.

⁹³ A *contrario sensu* «[...] para que una conducta una conducta pueda considerarse leal el daño que si infiere al competidor debe se el resultado y no el medio de la actividad concurrencial.» Vid. MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Protección jurídica de la lealtad en la Competencia*, Montecorvo, Madrid, 1993, p. 270, donde mantiene que «[...] para que una conducta pueda considerarse leal el daño que si infiere al competidor debe se el resultado y no el medio de la actividad concurrencial.»

⁹⁴ Superando así la concepción de la cláusula general como un derecho subjetivo inherente a la personalidad o a empresa. Con similar criterio vid. MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Protección jurídica de la lealtad en la Competencia ...*, ob. cit., pp. 269-270. En su tramitación parlamentaria el actual artículo 5 de la LCD — anterior artículo 6— tenía una redacción que aún muestra más certeramente el alcance del bien jurídico que se pretendía proteger con la norma al mantener que «Se todo desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. En particular, se considerará contrarios a las exigencias de la buena fe aquellos comportamientos que pongan en peligro, de manera significativa, la libertad de decisión del consumidor o el funcionamiento concurrencial del mercado.» Incluso en su tramitación en el Senado se pretendió sustituirla por dos enmiendas. Una proponía la aplicación de la fórmula en el anterior artículo 87 de la LM «acto de competencia que sea contrario a las normas de corrección o buenos usos mercantiles», y la otra, en relación al «abuso de Derecho o ejercicio antisocial del mismo».

⁹⁵ En estos términos se puede leer el artículo 1 de la LCD. Y similar criterio se puede observar en la LDC y en la LOCM.

⁹⁶ Vid. PALAU RAMÍREZ, F., *Descuentos promocionales (un análisis desde el Derecho contra la competencia desleal y la normativa ordenadora del comercio)*, Idelco y Marcial Pons, Barcelona, 1998, p. 109, donde el autor mantiene que «[...] pueden considerarse lícitas conductas realizadas por grandes empresas que serían lícitas si fuesen cometidas por pequeños o medianos comercios; pero ello como resultado de los distintos efectos que la conducta despliega sobre la competencia en un determinado mercado y no únicamente por defender el *status* del pequeño comercio con independencia de su eficiencia económica.»

⁹⁷ Vid. VEGA GARCÍA, F. L., *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial. Resarcimiento del daño causado al competidor ...*, ob. cit., p. 189.

competencia, sin causa justificable, pone en peligro cualesquiera de los tres bienes jurídicos protegidos: los de los consumidores y usuarios porque el ilícito limita su autonomía y libertad de decisión ante una oferta plural cuantitativa y cualitativamente; los de los competidores, porque limita la competencia por eficiencia y méritos propios, pudiendo excluir a competidores más eficientes; el del propio mercado, porque limita la existencia de competencia suficiente y libre. La antijuridicidad, como se observa, viene a recoger los bienes jurídicos dignos de protección y que inspiran el Derecho de la competencia⁹⁸.

c) Ello, no obstante, la realización de la conducta tipificada sin que medie justa causa en la antijuridicidad —lo que supondría el reproche de esta— lo que permitiría determinar objetivamente la responsabilidad, porque no se olvide que la culpa es siempre subjetiva y en este supuesto tendría naturaleza extracontractual, lo que dará lugar al nacimiento de las acciones previstas en materia de libre competencia y competencia desleal, con el objetivo de evitar o restituir la situación y sus efectos hasta el momento anterior en el tuvo lugar el acto. La existencia de los dos presupuestos anteriores —tipicidad y antijuridicidad— pueden dar lugar —si no media justa causa que elimine la antijuridicidad— al nacimiento de la *culpabilidad*. Esta se define como la imputación a una persona física o jurídica de una acción u omisión dolosa o culpable por la infracción del mandato contenido en una norma jurídica⁹⁹. En la conducta dolosa se encuentran presentes la voluntad y la intención de dañar. Mientras que en la conducta culpable no está presente la intención dañosa, sino la falta de la diligencia debida y exigida a un diligente comerciante, precisamente al no prever las consecuencias de sus actos¹⁰⁰. Ahora bien, al tratarse de un ilícito de peligro la culpabilidad extracontractual no reside en la acción u omisión típica, sino en la antijuridicidad del acto, esto es, en la capacidad del mismo para producir el resultado lesivo con independencia de la finalidad de su autor¹⁰¹. La existencia de una cláusula general y de un catálogo de actos permiten *objetivar la*

⁹⁸ Vid. BERCOVITZ, A., «La competencia desleal», *DN*, año 3, núm. 20, 1993, pp. 1-12.

⁹⁹ Siguiendo a VEGA GARCÍA, F. L., *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial. Resarcimiento del daño causado al competidor ...*, ob. cit., p. 192, habrá que diferenciar entre culpa y culpabilidad, y «[...] mientras la primera es considerada como *forma de antijuridicidad*, la segunda, eminentemente subjetiva, constituye un elemento distinto a la «ilicitud objetiva» en el sistema de responsabilidad civil. El examen de la «culpa» se realiza sobre la conducta, estudiándola objetivamente, concluyendo sobre su carácter culposo o doloso; el estudio de la «culpabilidad», por su parte, se concreta en el autor material del hecho dañoso, en el sentido de si al agente, como tal, le es reprochable haber actuado como lo hizo, es decir, si la responsabilidad es imputable subjetivamente a un determinado sujeto [...]»

¹⁰⁰ Vid. VEGA GARCÍA, F. L., *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial. Resarcimiento del daño causado al competidor ...*, ob. cit., 2001, p. 212. Para quien la culpabilidad debe cumplir las tres funciones siguientes: «[...] En primer lugar, concreta el *modelo de conducta ilícita*, pues la exclusión que hemos defendido de la culpabilidad otorga relevancia casi exclusiva a la antijuridicidad. En segundo lugar, la presencia de elementos que permitan determinar objetivamente la responsabilidad derivada de la culpa está presuponiendo la producción de un *daño concurrencial*, lo que, como se expondrá en posteriores apartados, otorga relevancia jurídica al daño concurrencial causado a un competidor a efectos de su posible separación. En tercer lugar, la antijuridicidad también incide en la determinación de la existencia de *nexo causal o imputación objetiva*. [...]»

¹⁰¹ Lo que no resulta contrario a la exigencia de finalidad predatoria en determinados preceptos de la LCD 11.3, 14.2 y 17.2.c), puesto que ésta se determina objetivamente a través del juicio de deslealtad sobre el acto en concreto.

responsabilidad civil, pero ello no excluye la culpabilidad y posibilita un sistema ágil para la determinación y resarcimiento del daño causado.

Con base en lo anterior resulta irrelevante la intencionalidad del agente para proceder a la represión de su conducta. Siendo ambos elementos, tanto la conducta —acción u omisión— como el daño —resultado real o potencial—, prohibidos por su carácter antijurídico. En todo caso se tendrá en cuenta la intención y la intensidad a los efectos de proceder a la determinación de culpa y su graduación. Esta objetivación de la culpa aparece claramente expuesta en el artículo 20 de la LCD en el que en relación con la legitimación pasiva para las acciones previstas en el artículo 18 de la misma Ley, «[...] podrá ejercitarse contra cualquier persona que haya realizado u ordenado el acto de competencia desleal o haya cooperado a su realización»¹⁰² Y precisamente por ello resulta tan amplia la legitimación activa del artículo 19 de la LCD, extensible a «[...] cualquier persona que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por el acto de competencia desleal». De ahí, la necesidad de determinación del ilícito concurrencial con base en una presunción legal objetiva *iuris tantum* en los artículos 2.1.—«[...] que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales.»— y 2.2. —«[...] se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión de las prestaciones propias o las de un tercero.»— de la LCD. Y se entiende por comportamiento «objetivamente idóneo», cualquiera que sea el grado de ejecución, aquel que pueda «[...] influir en la estructura y procesos del mercado, sea actualmente, sea en el futuro (los actos preparatorios de una actividad realizada en el mercado, y que están ordenados a su proposición o aseguramiento, tienen igual finalidad concurrencial.»¹⁰³ Por consiguiente, para proceder a su represión no se exige la producción del *resultado*, que en todo caso, de producirse vendría a confirmar la objetiva idoneidad de la conducta para producir los efectos anticompetitivos o desleales y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

Quedando excluidos de la calificación de ilícito concurrencial los actos que: primero, no se realicen o desplieguen efectos en el mercado porque formen parte de la esfera interna de su actor o de su organización, y segundo, no persigan una finalidad concurrencial¹⁰⁴. Tales como los estudios de las asociaciones para la defensa de los consumidores y usuarios, los artículos que realizan comparativas entre productos o servicios y los estudios técnicos sobre las cualidades de un determinado producto, entre otros supuestos. Simplemente porque éstos no se pretende la promoción en el mercado de sus prestaciones o las de un tercero. Salvo claro está, que con ello se persigan los fines prohibidos como pudieran ser

¹⁰² Salvo, claro está, la acción de enriquecimiento injusto, que sólo podrá dirigirse contra el beneficiario de dicho enriquecimiento.

¹⁰³ Vid. MASSAGUER FUENTES, J., *Comentarios a la Ley de Competencia desleal ...*, ob. cit., pp. 123-124.

¹⁰⁴ Vid. MASSAGUER FUENTES, J., *Comentarios a la Ley de Competencia desleal ...*, ob. cit., p. 123. Asimismo vid. SAP de Vizcaya de 29 de diciembre de 1999 «Consejeros de Imagen, S.A. c. Asociación de Agencias de Publicidad de Bizcaia»; SAP de Barcelona de 31 de enero de 1996 «The Polo Lauren Company, Polo Ralph Lauren Corporation, Co. c. Armando L. L. y Almadrana, S.A.»; SAP de Valencia de 14 de noviembre de 1998 «Querol, S.A. c. Don Bongo, S.A.»; AP de Valladolid de 26 de mayo de 1997 «Flexibreaks International, S.A.»

las asociaciones de consumidores y usuarios que realicen manifestaciones incorrectas o falsas con conocimiento de ello, las comparaciones de productos o servicios, o los informes técnicos, cuando su interpretación no respondan a la realidad objetivamente considerada¹⁰⁵.

Finalmente cabe afirmar que se está ante un ilícito concurrencial cuando el comportamiento se realice en el mercado, con fines concurrenciales y resulte contrario a la cláusula general, o al catálogo de actos contenido en la LCD, o que constituya una infracción del orden concurrencial o competencial de la LDC, o de la LOCM, o de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas —LM—, o de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Régimen jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad —LP—, o de la Ley 3/2000, de 7 de enero, de Régimen jurídico de la Protección de las Obtenciones Vegetales —LOV—, entre otras¹⁰⁶. Por lo que puede observarse que numerosos supuestos no pueden ser encuadrados en los tipos descritos, sino en la cláusula general de buena fe¹⁰⁷.

V. El mercado como construcción normativa

Con el presente epígrafe se pretende delimitar el concepto de mercado como una de las premisas metodológicas básicas en la que se sustenta el estudio de las prácticas predatorias, tanto las no instrumentalizadas en precios como las instrumentalizadas en estrategias de precios en la que se encuadra la venta a pérdida. Para ello se analizará el concepto tradicional con el que los economistas han venido definiendo el mercado, así como la evolución que el mismo ha experimentado. Posteriormente, tras la definición económica se analizará el concepto desde el punto de vista jurídico y las consecuencias que el ordenamiento atribuye a una determinada realidad económica y que directamente depende de una opción de política económica.

1. Concepto tradicional y evolución hacia el concepto de «mecanismo» o «sistema»

Tradicionalmente se ha venido entendiendo por mercado el espacio físico, ya sea una plaza, un edificio e incluso modernamente podría definirse como un

¹⁰⁵ Vid. SAP de Vizcaya de 30 de julio de 1998 y SAP de Barcelona de 5 de julio de 1996, entre otras.

¹⁰⁶ Ley 17/2001, de 17 de diciembre, de Marcas —BOE, de 8 de diciembre de 2001, núm. 294—; Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Régimen Jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad —BOE, de 26 de marzo de 1986—; Ley 3/2000, de 7 de enero, de Régimen jurídico de Protección de las Obtenciones Vegetales —BOE, de 10 de enero de 2000, núm. 8., *rect.* BOE., de 8 de febrero de 2000, núm. 33—

¹⁰⁷ En esta categoría cabría incluir la captación de la clientela por un trabajador desde dentro de la organización para utilizarla posteriormente en beneficio propio, utilización de proyectos o planos ajenos para prestación propia, apropiación de marca o de signo distintivo ajeno, eliminación de material publicitario de la competencia, ofertas molestas, ejercicio abusivo de influencias, o publicidad desagradable, entre otras¹⁰⁷. La cláusula general así construida respeta las exigencias inherentes al principio de legalidad como tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Y el juicio de deslealtad sobre el acto tipificado resulta una tarea relativamente simple por la subsunción del comportamiento en el tipo.

espacio virtual donde se compran y venden determinados productos o servicios. El mercado así entendido comprende el espacio geográfico en el que se desarrolla, ya sea local, regional, nacional, internacional, mundial o virtual. Lo que a su vez incluye las diferentes áreas de producción, distribución y consumo. Este es el ámbito donde tienen lugar las interrelaciones entre oferentes y demandantes, ya sea directamente o a través de los intermediarios por las que se configura el ajuste entre oferta y demanda por la vía del precio¹⁰⁸. Luego, el concepto de mercado en el que se sustenta una organización económica ya sea de corte socialista, capitalista u otras, básicamente actúan inspiradas en el principio de intercambio y división del trabajo¹⁰⁹. Esta idea tradicional del espacio físico en la que sin duda operan las diferentes relaciones e intercambios ha sido superada por la doctrina hacia el concepto de mercado como estructura jurídica.

En el Siglo XIX la doctrina puso de manifiesto esta diferencia al definir el mercado «no como un determinado lugar donde tienen lugar las compras y las ventas, sino como todo un territorio en el que las partes están unidas por relaciones de libre comercio, de tal modo que los precios se nivelan con facilidad y prontitud»¹¹⁰. De este modo se supera la limitación del acotamiento del mercado a un espacio físico concreto, pudiendo tomar en cuenta las evidentes influencias que el conjunto de las relaciones tienen en un mercado ya sea directa o indirectamente. En el que el concepto vendrá conformado por la norma jurídica. Con similar criterio recientemente otros han definido el mercado como «un mecanismo por medio del cual los compradores y vendedores de un bien o servicio determinan conjuntamente su precio y cantidad»¹¹¹. Aunque no siempre el precio opera como patrón de la calidad de un determinado producto o servicio, por lo se deberán tenerse en cuenta otros elementos¹¹²

Como se observa, en todas las definiciones hay una referencia al precio, que opera como una señal para alcanzar el equilibrio entre la oferta y la demanda, por eso hay un precio de oferta y uno de demanda. A título de ejemplo, para el

¹⁰⁸ El precio es una señal que opera como un elemento de ajuste entre la oferta y la demanda contribuyendo a alcanzar el equilibrio entre ambas.

¹⁰⁹ En un sentido similar *vid.* IRTI, N., «El orden jurídico ...», *ob. cit.*, p. 7 y ss.

¹¹⁰ *Vid.* COURNOT, A., *Recherches sur la Théorie mathématique de la théorie de richesses*, 1838, nueva edición, París, 1938; BRUGUIER PACINI, G., voz «mercado», en *Dic. Econ. Pol.*, II, Madrid, 1982, pp. 1195-1196.

¹¹¹ *Vid.* SAMUELSON, P. A., y NORDHAUS, W. D., *Economía*, 26.^a ed., McGraw Hill, Madrid, 1999, p. 27.

¹¹² En este sentido resulta de interés el trabajo de GUTIÉRREZ CILLÁN, J., «La utilización del precio como indicador de la calidad del producto. Una práctica tan extendida como insuficientemente explicada», *Anales de Estudios Económicos de la Universidad de Valladolid*, núm. 11, 1996, pp. 65-95. En la determinación del precio inciden multitud de variables y lo mismo ocurre a la hora de determinar la solución a la ecuación calidad precio. La solución a esta ecuación habrá de entenderse en términos objetivos por lo que muchos de los parámetros determinantes de la calidad no son realmente percibidos por los diferentes consumidores. Se trata normalmente de valores extrínsecos como la marca, el precio, la imagen del producto o servicio o del fabricante u oferente, la publicidad, las garantías y su origen, entre otras. Además el análisis que hacen los consumidores y usuarios en la mayoría de los casos no resulta acertado, precisamente porque actúa en la creencia de la existencia de una correlación positiva entre el precio y la calidad real. Sin embargo, en algunas ocasiones esta aparente correlación reduce los costes de búsqueda en la práctica, lo que en cierto modo apoya la existencia de una cierta relación entre la calidad y el precio desde un punto de vista objetivo. Precisamente porque se fundamenta en la información previa adquirida por el consumidor a través de su experiencia.

mercado de capitales es el tipo de interés y para el mercado de trabajo el salario¹¹³. Este elemento de equilibrio es diferente en función del mercado aunque todos al final hacen una referencia al precio. Por eso el Legislador español, sin duda influenciado por principios neoclásicos hace una referencia al precio de venta en relación con el precio de adquisición o coste de producción para establecer el régimen jurídico de la venta a pérdida. De este modo se consigue superar la exigencia de un espacio físico para definir el concepto de mercado, puesto que éste es mucho más amplio, como un todo que posteriormente se segmenta en mercados menores. Se parte primero de un concepto amplio del mercado como «sistema» o «mecanismo» y posteriormente se acude al análisis de la segmentación del mismo para calificar con precisión uno determinado con todas sus características. Esta definición como mecanismo de intercambio es propio de una economía de mercado que a su vez se subdivide en tres partes de las que proceden el resto, esto es, de productos entendido en sentido amplio comprensivo de los servicios, el de trabajo y el de capitales.

La regulación normativa de la venta a pérdida define el mercado en sentido amplio, de modo que su aplicación es posible a cualquiera de las subdivisiones en las que se constituyan los diferentes mercados. De ahí que sea necesario la delimitación conceptual de cada uno de ellos, primero desde la óptica económica y posteriormente el estudio se centrará en la significación jurídica de dicha realidad. Precisamente porque es aquí donde se configura jurídicamente el concepto de mercado, ya sea como un todo o como una parte que en cualquier caso viene determinado por la norma que lo constituye, acota y ordena. Así pues, desde el punto de vista económico, el mercado de productos es utilizado por los economistas «[...] para referirse a la venta de bienes por parte de las empresas a economías domésticas y a otras empresas». Por su parte, el término mercado de trabajo es utilizado por los economistas «[...] para referirse a las transacciones en las que se contratan trabajadores o se compran servicios de trabajo». Y finalmente, el término mercado de capital «[...] generalmente se refiere a los mercados en los que se reúnen y se transfieren los fondos, incluidas todas las instituciones que piden y conceden préstamos»¹¹⁴. Cualquiera de estos mercados en el que se subdivide el concepto en conjunto pueden delimitarse con extrema exactitud y todos ellos, aún cuando sean tratados individualmente como unidades, están perfectamente interconectados. Esta identificación normativa opera como un elemento fundamental para el estudio de la venta a pérdida en relación con un mercado objetivo y subjetivamente definido, la primera en una relación espacio tiempo y la segunda en relación con los consumidores adscritos y el nivel de desarrollo de ese mercado. Posteriormente delimitado el mercado desde el punto de vista económico, se podrá acudir al concepto jurídico para determinar, en relación con un determinado patrón de lealtad, la existencia o no de ésta, ya sea por comportamientos contra los competidores, contra el propio mercado o contra

¹¹³ En palabras de SAMUELSON, P. A., y NORDHAUS, W. D., *Economía*, ob. cit., p. 27., «[...] los precios coordinan las decisiones de los productores y de los consumidores en el mercado. Su subida tiene a reducir las compras de los consumidores y fomenta la producción. Su bajada fomenta el consumo y reduce los incentivos para producir. Los precios constituyen el engranaje del mecanismo del mercado».

¹¹⁴ Vid. STIGLIZ, J. E., *Economía*, Barcelona, 1994, pp. 34-36.

los consumidores y usuarios. Por tanto, desde un punto de vista económico la delimitación de un mercado concreto deberá tener en cuenta su ámbito geográfico real o virtual, ya sea de carácter local, regional, nacional, internacional o global. El ámbito temporal que es otro de los elementos esenciales para la configuración del concepto de mercado, lo que a su vez ayudará a determinar en su caso, la duración de la práctica desleal, la intensidad de la misma y el grado de deslealtad. Además este concepto hay que complementarlo con el análisis objetivo del nivel de desarrollo de cada mercado en relación con el producto o servicio de que se trate que deberá compararse con otros mercados. Y finalmente, es fundamental delimitar los sujetos que concurren en dicho mercado, lo que en su caso ayuda a identificar a los concurrentes y consumidores contra los que va dirigida la práctica desleal así como los efectos reales y potenciales que la práctica tiene sobre los mismos.

La evolución del concepto hacia «sistema» o «mecanismo» ha sido progresiva. El mercado y la segmentación del mismo parte de una realidad económica con implicaciones jurídicas que atribuyen significación a las relaciones entre la oferta y la demanda. Así pues, la misma realidad tiene un significado y un tratamiento diferente para una economía inspirada en principios de planificación económica que para una economía de corte capitalista. Evidentemente, el concepto de mercado empleado aparece circunscrito a una economía de corte capitalista en el marco de las constituciones europeas de corte social, influenciados por el actual proceso de globalización económica y los efectos de la tendencia de los Estados de liberalizar y privatizar bajo el nuevo Derecho de la regulación de la desregulación. Un concepto influenciado por postulados darwinianos cuyo objeto es la construcción ideal de un modelo de competencia perfecta¹¹⁵. Para este autor, si confluyen en un mercado un número amplio de oferentes y demandantes de productos o servicios sin que ninguno de ellos pueda imponer sus condiciones, el mercado se autorregulará a través del libre juego de la oferta y la demanda. De este modo y gracias a la división del trabajo, una economía de mercado competitiva en situación de competencia perfecta permitirá al mercado como «mecanismo» extraer el máximo de utilidades posibles de los bienes existentes. Sin embargo, este planteamiento impecable desde el punto de vista teórico adolece de multitud de defectos en la práctica. Precisamente porque su aplicación venía desvirtuada por interpretaciones interesadas a lo largo de la propia evolución de la historia económica occidental. La competencia perfecta es una situación irreal e hipotética a la que ha de tenderse. La dificultad que entraña su alcance y lo efímero de su duración en el hipotético caso de que un concreto mercado se aproxime a él, es lo que motiva la intervención para asegurar la coherencia y evitar las contradicciones y desequilibrios de un sistema económico en régimen de competencia perfecta. A lo que habrá que sumar el principio asumido como propio por los Estados modernos y por mandato constitucional de la obligación de intervenir en la economía para asegurar unos mínimos a sus ciudadanos. Precisamente porque ni el mercado opera en competencia perfecta, ni hay una mano invisible que regule las relaciones entre la oferta y la demanda. En

¹¹⁵ Vid. SMITH, A., *La riqueza ...*, ob. cit.

realidad la tendencia natural es hacia la competencia imperfecta, caracterizada por la existencia de externalidades e informaciones asimétricas que alteran el modelo. Es más, es en el propio modelo de competencia perfecta donde reside un sentimiento egoísta e innato al ser humano que lo lleva a maximizar sus recursos y a acumular ilimitadamente riqueza, lo que opera como motivación de los sujetos que concurren en el mercado. Cualquiera de estos, llevados por la satisfacción de su interés particular puede triunfar. Desde una concepción darwiniana sólo los más fuertes triunfarán sobre el resto, y este es precisamente la exigencia que opera sobre los concurrentes, en la confianza de que sólo con este modelo de competencia se consigue mejorar el mercado y los precios en beneficio de los concurrentes. Sin embargo, salvo excepciones, el éxito de los que triunfan es precisamente eso, éxito de los que triunfan, lo que además suele degenerar en abusos. Se puede observar como desaparecen los elementos objetivos que deben concurrir en el modelo ideal de competencia perfecta, sin que el mercado como «mecanismo» en abstracto tenga capacidad de restaurar las condiciones. Incluso en determinados supuestos el modelo de competencia perfecta no es el más adecuado para el desarrollo del mercado¹¹⁶.

2. La intervención del Estado en la configuración del concepto

Todo ello hace necesario la intervención del Estado no sólo como operador para garantizar la existencia y prestación de determinados servicios, sino también para evitar los excesos a los que el propio mercado tiende por naturaleza¹¹⁷. La economía de mercado así diseñada no contribuye a la justa distribución de la riqueza, pudiendo dar lugar a terribles desequilibrios en los niveles de renta y por ende en la capacidad adquisitiva y de consumo con lo que además producen una caída de la demanda agregada¹¹⁸. Unas desigualdades difíciles de aceptar no sólo

¹¹⁶ Por ejemplo, el supuesto de la necesidad de una cierta masa crítica para producir un bien o prestar un servicio como puede ser el caso de la telefonía básica de un país, la red de carreteras, la red de ferrocarriles, una red nacional de gas, entre otros — Se entiende por masa crítica en economía el nivel de producción necesario o si se prefiere el nivel de ventas necesarias para cubrir los costes de la empresa. Así, mientras que para un negocio de peluquería el coste para iniciar la actividad es mínimo, para el servicio telefonía o para la venta y distribución de carburantes el coste para el inicio es muy elevado, así como el periodo de amortización que se necesita.¹¹⁶— En estos casos, sólo uno o varios oferentes están en condiciones de prestar el servicio de modo que no se da la situación de competencia perfecta buscada y además necesita de la intervención del Estado, directamente como empresario o a través de ayudas y subvenciones. Por ello y debido a la naturaleza propia del mercado los competidores posteriores quedan desmotivados a lo que habrá que sumar la tendencia natural de los inversores originarios a abusar de su posición.

¹¹⁷ Resulta interesante la definición del Estado del bienestar antes y ahora dada por un neoclásico como SAMUELSON, P. A. y NORDHAUS, W. D., *Economía*, ob. cit., p. 728, y en detalle las páginas 34-39, 290-293, quienes lo definen como un «[...] concepto de economía mixta que surgió a en Europa a finales del siglo XIX y se introdujo en Estados Unidos en los años treinta. En la concepción moderna del Estado del bienestar, los mercados dirigen las actividades de la vida económica diaria y el Estado regula las condiciones sociales y suministran pensiones, asistencia sanitaria y otros aspectos de la seguridad social».

¹¹⁸ STIGLIZ, J. E., *Economía*, ob. cit., pp. 31-33, define la economía de mercado del siguiente modo: «[...] en su forma sencilla, gira en torno al intercambio entre las personas (o las economías domésticas), que compran bienes y servicios a las empresas, y las empresas, que utilizan factores, es decir, distintos materiales de producción y obtienen productos, es decir, los bienes y servicios que venden [...] En las economías de mercado competitivas, los consumidores toman decisiones que reflejan sus propios deseos. Y las empresas toman decisiones que maximizan sus beneficios, para lo cual deben producir los bienes que desean los

desde el punto de vista económico, porque esos desequilibrios tienden a volverse contra el propio sistema y a reducir la eficiencia del mismo, sino lo que es más importante, porque esta es una situación insostenible desde el punto de vista ético y moral si se tiene en cuenta el objetivo de un modelo de crecimiento sostenible inherente a un Estado con una constitución cláusula social¹¹⁹. Así pues, superada la concepción liberal clásica por los inconvenientes que genera la existencia de externalidades y asimetrías que quiebran el modelo teórico y proclamada la necesidad de intervención del Estado para garantizar no sólo la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos, sino también el correcto funcionamiento de un mercado en situación de competencia imperfecta¹²⁰. La mayoría de las Constituciones europeas incorporan en su articulado los márgenes entre los que se acota el diseño de un modelo económico de desarrollo al servicio de sus ciudadanos, donde el Estado participa activamente como sujeto económico y como garante. Como nuestra propia Constitución recoge, una «economía de mercado» sometida al «interés general», y esto es política económica. De este modo se regula constitucionalmente una conquista social, la de que el modelo económico se desarrolle al servicio general del grupo social. Precisamente porque es el grupo social el que se dota de un sistema económico que tiende a corregir los desequilibrios, evitando arbitrariedades y abusos. En este marco, se desarrolla el modelo social de competencia atendiendo a los criterios de política económica que inspiran el el Texto constitucional. Un modelo sobre el que no sólo se sustenta nuestra normativa en materia de libre competencia y competencia desleal, sino la interpretación de dicha normativa y su desarrollo presente y futuro. Sin embargo, aún cuando este marco acota bastante los parámetros en los que se puede mover el propio Legislador, lo cierto es que ofrece un margen interpretativo bastante amplio. De ahí las tensiones actuales que se producen en los procesos normativos

consumidores y deben producirlos con un coste más bajo que el de otras empresas. Por lo tanto, la economía de mercado da respuesta a tres de los cuatro interrogantes económicos básicos —qué se produce, cómo se produce y cómo se toman estas decisiones—, y las respuestas garantizan, en conjunto, la eficiencia de la economía. La economía de mercado también responde a la cuestión restante —para quien se producen los bienes—, pero la respuesta no resulta aceptable para todo el mundo. Los mercados asignan los bienes a quienes quieren y pueden pagar el máximo por ellos.» Para una aproximación sobre el abuso de los monopolios entre finales del siglo XIX y principios del XX *vid.* KEYNES, M. J., *The end of ...*, *ob. cit.*; TAMAMES, R., *La lucha contra los monopolios*, Tecnos, Madrid, 1966; DARAMA PELÁEZ, M., *Concentración de empresas y defensa de la competencia*, Madrid, 1972; VILLEGAS CAYÓN, J., *Monopolio y competencia. Las Leyes antitrust de los Estados Unidos, base de la libertad económica*, Librería Jurídica Villegas, Madrid, 1970.

¹¹⁹ Planteamiento utilitarista del Estado del bienestar. Para un análisis general desde el punto de vista económico que posteriormente se ve reflejado en las normas jurídicas *vid.* CAFFE, F., voz «Bienestar (economía del)», en *Dic. Econ. Pol.*, I, ALFREDO ORTELLS, Valencia, 1982, pp. 88-96, en la que se incluye un análisis de las diferentes posiciones utilitaristas desde PIGOU sobre el volumen ideal de producción para satisfacer las necesidades del grupo social y el desarrollo posterior de esta idea en KAHN, R.F., ROBERSON, MARSHALL y SCITORSKY, entre otros. Recientemente, al amparo del actual proceso de globalización económica resulta de interés el trabajo de NAVARRO, V., *Neoliberalismo y Estado ...*, *ob. cit.*, pp. 37-102, donde se realiza un interesante estudio en respuesta a los detractores del Estado del bienestar y pone de manifiesto la realidad del equilibrio entre crecimiento económico, equidad y eficiencia de una economía inspirada en principios utilitaristas. Como ejemplo plantea la necesidad de este modelo como el más idóneo para garantizar un crecimiento sostenible, luchar contra la desigualdad social, el desempleo y el estancamiento económico que genera una economía inspirada en principios neoliberales al amparo de la globalización económica.

¹²⁰ *Vid.* KEYNES J. M., *The end of ...*, *ob. cit.*, «[...] Lo importante para el Estado no es hacer cosas que ya ha hecho los individuos y hacerlas algo mejor o algo peor sino hacer cosas que actualmente no se hacen».

entre quienes propugnan una interpretación menos laxa de nuestra Constitución, donde primen los principios de reparto y equidad al objeto de eliminar las desigualdades sociales y los que inspirados en los postulados neoclásicos y ante el actual proceso de globalización propugnan una menor intervención del Estado. Un debate que determinará el modelo de mercado y por ende, el de competencia.

Ambos planteamientos están inexorablemente abocados a entenderse. La realidad de la economía española y de su modelo y sistema económico son la misma aunque la luz que emana del prisma en el que se refleja podría mostrar una imagen diferente y, por tanto, las consecuencias de una u otra opción son también bien diferentes. Desarrollar legislativamente las Constituciones europeas — claramente de corte social por el contexto en el que nacen—, a la luz de un prisma neoclásico en el actual proceso de globalización económica contribuiría sin duda alguna a un incremento de las desigualdades. Sobre todo porque los mercados así concebidos generan tensiones inflacionistas que impiden un desarrollo sostenible y continuado. Una situación a la que el Estado, que no se olvide actúa como garante, no podrá hacer frente en una situación de crisis económica. Por esta vía no dispondría de los recursos económicos suficientes al optar por un modelo que deja la mayor parte del ahorro en el mismo mercado, sin detraer cuantías para el futuro en previsión de crisis. Crisis que sufriría la mayoría y que parece poco probable que la iniciativa privada pudiera subsanar¹²¹. Es más, desde un punto de vista estrictamente egoísta, esta desigualdad contribuirá a crear un elevado número de marginados en el grupo social y económico al que pertenecen. Unos sujetos que no sólo no producen, sino que tampoco consumen y cuyo sustento se concentra en la detracción de Fondos públicos. El sistema es capaz de aceptarlo como un costo marginal, pero a la larga acaba perjudicando. Llegados a este punto, cabría plantearse si no resultaría más fácil contribuir económica y legislativamente a la interpretación de la constitución económica en sus presupuestos y mejorar el reparto de la riqueza para así alcanzar mayores cuotas en el desarrollo de la cláusula social. En este supuesto se estaría optando por un modelo de desarrollo sostenible y no por uno que procede con cobertura legal al expolio de las riquezas de un país maximizando el beneficio y la acumulación de riquezas a corto plazo sin proceder a su reparto. No parece aceptable retrasar el cumplimiento de estos objetivos hasta llegar al límite del coste marginal soportable y expresado en un determinado número de marginados con un nivel mínimo de recursos. No se debe olvidar que la economía va por ciclos, e incluso por «barrios» aunque se hable de un mercado global, lo cierto es que los mercados están perfectamente segmentados y las políticas, los niveles de desarrollo y la

¹²¹ De hecho, los partidarios neoclásicos de las ideas liberales de SMITH han realizado una interpretación bastante interesada de las mismas. De hecho, citando a RODRÍGUEZ BRAUN, C., «Estudio preliminar», en SMITH, A., *La riqueza de ...*, ob cit., pp. 15-16, en relación con la visión simplista del denominado capitalismo salvaje «[...] Una cosa es defender el capitalismo, parece decir, y otra cosa muy distinta es defender a los capitalistas, que sólo son útiles a la sociedad en la medida en que compitan en el mercado ofreciendo bienes y servicios buenos y baratos, con los que los consumidores se benefician — y el consumo es el fin último de la producción. SMITH dedica a los capitalistas y a su espíritu monopolístico y de «conspiración contra el público» unos comentarios durísimos, de gran relevancia para comprender numerosas polémicas actuales, puesto que SMITH demuestra cómo los diversos grupos económicos consiguen privilegios del Estado sobre la base de simular que representan los más amplios intereses de la sociedad [...]»

aplicación es regional. El sistema por el que se está optando es aparentemente viable en una situación de bonanza económica, pero resulta cuestionable si sería sostenible en una situación de crisis. De ahí que sea necesaria, como lo ha venido siendo hasta hora la intervención del Estado para garantizar la eficiencia de la economía, la distribución de la renta, la estabilización del sistema, la corrección de los desequilibrios y la función de la competencia y la correspondiente elección del modelo regulatorio.

Finalmente el concepto de mercado al que se hace referencia viene acotado por el modelo constitucional elegido por el Constituyente de 1978, a caballo entre las constituciones sociales europeas del siglo XIX y la vuelta a las concepciones neoclásicas de la economía que no sólo influye sobre el Legislador español sino también sobre el comunitario. Un concepto de mercado en sentido amplio comprensivo de todos los supuestos anteriores, esto es, el concepto amplio y la segmentación a la que haya que acudir en cada caso. En definitiva el concepto de Derecho de mercado puede ser definido como un espacio jurídico e institucional en el que se realizan los intercambios entre los sujetos intervinientes, competidores, consumidores, usuarios y Estado. Estos se interrelacionan a través de una señal, el precio en el mercado de productos o servicios, el salario en el mercado de trabajo y el tipo de interés en el mercado de capitales. Un concepto que puede ser interpretado como un todo, como un mecanismo o sistema, o bien, individualizarlo a un ámbito espacial real o virtual, temporal, subjetivo, por su morfología organizativa y por el nivel de desarrollo de los mismos.

A) Necesidad de proceder a su acotamiento

Tradicionalmente el concepto de mercado se ha venido definiendo como un marco institucional en el que se cruzan la oferta y la demanda de bienes y servicios¹²². Sin embargo, expuesto en estos términos tan vagos la definición adolece de graves insuficiencias técnicas por lo que deberá de procederse a su delimitación. La definición de sus características se realiza en atención a criterios de política económica que se orientan a la represión de las prácticas comerciales desleales. Y posteriormente para su acotación se procederá a la determinación de las partes de las que se compone o subdivide a los efectos de identificar con claridad el escenario donde tiene lugar las prácticas desleales y entre ellas, la venta a pérdida. Precisamente porque partiendo de la base de que jurídicamente el mercado es uno, también debe reconocerse que está segmentado y por tanto la normativa aplicable en función de los criterios de política económica deberá responder a una doble naturaleza, mercado segmentario y concepción unitaria. Así pues, las ventas a pérdida pueden tener lugar en el español, en el mercado comunitario o a nivel global. El mercado al que se hace referencia en el presente estudio será el mercado español y comunitario, donde la misma conducta puede dar lugar a un ilícito *antitrust*, a una práctica desleal o a una infracción administrativa por la vía de la normativa de comercio interior —en aplicación de

¹²² Vid. HAYEK, F. A., *Derecho, legislación y libertad*, trad. Esp.v. 2, Madrid, 1978, p. 192.

la normativa sectorial al mercado de productos—. Por tanto, dependiendo del lugar en el que se realice la conducta desleal y los efectos que esta produzca, será de aplicación una u otra normativa.

Por su parte, la individualización tiene lugar porque la venta a pérdida sólo puede considerarse como un concepto abstracto en relación a los costes, pero la subjetividad y por ende, la deslealtad de la misma se infiere al ponerla en relación con un mercado concreto. De ahí que se acuda al concepto de espacio físico ya sea real o virtual, con lo que ello implica. Esto permite determinar con exactitud el mercado que se estudia y sobre el que ha tenido, tienen o pueden tener lugar una práctica desleal de venta a pérdida que en su caso pudieran calificarse jurídicamente como desleal. Para proceder a su acotamiento se deberá tomar en consideración las siguientes variables a la hora de analizar con objetividad la práctica realizada: 1. La empresa que lo realiza, 2. La que lo sufre y 3. Las consecuencias para a) los consumidores y usuarios y b), para el propio mercado. Por lo tanto, en primer lugar habrá que analizar la concurrencia del elemento objetivo y posteriormente la subjetividad de la conducta. Desde el punto de vista objetivo se deberá tener en cuenta variables como las características de la persona física o jurídica que realiza la conducta, ya sea directamente o indirectamente influenciando a otra, la cuota de mercado, la posición en el misma y capacidad financiera ya sea directa o indirecta por la existencia de subvenciones cruzadas. Y desde el punto de vista subjetivo habrá que determinar la intencionalidad perseguida con dicha conducta y en su caso ver si encaja en algunos de los supuestos de deslealtad contemplados en el artículo 17.2. de la LCD. En segundo lugar, las consecuencias que pueda tener para el agredido, por lo que se deberá realizar un análisis similar al del punto primero para poner ambos en relación. Y finalmente, en tercer lugar, analizar las consecuencias que dicha práctica pueda tener para el competidor desde la óptica del Derecho de la competencia desleal o desde la Ordenación del Comercio minorista-mayorista, si la práctica cayera en el marco del comercio interior.

B) Concepto jurídico de mercado

El artículo 8. A, 2.º párrf. del TCE define el mercado interior como un todo, como «un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado». En esta definición el Legislador comunitario acude a la delimitación del mercado acotándolo a un espacio geográfico concreto, para posteriormente definirlo como un todo, como un mecanismo de intercambio, con la expresión «libre circulación». Finalmente procede a enumerar los mercados en los que se subdivide el concepto amplio, tal y como se ha desarrollado en el presente epígrafe, lo que incluye el de productos y servicios con la expresión «mercancías y servicios», el de capitales con la expresión «capitales», y el de trabajo con la expresión «personas». Todo ello configura un concepto general de mercado compuesto por otros submercados con diferentes grados de desarrollo.

Interconectados por el principio de unidad, precisamente porque esta idea no se contrapone con la existencia de diferentes submercados, sino que lo complementa. Los elementos definitorios de cada uno de estos mercados han sido delimitados por el TJCE y por la Comisión que resume esa jurisprudencia a través de Comunicaciones.

Las prácticas desleales serán contrarias al concepto de mercado en sentido amplio como «mecanismo», y por ende contraria a los intereses de los que se subdivide o segmenta, debiendo proceder a su acotamiento. Resulta sencillo pasar del concepto amplio hacia el de mecanismo o sistema que puede verse afectado por una práctica desleal ya sea en su totalidad o en una de las partes en las que se subdivide. Una deslealtad que puede ser objeto de represión cuando atenta contra la libre competencia, esto es, cuando va contra la normativa *antitrust* inspirada en criterios de política económica. O bien, cuando sin revestir entidad suficiente para motivar la intervención de las autoridades administrativas al no implicar un falseamiento sensible de la libre competencia en el mercado nacional o en todo o parte del mercado comunitario afecte al interés público. En este caso, la normativa aplicable será la de competencia desleal, y en su caso, para el mercado de productos, la normativa ordenadora del comercio interior.

a) Mercado de productos

Así pues, desde el punto de vista jurídico

«[...] el mercado de productos está formado por todos aquellos productos similares que satisfacen las necesidades e intercambiables unos por otros. Este mercado comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables por razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos. El nivel de elasticidad cruzada dependerá del nivel de sustituibilidad, lo que delimitará las relaciones entre la oferta y la demanda y el nivel de competencia en el mercado¹²³».

En este sentido resulta de interés la sentencia del TJCE en el asunto «United Brands» donde delimita el concepto de mercado de producto en causa y mantiene que

«[...] para que pueda constituir un mercado suficientemente distinto, el producto en causa debe poder individualizarse por sus características particulares de tal forma que los diferencien de otros productos hasta el punto de que sea poco intercambiable con ellos y que no sufra

¹²³ Definición contenida en el Reglamento (CEE) núm. 2367/90 de la Comisión, de 25 de julio de 1990, relativa a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo, *DOCE* L 219, de 14 de agosto de 1990.

competencia de manera sensible.»¹²⁴ La referencia a «intercambiable» es complementario para ayudar a «agrupar los productos en función de sus características técnicas que los hagan aptos para satisfacer determinado tipo de necesidades y que además sean poco intercambiables con otros productos que puedan ser sustituidos»¹²⁵.

En definitiva, el concepto de mercado de producto se sustenta sobre dos premisas, la primera conformada por las características del producto en concreto, y la segunda, la sustituibilidad o intercambiabilidad del mismo en ese mercado y en otros mercados conexos. Delimitado el mercado de productos podrá entrar a determinar si efectivamente ha tenido lugar o no una prácticas desleal.

b) Mercado de servicios —capitales—

Similar criterio al expuesto anteriormente es de aplicación al mercado de servicios en el que se encuadran aquellas empresas cuyo objeto sea la prestación de servicios ya sea directamente como actividad principal o indirectamente como actividad accesorio¹²⁶. El concepto de mercado de servicios se sustenta sobre dos premisas, la primera conformada por las características del servicio en concreto, y la segunda, la sustituibilidad o intercambiabilidad del mismo. Delimitado el mercado de servicios podrá determinarse si efectivamente ha tenido lugar o no una prácticas desleal.

c) Mercado de personas

Como se ha expuesto, desde un punto de vista económico el concepto de mercado de personas se ha interpretado en relación con el concepto de mercado de trabajo. Sin embargo, el TJCE ha venido realizando una interpretación diferente en el asunto «Michelín c. Comisión». En este asunto la empresa diferenciaba los mercados a los que se enviaba sus neumáticos de reposición por un lado, los dirigidos a los fabricantes de coches y por otro, los dirigidos a los revendedores. Luego el concepto de mercado de personas que se utiliza no es el de mercado de trabajo en el que se subdivide el concepto de mercado en sentido amplio, sino el de personas como compradores de los productos o servicios. Lo que a todas luces es una concepción errónea del concepto, pues confunde un mercado de productos

¹²⁴ STJCE de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76, *Rec.*, p. 207.

¹²⁵ *Vid.* FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, C., *Derecho de la competencia en la Comunidad Europea y en España*, Aranzadi, Pamplona, 1994, p. 185. Una interpretación que extrae del análisis del asunto Continental Can, sentencia del STJCE de 21 de febrero de 1973, asunto 6/72, *Rec.*, p. 215

¹²⁶ STJE de 11 de abril de 1989, «Ahmed Saeed Flugreisein et Silver Line Seisebüro GmbH c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerds E.V.», de 11 de abril de 1989, asunto C- 320/87, *Rec.*, p. 803, el tribunal para determinar si una empresa tiene posición de dominio estudio el mercado de servicio a través del estudio de las posibilidades de intercambiabilidad con otros servicios y con esos datos determinó el nivel de competencia real. También resulta interesante las SSTJCE en el asunto «General Motors Continental NV c. Comisión», de 13 de noviembre de 1975, *Rec.*, p. 1376, y «British Leyland Public Limited c. Comisión», de 11 de noviembre de 1986, asunto C-226/84, *Rec.*, p. 3263.

—neumáticos de reposición— y la situación de dependencia de un cliente de su proveedor con el de personas¹²⁷. En cualquier caso, desde la óptica del Derecho de la competencia éste no vendrá determinado en relación con el mercado de trabajo, sino por su condición de consumidores o usuarios.

C) Evolución hacia mercado de referencia de producto

Ante las dificultades que entraña la delimitación del concepto de mercado, sobre todo debido a la segmentación del mismo y la sustituibilidad de la demanda y de la oferta, la discusión desde el punto de vista jurídico por infracción de una norma de competencia está estrechamente relacionada con la delimitación de un mercado en concreto, también denominado de referencia, en causa o relevante. Por tanto, lo importante es determinar cuál es el mercado al relacionar la elasticidad de la demanda y de la oferta, y las condiciones de competencia del mercado de producto y del mercado geográfico de referencia. Esta delimitación del concepto cumple varias funciones. Por un lado permite a las empresas determinar de forma sistemática el marco de competencia en el que operan y las limitaciones al mismo, lo que aporta seguridad jurídica. Además, contribuye a la identificación de los sujetos partícipes, ya sea en derecho *antitrust* a través del control de las operaciones de concentración a nivel nacional o comunitario, en la aplicación de la normativa de libre competencia de los artículos 81 y 82 del TCE y de la LDC. O bien, en los supuestos de infracción de la disciplina de competencia desleal, en aplicación de la normativa en función del mercado afectado, en la determinación de la gravedad de la conducta y en la satisfacción de los intereses cuya defensa se pretende.

La definición de mercado relevante o mercado en causa, aun cuando ha venido siendo utilizada por el TJCE y por la Comisión, así como su correspondiente traslación a las Autoridades nacionales y su influencia sobre la jurisdicción ordinaria, no ha sido una cuestión pacífica. Precisamente por ello, la Comisión, publicó el 9 de diciembre de 1997, sin perjuicio de la interpretación que puedan realizar el TJCE y el TPI, una Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. Esta definición permite abordar con claridad el concepto, lo que facilita en gran medida la delimitación no sólo por la Comisión, el TPI o el TJCE sino también por las autoridades nacionales y los órganos jurisdiccionales a la hora de acotar el mercado en el que a tenido lugar una venta a pérdida. Por ello, se pasará a exponer a continuación el concepto de mercado relevante de producto de referencia y el mercado geográfico de referencia siguiendo las pautas marcadas por la Comisión. La Comunicación realiza un esfuerzo sistematizador de los criterios utilizados por la Comisión para determinar el mercado relevante siguiendo los criterios establecidos por la jurisprudencia. Es una cuestión de competencia ya sea por una operación de concentración, investigación administrativa por la vía de los artículo 81 y 82 del TCE en el ordenamiento

¹²⁷ STJCE en el asunto «Michelin c. Comisión», de 9 de noviembre de 1983, *Rec.*, 1983, p. 3461.

comunitario, por LDC en el ordenamiento español, o por aplicación de la LCD, o en su caso, en materia de comercio interior. Por lo que resulta necesario combinar el mercado de producto y el mercado geográfico, al objeto de determinar la existencia real de la práctica, la idoneidad de la misma para causar el daño injusto y el reproche de deslealtad ya sea de orden judicial o administrativo.

Las primeras definiciones de mercado de producto de referencia y de mercado geográfico de referencia se construyeron con base en los artículos 81 y 82 del TCE, especialmente la sección 6 del formulario A/B relativo al Reglamento número 17 y la sección 6.^a del formulario CO relativo al Reglamento (CE) número 4064/89 sobre el control de las operaciones de concentración de dimensión comunitaria¹²⁸. El Reglamento establece que «[...] el mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos.» Mientras que se define como mercado de referencia:

«[...] la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas.»

D) Presupuestos necesarios para la definición

Para definir ambos conceptos es necesario tener en cuenta tres principios básicos en el Derecho de la competencia; la sustituibilidad de la demanda, la sustituibilidad de la oferta y la competencia potencial. Principios que serán objeto de estudio a continuación.

a) La sustituibilidad de la demanda

La utilización de este concepto viene dada por el hecho de que desde el Derecho de la competencia esta variable permite medir con gran claridad la afectación que sufre el comportamiento competitivo de una empresa en su política

¹²⁸ Reglamento núm. 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962 —*DOCE*, L-13 de 21 de febrero de 1962, p. 204—. Primer Reglamento de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado modificados por los Reglamentos núm. 59 —*DOCE*, L-58 de 10 de julio de 1962—, núm. 118/63/CEE —*DOCE*, L-162 de 7 de noviembre de 1963—, y Reglamento CEE núm. 2822/71 —*DOCE*, L-285, de 29 de diciembre de 1971, p. 49—. Y recientemente por el Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado que entrará en vigor el 1 de mayo de 2004 *DO C* 365 E de 19 de diciembre de 2002, pp. 284 y ss. Un reforma que tiene por objeto establecer una «[...] legislación idónea para superar los retos de un mercado integrado y una posible ampliación de la Comunidad», simplificand el control administrativo e incrementando la eficacia de la supervisión.

de precios. Cuando más plural sea la oferta en productos sustitutivos mayor será el nivel de competencia en tanto en cuanto una modificación de precios puede llevar a los consumidores a cambiar de producto. Esta situación del mercado obliga a los oferentes a mejorar constantemente su oferta lo que redundará en beneficio del consumidor, de modo que las condiciones de competencia del mercado se ven menos afectadas. Ahora bien, si el nivel de sustituibilidad es bajo cualquier modificación del precio al alza impedirá que los consumidores accedan a un producto sustitutivo.

Esta expresión hace referencia a la identificación de una serie de productos que el consumidor considera sustitutivos. La sustituibilidad de la demanda de unos productos por otros viene determinada por la elasticidad del precio, ya sea de demanda o de oferta. La elasticidad del precio viene a expresar en un porcentaje la sensibilidad con la que una variable cambia en relación con los cambios de otras variables en función de una modificación en el precio del citado producto. La Comisión mantiene que la elasticidad de la demanda en función de los precios de un producto X sirve para medir la reacción de la demanda de X a una variación porcentual de su precio. La elasticidad cruzada entre los productos X e Y es la reacción de la demanda del producto X a la variación porcentual de Y. Así, la elasticidad del precio demanda puede ser analizada desde una doble vertiente en función de cómo ésta afecta al precio y cómo afecta a la demanda¹²⁹. Así, la elasticidad de la demanda vendrá dada por un porcentaje que expresa la variación de esta en función de un cambio porcentual en el precio. Mientras que la elasticidad precio oferta es similar a la anterior, esto es, el cambio porcentual que experimenta la oferta ante un cambio del precio¹³⁰. La Comisión mantiene que «[...] para llegar a esta determinación puede realizarse un ejercicio mental, que presuponga una variación pequeña y no transitoria de los precios relativos y que analice la posible reacción de los consumidores frente a esta variación».

Y además aporta una interesante definición de lo que se considera sustituibilidad de productos en el asunto «Du Pont c. IC» al mantener que son aquellos en los que:

«[...] el consumidor directo debe tener la posibilidad, de una forma efectiva y realista, de reaccionar, por ejemplo, ante un incremento significativo en el precio de un producto, adoptando el otro producto en un tiempo significativamente corto. Cada producto debe constituir una alternativa razonable respecto al otro, tanto desde el punto de vista económico como técnico»¹³¹.

¹²⁹ Comunicación de la Comisión relativa la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. Una definición similar a la contenida en SAMUELSON, P. A., y NORDHAUS, W. D., *Economía*, ob. cit., p. 727.

¹³⁰ Para profundizar sobre estos conceptos *vid.* SAMUELSON, P. A., y NORDHAUS, W. D., *Economía*, ob. cit., pp. 66-88; STIGLIZ, J. E., *Economía*, ob. cit., pp. 132-161.

¹³¹ «Du Pont c. IC», Decisión de 30 de septiembre de 1992, asunto IV/M.214, DOCE, 1993, L-7/13.

La Comisión establece la necesidad del análisis de las características de los productos y de sus utilidades previstas, lo que permite acotar los productos sustitutivos investigados. No siendo admisible cualquier tipo de sustituibilidad, sino la funcional. La intercambiabilidad de funciones y similitud de características pueden no ser suficientes, ya que la reacción de los consumidores a una variación de los precios relativos también puede deberse a otros factores. Por ejemplo, el mercado de componentes de automóviles —piezas de recambio originales— puede estar sujeto a distintas presiones desde el punto de vista de la competencia, lo que llevará a distinguir entre dos mercados pertinentes. Inversamente, las diferencias en las características de los productos tampoco bastan en sí mismas para determinar la sustituibilidad de la demanda, dado que ésta dependerá en gran medida de la forma en que los consumidores valoren las diferentes características.

Al objeto de entender esta diferenciación la Comisión para determinar con claridad la existencia o no de sustituibilidad funcional es interesante el asunto «Nestlé c. Perrier». Se trataba de dos productos aparentemente sustituibles, aunque la Comisión, con buen criterio, afirmó lo contrario. Para determinar el mercado de referencia o en causa llegó a la conclusión de que para los consumidores franceses no son productos sustitutivos del agua mineral otros productos como las bebidas refrescantes sin alcohol. Por ello, la cuota de mercado de las aguas minerales en el mercado en causa es mayor al no incluirse otros productos que debido a las preferencias de los consumidores franceses por la imagen de salud que dan las aguas impiden en la práctica ambos productos puedan operar como sustitutivos¹³².

Evidentemente, en la definición dada por la Comisión hay dos cuestiones poco claras, por un lado la referencia al «precio» y por otro el plazo cuando hace referencia al «periodo de tiempo significativamente corto». Cuestiones a las que se les da respuesta en la Comunicación a través de un test de precios sobre el que se profundizará al analizar los requisitos a tener en cuenta en el estudio del mercado de referencia de producto. Sirva en estos momentos exponer que la variación en el precio que modifica la sustituibilidad de la demanda ha de encontrarse en un margen entre el 5 y el 10 por ciento, a diferencia de EE.UU. cuya margen gira en torno al 5 por ciento. Mientras que para el plazo como período de referencia a tener en cuenta por la Comisión no especifica un término, a diferencia de EE.UU. que establece un año.

b) La sustituibilidad de la oferta

La sustituibilidad de la oferta puede definirse como la capacidad de un productor de producir, distribuir y comercializar un producto diferente en un

¹³² «Nestlé c. Perrier», Decisión de 22 de julio de 1992, asunto IV/M.190, *DOCE* 1992, L 356/1. Con similar criterio la diferencia entre comida hidratada y deshidratada para animales en «Dalgety c. The Quaker Oats Company», Decisión de 13 de marzo de 1995, asunto IV/M.554; o la diferenciación que hace la Comisión entre distintos mercados de colas en Coca-Cola «Enterprise c. Amalgamated Beverages Great Britain», Decisión de 22 de enero de 1997, asunto IV/M.794, *DOCE*, 1997, L-218/15.

espacio corto de tiempo sin tener que incrementar significativamente sus costes, como respuesta a pequeñas variaciones permanentes de precios relativos. Así pues, la comercialización producirá un impacto restrictivo sobre el comportamiento de las empresas afectadas al aparecer en el mercado un producto sustitutivo que sin duda obedece a un cambio en la demanda. *A contrario sensu*, tal y como establece la Comisión en la citada Comunicación, «[...] no se tendrá en cuenta para definir el mercado cuando implique la necesidad de ajustar de forma significativa los activos materiales e inmateriales existentes, las inversiones adicionales, las decisiones estratégicas o los plazos.» El plazo de tiempo al que se refiere la Comisión será aquel periodo que no implique un ajuste significativo de los activos materiales, no teniéndose en cuenta para definir el mercado cuando implique la necesidad de ajustar significativamente los activos materiales e inmateriales existentes, las inversiones adicionales, las decisiones estratégicas o los plazos¹³³. Y desde el Derecho de la competencia este es un requisito necesario para definir el concepto de mercado al ser sus efectos similares a los de la sustitución de la demanda en términos de eficacia y respuesta inmediata. El estudio de este elemento viene dado porque esta es una variable que determina el nivel de respuesta de una empresa a un cambio en la demanda originada por una modificación de los precios. En la medida en que en el mercado concurren competidores con un alto nivel de sustituibilidad entre los productos que ofrecen, todos se ven obligados a mantener unos precios competitivos para evitar perder cuota de mercado. Pero en el supuesto de que en el mercado hubiera un escaso nivel de sustituibilidad de la oferta, la variación de los precios produciría una variación en la demanda que otros competidores no podrían asumir, restringiéndose las condiciones de competencia. Por tanto, al objeto de determinar el mercado relevante de producto se utiliza el concepto de sustituibilidad de la oferta para definir el mercado real, constituido no sólo por el mercado del producto en cuestión, sino teniendo en cuenta el mercado que componen los productos sustituibles en la oferta. Para la Comisión estos supuestos tienen lugar cuando:

«[...] las empresas comercializan una amplia gama de calidades o tipos de un mismo producto; aun cuando para un consumidor o grupo de consumidores finales determinados las distintas calidades no sean sustituibles, estas distintas calidades se agruparán en un mercado de producto siempre que la mayoría de los proveedores puedan ofrecer y vender las diversas calidades inmediatamente y sin incrementos significativos de los costes. En tales casos, el mercado de producto de referencia comprenderá todos los productos sustituibles en la demanda y en la oferta, y para calcular el valor total o el volumen del mercado se adicionarán las ventas de estos productos.»

La única cautela a tener en cuenta a la hora de la admisión de la sustituibilidad de la oferta al objeto de definir el mercado de referencia de producto y geográfico es que los efectos de ésta en términos de eficacia y

¹³³ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, de 9 de diciembre de 1997, *DOCE*, C-372/7, nota al pie número 4.

respuesta inmediata sean equivalentes a la sustituibilidad de la demanda. En este caso el mercado de referencia de producto estará compuesto por el producto principal más los productos sustituibles, aún cuando esos productos no sean sustituibles para ciertos consumidores, siempre que la empresa disponga de gran elasticidad en la oferta.

Resulta interesante a este respecto los asuntos «Torras c. Sarrió» y «Steetley c. Tarmac»¹³⁴. Es estos supuestos opera la sustituibilidad de la oferta pero no la de la demanda en virtud de las preferencias del consumidor¹³⁵. Y por el contrario, no opera la sustitución de la oferta en el asunto «Aéropatiales/Alenia/De Havilland» en el que una empresa que fabrica aviones de 30 plazas puede también fabricarlos de 50, pero el periodo para realizarlo es de unos 3 años, luego la Comisión entiende que aquí el mercado relevante de producto estará sólo constituido por el mercado de aviones pequeños de entre 25 y 30 plazas, sin que pueda tenerse en cuenta el mercado de aviones medianos en tanto la elasticidad de la oferta es muy pequeña en atención al período necesario para la reestructuración del proceso de fabricación¹³⁶.

c) La competencia potencial

Este es un elemento utilizado para definir el mercado relevante de producto y geográfico a posteriori pues necesita determinar previamente la posición del resto de las empresas en el mercado de referencia para finalmente determinar si dicha situación plantea problemas desde el Derecho de la competencia. Una vez delimitados los conceptos económicos que utiliza no sólo la Comisión, sino también el TPI, el TJCE y por ende a las autoridades administrativas y a los órganos judiciales de los Estados miembros, conviene a continuación analizar todos y cada uno de los elementos que integran el análisis de, en primer lugar, el mercado de referencia de producto y en segundo lugar, el mercado de referencia geográfico. Un desarrollo en el que se aportará la correspondiente jurisprudencia administrativa y judicial a los efectos de delimitar el concepto de mercado en el que tienen lugar la represión de los supuestos más graves de venta a pérdida como ilícito concurrencial.

¹³⁴ «Torras c. Sarrió», Decisión de 24 de febrero de 1992, asunto IV/M.166, y «Tarmac c. Steetley», Decisión de 24 de enero de 1992, asunto IV/M.180.

¹³⁵ Por ejemplo, una empresa productora de papel de diferentes tamaños y calidades. El mercado de producto no estará constituido sólo por un producto, por ejemplo, el papel para fotocopidora en formato Dina A4, sino por todo el abanico de papeles que puede producir esa empresa, pues la elasticidad de la oferta es muy amplia, en tanto en cuanto, pueden reorganizar toda su producción en un solo día para ofrecer el papel que más se demande. En este caso, el mercado de referencia de producto es más amplio desde el lado de la oferta en la medida en que el oferente se puede adaptar con facilidad, pero no así desde el lado de la sustituibilidad de la demanda, en la medida de las preferencias del consumidor que solicita una gama más amplia.

¹³⁶ «Aéropatiales/Alenia/De Havilland», Decisión de 2 de octubre de 1991, asunto IV/M.053, *DOCE*, L-334, 1991, p. 42.

E) Determinación del concepto de mercado de producto de referencia

Desde el punto de vista jurídico el mercado de productos está formado por: «[...] todos aquellos productos similares que satisfacen las necesidades e intercambiables unos por otros. Este mercado comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables por razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos. El nivel de elasticidad cruzada dependerá del nivel de sustituibilidad, lo que delimitará las relaciones entre la oferta y la demanda y el nivel de competencia en el mercado¹³⁷».

En este sentido la sentencia del TJCE en el asunto «United Brands c. Comisión» se delimita el mercado de producto en causa al indicar que:

«[...] para que pueda constituir un mercado suficientemente distinto, el producto en causa debe poder individualizarse por sus características particulares de tal forma que los diferencien de otros productos hasta el punto de que sea poco intercambiable con ellos y que no sufra competencia de manera sensible»¹³⁸.

La referencia a «intercambiable» obedece a la necesidad de establecer un criterio complementario para ayudar a «[...] agrupar los productos en función de sus características técnicas que los hagan aptos para satisfacer determinado tipo de necesidades y que además sean poco intercambiables con otros productos que puedan ser sustituidos»¹³⁹.

Finalmente el mercado de producto comprende no sólo el producto en causa, sino también los productos sustitutivos de este en atención a las preferencias del consumidor que vendrán determinadas por la combinación del precio del producto, de las características de éste y del uso que se le de. A la configuración de las anteriores partidas contribuye las limitaciones como barreras de entrada, los costes de acceso y salida del mercado y la segmentación de la clientela cuando de lugar a un tratamiento discriminatorio de los mismos. Tal y como establece la Comisión parece importante resaltar que a la hora de definir el mercado a través del estudio como subconjuntos independientes de la elasticidad de la demanda, de la oferta y la competencia potencial será suficiente el resultado que arroje cualquiera de los análisis de los citados subconjuntos, sin que sea necesario un estudio de todos ellos¹⁴⁰. Así pues, para el estudio del mercado de producto se seguirá por su claridad expositiva los parámetros fijados por la Comisión, que básicamente para el estudio del mercado relevante de producto

¹³⁷ Definición contenida en el Reglamento (CEE) núm. 2367/90 de la Comisión, de 25 de julio de 1990, relativa a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo, *DOCE*, L-219, de 14 de agosto de 1990.

¹³⁸ STJCE de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76, *Rec.*, p. 207.

¹³⁹ *Vid.* FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, C., *Derecho de la competencia en la ...*, ob. cit., p. 185. Una interpretación que extrae del análisis del asunto «Continental Can», STJCE de 21 de febrero de 1973, asunto 6/72, *Rec.*, p. 215.

¹⁴⁰ *Vid.* punto 52 de la Comunicación.

pueden reconducirse a: 1. Análisis de la sustituibilidad de la demanda, 2. Análisis de la sustituibilidad de la oferta y con estos datos, 3. Análisis de la competencia potencial. Posteriormente, se procede a cruzar estos datos con la delimitación del mercado geográfico de referencia. Del estudio de ambos subconjuntos se extrae una conclusión sobre la competencia potencial en el mercado al objeto de definirlo.

Por tanto, en el presente epígrafe se procede al análisis del mercado de referencia en su triple vertiente y se analiza la sustituibilidad de la demanda, la sustitución de la oferta y la competencia potencial.

a) Análisis de la sustituibilidad de la demanda

i.) Determinación de la sustituibilidad funcional

El análisis de la sustituibilidad de productos al objeto de definir el mercado de referencia de producto no puede ser interpretado en un sentido amplio. No se puede comparar un producto con otro aun cuando sean aparentemente semejantes cuando elementos como el precio, el uso, las preferencias del consumidor, las barreras de entrada, salida y la segmentación de la clientela impiden que la sustituibilidad sea real y efectiva. El criterio a tener en cuenta es el de la sustituibilidad funcional. Este criterio permite acotar la sustituibilidad real y efectiva a través del estudio de la intercambiabilidad de productos al moverse en parámetros similares en cuanto a precio, calidad, cantidad y reconocimiento, o lo que es lo mismo, que dichos sustituto suponga la satisfacción real de necesidades, intereses y expectativas que persigue el consumidor con la adquisición de un producto en el marco de un conjunto de productos similares. Por ello, la Decisión de la Comisión en el asunto «Du Pont c. ICI» tras realizar la investigación pertinente mantiene la no sustituibilidad entre la fibra de nylon —o poliamida— y la fibra de polipropileno¹⁴¹. Se reitera así la doctrina general sobre la sustituibilidad efectiva y real en el suministro de ambas fibras para los fabricantes de alfombras, llegando a la conclusión de que esta es imposible, no sólo por las dificultades técnicas que esta entraña, sino por los mayores costes económicos de almacenamiento y distribución en el caso de usar polipropileno, frente al uso de la fibra de nylon cuyo coste es inferior al tener mayor flexibilidad el uso de la fibra en blanco, sin teñir¹⁴². Lo mismo ocurre en el asunto «Nestlé c. Perrier» en el que «Nestlé» procedió a notificar una oferta pública de adquisición mediante la cual se proponía adquirir el control de «Source Perrier S.A.», y de sus filiales —en lo sucesivo «Perrier»—. La Comisión tras la pertinente investigación llega a la conclusión de que las aguas minerales constituyen un mercado diferenciado de las bebidas refrescantes o carbonatadas debido a las preferencias del consumidor.

¹⁴¹ Decisión 93/9/CEE, de 30 de septiembre de 1992, asunto IV/M.214, *DOCE*, L-7, de 13 de enero de 1993, puntos 17 a 23.

¹⁴² *Vid.* punto 23 de la Decisión.

Precisamente porque el consumidor compra el agua mineral de forma regular para uso diario, mientras que las bebidas refrescantes se consumen ocasionalmente. Dicha preferencia del consumidor se pone de manifiesto en el Informe que envían en octubre de 1991 al *Institut Français de Démoscopie* porque existe una concepción, a la que ha contribuido la publicidad de los embotelladores y distribuidores de agua de que el agua mineral tiene un efecto positivo sobre el organismo debido a «[...] su efecto diurético, su aporte de minerales, su efecto sobre la salud.» Por tanto, aunque tanto el agua mineral como las bebidas refrescantes y otras bebidas como el té o la leche pueden quitar la sed, la Comisión llega a la conclusión de que ambos no son productos sustitutivos¹⁴³.

ii.) Uso y características de los productos

Un requisito esencial para determinar la sustituibilidad de un producto por otro viene dada por el uso y las características a las que se destine el producto en cuestión, siempre que se encuentren dentro de la misma gama en cuanto a precio, reconocimiento social, calidad y cantidad, esto es, en cuanto a niveles de satisfacción similares. Por ello, para la valoración de este elemento al objeto de definir el mercado de referencia de producto se debe realizar un estudio comparativo dividido en dos fases. La primera, con el objeto de determinar las características objetivas de cada producto para proceder a la comparación y determinar la sustituibilidad objetiva, y la segunda, la valoración y preferencias de los consumidores de esos productos sustitutivos, lo que determinará la sustituibilidad subjetiva.

iii.) Preferencias de los consumidores y usuarios

La valoración de este elemento subjetivo es difícil de determinar. Para ello, la Comisión acude a lo que denomina «ensayos cuantitativos» consistentes en análisis econométricos, estadísticos y estudios de mercadotecnia. Estos estudios que pertenecen a la mercadotecnia pueden consistir en «[...] estimaciones de la elasticidad y de la elasticidad cruzada en función de los precios de la demanda de un producto, ensayos basados en la similitud de la evolución de los precios a lo

¹⁴³ «Nestlé c. Perrier», Decisión de 22 de julio de 1992, asunto IV/M.190, DOCE, L-356/1. Puntos 9 y 10 «(9) La Comisión considera que una posibilidad limitada de sustitución, basada únicamente en la función, no es, por sí sola, suficiente para establecer la sustituibilidad en términos económicos. En el caso que nos ocupa, si el único criterio para establecer la sustituibilidad fuera la «satisfacción de la sed», debería concluirse que pertenecen al mismo mercado productos de naturaleza muy diversa pero que cumplen esta misma función (té, leche, cerveza, determinadas frutas, etc.) No obstante, varios factores indican que el agua mineral embotellada constituye un mercado distinto, en el que los productores toman sus decisiones con considerable independencia de las decisiones adoptadas por las empresas que comercializan bebidas refrescantes, en especial en cuanto a precios. Estos factores se analizan en los apartados siguientes: a) La demanda, i) Motivación del consumidor final al adquirir agua embotellada procedente de fuentes naturales, (10) El agua mineral embotellada, en especial en Francia, se compra y consume de forma regular debido a su imagen de producto natural (agua procedente de una fuente natural) que se asocia a la pureza, la limpieza, la ausencia de contaminación y a la salud de la vida en general».

largo del tiempo, en el análisis de la relación de causalidad entre series de precios, y la similitud de niveles de precios o la convergencia de los mismos»¹⁴⁴.

Como la Comisión indica, estos estudios de las actitudes y hábitos de los consumidores son:

«[...] datos relativos a las características de las compras de los consumidores, las opiniones de los minoristas y, más generalmente, los estudios de mercado transmitidos por las partes y sus competidores se toman en consideración para determinar si una proporción de consumidores significativa desde el punto de vista económico estima que dos productos son sustitutivos, teniéndose también en cuenta la importancia de las marcas para los productos de que se trate. Deberá analizarse con sumo detalle la metodología seguida en los estudios de consumo realizados expresamente por las empresas afectadas o por sus competidores en el marco de una operación de concentración o de un procedimiento en virtud del Reglamento número 17. A [...]»

Además, dichos estudios se complementan con la labor de investigación que pueden realizar los órganos administrativos como puede ser, tal y como hace la Comisión:

«[...] el contacto directo con clientes y competidores de las empresas afectadas para obtener sus opiniones acerca de los límites del mercado de producto, así como la mayor parte de los datos que necesita para llegar a una conclusión sobre las dimensiones del mercado. Se tienen en cuenta las respuestas motivadas de los clientes y competidores acerca de los que ocurriría en caso de producirse un ligero incremento de los precios relativos de los productos considerados en la zona geográfica estudiada (por ejemplo, del 5%-10%), cuando están suficientemente respaldadas por datos reales.»¹⁴⁵

iv.) Barreras y costes que limiten o impidan la sustitución efectiva

Estas barreras y costes pueden dar lugar a mercado de productos sustitutivos que a primera vista aparecen como sustitutivos en un único mercado, pero que en la práctica no es considerado como tal. Las posibilidades de combinaciones que generen barreras y costes de entrada que dificultan o impiden el acceso al mercado y por ende, la posibilidad de sustitución de productos es tan amplia como pueda ser la creatividad del sector empresarial. De ahí la imposibilidad de fijar una lista con las conductas que pueden operar como barreras, aunque pueden enumerarse

¹⁴⁴ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, de 9 de diciembre de 1997, *DOCE*, C-372/10, punto 39. Estos estudios a los que hace referencia la Comisión se realizan por empresas privadas independientes y las partes lo aportan al objeto de delimitar el mercado de referencia de producto y geográfico.

¹⁴⁵ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, de 9 de diciembre de 1997, *DOCE*, C-372/10, punto 40.

algunas con las que se han encontrado los órganos administrativos y judiciales. En particular, la Comisión en la Comunicación considera como tales:

«[...] los obstáculos reglamentarios u otras formas de intervención estatal, restricciones derivadas de mercados en la fase posterior de la cadena, necesidad de realizar inversiones de capitales específicas o reducciones de la producción con el fin de pasar a utilizar insumos alternativos, localización de los consumidores, inversiones específicas en procesos de producción, inversiones en formación y en capital humano, costes de reequipamiento u otras inversiones, incertidumbre sobre la calidad y reputación de proveedores desconocidos, [...]»

El límite a la sustituibilidad puede venir por las características del propio mercado. Esto ocurre en el asunto «Coca-Cola c. Amalgamated Beverages GB» en el que la Comisión en relación con los costes de transporte y distribución llega a la conclusión de que son muy elevados¹⁴⁶. Precisamente por la naturaleza del producto, esto es, el transporte de bebidas refrescantes terminadas con gran volumen y escaso valor unitario en relación con el coste de transporte, aunque no prohibitivos, en realidad operan como auténticas barreras de entrada al mercado británico, y en cualquier otro mercado por la importancia de los costes de distribución. De ahí que este sea un elemento interesante a la hora de definir el mercado de producto y su ámbito geográfico. En otros casos, los elementos delimitadores de la sustituibilidad de la demanda viene condicionada por las preferencias de los consumidores. Así ocurre en el asunto «Costa Crocière c. Chargeurs/Accor» en el que la Comisión establece que una diferencia de precios en torno al 10 por ciento no produce un cambio en el criterio de elección de los usuarios de ese servicio hacia otros productos sustitutivos¹⁴⁷. A lo que hay que sumar el citado asunto «Coca-Cola» en el que se establece que un incremento en el nivel de precios entre el 5 y el 10 por ciento no es suficiente para motivar un cambio en los criterios de elección de los consumidores de colas. En otros casos, la limitación a la sustituibilidad de la demanda procede de la existencia de límites reglamentarios que impiden el desarrollo, como es el caso de «Eridania c. ISI»¹⁴⁸. En este supuesto, la política agraria común de la UE establece un límite cuantitativo a la producción de izoglucosa en relación a la producción total de azúcar.

v.) La evolución de precios y el volumen de venta como criterios cuantitativos

Aún cuando este criterio no aparece como epígrafe independiente en la Comunicación que realiza la Comisión, si hace referencias en diferentes apartados

¹⁴⁶ «Coca-Cola Enterprises c. Amalgamated Beverages Great Britain», Decisión de 29 de mayo de 1997, asunto IV/M.794, punto 100.

¹⁴⁷ «Costa Grociere/Changeurs/Accor», Decisión de 19 de julio de 1993, asunto IV/M.334, *DOCE*, C-204, de 28 de julio de 1993.

¹⁴⁸ «Eridania c. ISI», Decisión de 30 de julio de 1991, asunto IV/M.062., *DOCE*, C-204, de 9 de agosto de 1991.

a estos elementos. El análisis de ambas variables no es sino un estudio de la evolución del archivo histórico de la empresa en cuanto a precio y el volumen de ventas. Esto le permite una visión retrospectiva de la relación entre ambas variables, no sólo del producto en causa, sino de la evolución de las mismas variables en un escenario donde concurren productos sustituibles.

Este estudio ayuda a conformar una opinión sobre la correlación de precios y el nivel de sustituibilidad de los productos con datos exactos procedentes de los ensayos cuantitativos como los estudios econométricos y la mercadotecnia. Esto permite observar las variaciones de la elasticidad cruzada de la demanda por la introducción de nuevos productos sustitutivos en el mercado. No obstante, estos datos deben ser utilizados con cautela por dos razones, la primera es que los datos y por ende las conclusiones que se obtengan son relativos al proceder de unos estudios cuyas bases metodológicas no son homogéneas, y la segunda, que «[...] los servicios de la DG IV no disponen de los medios para realizar por sí misma sus propios modelos de estimación y recoger los datos estadísticos necesarios para aplicarlos. Por el momento, la DG IV se satisface con analizar y verificar los estudios presentados por las partes o por terceros interesados»¹⁴⁹.

Una vez dispone de los datos se analiza el valor de los mismos con las cautelas señaladas. De esta información la Comisión ha extraído una regla general, de modo que cuando la diferencia en precios entre dos productos sustituibles es igual o mayor al 100 por ciento, no es posible la sustitución entre ambos productos, aun cuando respondan a la exigencia de la demanda funcional visto con anterioridad. No obstante, esta regla no puede utilizarse en abstracto, de hecho la Comisión, el TPI y el TJCE han tratado supuestos de productos sustituibles para grandes supermercados en los que se da una diferencia de precio a la baja mayor al margen citado entre marcas blancas¹⁵⁰.

vi.) La segmentación de la clientela

Otro de los supuestos que pueden actuar como límite a la sustituibilidad de la demanda a la hora de delimitar el mercado relevante de producto viene dada por la segmentación de la clientela y la existencia de clientes cautivos. La Comunicación hace referencia a las diferentes categorías de clientes y la posible discriminación en precios¹⁵¹. Evidentemente, no se escapa al lector que el mercado de producto puede verse reducido en función de sus destinatarios y de las condiciones de las relaciones entre proveedor y cliente, no sólo por la venta, sino también por las condiciones de asistencia técnica y garantía, ya que pueden

¹⁴⁹ Vid. BRIONES, J., FOLGUERA, J., FONT, A., NAVARRO, E., *El control de concentraciones en la Unión Europea. La práctica de la Comisión Europea y las novedades introducidas en el Reglamento CEE 4064/89 por Reglamento CE 1310/97*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pp. 127-128.

¹⁵⁰ Vid. BRIONES, J., FOLGUERA, J., FONT, A., NAVARRO, E., *El control de concentraciones en ...*, ob. cit., p. 131.

¹⁵¹ Vid. punto 43.

contener contener discriminación en precios. A este respecto la Comisión mantiene que:

«[...] esto ocurrirá generalmente cuando se cumplan dos condiciones: a) que sea posible identificar claramente a qué grupo pertenece un cliente determinado en el momento de venderse los productos considerados, y b) que no sean realizables los intercambios entre consumidores o el arbitraje por parte de terceros.»

b) Análisis de la sustitución de la oferta

La sustitución de la oferta, siempre que tenga la capacidad de operar de un modo prácticamente automático, puede definirse como la capacidad de productor de producir, distribuir y comercializar un producto diferente en un espacio de tiempo corto sin que se incrementen significativamente sus costes. Esto le permite al oferente adaptarse rápidamente a los cambios en la demanda, lo que ayuda a definir el mercado de producto. La Comisión delimita como «período de tiempo» a efectos de determinar la sustituibilidad de la oferta aquél que no suponga un ajuste significativo de los activos materiales e inmateriales del oferente.

c) La competencia potencial

Al objeto de determinar el mercado de producto es de especial importancia determinar las condiciones de competencia en ese mercado. Sin embargo, este parámetro sólo puede obtenerse una vez se disponga de los datos referentes al nivel de la sustituibilidad de la demanda y de la sustituibilidad de la oferta, lo que permitirá determinar la posición de las empresas que participan en el mercado de referencia y los posibles problemas de competencia que dicha posición pueda ocasionar en el mercado relevante de producto¹⁵².

F) Determinación del mercado geográfico de referencia

La delimitación del mercado geográfico de referencia tiene por objeto acotar el ámbito espacial en el que tienen lugar las ventas del mercado de referencia de producto. Del cruce de ambos mercados se podrá determinar la cuota total de producto en su dimensión geográfica, y por ende, las cuotas parciales de los proveedores en función de los clientes y consumidores a los que va dirigido y sus preferencias, de los productos sustitutivos y de las barreras y costes asociados que limitan dicha sustitución. Y puede ser definido como

¹⁵² Con similar criterio aparece redactado el punto 24 de la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, de 9 de diciembre de 1997, *DOCE*, C-372/8.

Dicho mercado está constituido por

«[...] un territorio sobre el que las empresas en cuestión intervienen en la oferta y la demanda de bienes y servicios, en el que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de los territorios vecinos en particular por las condiciones de competencia notablemente diferentes de las de dichos territorios. En esta apreciación conviene tener en cuenta en particular la naturaleza y las características de los productos y de los servicios de que se trate, la existencia de barreras a la entrada, las preferencias de los consumidores, así como la existencia de barreras a la entrada, las preferencias de los consumidores, así como la existencia, entre el territorio considerado y los territorios vecinos, de diferencias considerables de cuotas de mercado de las empresas o de diferencias de precios sustanciales»¹⁵³.

Así pues, el análisis del grado de competencia permite delimitar el mercado geográfico de referencia entre empresas situadas en diferentes zonas en lo que influyen diferentes elementos¹⁵⁴. En este sentido, la Comisión al objeto de realizar este análisis mantiene que será de gran interés los datos empleados para delimitar el mercado de producto, tales como los estudios cuantitativos de econometría, estadística y mercadotecnia. Estos permitirán conocer el grado de competencia entre empresas que operan en diferentes ámbitos geográficos y que la Comisión ha sistematizado en la Comunicación, y que son: (a) las opiniones de clientes y competidores, (b) las características básicas de la demanda, (c) la localización geográfica de las compras, (d) los elementos de prueba en el pasado de pedidos a otras zonas, (e) los flujos comerciales y estructura de compra y (f) las barreras y costes asociados al desvío de pedidos hacia empresas localizadas en otras zonas.

a) Opiniones y preferencias de clientes y competidores

En este supuesto, para definir el mercado en toda amplitud no sólo se debe analizar el mercado de producto sino también la posibilidad de que los clientes y competidores puedan acceder a otros en los que adquirir dicho producto. De este modo el mercado geográfico se acota en función de la posibilidad real de que los consumidores accedan a un producto o servicio concreto. Así pues, un mercado de referencia geográfico en la distribución de productos de alimentación puede ser de carácter local en función de la posibilidad real del consumidor de optar al producto en concreto. Este ha sido el criterio mantenido en el asunto «Promodes

¹⁵³ Vid. BELLAMY, C., y CHILD, G., *Derecho de la competencia en el Mercado Común*, Civitas, Madrid, 1992, p. 530.

¹⁵⁴ Vid. BRIONES, J., FOLGUERA, J., FONT, A., NAVARRO, E., *El control de concentraciones en ...*, ob. cit., p. 142, al mantener que son multitud los factores que pueden determinar la competencia entre empresas en diferentes áreas geográficas y entre ellas «[...] la distribución de los productos en cuestión (condiciones de acceso a canales de distribución y nivel de saturación, costes asociados a la creación de una red de distribución, grado de integración vertical de los proveedores, importancia de los contratos de exclusividad), posible existencia de concesiones estatales exclusivas, requisitos exigidos para obtener autorizaciones administrativas, reglamentaciones de envases y etiquetado, importancia y naturaleza de los flujos comerciales entre distintas áreas geográficas, [...]»

c. Gatteau» en la que el mercado de referencia es de carácter local en función de que el consumidor disponga realmente de la posibilidad de acceder al producto. Lo que acotan en atención a que el consumidor se encuentre en un radio en relación con la gran superficie de entre 20 y 30 minutos en coche¹⁵⁵.

b) Características básicas de la demanda

Como no podía de otro modo, la demanda es la que determina el propio mercado, pues lo que mueve a las empresas es precisamente la satisfacción de ella siempre que pueda ganar. En la medida en que satisfagan con mayor éxito las preferencias y expectativas de los consumidores y usuarios, mayor será el éxito de la empresa. En este sentido, la Comisión al objeto de delimitar el mercado de referencia geográfico establece que, «[...] la naturaleza de la demanda del producto considerado puede en sí misma determinar la extensión del mercado geográfico. Factores tales como las preferencias nacionales, la referencia por la marca, el idioma, la cultura y el estilo de vida nacionales o la necesidad de una presencia local tienen grandes posibilidades de limitar la zona geográfica donde compiten.»¹⁵⁶ Estas cuestiones han sido tratadas por la Comisión para los supuestos de delimitación del mercado geográfico en función de las preferencias del consumidor en alimentos en los asuntos «Coca-Cola Enterprises c. Amalgamated Beverages Great Britain», «Kinberly-Clark c. Scott Paper», «Orkla c. Volvo» y «Procter & Gamble c. VP Schickedanz (II)», entre otros¹⁵⁷. En los asuntos «Nestlé c. Perrier y Procter & Gamble» para marcas conocidas¹⁵⁸. En los asuntos «Lockheed Martin Corp. c. Loral Corporation» y «GDI c. Dassault» para mercados cautivos como el de defensa¹⁵⁹. En los asuntos «CLT/Disney/Super RTL» y «Kirch/Richemont/Multichoice/Telepiù» en cuanto a la barrera de entrada a la que puede dar lugar el idioma¹⁶⁰. Y finalmente, en el asunto «Otto c. Grattan» en cuanto a las condiciones de distribución del mercado, a los que también se pueden sumar los asuntos sobre la distribución de aguas embotelladas y bebidas carbonatadas analizados anteriormente¹⁶¹.

¹⁵⁵ «Promodes c. Gatteau», Decisión de 6 de febrero de 1998, asunto IV/M.1085.

¹⁵⁶ Con similar criterio aparece redactado el punto 24 de la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, de diciembre de 1997, *DOCE*, C-372/11, punto 46.

¹⁵⁷ «Coca-Cola Enterprises c. Amalgamated Beverages Great Britain», Decisión de 29 de mayo de 1997, asunto IV/M.794; «Kinber-Clark c. Scott Paper», Decisión de 16 de enero de 1996, asunto IV/M.623, *DOCE*, 1996 L-183/1; «Orkla c. Volvo», Decisión de 20 de septiembre de 1995, asunto IV/M.582, *DOCE*, 1996 L-66/17; «Procter & Gamble c. VP Schickedanz (II)», Decisión de 21 de junio de 1994, asunto IV/M.430, *DOCE*, 1994, L-354/32.

¹⁵⁸ «Procter & Gamble c. VP Schickedanz (II)», Decisión de 21 de junio de 1994, asunto IV/M.430 *DOCE* 1994 L354/32; «Nestlé c. Perrier», Decisión de 22 de julio de 1992, asunto IV/M.190, *DOCE*, L-356/1.

¹⁵⁹ «Lockheed Martins Corp.c. Local Corporation», Decisión de 27 de marzo de 1996, asunto IV/M.697; «GDI c. Dassault», Decisión de 24 de marzo de 1995, asunto IV/M.571.

¹⁶⁰ «CLT/Disney/Super RTL», Decisión de 17 de mayo de 1995, asunto IV/M.566; «Kirch/Richemont/Multichoice/Telepiù», Decisión de 5 de mayo de 1995, asunto IV/M.584 en relación con medios de comunicación la primera y la segunda.

¹⁶¹ «Otto c. Grattan», Decisión de 21 de marzo de 1991, asunto IV/M.070.

c) Localización geográfica de las compras

La localización geográfica de las compras de los clientes ya sean consumidores y usuarios finales o intermedios como en el caso de las empresas que se aprovisionan para incorporarlo a su sistema productivo, son elementos que contribuyen en gran medida en la delimitación del mercado de referencia geográfico. En este sentido la Comisión considera que:

«[...] un mercado tiene dimensión comunitaria cuando los clientes compren a empresas localizadas en cualquier lugar de la Comunidad o del EEE en las condiciones similares o se abastezcan mediante procedimientos de licitación en los que actúen como licitadores empresas de cualquier lugar de la Comunidad o del EEE.»¹⁶²

La razón del desvío de la demanda de una zona geográfica de productos sustitutivos a otra viene determinado por las diferencias en precios ya sea por la competencia y eficiencia lo cual suele ser positivo para el conjunto del mercado, pues se basa en los propios méritos, o bien, por las diferencias comparativas. La primera tiene su origen en un incremento de la eficiencia de un oferente de productos o servicios, bien porque tiene una mejor estructura de costes o porque ha incorporado un avance tecnológico. Mientras que la segunda viene dada por la diferencia de costes entre unos oferentes y otros, por ejemplo, en el coste de aprovisionamiento de materias primas, en el coste de la mano de obra, en la exigencia de controles y niveles de polución medioambientales, de seguridad e higiene entre otras. Ambos tipos de competencia tienen lugar no sólo en el seno de la UE, sino también en cualquiera de los mercados en los que se constituye, ya sean locales, regionales, nacionales, comunitarios o internacionales. Además, hay que tener en cuenta que ambas ventajas, las competitivas y las comparativas pueden contribuir a mitigar las barreras de entrada que producen un incremento de los costes. Tales como los transportes, los impuestos, las condiciones de distribución por ejemplo en razón del producto o del servicio posventa, las condiciones de acceso al mercado, entre otros. Son factores que contribuyen a la delimitación del mercado geográfico de referencia. La tendencia natural es que los clientes tiendan a adquirir las cosas allí donde les suponga un coste menor, salvo que los costes añadidos al precio de compra encarezcan el precio por encima del que pueden adquirirlo en un mercado más próximo. De ahí la cautela que hay que tener a la hora de utilizar de un modo automático la existencia de una barrera de entrada para limitar el mercado geográfico de referencia a un espacio menor¹⁶³. Lo fundamental en estos supuestos es delimitar las barreras de entrada que protegen unos mercados frente a otros, impidiendo la competencia real entre los productos de las empresas de un mercado y los productos de empresas de otros mercados. Ello permite determinar con claridad el alcance y contenido del mercado geográfico de producto en cuestión.

¹⁶² Vid. punto 24 de la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, de diciembre de 1997, *DOCE*, C-372/12.

¹⁶³ Vid. punto 50 de la Comunicación.

d) Desvío de pedidos en el pasado y pruebas

Al objeto de delimitar el mercado geográfico, no sólo se tendrá en cuenta el ámbito espacial en el que se vende un producto a un determinado precio, sino que éste se extiende a aquellos ámbitos geográficos en los que no existe una diferencia significativa de precio del producto en causa. El cumplimiento de este requisito permite disponer de dicha información, lo que operaría como una condición necesaria pero no suficiente para acotar con mayor exactitud el mercado geográfico. Dicha variable de análisis deberá ser complementada otros supuestos en los que sea necesario delimitar el mercado de referencia geográfico. Para ello se pueden utilizar los estudios con los que se delimitaron el mercado relevante de producto, así como las cartas enviadas por la Comisión a clientes, competidores y empresas afectas con el cuestionario pertinente al objeto de definir, tras cruzar dicha información, el mercado de referencia geográfico.

e) Flujos comerciales y estructura de compras

La Comisión establece que este elemento pueda ser utilizado cuando el número de clientes sea tan elevado que no fuera posible una idea clara de su localización geográfica de las compras. Para ello establece que sólo se podrá realizar:

«[...] siempre que se disponga de estadísticas comerciales suficientemente detalladas para los productos considerados. Los flujos comerciales, y sobre todo el análisis de los mismos, proporcionan ideas y una información útil a los efectos de determinar la extensión del mercado geográfico, pero no son concluyentes en sí mismos»

La naturaleza y causa de los flujos comerciales ayudan a determinar el mercado geográfico, precisamente porque a un mayor nivel de flujos comerciales mayor será el nivel de porosidad del mercado geográfico y menor las barreras de entrada. Un mercado con un nivel de intercambios comerciales para un producto o servicio inferior al 5 por ciento es a juicio de la Comisión, significativo de la existencia de un mercado con barreras de entrada. Dichas barreras operan como un límite a la hora de delimitar el mercado geográfico de referencia aunque esto no ocurre siempre¹⁶⁴.

f) Barreras y costes asociados al desvío hacia otras zonas

Los costes en los que se incurre como consecuencia del traslado de la demanda de un mercado a otro operan como barreras de entrada. La Comisión

¹⁶⁴ Vid. «Orka c. Volvo», Decisión de 20 de septiembre de 1995, asunto IV/M.582, *DOCE*, L-66/17; «Mercedes-Benz c. Kässbohrer», Decisión de 14 de febrero de 1995, asunto IV/M.477, *DOCE*, L-211/1; «Mannesmann/Valourec/Ilva»; Decisión de 31 de enero de 1994, asunto IV/M.315 L 102/1; «Nestlé c. Perrier», Decisión de 22 de julio de 1992, asunto IV/M.190, *DOCE*, L-356/1.

mantiene que aunque no siempre, estas barreras contribuyen a definir el mercado de referencia geográfico en la medida en la que operan como un obstáculo a la delimitación más amplia de ese mismo mercado acotando el mercado de producto. Se trata pues, de unas barreras que incrementan los costes e implican a juicio de la Comisión que:

«[...] Quizás el obstáculo más claro con que tropieza un cliente que pretende desviar sus pedidos a otras zonas sea el impacto de los costes de transporte y las restricciones de transporte que resultan de la legislación o de la naturaleza de los productos considerados. Las repercusiones de los costes de transporte limitarán generalmente la dimensión del mercado geográfico para los productos voluminosos y de escaso valor, si bien ha de tenerse presente que una desventaja desde el punto de vista del transporte puede compensarse con una ventaja comparativa (costes laborales o costes de materias primas). El acceso a la red de distribución en una zona determinada, los obstáculos reglamentarios existentes en ciertos sectores, los contingentes y los derechos de aduana también pueden constituir obstáculos que aíslen a una zona geográfica de la presión que ejercen las empresas competidoras localizadas fuera de dicha zona. Los costes significativos que pueden resultar de un cambio en el abastecimiento, acudiendo a empresas localizadas en otros países, constituyen un obstáculo adicional.»¹⁶⁵

Por consiguiente todos ellos son elementos que deberán ser tenidos en cuenta en la medida en que ayudan a delimitar el concepto de mercado geográfico de referencia.

G) Cautelas a tener en cuenta

Las conclusiones que se extraigan del análisis y estudio de los subconjuntos visto en los apartados anteriores y agrupados en el análisis de la sustituibilidad de la demanda, de la oferta y de las condiciones de competencia debe realizar con cautela en los siguientes supuestos:

1. En la aplicación del artículo 81 del TCE porque, aunque la Comunicación contempla una refundición de la doctrina general del TJCE y del TPI en realidad esta no es una norma en forma de Reglamento, sino una Comunicación de la Comisión tal¹⁶⁶. Aun cuando los criterios seguidos por el TJCE son los mismos a la hora de definir el mercado de referencia.

2. Cuando concurren mercados primarios y secundarios debido a:

«[...] los problemas para encontrar productos secundarios compatibles con la existencia de precios elevados y un ciclo de vida largo de productos primarios pueden convertir en rentables los aumentos de precios relativos de los productos secundarios. Si una sustitución significativa es posible en los

¹⁶⁵ Vid. punto 50.

¹⁶⁶ Apreciación que realiza la propia Comisión en el punto 6.

productos secundarios o si las características de los productos primarios permiten una reacción rápida y directa del consumidor ante los aumentos relativos de los productos secundarios, la definición de mercado podrá ser distinta.»

3. Y finalmente, en las «cadenas de sustitución», entendiendo por tal aquellos supuestos en los que existe una gama de productos sustitutivos:

«[...] En algunos casos, la existencia de cadenas de sustitución que impida que los productos o zonas que se encuentren en los límites del mercado no sean directamente sustituibles. Podría constituir un ejemplo de ello la dimensión geográfica de un mercado de producto con costes de transporte significativos. En tal caso, los suministros procedentes de una fábrica determinada quedan limitados a una determinada zona alrededor de la misma debido a las repercusiones de los costes de transporte. En principio, dicha zona podría constituir el mercado geográfico de referencia. Sin embargo, si la distribución de las fábricas es tal que existen considerables solapamientos entre las zonas respectivas en torno a las mismas, es posible que la fijación de los precios de estos productos se vea limitada por un efecto sustitución en cadena, y lleven a definir un mercado geográfico más amplio [...]; «[...] el concepto de cadenas de sustitución debe confirmarse con elementos de hecho, por ejemplo, la interdependencia en materia de precios en los extremos de las cadenas de sustitución, para llegar, en un caso determinado, a una definición más amplia de mercado de referencia. Los niveles de precio de los extremos de las cadenas deben ser también de la misma magnitud.»

Por consiguiente, al comparar los datos relativos procedentes del análisis de los subconjuntos de sustituibilidad de la demanda, sustituibilidad de la oferta y competencia potencial se pueden extraer conclusiones acerca de la delimitación del mercado en causa desde el punto de vista espacial y material, así como la posición de las empresas, su cuota de mercado y las condiciones de competencia de dicho mercado. Posteriormente, este análisis permitirá determinar si la práctica en cuestión, ya sea una operación de concentración o una práctica colusoria o cualquier otra práctica comercial desleal puede por sus características y efectos sobre las condiciones de competencia en todo o en parte del mercado, ser contraria a las exigencias legales. Ya sea porque haya sido, sea o pueda ser contraria a los derechos de los consumidores y usuarios, al resto de competidores o contra el propio mercado. Estos parámetros permiten definir el mercado no sólo ante la Comisión ya sea por una operación de concentración o por infracción del artículo 81 del TCE, sino que también ofrece un modelo a seguir por las Autoridades administrativas y judiciales de los Estados miembros a la hora de delimitar el mercado relevante de producto —que incluye los servicios—, el mercado geográfico, y en su caso, la aplicación de la normativa en materia de libre competencia, competencia desleal y ordenadora del mercado interior. Así pues, para la realización del análisis de los subconjuntos la Comisión se vale de los datos de los que dispone, a los que suma los que recibe en contestación a las cartas que envió con los cuestionarios pertinentes, los estudios citados de carácter econométrico y estadísticos, los de mercadotecnia. De este modo contrasta toda la

información recibida. Y del cruce de toda ella la Comisión, y en su caso cualquier otro órgano administrativo o judicial podrá definir no sólo el mercado de referencia de producto, sino también el ámbito espacial en el que éste tiene lugar.

CAPÍTULO II

I. LAS CONDUCTAS PREDATORIAS EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

1. Cuestión sistemática previa

Una vez analizado el marco en el que tiene su origen y desarrollo la figura, procede metodológicamente en este segundo capítulo una aproximación al conjunto de prácticas predatorias en el que se integra la venta a pérdida. El motivo de esta sistematización obedece al hecho de que desde las diferentes prácticas que se expondrán a continuación se pueden realizar comportamientos de ventas a pérdida. La primera, objeto de un menor desarrollo por la doctrina y la jurisprudencia propia y foránea, consistente en la posibilidad de que la práctica predatoria no se instrumente en precios, sino en comportamientos dirigidos a incrementar los costes de los rivales. Y la segunda, tradicionalmente analizada por la doctrina mayoritaria, la figura de la venta a pérdida como una práctica predatoria instrumentalizada en precios.

La tarea que a continuación se realiza pretende exponer parte del gran abanico de combinaciones a que pueden dar lugar las prácticas predatorias. En concreto, las diferentes formas que pueden adoptar las estrategias de venta a pérdida. Por tanto, la clasificación resulta metodológicamente necesaria al objeto de encuadrar correctamente la figura estudiada. Aunque, debido a esta pluralidad la labor será de acercamiento y descripción, para posteriormente centrar el estudio en los aspectos fundamentales de la venta a pérdida como ilícito concurrencial.

Con esta finalidad y en atención a las cautelas señaladas, se procederá primero a definir el concepto de práctica predatoria para a continuación analizar las diferentes formas que la venta a pérdida puede adoptar en cada una de ellas. Dividiendo posteriormente el estudio en dos grandes apartados. Ambos incluidos en la categoría de abuso de Derecho. Primero, las denominadas ventas a pérdida ilícitas, no instrumentadas directamente en estrategias de precios y dirigidas a incrementar los costes de los rivales. Y segundo, las ventas a pérdida también ilícitas, pero instrumentadas en precios.

2. Concepto de práctica predatoria

Desde una concepción darwiniana aplicada a la economía se entiende por práctica predatoria la realizada por una persona física o jurídica dirigida a mejorar su posición en el mercado, pudiendo revestir tanto carácter lícito como ilícito. Esta última puede suponer un perjuicio para los intereses del resto de partícipes como los consumidores y usuarios, y otros concurrentes. La expresión «conducta predatoria» implica la manifestación de una voluntad finalista, la apariencia de ejercicio legítimo de un derecho, lo que implica un incremento de la competencia no basada en los propios méritos que sacrifica beneficios y patrimonio a corto plazo para mejorarlos en el futuro. Un acto, que por sus características se encuadra en la categoría de abuso de Derecho¹⁶⁷.

En una economía de mercado dinámica la competencia es un principio que ha de inspirar la actividad de cualquier concurrente. Una actividad perfectamente lícita cuando se base en los méritos propios. De modo que la reducción de precios obedecería a un incremento de la eficiencia, a la incorporación de una ventaja tecnológica o comparativa o cualquier otra actuación que permita la reducción¹⁶⁸. No obstante, este comportamiento pierde ese carácter lícito cuando el incremento de la competencia es de tal nivel que sobrepasa los límites de lo que se considera leal o competitivo. Dando así entrada, según los bienes jurídicos afectados, al Derecho de la competencia *antitrust*, a la disciplina de la competencia desleal o a la normativa ordenadora del comercio minorista.

La lógica a la que obedecen estas prácticas es simple pero aplastante, si con este acto se consigue disuadir, disciplinar, eliminar o impedir la entrada de uno o varios competidores que permita recuperar las pérdidas que sufre con una práctica desleal a corto plazo con los beneficios derivados de la situación que se genero artificialmente en un medio o largo plazo, adelante. Evidentemente, el predador obedece a una racionalidad muy calculada de los riesgos en los que incurre. Y entre ellos, el que pueda ser sancionado por la realización de la conducta desleal, pero si aun así la práctica le reporta réditos que la hagan atractiva, simplemente la realiza. Conductas que suelen instrumentarse en estrategias de precios, ya que este es uno de los elementos de decisión más utilizados por los consumidores y usuarios, aunque no el único. De ahí que como se ha indicado, tras el análisis del

¹⁶⁷ En este sentido vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., *Precios predatorios y Derecho antitrust. Estudio comparado de los ordenamientos estadounidenses, comunitario y español*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 36-38.

¹⁶⁸ Se entiende por ventaja competitiva las «Características que una organización puede y debe desarrollar para lograr o/y mantener una situación ventajosa frente a sus competidores. Habitualmente se basará en el precio, en el producto y/o en la calidad de atención al cliente». Se entiende por ventaja comparativa la que «[...] supone que las naciones deben especializarse en la producción y exportación de aquellos productos que les resulten relativamente más baratos de producir, es decir, se exportarán aquellos bienes que se fabriquen con elevada productividad, con menor esfuerzo que en los países competidores, importándose aquellos en los que suceda lo contrario.» Vid. *Diccionario Enciclopédico Profesional de Finanzas y Empresa*, Instituto Superior de Técnicas y Prácticas Bancarias y Accenture, v. II, Madrid, 2001, p. 1143. Para un mayor estudio vid. KRUGMAN, P., *Geografía y comercio*, Bosch, 1992. Finalmente para el estudio más detallado de las ventajas competitivas y comparativas vid. PORTER, M. E., *La ventaja competitiva de las naciones*, Vergara, Buenos Aires, Argentina, 1991.

concepto «precio como señal» se proceda al estudio de las diferentes prácticas predatorias, diferenciando entre las instrumentalizadas y las no instrumentalizadas en precios.

3. El precio como señal

Sin perjuicio de que el concepto del precio en relación a la libertad para su fijación haya sido analizado en el anterior capítulo, sirva aquí exponer de nuevo y por razones de método algunas de los elementos inherentes en relación a su significado y efectos como señal. Desde el punto de vista económico y en una economía de mercado el precio puede ser definido como la cantidad que pide el oferente de un bien o servicio. Una cantidad que vendrá condicionada por lo que el demandante esté dispuesto a dar a cambio del mismo¹⁶⁹. Y que el CCv. en el artículo 1445 exige que sea «[...] cierto, en dinero o signo que lo represente»¹⁷⁰.

Por consiguiente, salvo en los supuestos de economías planificadas o con precios intervenidos, en economías de mercado viene determinado por la relación entre la oferta y la demanda, operando como señal. Es el resultado de una ecuación donde se combinan diversos factores deseados por el consumidor en relación a un bien o servicio, tales como calidad, cantidad, prestaciones, reconocimiento social, servicios pre y posventa, garantías y cursos de aprendizaje entre otras. De ahí, que como regla general los concurrentes traten de mejorar el resultado de esa ecuación, en un intento de colocar mejor su producto o servicio y por ende su posición relativa en el mercado y por tanto, sus beneficios. Dicho objetivo se podrá alcanzar por diferentes vías, aunque básicamente se reconducen a dos. Por un lado, la que podría considerarse correcta y a la que debe tenderse en un mercado en libre y leal competencia que básicamente procede a la gestión eficiente de los recursos. A lo que habrá que sumar la incorporación de ventajas comparativas y tecnológicas que contribuyan a mejorar las prestaciones propias frente a las de un tercero y, por ende el precio como el resultado de esa ecuación mejorada. Y por otro lado, la que podría considerarse incorrecta, la que se realiza a través de prácticas desleales que contribuyan a incrementar la demanda de las prestaciones propias o las de un tercero no basadas en los méritos propios.

¹⁶⁹ Esta relación entre estas dos fuerzas dinámicas la oferta y la demanda en la configuración del precio coincide con lo que SMITH, A., *La riqueza de ...*, Libro I, capítulo IV. denomina valor de cambio y valor de uso. Valores que se relacionan en un modelo de competencia imperfecta.

¹⁷⁰ El precio ha de ser cierto, determinado o determinable. Y el artículo 1448 establece que se «[...] tendrá por cierto el precio en la venta de valores, gramos, líquidos y demás cosas fungibles, cuando se señale el que la cosa vendida tuviera en determinado día, Bolsa o mercado, o se fije un tanto mayor o menor que el precio del día, Bolsa o mercado, con tal que sea cierto.» Debiendo tenerse presente que el precio nunca puede quedar a elección de una de las partes, aunque sí podrá ser fijado por un tercero.

4. Clasificación de las prácticas predatorias

El precio es un elemento fundamental, aunque no el único, para incrementar la demanda de los productos o servicios ofertados. Por ello será utilizado como una de las principales variables a la hora de proceder a la clasificación de las diferentes prácticas predatorias¹⁷¹. La tarea de elaborar una clasificación de prácticas predatorias ha sido abordada por diferentes autores¹⁷². Especialmente interesante resulta la clasificación que contiene el artículo 10 bis de la Convención de París en donde se establecen a título ejemplificativo dos grandes categorías,

¹⁷¹ Vid. MARTÍN ACHARD, E., *La loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986*, Payot, Lausanne, 1988, p. 20. Una opinión con la que parece coincidir PALAU RAMÍREZ, F., *Descuentos promocionales. Un análisis desde el Derecho de la competencia desleal y la normativa de ordenación del comercio*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, p. 252. En este mismo sentido MANSANI, L., *Ribassi di prezzo, offerte promozionali e concorrenza sleale*, Milán, Giuffrè, 1990, p. 182, nota 43.

¹⁷² Vid. por su significado histórico en la doctrina italiana BOSIO, *Trattato dei marchi e segni distintivi di fabbrica*, Torino, 1904, pp. 575 y ss.; CHENEVARD, *Traite de la concurrence déloyale en matière industrielle et commerciale*, Genève, 1914, v. 1, p. 25; RAMELLA, A., *Trattato della proprietà industriale*, II, Turín, 1927, pp. 337 y ss.; DI FRANCO, *Trattato della proprietà industriale*, Milano, 1933, p. 460; GHIRON, *Corso di Diritto industriale*, Roma, 1935, v.1, pp. 31 y ss.; NAVARRINI, *Trattato teorico-prático di Diritto commerciale*, v. 4, Torino, 1919, p. 484; ASCARELLI, T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, Milán, 1960, pp. 221 y ss.; ROTONDI, M., «Cómo clasificar los actos de competencia desleal», *RDM*, núm. 60, 1956, 261-297, (traducido por OLIVENCIA RÚIZ, M.) entre otros. En la doctrina francesa hay que señalar el trabajo de ROUBIER, P., *Le droit de propriété industrielles*, I, París, 1952, pp. 527 y ss.; Unos planteamientos que parecen ser seguidos por la doctrina sudamericana de la mano de RIPPE SIEGBERT, *La concurrencia desleal*, Montevideo, 1970, pp.51-53; VENTANA, V., *Teoría de las prácticas económicas ilícitas*, edit. Jurídica Venezolana, Instituto Nacional de Propiedad Intelectual de la Universidad de Los Andes, Caracas, 1995. Especialmente interesante al constituir uno de los ejemplos más avanzados en la doctrina de los EE.UU. es el trabajo de EASTERBROOK, F. H., «Predatory strategies and counterstrategies», *University Chicago Law Review*, núm. 48, 1981, pp. 263 y ss., que viene a recoger las diferentes estrategias utilizadas por las empresas para mejorar su posición en el mercado. Un trabajo al que habrá que sumar el realizado por AREEDA, P., y TURNER, D., «Predatory pricing and related practices under Section 2 of the Sherman Act», *HLR*, núm. 88, 1975, pp. 697 y ss., —tal vez el de mayor influencia—. Asimismo vid. WILLIAMSON, O., «Predatory pricing: a strategic and welfare analysis», *Yale L. Jounl.*, núm. 1977, pp. 284 y ss. y BAUMOL, W., «Quasi-performance of price reductions; a policy for prevention of predatory pricing», *Yale L. Jounl.*, núm. 89, 1979, pp. 1 y ss., al establecer con la clasificación unos criterios de política de competencia que limiten los efectos negativos de los precios predatorios. Por su parte, en el Derecho comunitario hay que hacer referencia al trabajo de PHILIPS, C. L., *Predatory pricing*, realizado en el Center for operations research and econometrics Belgium, Informe encargado por la Comisión UE, 1988, quien parece seguir el trabajos de los citados autores norteamericanos. Una clasificación que también parece ser acogida en nuestra doctrina por SALAS FUMÁS, V., YAGÜE GUILLÉN, M.ª J., «Competencia normal y predación en industrias con economías de experiencia», *ICE*, octubre, 1987, pp. 113 a 122. Resultando de gran interés en nuestra los estudios de GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, I, 1, Madrid, 1947, pp. 294-295; BAYLÓS CORROZA, H., E., *Tratado de Derecho industrial: Propiedad industrial, propiedad intelectual, Derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*, 1978, pp. 321-343; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia ...*, ob. cit., pp. 123-132, 136-139; BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho mercantil*, 11.ª ed. (realizada por MARTÍNEZ SANZ, F.), v.1, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 191-194; VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, 14.ª ed., v.1, Tirand Lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 598-608; SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, 24.ª ed., McGraw Hill, Madrid, 2002, pp. 134-136; BERCOVITZ, A., «La competencia desleal», *DN*, núm. 20, 1992, p. 8; URÍA, R., *Derecho mercantil*, 28.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, p.137 y ss; ALONSO SOTO, R., «Derecho de la Competencia (IV). Competencia desleal y publicidad», en *Curso de Derecho Mercantil I*, Madrid, 1999, pp. 330-341; id.: en voz «venta a pérdida», en *EJB*, Civitas, v.4, Madrid, 1995, pp. 6825-6829; TRONCOSO y REIGADA, M., en voz «prácticas predatorias», en *EJB*, Civitas, v.2, Madrid, 1995, pp. 4981-4985; FERNÁNDEZ DE ARAÓZ y GÓMEZ ACEBO, A., «Libre competencia y precios predatorios: análisis jurídico del problema y bases para una propuesta de aplicación administrativa y judicial en España», *La Ley*, año XIII, núm. 2971, 31 de marzo de 1992, Madrid, 1992, pp. 1-12; y finalmente, un trabajo interesante de HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., *Precios predatorios y derecho ...*, ob. cit., pp. 31 a 61.

diferenciando entre actos de confusión y actos de denigración¹⁷³. Aunque como se observa los diferentes regímenes regulatorios y las clasificaciones dogmáticas parecen buscar cierta indeterminación, lo que no supone una merma en su extraordinario valor conceptual. Tanto desde la disciplina *antitrust* como desde la competencia desleal. Precisamente porque:

«[...] es necesario, ante todo, prevenirse del peligro de esterilizar con rigideces clasificatorias escolásticas las fecundas posibilidades que ofrece el principio legislativo en su indeterminación. En relación con las varias clasificaciones reproducidas más arriba, aun prescindiendo de que muchas se extienden más allá de los términos tradicionales de la competencia desleal para comprender otras formas de ilícito, es fácil objetar que se trata, más o menos, de clasificaciones meramente empíricas, no basadas en un rígido criterio racional, hasta el punto de que llegan incluso a la creación de categorías de actos calificados por notas meramente negativas (actos ilícitos en *cuanto* no determinan confusión, actos ilícitos en *cuanto* no violen precedentes relaciones contractuales, etc.). Lo que es por demás peligroso y del cual deriva la ilicitud.»¹⁷⁴

Esta clasificación ha evolucionado igual que el grupo social que se dota de la norma, diferenciando ahora, en el denominado modelo social de regulación de competencia tres categorías de actos de competencia desleal. Entre éstos, los actos de competencia desleal contra otros concurrentes, los que produzcan efectos desleales o anticompetitivos contrarios al interés del mercado, y finalmente, aquellos que tengan efectos negativos sobre los consumidores y usuarios.

La clasificación realizada originariamente en los modelos regulatorios de la disciplina de la competencia se trasladan posteriormente a la represión de los actos anticompetitivos por competencia desleal al Derecho *antitrust*. En la primera, el régimen jurídico viene determinado por la LCD en cuyos artículos 5 a 17 establece un catálogo general de actos de competencia desleal. En ella tienen cabida la clasificación tripartita apuntada. Por su parte, en la segunda, la clasificación también encaja, aunque con la particularidad de que el bien jurídico primario es el de establecimiento de un orden concurrencial debidamente saneado. E indirectamente se protegerán los restantes intereses en juego, los de los concurrentes y los de los consumidores y usuarios a través de la normativa *antitrust* que habrá de ser entendida en un doble sentido, nacional y comunitaria.

La venta a pérdida, aun cuando aparece regulada en las diferentes disciplinas, resulta evidente que es un supuesto más próximo al Derecho *antitrust* que a la normativa de competencia desleal. Y es a través de su represión donde encuentran satisfacción no sólo el interés del mercado sino también el del resto de

¹⁷³ Una regulación que nace muy próxima al modelo profesional, *vid.* MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia ...*, ob. cit., pp. 88-95.

¹⁷⁴ En este sentido *vid.* ROTONDI, M., «Cómo clasificar los actos de ...» ob. cit., p. 266, al indicar que «[...] la clasificación, ciertamente autorizada, contenida en el artículo 10 bis de la Convención Internacional, por su carácter declaradamente de ejemplo se presenta como intencionadamente incompleta.»

concurrentes y los consumidores y usuarios. Por tanto, desde las diferentes disciplinas —*antitrust* en su doble vertiente y en la competencia desleal— se encuentra presente un elemento común para la calificación de la deslealtad de ésta concreta práctica, la falta de racionalidad económica, especialmente economicidad y eficiencia, entrando en la categoría del abuso de Derecho. Tanto desde las prácticas que se manifiestan abiertamente como ilícitas y que son objeto de una regulación específica, como aquellas otras que pareciendo lícitas entrañan un ejercicio abusivo de derechos y que contribuyen al incremento de los costes de los competidores.

A la hora de proceder a sistematizar ambos tipos de conductas hay que buscar un elemento común, siendo uno de los mejores la referencia al precio como criterio para clasificar las diferentes prácticas predatorias. Debiendo tener presente que por lo general la satisfacción de la oferta y de los intereses de los consumidores y usuarios es una las mejores vías, aunque no la única, para alcanzar el éxito. En la medida en que más se aproxime el oferente a la satisfacción de las expectativas de sus destinatarios, mayores serán sus posibilidades de mejorar su posición y generar beneficios. Luego el instrumento que viene a reflejar la mayor y mejor respuesta en la toma de decisiones de los consumidores y usuarios tras comparar calidad, cantidad y prestaciones del producto o servicio, es el precio.

Por tanto, y siguiendo con el esquema expuesto, se procederá primero al estudio de diferentes formas de venta a pérdida desleales dirigidas a incrementar los costes de los rivales, no instrumentadas directamente en precios y no fundamentadas en los méritos propios y en la eficiencia. El estudio no pretende en modo alguno ser omnicompreensivo, lo que excedería con creces al objeto de este trabajo, sino en todo caso exponer algunas de los diferentes medios al alcance de los concurrentes, encuentren o no acomodo legal específico. Posteriormente, y en el marco del capítulo tercero se abordará el estudio de las estrategias predatorias instrumentalizadas en precios. Y en particular, ya en los siguientes capítulos, el estudio de la venta a pérdida como ilícito concurrencial en el marco de una doble hipótesis de trabajo. Teniendo siempre presente que su régimen jurídico parte del principio de interpretación restrictiva de cualquier limitación del principio de libertad de precios, estableciendo sólo la prohibición de los supuestos más graves. Tomando asimismo, las cautelas interpretativas adecuadas para identificar y no evitar determinadas modalidades de venta a pérdida competitivas y eficientes. Lo que daría lugar a una limitación injustificada de la competencia. Y cuyo estudio se realizará desde una doble perspectiva, la primera y tradicionalmente utilizada en el Derecho *antitrust*, la realizada desde una posición dominante, y la segunda, conforme a la cual no resulta necesario que el autor de la práctica desleal tenga dicha posición de dominio.

II. PRÁCTICAS PREDATORIAS. NO INSTRUMENTALIZADAS EN PRECIOS (I)

1. Introducción

Desde el Derecho de la competencia se ha venido entendiendo por práctica predatoria aquella que

«[...] esté orientada de forma directa a perjudicar significativamente a uno o varios competidores mediante el empleo de medios, de apariencia competitiva, pero no basados en su mayor eficiencia empresarial, con el objeto de mantener o reforzar una posición de dominio que permita que el sacrificio de beneficios a corto plazo suponga mayores ganancias a medio y largo plazo.»¹⁷⁵

La definición del TDC parece partir de un presupuesto metodológico equivoco, cual es, el de que las prácticas predatorias sólo pueden ser realizadas por concurrentes con posición de dominio. De ahí que emplee la expresión «mantener o reforzar una posición de dominio». No obstante, con independencia del debate sobre la necesidad o no de que el agresor tenga una posición dominante para realizar determinadas prácticas desleales como la venta a pérdida, y que será objeto de estudio en los capítulos IV y V, VI y VII, en este epígrafe y a efectos de sistematización corresponde exponer las notas más significativas de las denominadas prácticas predatorias no instrumentalizadas en estrategias de precios. Este análisis viene motivado por dos razones. La primera, diferenciarlas de las estrategias empresariales basadas en políticas de precios, entre las que se encuentra la venta a pérdida. Y la segunda, por los efectos que estas prácticas despliegan a través de una vía mucho más sutil calificada por la doctrina norteamericana como *rising rival cost*. En estos supuestos también cabría incluir la figura objeto de este estudio ya que es una estrategia que posibilita vender por debajo del precio de adquisición o del coste de producción sin que aparezca reflejado en el precio, que es precisamente una de las señales más identificativas del producto o servicio.

Se trata pues, de unos comportamientos aparentemente lícitos y competitivos en los que el agresor no baja directamente el precio que el producto o servicio viene teniendo en el mercado, sino que procede a incrementar otras partidas como pueden ser regalos, asistencia, servicio a domicilio, servicio postventa, entre otras, y que en su conjunto suponen vender por debajo de un determinado nivel de costes. Y todo ello, bajo la apariencia de que el comportamiento es competitivo, eficiente y beneficia a los consumidores y usuarios. Por lo que el resto de concurrentes, simplemente aparecen como menos atractivos, desviando su demanda. Con el consiguiente incremento de los costes del afectado que de este modo deja de vender mientras sigue soportando sus costes fijos y parte de los variables. Este comportamiento excede de lo que se

¹⁷⁵ Resolución del TDC «Eléctrica Curós, S.A., c. Hidroeléctrica de l'Empordà, S.A.», de 5 de mayo de 1999, FD. 6.º, párraf. 1.º

considera competitivo pudiendo encajar de lleno en los supuestos de venta a pérdida prohibidos.

La frontera entre lo que se considera lícito y lo que no en relación con estas prácticas vendrá determinado por lo que determine la norma de libre y leal competencia. La finalidad perseguida con los comportamientos que entran en la categoría de los *rising rivals costs* son las mismas que la finalidad que inspira las prácticas predatorias instrumentalizadas en estrategias de precios y que manifiestan la voluntad real del agresor de expulsar, impedir la entrada o salida de competidores, disciplinarlos u obligarles a aceptar condiciones comerciales que de otro modo no hubieran aceptado. Unas conductas que tratan de generar artificialmente barreras de entrada que impidan, dificulten o retrasen el acceso o salida del mercado de competidores a través del incremento de los costes del agredido.

El debate sobre las conductas predatorias, tanto de las no instrumentalizadas en precios como las que lo están, se inicia a principios del siglo XIX en EE.UU. aunque realmente su estudio experimentó un gran desarrollo a partir de los años cincuenta. En relación con las mismas se registran dos posturas. Por un lado los partidarios de la *Escuela de Chicago*, que desde una interpretación económica y liberal del Derecho parten de un axioma que se ha demostrado equívoco con el paso del tiempo¹⁷⁶. Autores que venían manteniendo que ante la dificultad que entraña el que estas prácticas tengan lugar en la realidad por irracionales, ilógicas y de escaso éxito, lo mejor es que no se proceda a la represión de las mismas ya que de producirse el daño sería mínimo¹⁷⁷. El ejemplo prototípico de este razonamiento de corte economicista es precisamente la venta a pérdida con finalidad predatoria. De ahí que estos autores concentren sus esfuerzos en el estudio de otro tipo de prácticas denominadas *non price predation*. Precisamente porque las prácticas encuadradas en esta categoría tienen mayor frecuencia en el tráfico mercantil. Debido a que entrañan un aparente menor riesgo de sanción, fracaso o coste para el autor, pudiendo alcanzar unos resultados muy similares a los que se obtendrían con la venta a pérdida.

La *Escuela de Harvard*, por su parte, mantiene que estas prácticas constituyen una limitación de la competencia cuyo coste social es soportado finalmente por los consumidores¹⁷⁸. El argumento esgrimido por la *Escuela de Chicago* de que las prácticas predatorias y entre ellas los precios predatorios tengan un carácter ocasional y que ello no fundamenta por sí mismo que sean objeto de represión bajo el argumento de que su prohibición es mucho más

¹⁷⁶ En relación con el planteamiento claramente orientado a los postulados que propone esta corriente de pensamiento en relación con los precios predatorios *vid.* en español el trabajo de DEMSETZ, H., *La economía de la empresa ...*, *ob. cit.*, pp. 208-210. Un planteamiento que difícilmente podría sostenerse en un ordenamiento como el comunitario o el español a tenor del vigente régimen jurídico de la venta a pérdida.

¹⁷⁷ Este ha sido un planteamiento seguido por el Tribunal Supremo en los años ochenta en el asunto «Matsushita Electric Industrial Co., c. Zenith Radio Corp.», 475, U.S., 574, 1986.

¹⁷⁸ Con un criterio similar, aunque bastante curioso pues este autor se acerca bastante a los postulados de la *Chicago School*, *vid.* SALOP, S. C., «New economic theories of anticompetitive exclusion», *Antitrust L. J.*, núm. 56, 1987, pp. 57-58.

costosa desde un punto de vista social que permitir las, no es un presupuesto compartido por los partidarios de la *Escuela de Harvard*. Desde esta posición se mantiene que estas prácticas son mucho más frecuentes en la práctica, pero el que se carezca de un método para identificarlos y reprimirlas no justifica su falta de represión ya que el coste social sí es elevado. Y de ahí que realicen propuestas para proceder a la represión de dichos comportamientos.

Con independencia de la opción por la que se opte, los ordenamientos comunitario y español se han inclinado en atención a los principios del Tratado constitutivo y los principios constitucionales, hacia un planteamiento muy próximo al de la *Escuela de Harvard*. Procediendo a la regulación y represión amplia de las prácticas predatorias, tanto de las que se instrumentan en políticas de precios como las que no lo están.

La actualidad del debate viene dada por el actual proceso de apertura a la competencia de mercados tradicionalmente cerrados. Aunque si bien es cierto que el proceso está regulado, no lo es menos, que es difícil evitar los daños colaterales, y entre ellos, las prácticas anticompetitivas y desleales. En este contexto, los diferentes operadores se verán tentados y muchos realizarán prácticas predatorias no amparadas o justificadas en sus propios méritos. Una situación a la que no sólo contribuye el contexto socioeconómico, sino también una deficiente normativa en materia de competencia, insuficiente asignación de recursos y procesos privatizadores no inspirados en muchos casos en criterios técnicos.

Lo cierto es que en mercados tradicionalmente protegidos y cerrados a la competencia es normal que cuando se abran se incremente la competencia, y por ende, la aparición de prácticas desleales y anticompetitivas, tanto por los antiguos monopolistas u oligopolistas como por parte de los nuevos concurrentes. La lógica del proceso de globalización y privatización en los procesos de apertura de mercados persigue generar una dinámica en régimen de competencia bajo criterios de eficiencia económica. Se trata de conformar un contexto en el que las empresas concurrentes traten de satisfacer las necesidades de los consumidores y usuarios, en la creencia cierta de que ello redundará en su beneficio, en el del mercado y en el de los concurrentes. Un sistema que conduce a la mejora del bienestar social a través del incremento de la oferta en el mercado de mayor cantidad de productos y servicios, de mejora del precio y calidad de las prestaciones, de mayor inversión en I+D, y de la desaparición de rentas monopolísticas entre otros efectos. A mayor número de participantes en un mercado en régimen de competencia, incluyendo en este supuesto a los mercados que por sus características sólo admiten un número limitado de oferentes, mayor será el beneficio social que de ello se derive¹⁷⁹.

¹⁷⁹ En aquellos mercados que por sus características la oferta sólo es posible realizarla por pocos oferentes, básicamente porque la masa crítica necesaria sea elevada, también será más saludable la existencia de un mayor número de oferentes en régimen de competencia, hasta el límite, claro está, de lo que dicho mercado pueda soportar conservando un ratio elevado de eficiencia. Por ejemplo, en el mercado de telefonía móvil, la infraestructura básica para ofrecer el servicio de un modo eficiente, sólo está al alcance de un determinado

Sin embargo, en la dificultad para identificar las prácticas *non predation* como las descritas en los dos primeros epígrafes de este capítulo, se encuentra parte de las dificultades probatorias a la hora de determinar cuando se considera competitivo o anticompetitivo un comportamiento¹⁸⁰. Precisamente porque se disfrazaba o ampara bajo la apariencia del ejercicio legítimo de un derecho por encima de lo que se considera lícito.

En realidad estas prácticas son tan nocivas para la competencia como la venta a pérdida, pero entrañan un menor riesgo para el agresor. Este se mueve con la misma finalidad, aunque instrumente su comportamiento en una estrategia dirigida a incrementar los costes de sus rivales al influir sobre la eficiencia y la rentabilidad. Una vez conseguido su objetivo el agresor podrá incrementar sus beneficios ya sea directamente mediante el incremento del precio, la reducción de la oferta, o bien, indirectamente mejorando su posición estratégica en ese u otro mercado¹⁸¹.

Al igual que el resto de conductas anticompetitivas éstas no están amparadas en sus propios méritos ni en la eficiencia, sino en el ejercicio abusivo de una posición de hecho o de derecho. Precisamente porque los competidores que emplean comportamientos de este tipo tratan de orillar la prohibición contenida en las normas de competencia. Y resulta evidente que muchas pueden ser las combinaciones posibles. Tan variadas como imaginación y medios utilicen las empresas en el tráfico mercantil, siendo muy difícil encuadrar y reprimir la conducta desleal del agresor. Por ello, a continuación se tratarán de exponer algunas notas que nos permitan diferenciar una práctica competitiva de una desleal¹⁸².

número de oferentes en relación con el número de abonados mínimo para que la actividad cubra costes y genere un nivel de beneficio aceptable. Este sería el óptimo, de modo que la desviación en relación con ese óptimo implicaría un incremento del coste social.

¹⁸⁰ Vid. KRATHENMAKER, T. y SALOP, S. C., «Anticompetitive exclusion: Rising rivals' costs to achieve power over price», *Yale L. J.*, núm. 96, 1986, pp. 219-220. En su trabajo estos autores analizan diferentes asuntos en los que las empresas han abusado vía prácticas desleales no instrumentalizadas, al menos directamente, en estrategias de precios. Especialmente en «International Salt Co. c. United States, 332, U.S. 392, 1947 como acuerdos abusivos; «Klor's, Inc. c. Broadway-Hale Stores», 359, U.S. 207, 1959, y «Standard Oil Co., c. United States», 337, U.S., 293, 1949, como actos de *boicot* y restricción vertical; «Associated Press c. United States, 326, U.S., 1, 1945, como renuncia a negociar.

¹⁸¹ Por ejemplo, al producir artificialmente una barrera de entrada como el incremento de la producción o reducción del precio no deja ni demanda residual ni margen de beneficios suficiente para que entren nuevos competidores que cubran, al menos, su masa crítica.

¹⁸² Vid. AA.VV., *Nonprice predation under Section 2 of the Sherman Act*, Dirg. SULLIVAN, T., American Bar Association, núm. 18, 1991, p. 4, y GALVANI, T., & AVERITT, «Nonprice predation: an introduction», *Antitrust L. & Econ. Rev.*, núm. 2, 1986. La figura ha sido tratada entre otros y cronológicamente por POSNER, R., *Antitrust Law: and economic perspective*, 1976, pp. 171-211; SULLIVAN, L., *Handbook of the antitrust*, 1977, p.111; y del mismo autor, «The economic jurisprudence of the burger court's antitrust policy: The first thirteen years», *Notre Dame L. Rev.*, núm. 1, 1982; BORK, R., *The antitrust paradox: a policy at war with itself*, New York., pp. 117-129; EASTERBROOK, F., «Predatory strategies and ...», *ob. cit.*, pp. 263 y ss.; *idem.*, «The limits of antitrust», *Texas L. Rev.*, núm. 1, 1984, pp. 27-29., y «On identifying exclusionary conduct», *Notre Dame L. Rev.*, 1986, pp. 972-977; THARP, J. J., «Rising rivals' costs; Of bottlenecks, bottled wine, and bottle soda», *North W. Univ. L. Rev.*, núm. 84., 1981, pp. 321 y ss.; SALOP, S. C., y SCHEFFMAN, D., «Rising rivals' costs», *Am. Econ. Rev.*, núm. 73, 1983, pp. 267-268; *idem.*, «The application of rising rivals' cost theory to antitrust», *Antitrust Bull.*, núm. 37, 1992, pp. 187 y ss.; HOVENKAMP, H., «Antitrust policy after Chicago», *Mich. L. Rev.*, 1985, pp. 213 y ss.; KAPLOW, L., «Extension of monopoly power through leverage»,

Una enumeración ejemplificativa de las denominadas prácticas predatorias no instrumentalizadas en políticas de precios podría ser aquella que incluya los:

«[...] contratos de exclusiva, las licencias de exclusiva [en las que podemos incluir el ejercicio abusivo de las patentes, de los modelos de utilidad, de los dibujos industriales, de los dominios en Internet, de las marcas, etc.], los negocios de exclusiva [como las franquicias], barreras de entrada [publicidad excesiva para generar ruido en el mercado], rehusar la contratación, intervenir en procedimientos judiciales y administrativos [vía *lobbies* o grupos de presión], retrasarse en la compra, venta o pago, retractarse de lo acordado sin causa justificada [ya sea desde el lado de la demanda y de la oferta], incrementar los costes de los rivales para entrar en el mercado, incrementar los costes administrativos o de producción de la competencia, introducir innovación de productos, programas de marketing como los calendarios con acuerdos [publicidad y promociones publicitarias abusivas], proliferación de sucursales, diferenciación de productos, utilizar el exceso de capacidad para reducir la demanda residual e incrementar el coste de oportunidad de otros competidores al no dejar mercado suficiente para cubrir siquiera la masa crítica, innovación constante o abuso de estándares, anticipación de productos [sobre todo con la puesta a disposición al público de nueva tecnología, que aunque como empresa la tenga, sólo la llevaré al mercado cuando la competencia la obligue, de modo que sino hay competencia, no se traslada al mercado, salvo que al adelantarla consiga que otra empresa que tenga una tecnología parecida y pretenda llevarla al mercado, al adelantarla reducirá la capacidad de realizar beneficios del predado o incluso de amortizar la inversión realizada en I+D], mejorar los costes de los rivales en sus plantas de producción, reducir la posibilidad de que la competencia utilice las líneas de distribución.»¹⁸³

Curiosamente, la mayor parte de estos comportamientos no se encuentran tipificados, pero sus efectos sobre el mercado son tan nocivos como la de las conductas expresamente prohibidas. Además, a través de ellos se pueden realizar ventas a pérdida porque los recursos dirigidos a realizarlas no permitan cubrir el precio de adquisición o coste de producción del género que efectivamente se oferta. La clave para determinar la lealtad o deslealtad de estos comportamientos gira en torno a la cláusula general de buena fe concurrencial. Una conclusión a la

Colum. L. Rev., 1985, pp. 515 y ss.; KRATTENMAKER, T., SALOP, S. C., «Anticompetitive exclusions: Rising rivals' costs to achieve ...», ob. cit., pp. 209-214; BAKER, «Recent developments in economics that challenge Chicago School views», *Antitrust L. J.*, núm. 58, 1989, pp. 645-649; FOX, E., y SULLIVAN, L., «Antitrust retrospective and prospective: Where are we coming from? Where are we going?», *N. Y. Univer. L. Rev.*, núm. 62, 1987, pp. 936 y ss.; WILLIAMSON, O., «Delimiting antitrust», *Geo. L. J.*, núm. 76, núm. 271, 1987, pp. 289-293; SALOP, S. C., «Strategy, predation and antitrust analysis: an introduction», *Antitrust Law & Economics Review*, núm. 2, reprints, 1987, pp. 13 y ss.; y en la jurisprudencia por el Juez POSNER, R., en «Olympia Equip. Leasing Co. c. Western Union Tel. Co.», 797 F.2d 370, 379, 7th Cir., 1986, *cert. denied*, 480 U.S., 934, 1987; «Aspen Skiing Co. v. Aspen Highland Skiing Corp», 472, U.S., 585, 1985; «Elec. Constr. Co. c. National Elec. Contractors Ass'n», 814, F.2d, 358, 368-370, 7th Cir., 1987; y «Ball Memorial Hosp., Inc. c. Mutual Host. Ins.», 784, F.2d, 1325, 1339-1340, 7th Cir., 1986, entre otros asuntos.

¹⁸³ Vid. AA.VV., Dirg. SULLIVAN, T., *Nonprice predation under Section 2 of the Sherman Act*, American Bar Association, núm. 18, 1991, p. 4. Una definición expuesta por EASTERBROOK y citada por SULLIVAN. La traducción y lo señalado entre corchetes es un añadido y hace referencia tanto a las prácticas predatorias instrumentalizadas, como no, en estrategias de precios, algunas de las cuales serán estudiadas a continuación.

que puede llegarse tras el análisis del grado de lealtad o deslealtad con base en cuatro elementos: 1. Identificar la práctica, 2. Determinar como la conducta incrementa los costes de los competidores, 3. Determinar como modifica artificialmente la competencia e incrementa el poder de mercado del predador, 4. Determinar el daño en la eficiencia del agredido imputable al predador¹⁸⁴.

De este análisis pueden extraerse dos conclusiones, primero que la conducta excede de lo que se considera competitivo, y segundo, que se realiza desde una apariencia de legalidad contraria a la exigencia de la cláusula general de buena fe, pudiendo ser calificada como excluyente o predatoria. Como puede observarse la realización de cualesquiera de estos comportamientos resulta aparentemente menos costosa que una venta a pérdida, con menos riesgo y con un resultado también menos incierto¹⁸⁵. Estas conductas no implican un gran debilitamiento del agresor porque el costo de este comportamiento está perfectamente acotado, a diferencia de lo que ocurre con la venta a pérdida donde el coste para la empresa se incrementa a medida que vende más.

La sistematización que a continuación se expone es meramente ejemplificativa. La casuística sobre prácticas predatorias es inmensa y un estudio detallado excedería con creces la finalidad de este trabajo. No obstante, esta parte del estudio viene a cumplir la función metodológica de encuadrar el estudio de la venta a pérdida como ilícito concurrencial desde una doble perspectiva: por un lado, cuando se realiza a través de las denominadas prácticas de *non predation* que básicamente persiguen incrementar los costes de los rivales, en los que la determinación de la existencia de una venta a pérdida resulta más complicado, y por otro, cuando se instrumenta en estrategias de precios.

Por tanto, el estudio se centrará en el análisis de determinadas prácticas como el ejercicio abusivo de derechos como práctica predatoria y el abuso de posición de dominio; el ejercicio abusivo de los derechos de exclusiva; el abuso de los derechos de propiedad industrial e intelectual; la publicidad y las promociones publicitarias como actos de competencia desleal; el exceso de servicio en relación con la contraprestación recibida; el abuso de procedimientos judiciales y administrativos; el aumento de la producción para inundar el mercado de producto o servicio reduciendo la demanda residual; la canibalización de productos con finalidad predatoria; la contratación predatoria con proveedores, clientes y trabajadores de la competencia; el abuso de situación de dependencia económica; los actos de imitación y producciones paralelas; la explotación de la reputación ajena; el *dumping* comercial y social; y finalmente, el *boicot* entre la multitud de prácticas que pudrían ser objeto de estudio.

¹⁸⁴ Estos puntos y su desarrollo se exponen en la obra AA.VV., *Nonprice predation under Section 2 of the Sherman Act*, American Bar Association, SULLIVAN, T., Dirg., núm. 18, 1991, pp. 3-4.

¹⁸⁵ Con un criterio similar *vid.* SALOP, S. C., y SCHEFFMAN, D., «Rising rival's costs», *Am. Econ. Rev.*, núm.73, 1983, pp. 267-268.

2. Ejercicio abusivo de derechos de exclusiva

2.1. Planteamiento

El ejercicio abusivo de derechos puede dar lugar a la realización de prácticas predatorias instrumentalizadas como no instrumentalizadas en estrategias de precios. La doctrina y jurisprudencia tradicional han venido manteniendo que la realización de los comportamientos que implican abuso de Derecho sólo están al alcance de empresas con posición de dominio. Precisamente porque ello les permite llevar a cabo con éxito la práctica en cuestión. La teoría del abuso de Derecho ha sido ampliamente desarrollada, por lo que simplemente se apuntarán algunas pinceladas sobre sus características, huyendo de su acepción subjetiva hacia la objetiva más próxima a la naturaleza del tráfico mercantil, a los efectos de establecer la relación entre esta categoría y los supuestos de prácticas predatorias instrumentalizadas en actos constitutivos de abuso de Derecho.

El abuso de Derecho puede definirse como el ejercicio anormal de los derechos subjetivos, considerando anormal el comportamiento contrario a la finalidad económico social que persigue proteger dicho derecho subjetivo. El problema es fijar los límites legales, morales, éticos y sociales al ejercicio de los derechos subjetivos, lo que implica cierta dosis de inseguridad jurídica. Precisamente porque son los tribunales los que controlan los límites al ejercicio de los derechos subjetivos. Y estos se configuran como un poder o facultad que el ordenamiento jurídico confiere al titular del mismo para alcanzar otros fines. Pero estos pueden verse conculcados cuando el titular de los mismos abusa¹⁸⁶.

La interpretación de los límites de los derechos subjetivos como herramienta para identificar la existencia de abuso de Derecho, no permite cualquier valoración por parte de los tribunales, de modo que la arbitrariedad se reduce. Dicha delimitación sólo podrá hacerse a través de un criterio objetivo compuesto por los límites legales, morales, éticos y sociales que dependerá del momento histórico¹⁸⁷. Por consiguiente, el ejercicio de los derechos propios, siempre que se trate de un supuesto de uso normal del Derecho, no genera ningún tipo de responsabilidad para quien lo ejercita, con independencia de que efectivamente se

¹⁸⁶ Vid. ÁNGEL YAGÜEZ, R., en voz «abuso de Derecho», en *EJB*, Madrid, 1995, p. 43, cuando mantiene que «si el Derecho subjetivo es un poder concedido a la persona para cumplir los fines que el ordenamiento jurídico pretende, no es admisible un ejercicio que esté en contra de la finalidad para el que ese Derecho ha sido concedido o, en su formulación más radical, un ejercicio de forma antisocial». La determinación de los elementos característicos del abuso han sido magistralmente señalados en la STS de 14 de febrero de 1944 donde se exige la existencia de un «a) uso de un Derecho, objetiva o externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el Derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo) o bajo la forma objetiva (cuando el daño procede de exceso o anormalidad en el ejercicio del Derecho).» Criterios también presentes en el § 242 del BGB tal y como apunta DIEZ-PICAZO, L. en el prólogo que realiza al trabajo de WIEACKER, F., *El principio general de la buena fé*, Civitas, Madrid, 1977, pp. 19 y ss. Una interpretación que también realiza WIEACKER en la citada obra, pp. 49-86.

¹⁸⁷ Pero sin que ello suponga la existencia de una moral positiva Vid. ATIENZA, M., y RUÍZ MARRERO, J., *Ilícitos atípicos*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 43-46.

reconozca o no la pretensión por la instancia correspondiente¹⁸⁸. Este ejercicio normal del Derecho tiene su traslación en el principio de buena fe recogido en el CCiv., en el Capítulo III del Título Preliminar dedicado a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, introducido con ocasión de la reforma del Título Preliminar por la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973, en cuyo artículo 7.1. establece que: «Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.»¹⁸⁹ A *contrario sensu*, cualquier ejercicio de derechos contrarios a las exigencias de la buena fe sería contrario a Derecho, operando como cautela, como un auténtico contrapeso al ejercicio abusivo de los derechos subjetivos. Y sin que sea necesario la presencia de una intención de perjudicar. Unos términos muy similares a los utilizados en el artículo 7.2. del CCiv. al establecer que:

«La Ley no ampara el abuso de Derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un Derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.»

Llegados a este punto cabría preguntar si son o no conceptos similares el «abuso de Derecho» y «el ejercicio antisocial del mismo». Y en este supuesto se podría entender que aquí han sido utilizados por el Legislador como conceptos similares, de ahí que utilice la conjunción copulativa «o»¹⁹⁰. Este será el criterio que se emplee en la exposición de la figura.

¹⁸⁸ Una interesante evolución del principio hasta nuestros días *vid.* VÁZQUEZ ROTE, E., voz «abuso de Derecho», en *DJE*, Madrid, 1991, pp. 11-12. Expone las características de la figura en el Derecho romano, su evolución en el Medioevo dirigido a evitar las lesiones que el ejercicio del derecho propio y los efectos que producía en terceros a través de la doctrina de los «actos de emulación» que es mejorada por la influencia del Derecho germánico —*malitis non est indulgendum*—, «prohibiciones de chicana» y preceptos del Derecho musulmán. Expone como la «teoría de la emulación» se convierte en la teoría del abuso de Derecho. Influencia que aparece en el BGB, artículo 226 «El ejercicio de un Derecho es inadmisibles cuando no sólo puede tener por fin dañar a otro». Finalmente analiza los ulteriores códigos comparados hasta llegar a nuestro CCiv. y la reforma introducida con ocasión de la reforma del Título Preliminar por Ley de Bases de 17 de marzo de 1973.

¹⁸⁹ A este respecto resulta especialmente significativa la sentencia de 21 de septiembre de 1987, y por la sentencia de 8 de julio de 1981 al indicar que «es una norma que en su profundo sentido obliga a la exigencia, en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atendimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena.»

¹⁹⁰ Con un criterio similar *vid.* ÁNGEL YAGÜEZ, R. voz «abuso de Derecho», en *EJB*, Madrid, 1995, pp. 47-48. Asimismo realiza una interesante exposición de las interpretaciones que ha venido haciendo la doctrina. Diferencia entre los que entienden que no son similares, los que entienden que tienen cierta similitud, y finalmente, los que interpretan ambas expresiones como similares. Precisamente al responder a la cuestión de si «[...] son conceptos diferentes o sinónimos. Algún autor opina que el ejercicio antisocial del Derecho resulta no ser un concepto distinto del de abuso, sino el porqué, la razón de que se excluyan los efectos del acto así realizados, por cuanto rompe el *statu quo* que el ordenamiento mantiene. Otra opinión sostiene que son figuras jurídicas distintas, aunque íntimamente relacionadas entre sí. Otro sector de la doctrina entiende que las dos expresiones significan lo mismo y lo que hace la segunda no es más que explicar la primera; el Legislador se dio cuenta de que la denominación «abuso de Derecho» ya fue tachada por la doctrina como impropia, pues se dijo que se trataba de una logomaquia, y como lo que se quería expresar con ella es la condena del ejercicio del Derecho que se desvíe de la finalidad social para la cual fue concebido, ha empleado las dos denominaciones separadas con una «o», reveladora en este caso de igualdad. Y no falta quien entiende que si cabe distinguir dos presentaciones según la naturaleza individual o social del interés afectado o

2.2. El abuso de Derecho con carácter genérico

Desde el punto de vista del Derecho de la competencia el abuso de Derecho, se configura como un ilícito sólo posible desde una posición dominante. Precisamente, desde la posición protegida que le confiere el ordenamiento, lo que le permite la realización de un comportamiento abusivo. Una conducta que podría ser objeto de represión desde el Derecho *antitrust* comunitario por infracción del artículo 81 del TCE, y en el Derecho español en el artículo 6 de la LDC. Asimismo y como acto de competencia desleal podría constituir una infracción del artículo 5 de la LCD o de cualquiera de los actos tipificados en los artículos 6 a 17 de la misma norma. Debiendo tener presente que:

«[...] el abuso de Derecho no pertenece a la doctrina de los actos contrarios a las normas, sino al ejercicio de los derechos, en armonía con sus límites y el principio de la buena fe [...]»¹⁹¹

De todo ello parece deducirse que el ejercicio abusivo de derechos al que pudiera dar lugar una determinada práctica o estrategia comercial, aun cuando no parezcan estar recogidas expresamente en los correspondientes preceptos de la normativa *antitrust* o en la disciplina de la competencia desleal, sí lo están a través de la cláusula general de la buena fe en sentido objetivo, como orientación ético social¹⁹². El abuso de Derecho se configura como un concepto jurídico indeterminado. Y sin embargo, la indeterminación no implica la posibilidad de realizar cualquier interpretación, la solución es una y no otra¹⁹³. De este modo se acota la posible arbitrariedad del concepto a través de un criterio objetivo. Este marco opera como un criterio con capacidad para limitar el exceso en el ejercicio del derecho subjetivo, en definitiva, para evitar la arbitrariedad y la inseguridad jurídica¹⁹⁴. A través de la interpretación de la norma se llega a la solución justa.

lesionado en el ejercicio del Derecho: El abuso con daño para un tercero, concreto y determinado, y el abuso con perjuicio de un mero interés social, como si su dueño quemara una colección de pintura, destruyendo una belleza que se sustrae al acervo común.»

¹⁹¹ Vid. ÁNGEL YAGÜEZ, R. voz «abuso de Derecho ...», ob. cit., p. 43.

¹⁹² Vid. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, v.1, Madrid, 1993, p. 50; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «La buena fe y su concreción en el ámbito del Derecho Civil», en *AAMN*, 1990, pp. 10 y ss.; *idem*. voz «Buena fe», en *EJB*, t.1, Madrid, 1995, pp. 831 y ss.; ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil Español*, Madrid, 1982, t.I, pp. 581 y ss.; LACRUZ-BERDEJO, J. L., *Manual de Derecho Civil*, Bosch, 2001, p. 153; WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*, traducción de JOSÉ LUIS CARRO, y prólogo de LUIS Díez-PICAZO, Civitas, Madrid, 1982, p.18 y ss.; MONTES PENADÉS, V., «Comentario al artículo 7.1 del Código Civil», en *Comentarios a la reforma del Código Civil*, t.1, Madrid, 1977, pp. 356 y ss.; DE LA VEGA BENAYAS, C., *Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código Civil*, Madrid, 1976, pp. 251 y ss.

¹⁹³ En materia de competencia desleal vid. VÁZQUEZ LEPINETTE, T., «Concurrencia en el mercado y cláusula general de competencia desleal [Comentario a la STS 15 de abril 1998]», Westlaw.es, *BIB*, 1999\1091, p. 2., que tras el análisis del artículo 7.1. del CCiv mantiene en relación con la cláusula general del artículo 5 de la LCD que: «La generalidad del artículo 5 de la Ley de Competencia exige, al igual que ha sucedido con el artículo 7.1. del Código Civil, una concreción de los supuestos a que se aplica; [...]»

¹⁹⁴ Vid. ÁNGEL YAGÜEZ, R. voz «abuso de Derecho ...», ob. cit., p. 43, ha puesto de manifiesto los diferentes planteamientos doctrinales en el estudio y delimitación del abuso de Derecho y expone que con esta interpretación «[...] se pone en peligro la seguridad jurídica, confundiendo la Moral con el Derecho; pero acertadamente se ha escrito que la teoría del abuso de Derecho ha sido considerada como «un producto espontáneo de una conciencia universal en el tiempo y en el espacio» o como «uno de los procedimientos por los cuales la Moral penetra en el Derecho, penetración que es constante en la Historia».

Ello implica un procedimiento lógico deductivo por el que se aplica la norma al supuesto de hecho. Este juicio de valor permite realizar una interpretación libre, un razonamiento jurídico que tiene por objeto la aplicación de la norma al supuesto de hecho con una solución justa o verdadera. La idea de solución justa o de justicia está contenida en la norma. Esto implica que la solución tras el análisis jurídico de la norma es una y no otra, por lo que ésta debe ser interpretada en un sentido y no en otro. Debiendo indicar al respecto que:

«[...] el Legislador busca un resultado concreto, aquél que es adecuado al fin de la norma, y no cualquier resultado, [...] el grado de presión del concepto se ve sometido a la presión que produce sobre su significado «función» jurídica que desempeña la norma; función que no consiste sólo en designar algo, sino, fundamentalmente en atribuir a esa designación ciertas consecuencias. Por eso, sobre la función semántica de los términos legales opera su función normativa que consiste en dar a la calificación de objetos el sentido de ser medio para obtener un resultado [...]»¹⁹⁵

Por tanto, los conceptos jurídicos indeterminados cumplen una función positiva pero no persiguen generar un vacío que permita cualquier decisión. Simplemente con su redacción se facilita el que el espíritu y finalidad de la norma pueda adaptarse¹⁹⁶. Lo dicho no se contradice con el hecho de que la norma y los conceptos jurídicos indeterminados en ella contenidos, si los hubiere, pudieran permitir varias interpretaciones, todas ellas justas y verdaderas durante un periodo de tiempo. Llegando a la conclusión de que la indeterminación confiere a la norma un carácter intemporal, lo que la dota de flexibilidad¹⁹⁷. Indeterminación que ha de ser lo suficientemente amplia como para permitir interpretaciones justas pero diferentes en atención al espacio temporal en el que tiene lugar, y lo suficientemente corta como para evitar la inseguridad jurídica fruto de la falta de indeterminación y acotamiento conceptual de la norma. Por tanto,

«[...] la solución verdadera, justa o válida de un concepto jurídico indeterminado es una, un principio esencial (*principium essendi*, no un simple *principium cognoscendi*), no se destruye la dificultad práctica de hayar una solución justa o de demostrar que una no lo es.»¹⁹⁸

2.3. El abuso de Derecho en nuestra jurisprudencia

Aunque existe unanimidad en torno a la represión del abuso de Derecho más allá de los límites legales la citada STS de 14 de febrero de 1944 manifiesta que la problemática reside en determinar:

¹⁹⁵ Vid. ÁNGEL YAGÜEZ, R. voz «abuso de Derecho ...», ob cit., p. 44.

¹⁹⁶ Vid. SAINZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976, p. 192. «[...] la utilización en el Derecho administrativo de tales conceptos (*indeterminados*) por una norma no significa, por si sola, la atribución de la facultad de elegir discrecionalmente entre varias soluciones «posibles» aquella que en cada caso se considera conveniente u oportuna.»

¹⁹⁷ Vid. SAINZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos, interpretación y ...*, ob. cit., p. 194.

¹⁹⁸ Vid. SAINZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos, interpretación y ...*, ob. cit., p. 172.

«[...] si se trata de una simple aplicación de la doctrina del acto ilícito, o de una teoría autónoma que opera dentro de una especie de zona intermedia, constituida por los actos cumplidos dentro de la esfera del Derecho, pero mediando un abuso y engendrando una responsabilidad, así como también la extensión del principio prohibitivo con relación a las diversas categorías de Derecho subjetivos, y sobre todo, las condiciones o elementos, subjetivos u objetivos, que han de determinar la estimación del abuso [...]»

No obstante, tal y como establece la doctrina hay unanimidad a la hora de determinar la existencia de responsabilidad de quien abusa de Derecho al amparo de una legalidad externa y de un aparentemente legítimo ejercicio de su Derecho. Superando así los límites de la equidad y buena fe con daños para la sociedad y para el tercero afectado.

Estos han sido los criterios seguidos en la jurisprudencia del TS en la aplicación del artículo 7.2. del CCiv. Que básicamente ha venido exigiendo para el resarcimiento de los daños ocasionados por las actuaciones judiciales de cualquier índole, que la parte actora haya actuado dolosamente o cuando menos con manifiesta negligencia por no haberse asegurado el alcance de la acción ejercitada, lo que puede tener lugar si la pretensión del que ejerce abusivamente su derecho no es aceptada por el tribunal¹⁹⁹. Así, en el supuesto de que se declare negligente el ejercicio de su derecho, dará lugar al inicio de un nuevo proceso judicial por la vía del artículo 11.2. de la LOPJ ya sea por un supuesto del 1101 del CCiv. «enriquecimiento injusto» o del 1902 del CCiv. «culpa extracontractual». No obstante, la pretensión del que solicita la protección por haber sufrido el ejercicio abusivo de un Derecho debe ser interpretada con cautela, pues en todo caso, sólo opera como indicio para el supuesto de que se inicie un proceso para solicitar la indemnización correspondiente²⁰⁰.

La jurisprudencia ha venido exigiendo la concurrencia de una serie de requisitos objetivos y subjetivos para la apreciación de la existencia de abuso de Derecho. Es necesario que el abuso de Derecho tenga manifestación externa, lo que se produce cuando concurren circunstancias objetivas y subjetivas. Las primeras, con la manifestación de la anormalidad en el ejercicio del Derecho — STS de 22 de junio de 1981 y 14 de marzo de 1984— que implique un daño moral

¹⁹⁹ Jurisprudencia reiterada en las STS de 5 de diciembre de 1980, 28 de febrero de 1959, 12 de noviembre de 1960, 18 de febrero de 1965, y 22 de mayo de 1967 entre otras.

²⁰⁰ En este sentido la sentencia de 31 de enero de 1992, que reproduce la de 31 de julio del mismo año, en su FD. 2.º establece que: «[...] el proceso en sí es el ejercicio de un Derecho constitucional a la tutela efectiva, que si no siempre ha de producir el éxito de la acción, no permite en modo alguno extraer o generalizar que el fracaso o el abandono de una acción revele el carácter abusivo de un intento de ejercicio. La mera posibilidad jurídica de admitir un proceso tendente a obtener la reparación de los daños causados por otro proceso está admitida en la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 11, en el Código Civil, art. 7.1. y 2., cuando exigen respetar la buena fe y prescriben situaciones procesales constitutivas de abuso de Derecho o fraude procesal [...] Pero la calificación de actuación abusiva ha de ser tomada con exquisito cuidado y riguroso análisis de la conducta procesal abusiva, para no coartar el ejercicio de acciones, así como estricto estudio de las resoluciones judiciales cuyo contenido puede ser esclarecedor.»

o patrimonial como requiere el artículo 7.2. CCiv²⁰¹. Y la segunda, cuando el acto carece de una intención legítima, seria y se realice con la única intención de perjudicar²⁰².

La problemática del análisis de esta figura radica en el hecho de que la calificación del abuso como tal suele llegar tarde. No se escapa al lector que las notas que delimitan el perfil de esta figura como concepto jurídico indeterminado aparecen con claridad una vez transcurrido el proceso, pero no antes, porque actúa bajo la apariencia de ejercicio legítimo de un derecho. Máxime en materia de competencia desleal en donde el concepto de abuso de Derecho como contrario a las exigencias de la buena fe es delimitado por la normativa en materia de libre y leal competencia, concretamente por razón de la especialización de la materia²⁰³. Son precisamente las circunstancias por las que ha discurrido dicho proceso las que nos sirven para determinar la existencia o no del abuso de Derecho. Sin embargo, la cuestión del abuso de Derecho como ilícito *antitrust* o como acto de competencia desleal, que es relativamente visible *ex pos*, encuentra serias dificultades cuando se pretende un análisis de la cuestión *ex ante*. Por tanto, fundamentar una denuncia ante el SDC o una demanda ante un tribunal solicitando la adopción de medidas cautelares por esta vía no resulta fácil. Precisamente, porque al carecer la parte afectada por el abuso de Derecho de un tipo normativo en el que encuadrar la conducta abusiva como una pieza de puzle debe acudir a la cláusula general. Por ello, conscientes de la deslealtad que entraña la conducta y los efectos negativos que de ella se derivan, es por lo que la solución apuntada podría ayudar, sin necesidad de cambios normativos posteriores, aunque serían deseables, para la solución de estos conflictos.

Llegados a este punto, una vez extraídas las notas más significativas de la figura del abuso de Derecho en el ámbito del Derecho Civil, como uno de las condiciones necesarias pero no suficiente en la que se sustentan las prácticas predatorias no instrumentalizadas en estrategias de precios, procede analizar la figura desde la óptica del derecho *antitrust* y desde la disciplina de la competencia desleal. Resulta curioso observar como la profunda construcción doctrinal y jurisprudencial de la figura no encuentra acomodo expreso ni en la LDC ni en LCD, salvo, claro está, por la vía de la cláusula general, que en cualquier caso deberá ser entendida en sentido amplio, como buena fe objetiva²⁰⁴. Ello implica

²⁰¹ Vid. STS 28 de abril de 1980; también en la STS de 16 de octubre de 1991 se exige para la apreciación del daño «[...] la producción de una lesión en el patrimonio, la existencia de una actitud meramente pasiva de quien la sufre, la intención de daño de quien la causa y la falta de interés legítimo o el ejercicio antisocial de un Derecho»; 22 de abril de 1983; 25 de junio de 1983; 9 de febrero de 1983.

²⁰² Con similar criterio se pronuncia el TS en la sentencia de 8 de julio de 1987 al establecer que «[...] ha de recordarse la doctrina jurisprudencial al efecto, de que en todo caso es preciso que resulte manifiesto el abuso de Derecho por las circunstancias que lo determinan, es decir, las subjetivas, de intención de perjudicar o falta de una intención seria y legítima y las objetivas de anormalidad o exceso en el ejercicio del Derecho»; en la STS de 11 de mayo de 1991 establece que el elemento subjetivo se infiere de «[...] la ausencia de una finalidad seria y legítima, y la objetiva de exceso en el ejercicio de derechos».

²⁰³ Vid. MASSAGUER FUENTES, J., voz «Competencia desleal», en *EJB*, Civitas, Madrid, 1995, p. 1180.

²⁰⁴ Vid. WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*, traducción de JOSÉ LUIS CARRO, y prólogo de LUIS DíEZ-PICAZO, Civitas, Madrid, 1982; MESSINEO, F., *Trattato di diritto Civile e Commerciale*, A. Giuffrè, Milano, 1980.

que sea muy difícil proceder a la represión de los comportamientos abusivos de los titulares de derechos que atrincherados y protegidos en la apariencia de ejercicio leal y legítimo del mismo, lo ejerciten abusivamente. Una especie de nepotismo ilustrado aplicado a una categoría jurídica, que de hecho produce los mismos o mayores efectos negativos que la realización de las conductas contenidas en el catálogo de actos desleales enumerados en la LCD o en las prácticas prohibidas de la LDC. Dos son los obstáculos con los que se encuentra el planteamiento realizado. En primer lugar, el carácter excepcional y restrictivo con el que ha de ser interpretada la figura del abuso de Derecho, tal y como recogen las STS de 5 de julio de 1975, 7 de julio de 1980, 6 de abril de 1987, y 29 de noviembre de 1991, entre otras²⁰⁵. Y en segundo lugar, la necesidad de trascendencia externa de la conducta lesiva inspirada por la intención dolosa de causar el daño.

Entre estos supuestos se encuentran tanto las prácticas predatorias instrumentalizadas en precios como las que no lo están. En todas ellas se puede confundir el ejercicio abusivo con el ejercicio legítimo y eficiente de un derecho propio, del que además en un primer momento parece derivarse un incremento de la competencia en beneficio de los consumidores y usuarios.

3. El ejercicio abusivo de derechos de exclusiva

3.1. Planteamiento

La legislación española, comunitaria e internacional regula la protección de los derechos de exclusiva, entendidos como las prerrogativas o derechos subjetivos que el ordenamiento confiere a determinados sujetos como medio para alcanzar un fin común superior. Se trata de derechos de uso en exclusiva oponibles frente a terceros. La especial protección que confiere el ordenamiento jurídico no puede operar, al menos en principio, como un sistema que ampare el ejercicio abusivo de derechos²⁰⁶. El principio es simple, la excepción que implica su tratamiento debe decaer cuando su ejercicio abusivo suponga una limitación no aceptable de la libre competencia, adquiriendo las características de un acto de competencia desleal. Desde el punto de vista jurídico, la figura se encuadra bajo los supuestos de ejercicio abusivo del derecho propio, lo que conlleva la deslegitimación de su titular. Simplemente porque dicha extralimitación no puede estar amparada por el mismo derecho que la protege. Como se ha venido manteniendo, el abuso de Derecho pertenece a la categoría de «ejercicio de

²⁰⁶ La utilización de la expresión «al menos en principio» obedece a que en determinados supuestos no sólo se autoriza un derecho de exclusiva que puede resultar abusivo, pero que es la única forma de que se pueda fabricar o distribuir el producto o prestar el servicio. Cabría imaginarse que es lo que haría falta para establecer toda una red de ferrocarriles en un país, o la red de telefonía básica, la red eléctrica, la red de distribución de gas entre otros posibles ejemplos. La historia económica española está llena de ellos, porque un sector de estas características necesita de inversiones multimillonarias sólo al alcance de empresas a las que de un modo u otro se les garantice la explotación en régimen de monopolio.

Derecho» y no a la «infracción de normas»²⁰⁷. Así, aunque los supuestos que serán objeto de estudio a continuación no encuentran difícil acomodo en un concreto precepto legal en el que encajen como una pieza de puzle, la doctrina ha tratado de encuadrarlas, con las dificultades que ello entraña, en la teoría general del abuso de Derecho. Supuestos de extralimitación negativa tanto desde la óptica del Derecho *antitrust*, como desde la disciplina competencia desleal.

El planteamiento hasta aquí realizado encuentra varios obstáculos difíciles de salvar. En primer lugar, que las conductas que se describen se basan en una especial protección que confiere el ordenamiento jurídico a través de una norma legal. En segundo lugar, que las prácticas desleales basadas en estas conductas son de un sibilino tal, que es difícil encuadrarlas en los supuestos de prácticas anticompetitivas de la LDC o en el catálogo de actos de competencia desleal de la LCD. Y finalmente, ante la falta de un tipo en el que encuadrarla, se procederá a plantear la posibilidad de construcción de la deslealtad del acto a través de la cláusula general de abuso de Derecho contemplada en el artículo 5 de la LCD, o desde la normativa *antitrust* por infracción de los artículos 1, 6, 7, y en su caso 14 a 18 de la LDC.

El Derecho de la competencia no parece contemplar una clara solución a los problemas de libre y leal competencia que puedan generarse en los mercados de tecnología²⁰⁸. Básicamente por lo especializado de los mismos y por las características de su estructura. De ahí que en estos momentos se carezcan de unos parámetros claros que permitan determinar que es lo que se considera una innovación competitiva o no competitiva. En cualquier caso, consciente de las dificultades que ello entraña, en la exposición que aparece a continuación se tratará de dar respuesta a la problemática que estas conductas plantean. Tanto en cuanto a su identificación como al posible encaje en nuestra normativa *antitrust* y de competencia desleal.

Este planteamiento toma carta de naturaleza en: (1) los supuestos de innovación constantes como práctica desleal, con especial referencia al diseño de productos o servicios; (2) en el abuso de inscripción de las patentes de invención y en la utilización contractual de las mismas, de las adiciones a las patentes cuando puedan constituirse en patentes independientes, de los modelos de utilidad, de los dibujos industriales y artísticos, y de los dominios en Internet y finalmente; (3) en los supuestos de abuso en el ejercicio de los Derecho de propiedad intelectual, o de cualquier otro derecho de carácter exclusivo, ya sea en su vertiente de autoría moral como económica, cuyo ejercicio abusivo implique una limitación de la competencia.

²⁰⁷ Vid. ÁNGEL YAGÜEZ, R., voz «abuso de Derecho ...», ob. cit., p. 48.

²⁰⁸ Una situación puesta de manifiesto en nuestra doctrina por ACUÑA QUIROGA, C., «Innovación predatoria y política de la competencia en mercados de alta tecnología. Estado de la cuestión a la vista del caso Microsoft.», *ADI*, XXI, 2000-2001, p. 29.

3.2. Abuso en el cambio de estándares consolidados

Para empezar el estudio, en el marco de las prácticas predatorias de *non predation* que se han descrito, se procederá con los supuestos de cambio de estándares consolidados. La innovación implica una actividad de creación o mejora, ya sea originaria o derivada sobre el estado de la técnica, la ciencia o la tecnología. Los efectos beneficiosos de la actividad inventiva recaen sobre la empresa o persona que lo crea, el grupo de empresas o sector sobre el que recae, los consumidores, y en definitiva, sobre todos los partícipes directos o indirectos en el mercado. La innovación constante en cualquier sector o actividad productiva implica, entre otras cosas, una mejora de la calidad del producto o servicio, de su precio, de la rentabilidad de la inversión y de la gama de productos o servicios ofrecidos entre otros efectos positivos. De ahí el tratamiento extraordinariamente benigno que ha venido recibiendo por parte del Derecho de la competencia. Precisamente porque parece que se ha entendido mal la relación entre innovación tecnológica, libre competencia y bienestar social²⁰⁹. La innovación por sí misma no es positiva, habrá de ser valorada en relación con el contexto en el que se produce, y por ende, sus efectos sobre la competencia y el bienestar social.

La conducta abusiva podría ser realizada por aquellos que por sus características —poder de mercado, estructura productiva o cuota de mercado— dispongan de los medios necesarios para innovar, e incluso de la innovación en cuestión, pero se limiten a introducir la tecnología en el mercado poco a poco. Esta conducta puede obedecer al hecho de que traten de amortizar los gastos ocasionados por la innovación anterior, lo cual obedece a la lógica empresarial en un sistema sin competencia real, o bien, porque no tienen competencia que les obligue a introducir la innovación en el mercado y reducir así el periodo de amortización de la inversión. Ambos son comportamientos perfectamente válidos siempre que no se haya llegado a ellos o se mantengan en esa situación gracias al ejercicio abusivo de tales derechos²¹⁰. Una situación que se da, por ejemplo, en aquellas empresas que van registrando poco a poco innovaciones sin aportar realmente nada nuevo pero que les confieren una posición de protección ventajosa, al tiempo que consiguen ampliar en el tiempo el uso de la patente

²⁰⁹ En este sentido *vid.* HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., *Precios predatorios y Derecho ...*, ob. cit., p. 49, al mantener que «[...] La creencia generalizada de que la competencia por medio de la innovación no hace sino acelerar el progreso técnico y de que éste influye de forma directa en el bienestar de los consumidores, determina el tratamiento especialmente benigno que la innovación recibe del Derecho *antitrust*. Por esta razón, los tribunales analizan los casos en los que se alega innovación predatoria con ojos bien distintos a los que emplean en los casos de precios o de publicidad predatoria.» En un sentido similar parece pronunciarse ACUÑA QUIROGA, C., «Innovación predatoria y política de la competencia ...», ob. cit., pp. 21-53.

²¹⁰ Aunque no obstante, la posición dominante en determinados mercados, como los de tecnología, no es de por sí un elemento que permita al agresor imponer sus condiciones. Las grandes empresas ya sea por la confianza que les da su posición o por la rigidez en la toma de decisiones no siempre llevan a cabo políticas de I+D que les permitan continuar en la posición en la que están. En algunas ocasiones empresas pequeñas disponen de los medios necesarios para desbancar a grandes empresas. En este sentido resulta de interés en nuestra doctrina el trabajo de ACUÑA QUIROGA, C., «Innovación predatoria y política de la competencia ...», ob. cit., pp. 22-51. En concreto el detallado estudio que realiza de la innovación predatoria, los efectos de red y la alteración en el diseño y estándares de productos entre otros, pp. 29-47. Una exposición que ya había sido expuesta por el mismo autor en «Predatory innovation: a step beyond? (understanding competition in high-technology markets)», *Int. Rev. of L., Comp. & Tec.*, v. 15, núm. 1, pp. 7-33, 2001.

principal o de las sucesivas adiciones²¹¹. Con esta estrategia consiguen realmente evitar la competencia limitando el acceso al mercado de otros competidores.

El inicio de un proceso por infracción de derechos de exclusiva, retrasa sobremanera la explotación económica de la innovación. Ello puede además obligar al innovador a pactar con la empresa dominante en unas condiciones nada ventajosas, simplemente por la imperiosa necesidad de recuperar la inversión realizada. En estos casos el abuso de los Derecho de propiedad industrial e intelectual en sus diferentes vertientes limita la libre competencia y el bienestar social, no sólo por el mayor coste que ha de pagar por el acceso a esa innovación, sino también por el retraso en el acceso a la misma²¹².

3.3. Especial referencia al diseño de productos o servicios

La innovación constante en el diseño suele recibir una buena aceptación por parte de los consumidores. Ello evita la pérdida de interés por parte de estos, precisamente por la novedad que parece traer implícita el nuevo diseño, ya sea en su tamaño, presentación o funcionalidad entre otros elementos valorables. Un diseño que viene marcado por las tendencias de la moda y evolución tecnológica que puede observarse en cualquier producto que consumimos a diario, desde los envases para champús y cremas, comidas preparadas, cepillos de dientes, zapatos de vestir, zapatillas de deportes, coches, la concesión de un crédito, la revisión de puesta a punto e incluso la compra de la vivienda habitual. Esos productos o servicios, salvo excepciones, son en definitiva los mismos que han venido consumiendo a lo largo de toda la vida, pero todos ellos, al igual que nosotros mismos son el fruto de un proceso evolutivo. Cada producto o servicio está sometido a un límite temporal, en el que influye su adaptación a las exigencias del mercado. El mayor o menor éxito de los mismos viene determinado por la combinación de multitud de variables, pero básicamente depende de que sea aceptado por aquellos a los que va dirigido, los consumidores y usuarios. Su éxito estará en proporción al nivel de satisfacción de las exigencias y expectativas de los consumidores en elementos como el diseño, la moda y la disponibilidad de tecnología que accede al mercado.

La conducta calificada como abusiva en el presente epígrafe es la que tiene que ver con el abuso de la innovación en el diseño, o en la incorporación de tecnología más allá de la adaptación que el propio mercado exige para esos productos o servicios. Estas conductas, siempre que no se realicen desde una posición de dominio, son simplemente agresivas, como inundar el mercado con

²¹¹ Sobre todo por las características del sistema español dividido en tres fases y cuyo régimen legal se puede observar en los artículos 31 a 38 LP.

²¹² Vid. ACUÑA QUIROGA, C., «Innovación predatoria y política de la competencia ...», ob. cit., pp. 22-51. En concreto el detallado estudio que realiza de la innovación predatoria, los efectos de red y la alteración en el diseño y estándares de productos, pp. 29-47. Y del mismo autor en «Predatory innovation: a step beyond? (understanding competition in high-technology markets)», *Int. Rev. of L., Comp. & Tec.*, v. 15, núm. 1, 2001, pp. 7-33.

nuevos modelos que en realidad no aportan novedades que justifiquen su lanzamiento pero que coincide con la entrada de otro producto de la competencia; o creando productos alternativos que «canibalicen» los suyos para evitar que queden cuotas de mercado residuales que induzca a la competencia a entrar a competir con su producto; o bien, retrasando la incorporación de la tecnología que poseen al mercado. La causa y fin de estos comportamientos son múltiples y legítimos siempre que ello no implique un abuso de esos derechos de exclusiva. Lo que pueden hacer desde la posición de dominio que les confiere la titularidad de tales derechos. Y es aquí donde reside la deslealtad del acto, lo que le permite llevar a cabo estrategias comerciales como estas²¹³.

Llegados a este punto, la cuestión es preguntarse si debe ser el mercado el que aporte soluciones con el correspondiente coste que ello implica, tanto económico como en acceso a la tecnología, o bien, debe el Legislador establecer los mecanismos adecuados para impedir los efectos negativos del ejercicio abusivo de los derechos de exclusiva permitiendo que las partes implicadas puedan acudir a proteger sus derechos.

Ante estas conductas, esto es, ante el conflicto de intereses aparecen dos interesantes cuestiones. Por un lado, el contenido y alcance de las facultades de los titulares de los derechos de explotación en exclusiva. Y por otro, el límite al ejercicio abusivo de tales derechos cuando por ejemplo implican la generación de una barrera que impide una competencia real y efectiva. Conducta que en principio, puede ser realizada desde una posición de dominio. Pudiendo dar lugar a un ilícito *antitrust* o a un acto de competencia desleal. En especial, el ejercicio abusivo de los derechos de exclusiva, de los derechos de propiedad industrial a través del estudio del ejercicio abusivo de inscripción de patentes de invención, de los modelos de utilidad, de los dibujos industriales y artísticos, de los dominios en Internet, del ejercicio abusivo de los derechos de propiedad intelectual y comercial, la publicidad y las promociones publicitarias como actos de competencia desleal, el exceso de servicio con finalidad predatoria, el abuso en el ejercicio de procedimientos judiciales y administrativos, la «canibalización» de productos, la contratación predatoria con proveedores, clientes y trabajadores ajenos, los grupos de interés, el blindaje de sociedades, el abuso de la situación de dependencia económica, la imitación predatoria, el *dumping* comercial y social, las prácticas discriminatorias y el boicot entre otras.

²¹³*Vid.* por ejemplo en el mercado de los microprocesadores. Se trata de un mercado fuertemente concentrado a nivel mundial en forma de oligopolio. Hasta hace poco Intel era la mejor opción de un usuario por su relación calidad precio. Durante mucho tiempo Intel disfrutó y protegió su tecnología de tal modo que impedía la entrada de un competidor lo suficientemente solvente como para hacerle siquiera sombra en el mercado mundial de microprocesadores. Entre las estrategias empleadas destaca en especial el abuso de litigios, que normalmente se sustentaban en el ejercicio abusivo de los derechos de patentes y de propiedad intelectual. Sin embargo, seguros en su posición dejaron de invertir mientras que su competencia invirtió en I+D y contrato en mejores condiciones a técnicos de Intel, entre otras medidas. Gracias a su esfuerzo consiguió desarrollar unos microprocesadores con una calidad igual o superior, pero a unos precios menores. Lo que a su vez ha obligado a Intel a bajar el precio e incorporar parte de la tecnología que tenía y que aún no había comercializado. Ahora la cuestión es elegir marca o prestaciones en una importante relación calidad precio. Con independencia de cual sea la decisión del consumidor, lo cierto es que han mejorado sus posibilidades de elección como consecuencia de la competencia.

3.4. Abuso sobre creaciones industriales

Bajo esta rúbrica se procederá al estudio desde la óptica del Derecho de la competencia de los supuestos de abuso de inscripción de las patentes de invención, de los modelos de utilidad, de los dibujos industriales, de los artísticos, y de los dominios de Internet. Este puede ser el caso de una empresa dedicada a la creación de software que con posición de dominio sistemáticamente se dedica a patentar una y otra vez cualquier pequeña innovación. Una conducta que es perfectamente legítima e incluso necesaria y hasta exigible al objeto de proteger su inversión, salvo que el motivo de acudir al registro y protección de la propiedad industrial, comercial o intelectual tenga por objeto una finalidad predatoria. El motivo de acudir a patentar, cuando realmente implica una innovación es precisamente la protección de la invención y la inversión realizada. En definitiva proteger a quien ha arriesgado su patrimonio en la empresa. Este legítimo derecho excede de sus límites cuando se realiza abusivamente. Por un lado, por las características de nuestro sistema de inscripción dividido en tres fases —artículos 31 a 38 LP—, y por otro lado, que puede traer o no causa del primero, en los supuestos de abuso de litigación como instrumento para evitar que los competidores puedan entrar en dicho mercado.

La estrategia es simple pero efectiva, la empresa patenta los descubrimientos y procesos A, B y C para producir D. En este proceso sólo son realmente necesarios porque introducen una innovación digna de protección, A y C para producir D, sin que el proceso B sea requisito imprescindible. Ha de tenerse presente que una cosa es el procedimiento formal de solicitud y otra el examen sobre el estado de la técnica y la concesión definitiva de la patente²¹⁴. En dicho trámite y en determinados sectores el lapso de tiempo es importante. Por tanto, B no implica una verdadera actividad inventiva. Y si la competencia intenta entrar en el sector porque ha conseguido mejorar el proceso B, la empresa que patentó primero siempre podrá oponer el derecho registrado, pudiendo iniciar en cualquier momento un procedimiento judicial para proteger su derecho, e incluso podrá solicitar medidas cautelares abusivas prestando caución suficiente. Y según le convenga, ante la duración del proceso, tanto de inscripción de la patente como en el procedimiento judicial, dispondrá de una posición ventajosa frente a sus competidores, pudiendo también forzarlos a realizar acuerdos. Las paradoja de dicho proceso, con independencia de su resultado, es que el competidor que realmente había innovado no puede entrar en el mercado que la empresa dominante tiene controlado, o bien se ve obligado a adoptar acuerdos poco ventajosos. Por tanto, habrá que diferenciar como se señala entre la «innovación creativa» e «innovación con finalidad predatoria»²¹⁵. La primera debe ser objeto de protección por los innegables efectos beneficiosos que produce, mientras que la

²¹⁴ El artículo 33 de la LP establece un plazo de quince meses para que el solicitante pida al Registro la realización del informe sobre el estado de la técnica. En determinados sectores quince meses es mucho tiempo, incluso la simple existencia previa de una solicitud de inscripción similar puede disuadir a otros de entrar o seguir investigando en esa línea.

²¹⁵ Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., *Precios predatorios y Derecho ...*, ob. cit., p. 50. Con similar criterio vid. ACUÑA QUIROGA, C., «Innovación predatoria y política de la competencia ...», ob. cit., pp. 22-51.

segunda debe ser reprochada desde la normativa *antitrust* y desde la disciplina de la competencia desleal cuando caiga en sus respectivos ámbitos de aplicación. En la primera, a nivel comunitario por aplicación de los artículos 81 y 83 del TCE, y a nivel nacional, por aplicación de los artículos 1, 6 y 7 de la LDC. Y en la segunda, por aplicación de la cláusula general del artículo 5 de la LCD.

Una situación que puede producir, aun si cabe, efectos más lascerantes en los supuestos de dependencia tecnológica y de estándares interoperables de compatibilidad como se analizará a continuación.

3.5. Dependencia tecnológica en productos y servicios interoperables

Situación que se da cuando existe una relación de dependencia tecnológica entre empresas, ya sea directa o indirecta²¹⁶. En estos supuestos, por lo general las empresas generadoras de los estándares detentan una posición de dominio. Una situación perfectamente lícita y justo premio al esfuerzo que implica la actividad concurrencial en el mercado. Sin embargo, en determinados supuestos estas mismas empresas pueden abusar de los derechos que tienen sobre dichos estándares, por ejemplo, modificando los parámetros tecnológicos de interoperabilidad. Pensemos por ejemplo en una empresa que fabrica unidades de almacenamientos de datos conforme a un determinado estándar. Estas empresas crecen a la sombra de la empresa dominante, con y sin acuerdos de colaboración, pero básicamente están contribuyendo a potenciar la posición de dominio de la empresa dominante. Esto implica una ventaja competitiva para las empresas que juntas deciden explotar y desarrollar el mismo estándar, pero tiene también sus inconvenientes. Precisamente derivado de la delicada situación de dependencia tecnológica y estratégica de la empresa dominante con respecto a los cambios que pueda realizar.

Esta débil posición podría obligar a las empresas dependiente tecnológicamente a seguir unos determinados estándares de compatibilidad legalmente protegidos y a aceptar condiciones comerciales o contractuales no equitativas. Estas situaciones se producen cuando la empresa dominante realiza los cambios con finalidad predatoria, por lo que el Derecho de la competencia no puede justificar o amparar dichos abusos. Se trata de supuestos en los que la modificación del estándar no trae causa de la necesidad de incorporación de un avance tecnológico o una mejora que redunde en beneficio del producto, del servicio o del consumidor. Sino en la intención, extraordinariamente calculada, de

²¹⁶ El problema de la interoperabilidad trata de zanjarlo la UE con la Directiva sobre software, *DOCE*, Com. Europ., L-122, 42, 1991, de modo que cualquier nuevo software sea compatible con otras máquinas. A este respecto *vid.* VINJE, T. C., «El desarrollo de productos interoperables bajo la Directiva sobre software de la CE», *RGD*, año L, núm. 589-90, octubre-noviembre, 1993, pp. 10133-10153. En el ámbito del software y hardware define como producto de ordenador interoperable —p.10134, nota 5— «[...] aquel que puede funcionar junto con otros elementos de hardware y software de un sistema informático. Por ejemplo, un sistema operativo tiene que ser interoperable tanto con los programas de aplicación (tales como los programas de procesamiento de textos), como con los elementos del hardware (como pueden ser las impresoras). A la interoperabilidad se la conoce a menudo como “compatibilidad”.»

expulsar o disciplinar a su competidor. En la mayoría de los casos, la simple amenaza de una empresa con posición de dominio es suficiente para plegar a sus competidores dependientes de su tecnología, a los designios de una determinada estrategia empresarial.

Por tanto, y a los efectos de determinar las notas de la deslealtad del comportamiento abusivo se procederá a exponer algunos de los ejemplos más significativos en la jurisprudencia norteamericana.

1. Uno de ellos ha sido la conducta realizada por uno de los pioneros en informática como «IBM». Esta empresa, por todos conocidos, presentó en el mercado en 1981 el IBM PC. Una genial idea, un ordenador personal que unido a su pacto con Microsoft al incorporar el sistema operativo MSDOS supuso un éxito sin precedentes que lanzó a la compañía al estrellato en ventas, convirtiéndose en el estándar a seguir. Sin duda ayudado por el resto de empresas que al amparo de esta tecnología contribuyó al desarrollo de toda una gama de periféricos y de software que contribuía al mayor éxito de este matrimonio de conveniencia entre IBM-MSDOS. A este estándar tuvieron que acudir otros fabricantes como «UNISYS», «NCR», «Bull», «AST Research», «Dell» y «Tulip» entre los más relevantes. Así que a cambio de compatibilidad realizaban acuerdos con «IBM» o con «Microsoft» para que les cedieran los códigos fuente, previo pago del canon correspondiente. O bien, podían acudir a obtener los parámetros de compatibilidad a través del sistema de análisis inverso para comprender la BIOS, ya que las aplicaciones basadas en el sistema operativo de MSDOS eran muy lentas²¹⁷. Esta conducta implicaba una vulneración de los derechos de propiedad intelectual de IBM sobre su ROM BIOS lo que retardó bastante la competencia en el mercado y obligó a sus competidores a plegarse a sus parámetros de compatibilidad. Y por ello, competidores como «Phoenix Technologies de Norwood», Massachusetts, desarrollo con éxito una BIOS compatible, aunque con un enorme coste. Posteriormente otras le siguieron con mayor o menor éxito como «Compac», «Bull», «Tulip» y «Olivetti», entre otras. De ellas, «Digital Research Inc.» desarrollo el DR DOS, un sistema operativo compatible con el MSDOS obtenido por ingeniería de análisis inverso a través del desensamblaje y descompilación²¹⁸. Así que Microsoft que por esos momentos estaba introduciendo en el mercado el WINDOWS —basado en las ideas empleadas en el sistema operativo de Appel de Maquintosh— introdujo códigos para que el WINDOWS no funcionara correctamente con el DR DOS. Y evidentemente la conducta tuvo consecuencias negativas sobre el resto de los competidores, el mercado y los consumidores. Hasta el punto de que el DR DOS no ha seguido desarrollándose, mientras que el MSDOS primero y el WINDOWS después, se han convertido en los sistemas operativos dominantes en cada momento, con cuotas de mercado muy elevadas.

Este tipo de comportamientos ha motivado que muchos competidores, incluso más eficientes se hayan visto abocados a salir del mercado. La falta de competencia no sólo ha incrementado el coste social vía precios, sino que ha retrasado el acceso a la tecnología al resto de concurrentes, a los consumidores y usuarios, y como no, al propio mercado.

2. Un supuesto similar al anterior se dio en los asuntos «Telex Corp. v. International Bussines Machines Corp.», y a la inversa del supuesto analizado en «Berkey Photo Inc. v. Eastman Kodak Co.»²¹⁹. Aunque en este último supuesto la empresa dominante no retrasa el acceso a la

²¹⁷ El primero en saltarse el MSDOS como interfase con la BIOS fue Lotus 1-2-3, al que siguieron el resto de fabricantes de hardware y software. Para profundizar sobre la evolución del sector a finales de la década de los setenta y principio de los ochenta *vid.* JACKSON, «The decade that was», *PC User*, 17 de enero de 1990, p. 36 y ss.

²¹⁸ Sobre la interoperatividad total entre el DR DOS y el MS DOS *vid.* McMULLEN, «Digital research builds a better DOS», *Datamation*, 1 de febrero de 1991, p. 33, y ROSCH, «DR DOS 5.0: the better operating system?», *PC Mag*, 12 de febrero de 1991.

²¹⁹ *Vid.* «Telex Corp. v. International Business Machines Corp.», 510, F.2d 894, 10th. Cir., cert. dismissed, 423 US 802, 1975 y en «Berkey Photo Inc. v. Eastman Kodak Co.» 603 F. 2d 263, 2.º Cir., 1979, cert. denied,

tecnología, ni modifica los estándares de compatibilidad, ni establece un canon discriminatorio y abusivo, sino que se comporta como un verdadero prototipo de *fast second* tratando de preñar a su competidor al reducir la demanda residual del que incorpora la innovación.

En el primer supuesto, «Telex Corp» acusa a «IBM» de monopolizar el mercado de periféricos de almacenamiento electrónico de datos. «IBM» intencionadamente había realizado acuerdos con «Telex» y «Memorex» para asegurar una común y agresiva estrategia de innovación. Sin embargo, repentinamente incumple ese pacto e incorpora una innovación tecnológica que vende a competidores de «Telex» y «Memorex», por debajo incluso del precio pactado, lo que dejó a las dos empresas en una situación delicada²²⁰.

En el segundo supuesto, «Kodak» es una empresa con posición de dominio a lo largo de todo el proceso productivo y distribución de material fotográfico y accesorios. Uno de sus competidores directos «Berkey Photo» desarrolla una interesante idea, una cámara pequeña que operaba con rollos de película de fácil uso y gran calidad. De modo que cuando «Kodak» observa esta situación simplemente no fabrica ningún producto o accesorio para la cámara de su competidor, con lo que aún cuando técnicamente era una de las mejores en ese momento en el mercado, no consigue gran difusión. Hasta el punto de que «Berkey Photo» abandona la idea al haber sufrido grandes pérdidas por la escasa implantación de su cámara. Posteriormente, con su competidor vencido, «Kodak» lanza una cámara que por sus características era muy similar a la idea originaria de «Berkey Photo», pero a diferencia de su anterior conducta, ahora consigue distribuir y desarrollar con gran éxito el nuevo estándar. Por este comportamiento fue demandada por «Berkey Photo Inc», alegando que con ello infringía la Sección 2.^a de la *Sherman Act* en un intento de monopolizar a través de una doble conducta, por la introducción de la cámara de bolsillo «110» y por la película «Kodakcolor II». La estrategia de «Kodak» es simple pero efectiva, primero boicotea la genial idea de su competidor y luego introduce en el mercado una cámara de fotos de pequeño formato, similar a la «Berkey» y consigue cambiar el estándar. Un cambio que al no ser comunicado a sus competidores los deja con unas existencias de carretes, máquinas fotográficas, maquinillas de revelado entre otras que son incompatibles con la nueva cámara. Ello produce grandes pérdidas a las empresas que a la sombra de «Kodak» desarrollaban toda una gama de productos y accesorios bajo un determinado estándar. Curiosamente el tribunal no califica la conducta como un intento de monopolizar por parte de «Kodak» partiendo de la premisa de que el derecho *antitrust* no prohíbe estos supuestos²²¹.

3. Especialmente significativo resulta el asunto «Microsoft Corporation Inc.» En esta sentencia se observa un interesante cambio en la actitud de los tribunales hacia los supuestos de

100 S. Ct. 1061, 1980. Al respecto son interesantes las notas de RONALD, R. J., «Aggressive innovation and antitrust liability», notes, *SCLR*, 53, pp. 1468-1496; SIDAK, J. G., «Debunking predatory innovation», *CLR*, 83, núm. 5, Junio, 1983, pp. 1121-1149; BRAUNSTEIN M., y WHITE, L., «Setting technical compatibility standards: an economic analysis», *Antitrust Bull.*, 1985, pp. 337-355; PETTY, R. D., «Antitrust and innovation: Are product modifications ever predatory?», *SULR*, 22, 1988, pp. 997-1028; FARREL, J., y GART S., «Installed bases and compatibility: Innovation, product pronouncements, and predation», *The Am. Econ. Rev.*, 76, núm. 5, December, 1986, pp. 940-955; BROCK, J., «Structure monopoly, technological performance, and predatory innovation: Relevant standards under section 2 of the Sherman Act», *ABLJ*, 21, 1993, pp. 291-306.

²²⁰ Curiosamente, el Tribunal no aprecia un intento de monopolizar en la conducta de IBM. Básicamente porque en aquellos momentos se mantenía una actitud no beligerante con empresas que introducían algún tipo de innovación. Parece que no es capaz de diferenciar entre el concepto de innovación en sentido estricto y la innovación predatoria en la que como en este caso se modifican los estándares de operatividad. *Vid.* «Telex Corp. v. International Business Machines Corp», 510, F.2d 894, 10th Cir., cert. dismissed, 423 US 802, 1975, —Punto 933—, «technical attainments were not intended to be inhibited or penalized by a construction of section 2 of Sherman Act».

²²¹ Lo que parece ser una nueva manifestación de la actitud que los Tribunales norteamericanos mantenían en aquellos momentos en relación con las innovaciones de las empresas. Punto 293 de la sentencia y citado por RONALD, R. J., «Aggressive innovation and antitrust liability», notes, *SCLR*, 53, p. 1470 «[...] a monopolist is permitted, and indeed encouraged by section 2 to compete aggressively on the merits, any [thus] any success that it may achieve through “the process of invention and innovation” is clearly tolerated by the antitrust laws.»

innovación predatoria. Se trata de una empresa que centraba su estrategia en la elaboración y desarrollo de aplicaciones informáticas reunidas en paquetes integrados a un buen precio de conjunto. Por lo que en esos momentos había abandonado su inversión en Internet al entender que no era una parte importante de su estrategia de desarrollo. Y como consecuencia de ello, no invirtió lo suficiente en las tecnologías de programas intermedios —*middleware*—. Entre ellos, dos especialmente importante, el navegador de Internet «Navigator» de «Netscape» y el lenguaje multiplataforma de «Sun Microsystem», el «Java». Así, que cuando se da cuenta de su gran error decide incorporarse rápidamente a la Red sirviéndose para ello de su posición de dominio. Tras adaptar el lenguaje de programación multiplataforma «Java» de su competidor, lo incorpora a su sistema operativo, y al mismo tiempo introduce restricciones al navegador de su otro competidor para que no opere correctamente sobre su sistema operativo Windows. Como el propio juez PENFIELD JACKSON señala

«[...] como parte de su ambiciosa estrategia para proteger la barrera de entrada de las aplicaciones, Microsoft empleó un arsenal de tácticas diseñadas para maximizar la dificultad con que las aplicaciones escritas en «Java» podían ser portadas de Windows a otras plataformas y viceversa».

Si bien esta barrera fue solucionada con posteriores versiones del «Navigator», luego «Comunicator». Además une al navegador que diseña, el «Explorer» a su sistema operativo, no sólo físicamente, sino que además lo articula a través de contratos de exclusiva con «Compaq», «Appeal», «Dell» y «Time Warner», entre otras compañías. Concede incentivos a los distribuidores y fabricantes afines y realiza amenazas a los que no lo son, plegándolos a sus designios para que estos favorecieran el «Explorer» y no el «Comunicator». Además lo vende al mismo precio al que venía vendiendo el sistema operativo, por lo que en realidad está vendiendo el «Explorer» a precio cero, lo que implica una venta a pérdida dirigida a eliminar al competidor, algo que prácticamente consigue²²². Y se emplea la expresión «precios cero» por denominarlo de alguna manera, en la medida en que el margen de beneficio del sistema operativo no cubría ninguna parte del coste del «Explorer». O dicho de otro modo, el precio de mercado del «Explorer» no podía quedar cubierto por el margen de beneficios que le quedaba a «Microsoft» por la venta conjunta con el sistema operativo.

Con estas y otras prácticas consigue mantener e incrementar el monopolio en sistemas operativos y prácticamente monopolizar el mercado de navegadores. El juez concluye que ambos productos, sistema y navegador son:

«[...] productos separados y la decisión de Microsoft de ofrecer únicamente la versión conjunta de Windows e Internet Explorer no derivó de una necesidad técnica o de criterios de eficiencia empresarial; fue el resultado de una elección deliberada para sofocar la competencia incipiente antes de que alcanzara proporciones verdaderamente amenazadoras».

Por consiguiente, quedó acreditado que el aparente «éxito» en su estrategia predatoria lo alcanza a consta de abusar de su posición de dominio realizando conductas desleales y anticompetitivas, no basadas sus propios méritos, como podrían ser confiar en las características de su sistema operativo y de su navegador. En este sentido el juez concluye que

«[...] si Microsoft hubiera estado motivada por una preocupación genuina por maximizar la satisfacción del cliente, habría confiado más en el poder del muy competitivo mercado

²²² La estrategia de vender conjuntamente el navegador y el sistema operativo es calificada por las partes y por el juez como predatoria, consistente en una práctica desleal de precios predatorios y calificada como «[...] una conducta predatoria que atenta flagrantemente contra la competencia». En este mismo sentido, con anterioridad a la sentencia se pronunció al respecto WATSON, A., «Predatory pricing in the software industry», 23, *Rutgers. L. Rev.*, 1, 4 de octubre, 1998, puntos 66 y 67. Una conducta que se produce con especial énfasis en periodos de gran competencia, sobre todo en los sectores nuevos en el que los competidores tratan de posicionarse.

informático de PCs y menos en su propio dominio de mercado para evitar que los fabricantes hicieran modificaciones, no deseadas por los consumidores [modificaciones en el escritorio].»

Para ello, y al amparado en los hechos probados —*facts of finding*— se exigen dos requisitos para determinar la existencia de una práctica monopolística. En primer lugar, «la existencia de un poder monopolístico en un mercado relevante», para lo que deberá determinar la cuota de mercado de Microsoft en navegadores y sistemas operativos a nivel mundial —95% en todo el mundo y 85% si se incluyera a Mac OS—, y en segundo lugar, «la adquisición voluntaria o el mantenimiento de ese poder en contraposición al crecimiento o desarrollo que se deriva de un producto superior, su ingenio empresarial o un hecho histórico». En definitiva, la competencia basada en los propios méritos. Así que el juez llega a decir, como no puede ser de otro modo que:

«[...] si una sola empresa o cartel controlara las licencias de todos los sistemas operativos para PCs compatibles con Intel en el mundo, podría fijar el precio de una licencia sustancialmente por encima del que tendría en un mercado competitivo, y mantenerlo durante un tiempo significativo sin perder los suficientes clientes como para que esa acción no resultara rentable.»²²³

Finalmente, cabría entender que la dependencia tecnológica del estándar de compatibilidad o de interoperabilidad por la empresa dominante exige de esta un comportamiento exquisito en sus relaciones y actos, incluyendo los cambios de estándares. La modificación de los mismos sin dar posibilidad al resto de los concurrentes de asimilar el cambio implicaría calificarla de predatoria, y en su caso, de abuso de posición dominante. Lo relevante será realizar el juicio de lealtad conforme a la cláusula general del artículo 5 de la LCD a la modificación del estándar. Si este se realiza con finalidad predatoria y supera la racionalidad que debe imperar entonces el Derecho *antitrust* y en su caso la disciplina de la competencia desleal deben aplicarse con todo su rigor. Una aplicación que resulta difícil de demostrar precisamente porque el agresor realiza su comportamiento desde una aparente legitimidad en el ejercicio de sus derechos.

Un planteamiento que resulta contrario al Derecho de la libre competencia y a la disciplina de la competencia desleal actual. Una conclusión a la que difícilmente llegaría el mismo Tribunal en la actualidad, a tenor de la sentencia en el asunto «Microsoft» y en el asunto «VISA» por citar algunos en el ordenamiento norteamericano²²⁴. En ellos se ve una evolución hacia la represión de las

²²³ Por tanto, basándose en los hechos probados la empresa Microsoft fue acusada y condenada por violar las leyes antimonopolio. Concretamente los apartados 1 y 2 de la *Sherman Act*, 15 U.S.C. apartados 1, 2, además de las siguientes leyes estatales: *Cal. Bus. & Prof. Code, aps.* 16720, 16726, 16727, 17200; *Conn. Gen. Stat. aps.* 35-26, 35-27, 35-29; *D.C. Code aps.* 28-4502, 28-4503; *Fla. Stat. caps.* 501.204 (1), 542.18, 542.19; 740 Ill. *Comp.Stat. cap.*10/3; *Iowa Code aps.* 553.4, 553.5; *Kan. Stat. aps.* 50-101 y ss.; *Ky Rev. Stat. aps.* 367.170, 367.175; *La. Rev. Stat. aps.* 51:122, 51:123, 51:1405; *Md. Com. Law II Code Ann. ap.*11-204; *Mass. Gen. Laws cap.*93A, ap.2; *Mich. Comp.Laws aps.* 445.772, 445.773; *Minn Stat. ap.*325D.52; *N.M. Stat. aps.* 57-1-1, 57-1-2; *N.Y. Gen. Bus. Law ap.*340; *N.C. Gen. Stat. aps.* 75-1.1, 75-2.1; *Ohio Rev. Code aps.* 1331.01, 1331.102; *Utah Code ap.*76-10-914; *W.Va. Code aps.* 47-18-3, 47-18-4 y *Wis. Stat. ap.*133.03 (1)-(2). Y que se puede encontrar en la siguiente dirección <http://usvms.gpo.gov/ms-conclusions.html> Resultando prácticamente incomprensible el acuerdo al que recientemente ha llegado la empresa con la mayor parte de los Estados que interpusieron la demanda.

²²⁴ La discusión básicamente se fundamenta no sólo en el incumplimiento de lo acordado en torno a las tasas de intercambio. La Comisión se ha pronunciado al respecto en las decisiones siguientes en aplicación del artículo 81 del TCE: «Eurocheques Uniformes», de 10 de diciembre de 1984, IV/30/717, *DOCE*, núm. L-35, de 7 de febrero de 1985, p. 43 y ss.; «Nederlandse Banken» de 19 de julio de 1989, IV/31.499, *DOCE*, núm. L-253-1, de 30 de agosto de 1989; y recientemente en «Nederlandse Vereniging van Banken», IV/34.010,

conductas empresariales abusivas que supongan un incremento del coste social, ya sea vía precios, ya sea vía retraso en el acceso a la tecnología.

De los asuntos analizados hasta el momento puede afirmarse que el Tribunal encontró que «la innovación no podía ser calificada como un intento de monopolizar». Sin embargo, no se escapa que la conducta innovadora basada en los propios méritos debe ser objeto de protección, pero no así, cuando dicha conducta rebasa la frontera de lo lícito para convertirse en un abuso. Esto es lo que ocurre cuando se produce un cambio en los estándares con finalidad predatoria. La falta de competencia real y efectiva y el abuso de posición dominante da lugar a un incremento de los precios del nuevo estándar que acaban pagando los consumidores. Ha de tenerse presente que la legislación *antitrust* española y la disciplina de la competencia desleal tienen por objeto la protección de los intereses de todos los que concurren en el mercado y no sólo de los empresarios.

3.6. Extensión por analogía a los supuestos de dependencia económica

En el ámbito de la normativa *antitrust* española cabría la posibilidad de una interpretación y extensión por analogía del artículo 6 de la LDC, tras su reforma por Ley 52/1999, al calificar como desleal la explotación de la situación de dependencia económica de «[...] empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad». Criterio similar al seguido en el ámbito de la jurisdicción ordinaria por infracción del artículo 16.2. de la LCD. Que además presume esta situación «[...] cuando un proveedor, además de los descuentos y condiciones habituales, deba conceder a su cliente de forma regular otras ventajas residuales adicionales que no se conceden a compradores similares.»²²⁵

Las consecuencias que trata de evitar esta regulación, son las mismas que se producen en los supuestos de abuso de posición dominante a través de la innovación tecnológica con finalidad predatoria, aunque el criterio determinante será la existencia de una situación de dependencia²²⁶. La base de la que se parte es

DOCE, núm. L-271 de 21 de octubre de 1999, p. 28 y ss., entre otros. A este respecto *vid.* GARCÍA CACHAFEIRO, F., «Problemática *antitrust* de las comisiones aplicables a los pagos con tarjeta (Comentario a la Resolución del TDC de 26 de abril de 2000, caso «Tasas de pago con tarjetas»», *ADI*, 2000-2001, pp. 319-360. Y la citada RTDC «Tasas por pago con tarjetas», de 26 de abril de 2000 —expte. A 264/99— Recientemente y con similar criterio se ha pronunciado la Jueza BARBARA, J., del Distrito Sur de Nueva York en el asunto «United States of America v. Visa U.S.A. Inc., Visa International Corp. y Marter Card International Incorporated», de 9 de octubre de 2001, Civ. 7076.

²²⁵ Para un análisis más detenido de la figura del abuso de la situación de dependencia económica, *vid.* PÉREZ-BUSTAMANTE KÖSTER, J., «La explotación abusiva de la situación de dependencia económica en la Ley de Defensa de la Competencia: Examen crítico del nuevo precepto», *GJ*, núm. 205, enero-febrero, 2000, pp. 33-40.

²²⁶ Con este mismo criterio, pero para la situación de dependencia económica *vid.* el trabajo de PÉREZ-BUSTAMANTE KÖSTER, J., «La explotación abusiva de la situación de dependencia ...», *ob. cit.*, p. 35, en el que «[...] se sancionan a través de este precepto las conductas abusivas llevadas a cabo tanto por las empresas

aceptada por todos, la innovación tecnológica es necesaria y debe ser objeto de protección. Sin embargo, la falta un Derecho de la competencia con ideas claras acerca de la innovación tecnológica no implica que deban de aceptarse abusos en el ejercicio de los derechos de exclusiva. El régimen jurídico aplicable por analogía podría ser el que se viene aplicando a los supuestos de dependencia en cualquiera de sus variantes. Precisamente porque la protección jurídica de los derechos de exclusiva no puede ser absoluta, debiendo ser ponderada con el resto de los intereses que concurren.

Por tanto, a los efectos de calificar esta práctica como desleal han de concurrir los siguientes requisitos: 1. Situación de dependencia tecnológica, tanto en el suministro propiamente dicho, como sobre la interoperabilidad o compatibilidad entre la empresa dominante y el resto; 2. Negativa a suministrar la tecnología y, en su caso, la introducción de una innovación tecnológica que afecta a la compatibilidad, sólo posible desde el ejercicio abusivo de la posición dominante sobre la empresa en situación de dependencia tecnológica; 3. Que esa práctica tenga un efecto anticompetitivo y restrinja la libre y leal competencia en el mercado; y 4. Que dicha conducta esté inspirada en una finalidad predatoria para lo que será de gran ayuda el juicio de lealtad contenido en la cláusula general de buena fe en relación con la racionalidad económica que inspira la práctica. Ello permitiría proceder contra estos comportamientos, tanto desde la normativa *antitrust* comunitaria y nacional, como desde la disciplina de la competencia desleal en los términos señalados.

3.7. Abuso en el registro de dominios en Internet

En el marco del estudio de las prácticas predatorias no instrumentalizadas en estrategias de precios, el abuso en el registro de los nombre de dominio en Internet aparece como una práctica relativamente novedosa. La novedad de este comportamiento sólo reside en el instrumento empleado para realizar el comportamiento desleal, Internet.

La problemática de los nombres de dominio de Internet es la siguiente. Cada ordenador que opera en la Red —www— tiene una dirección desde la que parte. Esta dirección está compuesta por una serie de números denominada dirección *IP*. Estos son traducidos a una expresión alfanumérica que la hace fácil de recordar —por ejemplo <http://www.ull.es>—, similar a un número de teléfono, fax o telex. En esa dirección los sujetos ofrecen en la red productos o servicios. Por lo que «los nombres de dominio se configuran como el principal signo distintivo y diferenciador de este nuevo medio»²²⁷. Estos dominios cumplen una doble función, por un lado, operan como direcciones en la Red, lo que ayuda a

dominantes, como por aquellas que, sin serlo, dispongan efectivamente de una situación de dependencia sobre sus proveedores o clientes.»

²²⁷ Vid. MAESTRE RODRÍGUEZ, J. A., «Planteamiento de la problemática de los nombres de dominio», *AJA*, núm. 29, Madrid, octubre, 1998, p. 10.

identificar la máquina de la que parte y el titular de la dirección, y por otro, como auténticos signos distintivos a nivel global de los productos, servicios o intelecto que se ofrece. En este supuesto, el dominio asume la naturaleza propia de un signo distintivo pues suministra una segunda información al resto de usuarios en la Red que lo ayudan a identificar la marca de producto o servicio, el nombre comercial, su razón social, su procedencia y en su caso, su denominación de origen.

La doctrina ha calificado a los nombres de dominio como una figura de naturaleza mixta, compuesta de una parte técnica y otra jurídica. Esto es, la configuración alfanumérica del primer elemento conforma la dirección electrónica que es de carácter eminentemente técnico, mientras que el segundo elemento, tiene una naturaleza propia de un signo distintivo, lo que implica que sólo puede ser usado por la persona titular legítima de los derechos sobre los signos distintivos²²⁸. Dicho signo es protegido a través de una fórmula conocida como *Domain Name System* —DNS—²²⁹. Estos dominios o autorizaciones de uso en exclusiva son concedidos por las autoridades habilitadas al efecto. Por un lado la autoridad norteamericana «InterNick» y por otro la autoridad española «EsNick», pudiendo aparecer problemas en las concesiones de los dominios a nivel internacional cuando son concedidos por «InterNick». En España no debería haber dificultad alguna porque la autoridad española vela por el respeto de los derechos de los titulares de marcas, pero no así las autoridades norteamericanas que pueden conceder dominios a una persona física o jurídica ajena a los titulares legítimos de un nombre comercial o de una marca con los consiguientes perjuicios económicos²³⁰. La protección de los nombres de dominio va inexorablemente unida a la naturaleza jurídica del signo distintivo que se pretende proteger. Y por consiguiente, la protección del nombre de dominio no vendrá dada directamente sobre el nombre de dominio en cuestión, sino por la protección que el

²²⁸ En sentido contrario a que la naturaleza jurídica del nombre de dominio pueda calificarse por sí mismo como un signo distintivo, pues para ello deberá cumplir con los requisitos establecidos para cada uno de ellos, *vid.* CARBAJO CASCÓN, F., *Conflictos entre signos distintivos y nombres de dominio en Internet*, Navarra, 1999, pp. 54-55. «A nuestro entender, [...] esa pretendida naturaleza híbrida no puede afirmarse con carácter general, [...] Consideramos que la vindicación de una naturaleza híbrida de los nombres de dominio constituye un subterfugio para salvar las evidentes dificultades que entraña la cuestión de su naturaleza jurídica. Dificultades que, a la vista de las diferentes manifestaciones materiales de los mismos respecto al *web* al que dan acceso en Internet, complican muy mucho precisar indubitablemente su naturaleza y función con visos de generalidad.»

²²⁹ Las extensiones finales pueden ser diferentes en relación con las actividades a las que hacen referencia. Así, «com» corresponde a comercio, «edu» a educación, «gov» a instituciones del gobierno, «org» a organismo sin ánimo de lucro, «mil» a instituciones militares, «int» a organizaciones creadas por tratados internacionales y «net» a suministradores de servicios de Internet. La autoridad española encargada de conceder el dominio en Internet es el Centro Superior de Investigaciones Científicas que gestiona la RedIRIS, adscrito al Ministerio de Educación y Ciencia. Dicho servicio de ES-NIC lo hace por delegación del *Internet Assigned Number Authority*.

²³⁰ Son supuestos de apropiación fraudulenta de los nombres de dominio —*Domain Name Grabbing*— y definidos como «[...] aquellos supuestos en los que una persona registra intencionadamente como nombre de dominio una marca o un nombre comercial ajenos con el fin de impedir al titular de los mismos establecerse en la red bajo esa denominación o al objeto de que el titular de la marca o nombre comercial anterior se vea obligado a comprar el dominio registrado (*Cybersquatting o Domaing Dealing*)». *Vid.* SANZ DE ACEDO HECQUET, E., «Marcas y nombres de dominio: comentario al Auto del Juzgado de Primera Instancias núm. 5 de Oviedo de 2 de junio de 1999», *AJA*, año X, núm. 438, Madrid, 11 de mayo de 2000, p. 2.

ordenamiento jurídico dispensa sobre el signo distintivo en el que se sustenta el nombre de dominio²³¹.

En este supuesto dos empresas utilizaban el mismo nombre de dominio *es* en Internet. La entidad mercantil «Advernet, S.L.», interpone demanda en juicio declarativo de menor cuantía contra D. ENRIQUE A. R., y «Ozucom, S.L.» en el Juzgado de Primera Instancia número 13 de Bilbao alegando la violación del artículo 36 de la Ley de Marcas de 1988. Casi al mismo tiempo la mercantil «Arvenet, S.L.», solicita el dominio «ozu.com» en EE.UU a través de la sociedad «Admazing Inc.» Siendo concedido el nombre de dominio el 12 de abril de 1996 por «InterNic» y las tasas correspondientes son pagadas por D. ENRIQUE A. R. La Oficina Española de Patentes y Marcas concede el 2 de noviembre de 1996 el registro de la marca «Ozu» para el buscador a D. ENRIQUE A. R., como socio que era de «Admazing Inc.», la sociedad que gestionó en nombre de «Arvenet, S.L.» la inscripción del dominio en «InterNic» por lo que conocía las claves de acceso del buscador «Ozu». Valiéndose de ello cambió las mismas quedándose con el control del buscador y con el dominio «ozu.com» haciendo publicidad a través de la empresa Ozucom, S.L. Ante esta situación Arvenet, S.L. decide crear un nuevo buscador que aparece en Internet en enero de 1997. Por tanto, coexisten dos buscadores con el mismo nombre, el del actor «ozu.es» y los del demandado «ozu.com» y «ozucom.es», por lo que Arvenet, S.L., titular de la marca «ozu» solicita que se dejen de realizar actos que violan la marca registrada y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios²³².

En el supuesto de hecho concurrían dos interesantes cuestiones. Por un lado, la determinación del titular legítimo de los derechos sobre el buscador y la marca «Ozu», ante la usurpación de su dominio, y por otro lado, el riesgo de confusión por asociación de los consumidores y usuarios que accedieran al buscador en la Red²³³. En cualquier caso, y en línea con

²³¹ En estos términos se ha pronunciado el Juzgado de Primera Instancia, de 28 de septiembre de 1999 en el asunto del buscador «ozu». A las mismas conclusiones, como no podía ser de otro modo, ha llegado la jurisprudencia comunitaria y norteamericana al respecto. A los efectos de profundizar sobre el tema *vid.* <http://www.purplesys.es/users/dibu/casos.htm>; en Francia <http://istweb.syr.edu/~mueller/study.html>. Y con respecto al Reino Unido es interesante la sentencia de 28 de noviembre de 1997, en la que las mercantiles «British Telecom», «Mark & Spencer» y «Virgin Enterprises», «J. Sainsbury» interpusieron demanda contra JULIAN NICHOLSON y RICHARD CONWAY que habían registrado los dominios de Internet correspondientes a dichas empresas, y que se puede ver en <http://nic.uk/news/judgment2.html>. Con respecto a este fenómeno en Alemania *vid.* SCHANDA, R., «Internet domain names and rights in distinctive marks. Analysis from a German and Austrian Perspective», *Comp. L. Observer*, octubre, 1997. Finalmente, una visión sobre el estado de la cuestión en EE.UU. *vid.* <http://istweb.syr.edu/~mueller/study.html>. En nuestra doctrina *vid.* MAESTRE RODRÍGUEZ, J. A., «Planteamiento de la problemática de los nombres ...», *ob. cit.*, pp. 10 y ss.

²³² *Vid.* el Auto de 15 de septiembre de 1999 de la AP de Vizcaya y la Sentencia de 28 de septiembre de 1999. Asimismo *vid.* SANZ DE ACEDO HECQUET, E., «Marcas y nombres de dominio: Comentario al Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Oviedo de 2 de junio de 1999» *AIA*, año X, núm. 438, Madrid, 11 de mayo de 2000, pp. 2-5. En relación con la marca registrada y la obligación de uso *vid.* AREÁN LALÍN, M., «El uso obligatorio de la marca registrada», en *Cuadernos de Jurisprudencia sobre Propiedad Industrial*, núm. 4, 1989.

²³³ En relación con el tratamiento del error en el consumidor en relación con el riesgo de confusión por SANZ DE ACEDO HECQUET, E., «Marcas y nombres de dominio: Comentario ...», *ob. cit.*, p. 4. En relación con el artículo 12 de la LM «1. a) inducción a error o riesgo de confusión.», y los artículos 31 y 32 de la LM, en los que se exige la identidad o similitud de los productos. Y en sentido contrario FERNÁNDEZ NOVOA, C., *Derecho de marcas*, Madrid, 1990, pp. 260 y ss. Asimismo, es interesante la jurisprudencia del TJCE en los asuntos C-252/95, «Sabel BV c. Puma AG, Rudolf Dassler Sport», de 11 de noviembre de 1997, *Rec.* 1997, p. I-6191; «Canon Habushiki Kaisha c. Metro Golwyn-Mayer Inc», de 29 de septiembre de 1998, *Rec.*, 1998, p. I-5525; «Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH c. Klijsen Handel Bv», de 22 de junio de 1999, *Rec.*, 1999. Asimismo, y para una visión más detallada el trabajo de CASADO CEVIÑO, A., *Derecho de marcas y protección de los consumidores, el tratamiento del error del consumidor*, Madrid, 1999, pp. 38-72; MEDRANO CABALLERO, I., «El Derecho comunitario de marcas: La noción de riesgo de confusión», *RDM*, núm. 234, Madrid, octubre-diciembre, 1999, pp. 1515-1544; GARCÍA LÓPEZ, R., «El riesgo de confusión en el Derecho de marcas: Recientes aportaciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», año 11, núm. 112, enero 2000, pp. 10-24.

la exposición realizada la protección del nombre de dominio vendrá en relación con la protección dispensada por el ordenamiento al signo distintivo sobre el que se base. Con independencia de que la vulneración se lleve a cabo a través de este o de cualquier otro medio virtual²³⁴. Concretamente es en el FD. 4.º de la meritada sentencia de la AP de Vizcaya donde se sigue el criterio indicado con anterioridad, al establecer que: «[...] Las marcas, como signo distintivo más importante del empresario en el tráfico mercantil y como fundamental protección al consumidor, constituyen uno de los elementos patrimoniales intangibles de más trascendencia en la vida moderna. De ahí el principio de protección a la marca, como tipo de propiedad industrial, de quien acredite su titularidad frente a quien utilice otra que induzca al consumidor a error. En el caso de autos, es indudable que en el momento actual existe la denominación Ozu, utilizada por ambas partes litigantes, si bien únicamente está registrado a favor de la parte actora. Dicha denominación identifica a un mismo producto con idénticas prestaciones, lo que lleva al consumidor a un confusiónismo a la hora de conectar con uno u otro.»²³⁵

Así pues, el Tribunal resuelve con claridad al indicar que el titular de la marca «Ozu» es también titular de los derechos de exclusiva de este signo distintivo que se extiende a las facultades de exclusiva atribuidas al dominio de Internet. En el derecho español sólo los titulares de los derechos legítimos de una marca debidamente inscrita, y en su caso para una marca notoria, pueden proceder a solicitar y explotar el dominio de Internet de su marca o signo distintivo. Consiguiendo un doble objetivo, por un lado evita los perjuicios económicos que se le puedan irrogar, y por otro, elimina el riesgo de confusión y asociación en los consumidores.

En segundo lugar y en relación con el riesgo de confusión resulta interesante el Auto de 2 de junio de 1999, del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Oviedo sobre adopción de medidas cautelares solicitadas por «Bestfoods España, S.A.». Titular de la marca «nocilla» registrada en España, en la UE y a nivel internacional, contra la mercantil «Gascona 20, S.L.» En relación con la usurpación de un nombre de dominio y vulneración de los derechos inherentes a la marca de la actora. La demanda inscribió a través de su administrador único D. GONZALO A. Q., el nombre de dominio «nocilla.com» en el registro Internet Network Information Center — InterNic—, por medio de la empresa «Network Solution Inc.», con la intención de apropiarse fraudulentamente del dominio de Internet de la marca «nocilla». Lo que implica un acto de competencia desleal que trata de aprovecharse de la reputación y esfuerzo ajeno²³⁶. Además, concurre un segundo supuesto, el hecho de que la demanda vinculara la página <http://www.nocilla.com> de la que tiene el dominio de Internet concedido por InterNic a una página de contenidos pornográficos, por lo que la imagen de la marca se ve seriamente afectada. Este último supuesto de confusión de los consumidores alegado por la demandante es de fácil solución porque no hay ningún tipo de identidad entre los productos ofrecidos por ambas empresas²³⁷. No

²³⁴ Vid. USTARAN, E., «Pornografía en Internet: la respuesta legal», *Otrosí*, marzo, 1997., «el hecho de que la red Internet sea virtualmente incontrolable no significa que esté al margen de la ley, en otras palabras, pensar que Internet es un espacio ajeno al marco legal es un mito.»

²³⁵ Unos planteamientos que fueron confirmados por la AP de Bilbao el 5 de enero de 2001.

²³⁶ El aprovechamiento de la reputación ajena no se produce porque compita con productos similares o intercambiables que puedan producir riesgo de confusión en los consumidores a los que va dirigido, sino precisamente por lo contrario, por el revuelo que genera el los servicios o productos que se ofrecen en dicha página no tienen nada que ver con el producto en cuestión.

²³⁷ Con similar criterio vid. SANZ DE ACEDO HECQUET, E., «Marcas y nombres de dominio: Comentario al Auto del ..., op cit., p. 4. «En el caso de autos no existe tal similitud, por lo que no puede invocarse el posible riesgo de asociación por parte de los consumidores ni pueden aplicarse las disposiciones de los artículos 12 y 31 de la Ley de Marcas.» Del artículo 4 de la LM y de los considerandos 6 y 10 puede deducirse que el concepto de riesgo de asociación no es una variante del riesgo de confusión, sino que sirve para precisar el alcance de éste, por lo que no sólo exige la identidad de los signos presentados, sino también la semejanza de los productos o servicios de ambas marcas. De la interpretación del artículo y de los considerandos el TJCE llega a la conclusión en la Sentencia «Sabel c. Puma», el FJ. 22.º que «[...] el riesgo de confusión depende de muchos factores y en particular del conocimiento de la marca en el mercado, de la asociación que puede hacerse de ella con el signo utilizado o solicitado, y el grado de similitud entre la marca y el signo y entre los productos o servicios designados, [...] así, una cierta similitud entre los productos o servicios designados

obstante, en todo caso lo que podría plantearse es la existencia de un acto de denigración hacia la marca *nocilla*.

Por ello, la demandante solicita y el Juzgado acuerda el 10 de abril de 1999 las siguientes medidas cautelares que le son concedidas:

«[...] a) la prohibición y orden de cese inmediato a la demanda de uso de la denominación *nocilla*, b) la prohibición de orden y cese inmediato del nombre de dominio de Internet <http://www.nocilla.com>, c) orden de embargo de dicho nombre de dominio, d) prohibición de efectuar cualquier cambio en dicho nombre, e) apercibimiento de desobediencia y multa coercitiva de 500.000 ptas., por cada día de retardo en su cumplimiento y por cada incumplimiento de la medida».

Todas estas medidas cautelares que la demandante fundamenta en los artículos 25 y 18 de la LCD en relación con los supuestos de competencia desleal por la infracción de los artículos 5 —cláusula general—, 6 —actos de confusión—, 9 —actos de denigración—, 11 —actos de imitación—, 12 —explotación de la reputación ajena—, así como, en los artículos 30 de la LM —derechos atribuidos al titular registral de la marca— y 36 de la LM —acciones en vía civil por violación del derecho de marca—.

Han sido multitud los casos que han salido en prensa sobre este tipo de prácticas. Llegándose a pagar cantidades millonarias por los verdaderos propietarios de dichas marcas para recuperar el legítimo control de su dominio de Internet sin necesidad de acudir a un procedimiento judicial largo, y en muchos casos de resultado un tanto incierto. Y lo curioso es que lo hacían sobre un nombre de dominio que siempre había pertenecido al titular del signo distintivo²³⁸.

Una conducta que se ha realizado por la ausencia de una normativa específica, a la existencia de *cybersquatters* y al temor de los verdaderos titulares a un proceso largo con una persona física o jurídica residente en un país sin convenios internacionales para la protección de estos derechos. Y en la mayoría de los supuestos sin patrimonio suficiente como para responder a los eventuales costes por los daños y a las posibles indemnizaciones. La importancia de esta situación y de las innegables consecuencias económicas que tienen estas prácticas ha sido puesto de manifiesto por el Informe del Consejo de Estado francés²³⁹.

En España no se produce este problema porque se utiliza la extensión «es», pero si ocurre a nivel internacional con las extensiones «com» y «org». El

puede ser compensado por un elevado grado de similitud entre las marcas y a la inversa». Es necesario probar la similitud entre los productos o servicios de ambas marcas, lo cual en el presente caso es evidente. La protección de la marca «*nocilla*» no es difícil pues es una marca registrada, el problema aparecerá con la protección de la marca renombrada tras la reciente jurisprudencia del TJCE, de modo que la protección se hará no por la vía del artículo 12 de la LM sino por la del artículo 5 de la LCD, con los problemas que genera la cláusula general. En este sentido *vid.* SANZ DE ACEDO HECQUET, E., «Marcas y nombres de dominio: Comentario al Auto del ..., op cit., pp. 3-4.

²³⁸ Para evitar estos abusos, en el Derecho comparado, el Senado de EE.UU. aprueba la *Trademark Cyberpiracy Prevention Act*, de 26 de noviembre de 1999, que modifica la *Trademark Act* de 1946, principalmente la sección 43 que tiene por objeto proteger los derechos de los titulares de las marcas notorias o renombradas de los *cybersquatters*. Son conocidos por este nombre los adquirentes de los nombres de dominio semejantes o idénticos de marcas notorias, renombradas o nombre comercial para proceder a su venta posterior a su verdadero titular porque dichas páginas se mantienen abiertas prácticamente sin contenido alguno.

²³⁹ Especialmente interesante es el capítulo 5.º que lo podemos encontrar en la dirección <http://www.internet.gouv.fr/francais/texteref/rapce98/accueil.htm>

problema parece haberse solucionado por vía jurisprudencial aplicando la teoría general de la normativa sobre propiedad industrial, comercial e intelectual, y en concreto la normativa sobre marcas en el asunto citado de «nocilla».

De este modo, Internet deja de estar a espaldas de la realidad pasando a ser regulada por el Derecho, al menos en cuanto a los nombres de dominio²⁴⁰. Arduo es el trabajo que queda por hacer, pero la regla de la traslación de las categorías jurídicas tradicional al mundo virtual, es una buena solución a las controversias que se puedan suscitar. Con estas iniciativas se pone fin a los supuestos de abuso de Derecho que tienen lugar ante la falta de una normativa específica al respecto, y que en la mayoría de los casos podían actuar como prácticas desleales con finalidad evidentemente predatoria.

3.8. Abuso en el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual

A) Planteamiento

Como se ha venido indicando, cualquier propuesta que pretenda replantear un control sobre el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual necesariamente ha de tener presente una premisa básica, la función social que éste régimen jurídico cumple. Sin embargo, ha de profundizarse en la búsqueda de un equilibrio entre la protección y el ejercicio abusivo que de dichos derechos pueda realizarse. Siguiendo con esta finalidad en el presente epígrafe se tratará de analizar los abusos que pueden tener lugar desde la protección que confiere la legislación en materia de propiedad intelectual. Unos supuestos que al igual que los anteriores se convierten en auténticas prácticas predatorias cuya represión encuentra no pocas dificultades. Precisamente porque se realiza bajo la apariencia de ejercicio legítimo de un derecho. En estos casos, el ejercicio abusivo constituye un exceso no admisible en derecho. Este abuso implica que la protección preferente de los derechos de exclusiva decaiga, debiendo ser objeto de represión tanto desde el derecho *antitrust* como desde la disciplina de la competencia desleal cuando caiga en sus respectivos ámbitos²⁴¹.

²⁴⁰ Vid. MAESTRE RODRÍGUEZ, J. A., «Planteamiento de la problemática jurídica de los nombres de dominio», *AIA*, núm. 29, Madrid, octubre, 1998, p. 10 en nota al pie. El término «cyberspace» fue acuñado por primera vez en 1984 por GIBSON, W., «Keeping secrets in cyberspace», *HLR*, v. 110, mayo, 1997.

²⁴¹ Un ejemplo de este planteamiento se puede observar en los reparos y controles que las autoridades *antitrust* de los EE.UU. y la UE han puesto a los acuerdos de concentración empresarial entre determinadas sociedades dedicadas al ocio. Una sociedades que por su actividad concentran una gran cuota de mercado de los derechos de propiedad intelectual en su vertiente económica. Asimismo, la Comisión ha investigado la fusión entre las compañías EMI —británica— y Time Warner que por la realización de acuerdos con America On Line —estadounidense también—. La operación entre las dos primeras fue valorada en 20.000 millones de dólares USA, al objeto de analizar las consecuencias que tendrá sobre el mercado de música gravada y la edición musical su posición de dominio en dicho mercado frente a otras como la BMG —Alemania—, Sony Music —Japón— y Universal Music Group —Canadá—, con un oligopolio que controla el 80% de la edición musical y un «gigante que controlará con diferencia la mayor cartera de Derechos de autor del mundo», *El País Digital*, jueves 15 de junio de 2000, núm. 1504. A estos movimientos a nivel internacional en materia de derechos de propiedad intelectual hay una respuesta europea de la mano de la nueva Vivendi Universal por la fusión de las francesas Vivendi, Canal+ y la canadiense Seagram. *El País Digital*, miércoles 21 de junio de 2000, núm.1510. Luego, resulta evidente que los reparos no vienen sólo por los efectos que sobre la libre

En el presente se analizará tres cuestiones que parecen fundamentales desde la óptica del Derecho de la competencia: primero, la determinación de cuál debe ser el ejercicio razonable de los derechos de propiedad intelectual por su autor; segundo, el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual por sociedades como las anteriormente citadas, que desde su posición de dominio pueden exigir una contraprestaciones más elevadas que las que podrían pedir en un mercado en libre competencia y en el que sin duda cabría esperar una mayor diversidad en la oferta; y tercero, la cuestión del ejercicio abusivo de los derechos de propiedad intelectual por las sociedades generales de autores.

B) Límite a la oponibilidad *erga omnes* de los derechos económicos de la propiedad intelectual

En relación con el primer punto, la cuestión que se plantea es la del ejercicio de los derechos de propiedad intelectual por sus autores en su vertiente moral y económica. La primera, tiene un carácter absoluto tal y como mantiene el artículo 14 del TRLPI, se trata de un derecho absoluto oponible *erga omnes*, de carácter «[...] irrenunciable[s] e inalienable[s]». Mientras que la segunda tiene un carácter más limitado, y comprende la «[...] explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los Derecho de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación [...]» Se trata de un derecho que confiere al titular la facultad de explotar su obra en los términos que estime pertinente. Lo que no supone que el derecho pueda ejercitarse de un modo abusivo o antisocial. Sobre todo a través del ejercicio de los derechos de exclusiva por las sociedades generales de autores que actúan en un régimen de monopolio o de cuasimonopolio. Estos comportamientos tienen consecuencias negativas sobre el servicio, el producto y el resto de competidores. Y su coste adicional acaba siendo pagado por los consumidores y usuarios. Una situación sobre la que se han pronunciado los tribunales norteamericanos en «Telex Corp. v. International Business Mashines Corp.», «Berkey Photo Inc. v. Eastman Kodak Co.», «United States v. IBM» —aunque llegan a un acuerdo extrajudicial—, y «Microsoft Corporation Inc. v. Digital Research» —por las referencias que el DRDOS hacía a IBM en el sistema operativo con el fin de conseguir la interoperabilidad con el MSDOS—, «Estándar Oil Co. of New Jersey v. United States», «United States v. Du Pont de Nemours & Co.», «Northeastern Telephone Co. v. AT&T» y «United States v. Aluminium Company of America», entre otros²⁴².

competencia tengan los procesos de concentración económica, sino que además se extiende al irrefutable hecho de que la concentración generaría un auténtico monopolio de hecho sobre los monopolios legales derivados de los derechos de propiedad intelectual en su vertiente económica. En nuestra doctrina el fenómeno ha sido estudiado tempranamente por BAYLÓS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad industrial ...*, ob. cit., pp. 107 y ss. No ha de olvidarse que la los derechos de exclusiva cumplen una función social y su ejercicio ha de ser proporcional a la protección que se le confiere.

²⁴² Vid. «Telex Corp. v International Business Machines Corp.», 510, F. 2d 894 (10th Cir.) cert. dismissed, 423 US 802, 1975; «Berkey Photo Inc. v Eastman Kodak Co.», 603 F. 2d 263 (2.º Cir.), 1979, cert. denied, 100 S. Ct. 1061, 1980; «Standard Oil Co. pf New Jersey v. United States.», 221 US, 1, 1991; «United States v. Du Pont de Nemours & Co.», 351 US, 377, 1956; «Northeastern Telephone Co. v. AT&T.», 651 F. 2d 76 (2.º

C) Límite al ejercicio de los derechos económicos por las sociedades generales de autores

De estas circunstancias se derivan consecuencias negativas indeseadas al aumentar los cánones derivados de dichos derechos. Lo que puede contribuir a una disminución de la oferta y de la inversión. Asistiendo por tanto a un empobrecimiento social motivado por un encarecimiento que difícilmente tendrá lugar en un mercado en régimen de competencia. De ahí que las operaciones de concentración de empresas titulares de tales derechos sea examinada minuciosamente por la Comisión, lo que también debería ocurrir en España en relación con las operaciones y precios que exigen las sociedades generales de autores. Sobre todo porque dado el alto nivel de concentración existente y por ende, por la ausencia de una competencia real y efectiva, lo que en la práctica y desde una posición de dominio implica la imposición de tarifas a pagar por los usuarios²⁴³.

Cir.) 1981, cert. denied 455 US, 493, 1982; y «United States v. Aluminium Company of America», 148 F. 2d 416 (2.º Cir.), 1945, entre otras.

²⁴³ Antes de 1941 operaban de modo federado la Sociedad General de Autores de España, la Sociedad de Autores Dramáticos de España, la Sociedad Española del derecho de Reproducción, la Sociedad Española de Autores de Variedades, la Sociedad de Autores Líricos y la Sociedad Española del derecho de Ejecución. — Vid. MARÍN LÓPEZ, J. J., «Comentario a los artículos 142 a 154 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Dirg. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., p. 1891.— Posteriormente el 24 de junio de 1941, por Ley 22/1989, de 11 de noviembre se creó un monopolio de derecho a favor de la Sociedad General de Autores de España, al establecer que ésta fuera la «[...] única [entidad] que asume la representación y gestión de los Derechos de autor en España y en el Extranjero.» Con la LPI de 1987 desaparece el monopolio de derecho a favor de la Sociedad General de Autores de España — SGAE—, actualmente denominada Sociedad General de Autores y Editores —SGAE— Orden Ministerial de Cultura de 15 de septiembre de 1989. Sin embargo, el monopolio de hecho permanece con la mayor cuota de mercado y pocas han sido las nuevas sociedades que han utilizado esta posibilidad. Las entidades de gestión de derechos de autor en España son las siguientes: SGAE, Sociedad General de Autores y Editores, autorizada por Órdenes del Ministerio de Cultura de 1 de junio de 1988 y de 15 de septiembre de 1989 — *BOE*, de 3 de junio de 1988, núm. 134; *BOE*, de 27 de septiembre de 1989, núm. 232, modificado por *BOE*, de 21 de febrero de 1995, núm. 44.— CEDRO, Centro Español de Derecho Reprográficos, autorizada por Orden del Ministerio de Cultura de 30 de junio de 1988 —*BOE*, de 12 de julio de 1988, núm. 166. Modificado por Orden del Ministerio de Cultura de 20 de febrero de 1995, *BOE*, de 7 de marzo de 1995, núm. 56.— AGEDI, Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales, autorizada por Orden del Ministerio de Cultura de 15 de febrero de 1989 —*BOE*, de 11 de marzo de 1989, núm. 60. Modificado por Orden del Ministerio de Cultura de 20 de julio de 1994, *BOE*, de 12 de agosto de 1994, núm. 192. Recientemente modificación por Orden del Ministerio de Cultura de 22 de julio de 1996, *BOE*, de 12 de agosto de 1996, núm. 194.— AIE, Artistas, Interpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España, autorizada por Orden del Ministerio de Cultura de 29 de junio de 1989 —*BOE*, de 19 de julio de 1989, núm. 171. Modificado por la Orden del Ministerio de Cultura de 6 de junio de 1995, *BOE*, de 17 de junio de 1995, núm. 144.— VEGAP, Visual, Entidad de Gestión de Artistas Plásticos, autorizada por Orden del Ministerio de Cultura de 5 de junio de 1990 —*BOE*, de 13 de junio de 1989, núm. 141. Modificada posteriormente por Orden Ministerial de 1 de septiembre de 1994, *BOE*, de 22 de septiembre de 1994, núm. 227. Y posteriormente Orden Ministerial de 5 de marzo de 1996, *BOE*, de 22 de marzo de 1996, núm. 71.— EGEDA, Entidad de Gestión de Derecho de los Productores Audiovisuales, autorizada por Orden del Ministerio de Cultura de 29 de octubre de 1990 — *BOE*, e 2 de noviembre de 1992, núm. 263. Modificada por Orden del Ministerio de Cultura de 28 de agosto de 1992, *BOE*, de 6 de enero de 1994, núm.5. Nueva modificación por Orden de 6 de marzo de 1995, *BOE*, de 7 de abril de 1995, núm. 83. Finalmente Orden del Ministerio de Educación y Cultura de 10 de julio de 1996, *BOE*, de 19 de julio de 1996, núm. 174.— AISGE, Asociación de Actores Intérpretes, Sociedad de Gestión de España, autorizada por Orden del Ministerio de Cultura de 30 de noviembre de 1990 —*BOE*, de 8 de diciembre de 1990, núm. 294. Modificada por Orden del Ministerio de Cultura de 20 de julio de 1994, *BOE*, de 12 de agosto de 1994, núm. 192. Modificación por Orden de 3 de mayo de 1995, *BOE*, de 26 de mayo de 1995, núm. 125. Nueva modificación por Orden del Ministerio de Educación y Cultura de 11 de

Lo que unido a su legitimación casi genérica para la representación en juicio convierte su posición en dominante y una barrera prácticamente invulnerable²⁴⁴.

julio de 1996, *BOE*, de 16 de julio de 1996, núm. 171.— Aunque la mayor parte de la representación aparece concentrada en la SGAE. En relación con el mercado español, junto a las sociedades generales de autores, habrá que tener en cuenta las asociaciones o grupos privados que persiguen una finalidad similar a las de las anteriores. Estas asociaciones no reúnen los requisitos exigidos por el TRLPI para las sociedades generales de autores, pero suelen ejercitar acciones en procedimientos por infracción de los derechos de propiedad intelectual de sus asociados. AFYVE, Asociación Fonográfica y Videográfica de España; ATE, Asociación de Autores de Teatro; BSA, Business Software Alliance; SEDISI, Asociación Española de Empresas de Tecnología de la Información; FAP, Federación Antipiratería; ADEPA, Asociación de Distribuidores para Proyección Pública Audiovisual; ANEA, Asociación Nacional de Editores Audiovisuales; APE, Asociación de Prensa Electrónica; FERA, Asociación Europea de Realizadores Audiovisuales; ADICAN, Asociación de Distribuidores e Importadores Cinematográficos de Ámbito Nacional; ADIVAN, Asociación de Distribuidores e Importadores Videográficos de Ámbito Nacional. Así, la FAP intervino en la STS de 22 de junio de 1996; SAP de Barcelona de 4 de mayo de 1995 se admite el recurso de apelación de AFYVE como acusación particular; SAP de Toledo de 9 de enero de 1995 en la que se reconoce una indemnización a favor de ADIVAN; SAP de Jaén de 15 de febrero de 1995 en la que también es interesada como acusación particular ADIVAN, dejando para ejecución de sentencia el cálculo de la indemnización.

²⁴⁴ Tras la reforma de la LPI de 1987 las sociedades generales para la defensa de los derechos de propiedad intelectual podrán constituirse libremente, siempre que cumplan con los requisitos legales establecidos en el Libro III, Título IV del TRLPI, artículos 142 a 154 —Para un análisis más detenido *vid.* MARÍN LÓPEZ, J. J., «Comentario a los artículos 142 a 154 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual», en *Comentarios a la Ley de ...*, ob. cit., pp. 1962-1996.— Necesarios para la concesión de la correspondiente autorización administrativa del Ministerio de Cultura para todo el territorio nacional, así como las funciones de inspección vigilancia y control —La exigencia de que la autorización sea concedida por el Ministerio de Cultura dio lugar a la interposición de los recursos números 256/1988 y 264/1988 por la Comunidad Autónoma de Cataluña que tenía asumida la competencia de ejecución en el artículo 11.3. del Estatuto de Autonomía de Cataluña —EAC— y la Comunidad Autónoma del País Vasco que también tenía la competencia de ejecución en el artículo 12.4. —EAPV—. Ambos recursos se acumulan y el TC resuelve el 13 de noviembre de 1997 —*BOE*, de 12 de diciembre de 1997, núm. 297 suplemento—. En dicha sentencia no se declara inconstitucional el artículo 132 de la LPI de 1987, actual artículo 145 del TRLPI, pero son interesantes los votos particulares, el primero del Sr. VIVES ANTÓN, y el segundo del Sr. CARLES VIVER PISUNYER, al que se adhiere el Sr. PEDRO CRUZ VILLALÓN. Llegan a la conclusión, en contra de lo mantenido por el TC en el FJ. 9.º que el Estado efectivamente ha excedido en sus atribuciones cuando se atribuye la competencia exclusiva para conceder la autorización y las funciones de supervisión, vigilancia y control sobre las entidades gestoras. Así VIVES ANTÓN manifiesta que «Las razones por las que se concluye en su constitucionalidad no son, en mi opinión, buenas razones. Es más, adolecen de un defecto lógico casi tan fuerte como la contradicción, que vicia por completo el *iter* argumentativo e invalida la conclusión alcanzada[...]. El Estado, por medio de la legislación, puede condicionar las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas hasta convertirlas en puras actuaciones automáticas. Lo que de ningún modo puede hacer es lo que aquí se le permite: Reasumir como legislativos actos que, por discrecionales e importantes que sean, no poseen, en absoluto, aquel carácter.» Lo importante desde el planteamiento que se viene exponiendo reside en poner de manifiesto que con independencia de la importante función que cumplen las citadas entidades, lo que no puede en modo alguno la regulación es operar sin un causa justificada como una barrera de entrada. La exigencia normativa de la autorización por el Ministerio de Cultura así como la atribución a éste de las funciones de vigilancia, control y supervisión dificulta en gran medida el acceso al mercado.— Estas exigencias son de tal calibre que pocas son las sociedades capaces de conseguir la autorización, precisamente porque operan como una barrera de entrada. El artículo 143 del TRLPI establece como condiciones para la autorización que: «[...] a) Que los estatutos de la entidad solicitante cumplan los requisitos establecidos en este Título, b) Que los datos aportados y de la información practicada se desprendan que la entidad solicitante reúne las condiciones necesarias para asegurar la eficaz administración de los derechos, cuya gestión le va a ser encomendada, en todo el territorio nacional, y c) Que la autorización favorezca los intereses generales de la protección de la propiedad intelectual en España.» Además se exige, especialmente que a la solicitud le acompañe un número de titulares de derechos que se comprometan a confiar la gestión de sus respectivos derechos de propiedad intelectual a la entidad en cuestión. Por tanto, una vez constituidos gestionan y representan los derechos económicos de los autores que le han confiado su gestión y por ende, salvo pacto en contrario, la legitimación activa para la representación en juicio. Una legitimación que deberán hacer constar específicamente.

D) Las Sociedades Generales de Autores como barrera de entrada

Las barreras de entrada se componen de dos elementos. Por un lado, la exigencia de los requisitos que deben cumplir las sociedades generales de autores para poder constituirse y operar en todo el territorio nacional. Y por otro lado, porque la posición de dominio de las sociedades generales de autores se consagra por las prerrogativas legales de las que dispone, de las que algunas, inexplicablemente, se han interpretado en beneficio de la parte dominante.

En relación con la primera, la generación de barreras de entrada generadas por los requisitos exigidos para la constitución y operatividad de dichas entidades. Resultando especialmente significativa la dificultad posterior para cumplir con la obligación social que está llamada a cumplir el artículo 150 del TRLPI, entendida en un sentido amplio, porque esa detracción a favor de la obra social a la que hace referencia produce un encarecimiento del coste de producción de la entidad gestora²⁴⁵. Lo que no resulta difícil de compaginar con la finalidad «no lucrativa» que inspira la constitución y funcionamiento de las citadas entidades de gestión de los derechos de autor.

Y en relación con la segunda, las obligaciones contenidas en el artículo 152.1. a) del TRLPI, conforme al cual las sociedades de gestión están obligadas «[...] a contratar con quien lo solicite, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, en condiciones razonables y bajo remuneración.» Por tanto, cabría preguntarse qué es lo que debe considerarse como «condiciones razonables». Porque las sociedades de este tipo, aun cuando cuente con la confianza y compromiso de un número de autores lo suficientemente amplio como para alcanzar la autorización administrativa para la gestión de sus respectivos derechos en su vertiente económica deberá ser rentable por sí misma. Tendrá que cubrir sus costes, compensar a los autores y sociedades por sus respectivos derechos de propiedad intelectual en su vertiente económica, y cumplir además con la «función social» que exige el TRLPI. Luego las obras de los autores que pongan a disposición de la sociedad general deberán ser obras de cierta difusión y por tanto con cierta demanda. Se podría decir que las barreras de entrada son objetivamente elevadas para la entrada potencial en el mercado de otras sociedades gestoras de los derechos de autor. Esto da lugar a monopolios de hecho u oligopolios en mercados fuertemente concentrados o atomizados, lo que implica con base en todo lo expresado que el mercado en cuestión no se encuentre en régimen de competencia.

²⁴⁵ El artículo 150 del TRLPI establece que: «1. Las entidades de gestión deberán, directamente o por medio de otras entidades, promover actividades o servicios de carácter asistencial en beneficio de sus socios, así como atender actividades de formación y promoción de autores y autores y artista intérpretes o ejecutantes. 2. Las entidades de gestión deberán dedicar a las actividades y servicios a que se refiere el apartado anterior, por partes iguales, el porcentaje de la remuneración compensatoria prevista en el artículo 25 de esta Ley, que reglamentariamente se determine.» Una exigencia que siendo como es muy interesante no hace sino incrementar las dificultades de las empresas que deseen a prestar los servicios representación inherentes a una sociedad general de estas características. Tal vez en el desarrollo de esa norma deberían haberse introducido un periodo de carencia para que las nuevas empresas aporten menos o no aporten hasta que cubran los costes derivados del inicio de la actividad.

E) Legitimación activa genérica

La orientación jurisprudencial que viene manteniendo la posibilidad de una legitimación genérica en juicio no se encuentra en el tenor del TRLPI y que sin duda alguna infringe el artículo 24 de la CE a favor de las pretensiones de las sociedades generales de autores. Tanto en la aplicación del artículo 20 de la LPI de 1987, como en el artículo 145 del TRLPI. Una contradicción que se expondrá a continuación.

Estas presunciones se han venido admitiendo en relación con dos alarmantes situaciones. La primera, que la tenencia de un aparato de TV-HI-FI implica su utilización, por el simple hecho de su posesión en establecimientos abiertos al público. Y la segunda, que la legitimación activa de las sociedades generales es amplia y no necesita de su alberación en juicio.

En relación con este primer supuesto (A), la tenencia de los aparatos de TV o HI-FI en un establecimiento abierto al público no implica necesariamente su utilización. Sin embargo, a este respecto hay dos posiciones, por un lado, los que plantean que la tenencia equivale a la utilización, y por otro lado (B), los que diferencian entre tenencia y utilización²⁴⁶.

A) Los que plantean que la mera tenencia de los citados aparatos es equivalente a su utilización persiguen sobre todo la defensa de los derechos inherentes a las sociedades generales de autores. Parten de un argumento simple tenencia-igual-utilización, porque a *sensu contrario*, no cabría otra interpretación a su tenencia en un establecimiento abierto al público. Siguiendo con este argumento, exigir a las sociedades generales de autores la prueba de que efectivamente se han realizado emisiones no autorizadas y la determinación de la cuantía del daño a los efectos de la oportuna indemnización se convertiría en una prueba diabólica. En este sentido las SSAP de Navarra de 26 de mayo de 1992, AP de Zaragoza de 8 de septiembre de 1997 y la SAP de Baleares de 25 de septiembre de 1997 entre otras. Esta última sentencia en aplicación de la LPI de 1987 mantiene que:

«[...] queda plenamente probado el uso en el hotel de televisores, radios y otros aparatos musicales para amenizar a los clientes y la actuación diaria de un grupo humano contratado para divertirlos, [Y,] [...] no existe duda que en el establecimiento se realizaban actos de comunicación pública que contempla el artículo 20 de la Ley de Propiedad Intelectual [...]»

Establece una presunción en atención al siguiente esquema deductivo—hechos base—; 1. Existen aparatos —TV y radio—, 2. En un establecimiento abierto al público, 3. Luego —hecho consecuencia— están para realizar actos de comunicación pública en los términos del artículo 20 de la LPI de 1987, porque 4. de lo contrario —justificación— no podría justificarse la inversión en la compra e instalación de los citados aparatos. Lo curioso de esta interpretación es que acepta que la reproducción se realiza tanto de programas autorizados, sobre los cuales las sociedades generales no tienen ningún derecho, lo que se extiende también a los no autorizados. Sobre estos

²⁴⁶ Y este parece ser el criterio seguido por el TS en la sentencia de 24 de septiembre de 2002 al calificar que la tenencia por los hoteles en sus habitaciones de aparatos receptores de TV-HI-FI no puede ser considerado como un acto de comunicación pública. El problema será justificar la diferencia del trato que se le da al aparato que tenga el mismo hotel en las zonas comunes de sus clientes y las habitaciones de esos mismos clientes. Con similar criterio *vid.* CARRASCO PERERA, Á., «Hoteles, música y propiedad intelectual», *AJA*, núm. 562, de 23 de febrero de 2003, p.3.

últimos se les inhiere por esta vía de tener que probar que el establecimiento en cuestión ha realizado la correspondiente difusión pública de programas sobre los que debería haber pagado los derechos de autor. Simplemente se invierte la carga de la prueba y se establece una presunción *iuris tantum* a favor de las sociedades generales de autores. De modo que deben ser los consumidores de tales servicios los que prueben que la instalación realizada no se utiliza con la finalidad de realizar actos de comunicación protegidos por los derechos de propiedad intelectual, o que de estar protegidos por la citada normativa, cuentan con la autorización correspondiente. Un planteamiento excesivo en la defensa de los intereses privados.

B) En sentido contrario, los que plantean que el artículo 20 de la LPI de 1987 exige la realización de un acto de «comunicación pública», no siendo suficiente motivo para invertir la carga de la prueba a favor de las sociedades generales de autores la mera tenencia de los citados aparatos. Debe probarse una serie de elementos, primero, que efectivamente se han realizado los actos de comunicación pública de obras protegidas sin la correspondiente autorización de las citadas sociedades; segundo, que las sociedades generales efectivamente cuentan con la autorización expresa de los autores a quienes representan; en tercer lugar, que han firmado el correspondiente contrato de gestión con los titulares de los derechos de explotación económica de la correspondiente obra intelectual; y finalmente, que el establecimiento correspondiente emita una obra protegida sin la correspondiente autorización. A favor de esta tesis, mucho más lógica y en el marco del TRLPI se pronuncia la SAP de Toledo, de 11 de abril de 1996²⁴⁷.

²⁴⁷ Esta última sentencia establece en su FD. 3.º que: «[...] corresponde al autor, o a la entidad de gestión de sus derechos que actúa en nombre suyo, acreditar cumplidamente no que el demandado dispone en su establecimiento de un aparato de radio o televisión, sino que se vale de esos aparatos para emitir a su través, a una pluralidad indeterminada de personas, obras protegidas, sin que sea posible establecer en su favor, alegando la dificultad que encierra la obtención de una prueba de esa naturaleza, una presunción «iuris tantum» de que el hecho de tener televisión significa que a través de ella se emiten obras protegidas, y desplazando en consecuencia sobre el demandado la carga de probar que, a pesar de la existencia de la televisión, no se emiten tales obras.

Al establecimiento de una presunción de esa índole se oponen varios motivos. En primer lugar, la falta de «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» (cfr. artículo 1253 del Código Civil) entre el hecho demostrado (tenencia de televisión) y el hecho presunto (difusión de obras protegidas), pues si bien es cierto que en principio la televisión está en un establecimiento abierto al público para ser utilizada, también lo es que no necesariamente y en todo caso las televisiones ubicadas en los establecimientos públicos sirven de instrumento para la emisión masiva de obras protegidas sino que, al contrario, la realidad social, criterio que debe ser tenido en cuenta para la interpretación de las normas según lo prevenido en el artículo 3.1. del Código Civil, demuestra que en la inmensa mayoría de las ocasiones las televisiones ubicadas en los bares y establecimientos análogos son utilizadas para la emisión, sobre todo y preponderantemente, de espacios informativos y espectáculos deportivos o taurinos, en los cuales la utilización de obras protegidas es inexistente o numéricamente despreciable, por lo que no es ajustado al artículo 1253 del Código Civil presumir que la tenencia de la televisión se traduce en la emisión de obras protegidas.

Pero es que, en segundo lugar, la asunción de esa presunción colocaría a los titulares de los establecimientos en una situación rayana en la indefensión que prohíbe el artículo 24 de la Constitución, porque si, en efecto, resulta complicado a la entidad de gestión de los derechos de autor probar que la televisión es utilizada para la emisión de obras protegidas (aunque no se trata de prueba imposible, ni tampoco de prueba cuya obtención represente una extraordinaria dificultad o un elevado coste), más difícil resulta aún al titular del establecimiento probar, para desvirtuar la presunción, que la televisión no sirve de instrumento para la emisión de tales obras, pues dado que se exigiría probar un hecho negativo, su práctica estaría condenada al fracaso y la presunción, en lugar de funcionar como «iuris tantum», se traduciría de hecho en una presunción «iuris et de iure», lo cual, ciertamente, no resulta anómalo ni inconstitucional (las presunciones «iuris et de iure» no son sino una manera más de fijar hechos), pero sí exige una inequívoca declaración legislativa en tal sentido, lo que, según se ha comprobado en el fundamento de derecho precedente, no es el caso en la vigente redacción de la Ley de Propiedad Intelectual. Por tanto, valorado el asunto que nos ocupa desde el punto de vista de la interdicción de indefensión que consagra el artículo 24 de la Constitución, la carga de la prueba del uso de la televisión para emitir obras protegidas pesa sobre la sociedad actora porque, dada la menor dificultad que revista para ella la práctica de tal prueba, esa situación es constitucionalmente preferible a la que se ocasionaría si, como consecuencia del establecimiento de la presunción «iuris tantum» antes mencionada, se desplazara al demandado la carga de probar un hecho negativo.»

En relación con esta sentencia parece interesante poner de relieve dos de las argumentaciones realizadas en torno a la presunción. Por un lado, la interpretación de que la presunción *iuris tantum* se transformaría en una presunción *iuris et de iure* porque la prueba negativa sería de difícil destrucción. Máxime cuando la sociedad general de autores tiene mucho más fácil la prueba de la realización de los actos de comunicación pública de obras protegidas sin la correspondiente autorización. Por otro lado, la presunción en cuestión iría en contra de lo establecido en el artículo 1253 del CCiv. conforme al cual

«[...] las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.»

Por consiguiente, una cosa es la tenencia de los aparatos en el establecimiento abierto al público, y otra bien distinta, que dichos aparatos hayan sido utilizados infringiendo los derechos de los autores a los que la sociedad general de autores representa²⁴⁸. De admitir en estos términos la presunción *iuris tantum* de hecho la convertiría en una presunción *iuris et de iure* que infringiría claramente el artículo 24 de la CE al producir la indefensión de los citados establecimientos²⁴⁹. La posibilidad de defensa que tienen los consumidores y usuarios es mínima, pues simplemente se ven obligados a firmar los contratos de adhesión. De no firmarlos por desacuerdo puede impugnarlo. Pero no es una solución eficiente, de modo que si quiere disponer de una TV o de un equipo HI-FI en su establecimiento abierto al público para recibir emisiones en régimen abierto deberá abonar los correspondientes derechos de propiedad intelectual en el importe que hayan establecido las sociedades generales de autores²⁵⁰.

²⁴⁸ Además surge el problema de la determinación de lo que el Legislador establece de que el precio a exigir sea «razonable» es de elogiar, pero inevitablemente surgen preguntas. Está suficientemente demostrado que en los mercados de estas características los mayores costes y la falta de una mayor distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial, así como el acceso a la misma y el consiguiente empobrecimiento cultural, económico e industrial de un país vienen derivados de la ausencia de competencia suficiente. Ello afecta al nivel de eficiencia, precio y servicio que reciben los consumidores como destinatarios finales que son. Así, por imperativo legal, aún cuando formalmente se da la posibilidad de que entren otros operadores, lo cierto es que se crean las condiciones necesarias para fomentar los intereses de una clase, la de los autores y las sociedades gestoras de esos derechos en detrimento del mercado y de los consumidores en sentido amplio. Comprensivo a título de ejemplo por los bares, discotecas, restaurantes, hoteles, consultas de médicos, dentistas, abogados y cualquier otra persona física o jurídica que demanden esos servicios. Un coste que posteriormente es trasladado a sus clientes vía incremento del precio del producto o servicio. Tal vez punto de equilibrio se encuentre en un lugar intermedio. En el que por un lado no se acepte la conversión de una presunción *iuris tantum* por la vía de hecho en una presunción *iuris et de iure* que implicaría en la práctica indefensión.

²⁴⁹ Con un criterio similar a la interpretación realizada por la AP de Toledo, se pronuncia entre otros PANIZA FULLANA, A., «Derechos de autor, entidades de gestión y establecimientos de hostelería», *Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales y otros Tribunales*, Aranzadi, núm. 17, enero, 1999, p. 24, al indicar que «[...] esta presunción colocaría a los titulares de los establecimientos en una situación de indefensión, contraria al artículo 24 de la Constitución Española. Las dificultades aumentan para el demandado que ha de probar un hecho negativo, por lo que aquella presunción, en lugar de funcionar como presunción *iuris tantum*, podría llegar a convertirse en una presunción *iuris et de iure*.»

²⁵⁰ Lo curioso del supuesto es que en el caso de no estar de acuerdo por ejemplo con las tarifas que ponen o que se le reclaman las citadas sociedades generales en la práctica da igual. Simplemente se verán obligados a aceptar las condiciones, mal llamadas «razonables» del artículo 152.1. a) del TRLPI. Pero la supuesta

4. La publicidad y las promociones publicitarias

El supuesto analizado, la publicidad y las promociones publicitarias pueden operar como prácticas predatorias. Una conducta que aparentemente sólo están al alcance de quienes tienen posición de dominio. Consiste pues, en el aparente ejercicio legítimo de un derecho, el de competir en el mercado utilizando todos los medios de los que dispone, y que en realidad puede ocultar conductas abusivas. La ilicitud del acto no reside en la publicidad en sí misma, sino en el uso y finalidad perseguida con ella. En este caso la publicidad se convierte en un acto desleal y anticompetitivo al ser utilizado como un instrumento para eliminar a competidores, retrasar su entrada en el mercado al operar como una barrera de entrada, incrementar sus costes, disuadirlos de no entrar, disciplinarlos u obligarlos a aceptar condiciones comerciales que de otro modo no aceptarían entre otros fines. La publicidad así considerada opera como una barrera de entrada con efectos negativos sobre los intereses de los concurrentes, para los consumidores, para los empresarios y para el propio mercado.

La disciplina publicitaria aparece regulada en la Ley 34/1988 de 11 de noviembre, General de Publicidad —LGPu.—²⁵¹. En su artículo 2.º incluye una definición de publicidad, que prácticamente reproduce la definición contenida en la Directiva Comunitaria, de 1 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa. Este artículo califica como publicidad

«[...] toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta

obligatoriedad de la norma se salva por la vía que la propia Ley les brinda en el artículo 152.2. del TRLPI al establecer que: «[...] En tanto las partes no lleguen a un acuerdo, la autorización correspondiente se entenderá concedida si el solicitante hace efectiva bajo reserva o consigna judicialmente la cantidad exigida por la entidad de gestión de acuerdo con las tarifas generales.» Evidentemente, se está convirtiendo en una especie de aplicación del principio *solvet et repete* del derecho administrativo trasladado al ámbito del derecho civil. Por tanto, la única posibilidad que le queda al usuario de los derechos de propiedad intelectual es la de acudir, una vez a consignado las correspondientes cantidades, a la impugnación del contrato por la vía del artículo 1288 del CCiv., conforme al cual «La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberán favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad.»²⁵⁰ O sea, que por una pequeña cantidad que en la mayoría de los casos podría considerarse abusiva en el importe, en la forma, en la presunción y sin posibilidad de alternativa el ordenamiento le concede al particular la posibilidad de que acuda a la jurisdicción ordinaria. La Ley establece primero una exigencia y luego una presunción de razonabilidad de las tarifas exigidas por las sociedades generales de autores, lo que parece mucho presumir. Una régimen jurídico que coloca a los obligados directos al pago como bares, restaurantes y hoteles entre otros en una situación de indefensión. En este mismo sentido *vid.* PANIZA FULLANA, A., «Derechos de autor, entidades de gestión y establecimientos de ..., ob. ci., p. 14, nota 6, «[...] ¿Cuál debería ser la defensa de un establecimiento de hostelería ante el cobro de tarifas abusivas por parte de una entidad de gestión? Para corregir los perjuicios que conlleva ese contrato para una de las partes, tendremos que acudir a las reglas de interpretación de los contratos contenidas en el Código Civil, y, entre ellas, se puede destacar el principio *contra proferentem* del artículo 1288. Tal vez, sería ésta la vía por la que los establecimientos de hostelería —que, en este caso, son la parte débil— podrían encontrar una solución a su situación (por ejemplo, intentar negociar tarifas [...]).»

²⁵¹Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, *BOE* de 15 de noviembre de 1988, núm. 274, cuya disposición derogatoria deroga la Ley 61/1964, de 11 de junio, por el que se aprobaba el Estatuto General de la Publicidad y las disposiciones que se opongan a la LGPu.

la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.»²⁵²

Por tanto, un mensaje publicitario será lícito siempre que respete los límites legales, y en su caso los contractuales por el régimen de autocontrol²⁵³.

4.1. La conducta anticompetitiva

La conducta anticompetitiva suele consistir en un exceso de publicidad, un exceso de información no uniforme sobre productos o servicios de similares características que produce el efecto contrario al de informar. Los consumidores con un nivel de información medio son incapaces de determinar las ventajas y diferencias de unos productos frente a otros. Aún cuando se trata de productos similares la realización de diferentes ofertas publicitarias no son homogéneas de modo que sus destinatarios carecen de información suficiente para adoptar una decisión libre —*noise advertising*—.

²⁵² La función que debe cumplir la publicidad puede ser informar o disuadir. Evidentemente, la información objetiva y neutra cumple una función meramente comunicativa de las características y excelencias de un determinado producto o servicio. Sin embargo, este no es el caso de las campañas publicitarias en España²⁵². En este pueden incluirse los estudios que realizan organismos independientes sobre el nivel de aceptación de un producto o servicio, los test de características comparativas como los realizados por las organizaciones de consumidores, los datos que suministra el Instituto Nacional de Estadísticas o el Centro de investigaciones Sociológicas entre otros. La publicación de sus resultados sólo compara elementos objetivos que facilitan la toma de decisión, pero no viene dada por la defensa de los intereses de los oferentes, sino en todo caso de los consumidores, que al disponer de dicha información pueden adoptar más fácilmente una decisión. Además habría de tomarse con cautela los estudios comparativos y de mercado realizados por empresas como «ACNielsen», «Taylor Nelson Sofes» o «Research International», entre otros. Normalmente, la publicidad de los empresarios en cualquiera de sus formas persigue disuadir, crear una necesidad en los consumidores. O si se prefiere, que los consumidores tomen conciencia de la necesidad que tienen del producto o servicio en cuestión. No obstante, resulta difícil establecer una diferenciación clara entre la función de la publicidad informativa y la disuasiva. Incluso cabría afirmar que «[...] cualquier disquisición sobre la naturaleza informativa o persuasiva de la publicidad resulta estéril y privada de significado: la información y la persuasión son dos aspectos estrechamente conexos y en continua ósmosis de la comunidad publicitaria» — *Vid. FABRIS, G., La comunicazione pubblicitaria*, Etus-Kompass, Milano, 1968, citado en las *Jornadas de Derecho y publicidad*, Madrid, 29 de septiembre a 2 octubre de 1980, Instituto Nacional de Publicidad, Madrid, 1980, p. 82.— Con similar criterio el análisis expuesto en las páginas 80 y 81 al concluir que la información comunicativa y la persuasiva no son excluyentes.— Así pues, aceptando la evidencia de que la publicidad, aun cuando contenga un componente informativo, al que no puede escapar, su función principal es la de promover la contratación de las prestaciones o servicios propios o de un tercero. Cumpliendo por tanto una función disuasiva de primer orden. Esta función de la publicidad debe ser limitada cuando junto a los límites contemplados en la propia LGPu y en los códigos de autocontrol choque además con el Derecho de la libre y leal competencia.

²⁵³ Entre los primeros, que no «[...] atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución» — artículo 3 de la LGPu—. En especial «[...] los valores relacionados con la infancia, la juventud y la mujer» — artículo 3. a). En cuanto a los segundos, hay que mencionar el régimen de autocontrol de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad —AAP— que prohíbe la explotación publicitaria del miedo, la incitación a la violencia, a comportamientos ilegales, a prácticas peligrosas, la publicidad contraria al buen gusto, al decoro social, al medio ambiente, el derecho de las personas, la publicidad discriminatoria, así como determinadas formas de expresión de la publicidad sobre las garantías, sobre la publicidad comparativa, sobre la utilización de datos de carácter técnico, sobre la utilización de los resultados sobre los tests de mercaderías, la publicidad denigratoria, la adhesiva, la testimonial, la utilizada en concursos y sorteos, la dirigida a la infancia y otras. Resulta interesante observar la autolimitación por la vía de normas de autocontrol que aparecen en el Estatuto de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad. En especial las normas 4 a 24.

A raíz de la liberalización de determinados sectores, y muy posiblemente con los nuevos que se liberalicen, el panorama empresarial se ha tornado altamente competitivo²⁵⁴. Piénsese en las campañas publicitarias que en un primer momento realizaron las compañías petroleras, o las operadoras de telefonía móvil, acompañadas de multitud de ofertas y variaciones en función de planes, de individualización por clientes, y de otra multitud de medidas que en la práctica confunden a los consumidores. Estos no saben cual es la mejor oferta y son incapaces de realizar el juicio lógico deductivo de comparación de la relación calidad precio del producto o servicio en cuestión. El exceso de información no homogénea para productos o servicios de similares características hace que el consumidor medio sea incapaz de conformar una opinión sobre cual es el mejor producto o servicio²⁵⁵.

En tales casos la ilicitud del acto resulta difícil de determinar. Sobre todo porque se manifiesta en el ejercicio de una conducta que amparada en la apariencia de ejercicio legítimo de un derecho, y que además podría calificarse como una estrategia empresarial competitiva. En realidad, opera como una conducta que excede de lo que podría considerarse como competencia normal o razonable en un mercado dado. La deslealtad se manifiesta en la irracionalidad del importe destinado a publicidad y la forma y modos en los que se realiza la campaña. Por tanto, la deslealtad de la conducta viene dada no sólo por la realización de la conducta empresarial considerada desleal, sino que también resulta extensible a la simple amenaza de realizarla, ya que puede producir los mismo efectos. Por lo que siguiendo esta argumentación no parece necesario la exigencia de un resultado a modo de campaña publicitaria que haya producido, produzca o pueda producir los efectos indeseados, sino que será suficiente con que la amenaza de la acción o la conducta se haya manifestado con fines concurrenciales y se muestre objetivamente idónea para producir los efectos indeseados.

²⁵⁴ Al menos hasta que los nuevos y antiguos operadores hayan medido sus fuerzas, hasta ser conscientes de la incapacidad mutua de influirse recíprocamente o eliminarse. En este caso, disminuirá el nivel de competencia y la eficiencia en el oligopolio que queda, que ofrecerá bienes y servicios a precios razonables en función de la competencia. Así, el precio es inferior al del monopolio pero superior a un mercado en libre competencia, como consecuencia del oligopolio. Para un estudio más detallado desde el punto de vista jurídico *vid.* FERNÁNDEZ DE ARAÓZ GÓMEZ-ACEBO, A., «El problema del oligopolio en el Derecho de la competencia: Reflexiones en torno al mercado, libre competencia y la geometría», *RGD*, año L, núm., 589-90, octubre-noviembre, 1993, pp. 10057-10131; JIMÉNEZ DE LA IGLESIA, J. M., «Derecho de la competencia y oligopolio», *GJ*, D-23, 1995, pp. 119 y ss. Desde el punto de vista económico una aproximación interesante a la problemática del oligopolio en SAMUELSON, P. A., y NORDHAUS, W. D., *Economía*, ob. cit., pp. 175-191; STIGLITZ, J. E., *Economía*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 469-492.

²⁵⁵ Para mostrar esta situación parece suficiente con la respuesta a los siguientes interrogantes: cuál sería la mejor oferta en este momento en relación con los servicios de telefonía móvil, o cuál sería la mejor oferta en el acceso a Internet, o cuál sería la estación de servicio más barata para llenar el tanque de nuestro vehículo, o cuál es la entidad financiera que presta los servicios más ventajosos del mercado, entre otras. Esta misma situación ocurrirá con la liberalización del mercado eléctrico, con la liberalización del mercado del gas y como no, con el bucle local de telefonía cuando efectivamente esté liberalizado, porque en estos momentos parece ser más formal que material. Asimismo *vid.* PALAU RAMÍREZ, F., «El consumidor medio y los osndeos de opinión en las prohibiciones de engaño en derecho español y europeo. A raíz de la Sentencia del TJCE de 16 de julio de 1998, AS. C-210/96, «Gut Springeinheide»», *ADI*, XIX, 1998, pp. 367-395.

4.2. Finalidad económica de la práctica anticompetitiva

La finalidad perseguida por el agresor con esta conducta son múltiples. Entre ellos, coincidiendo con los fines perseguidos por otras prácticas se encuentran la intención de disuadir, disciplinar o eliminar a competidores. En estos supuestos, la generación de barreras de entrada o salida operan como un instrumento para la consecución de un fin. En definitiva, un comportamiento cuya racionalidad económica resulta evidente ya que el coste y los riesgos de sanción no son elevados mientras los beneficios sí. De este modo, los costes en los que podría incurrir el agresor durante la realización de la campaña publicitaria serían recuperados con creces en el futuro con el correspondiente incremento de los precios en un mercado en el que no hay competencia. Es más, en algunos casos los costes en los que incurre podrán ser recuperados sin la necesidad de incrementar los precios, únicamente con el mantenimiento de la cuota de mercado y el retraso en la entrada en régimen de competencia de otros competidores. Finalmente y como consecuencia de ello, la empresa predadora no tendría la necesidad de invertir en I+D más de lo que ha invertido hasta ese momento, precisamente porque no tiene competencia.

4.3. Presupuestos de la práctica predatoria

Para que esta conducta tenga lugar es necesario que el mercado en cuestión reúna unas características objetivas en las que puedan desarrollarse esas conductas. Debiendo estar a la delimitación del mercado relevante de producto o servicio. Lo que permitirá determinar objetivamente la conducta, el grado de deslealtad, la posición del agresor y la finalidad perseguida con ella.

A) Características de los operadores

El segundo de los supuestos tiene que ver con las características de los operadores. Ha de tratarse de sujetos que no se encuentran en una situación de competencia real y efectiva. Por lo que habrá que analizar el número de empresas que ofrecen el producto o servicio en cuestión, el nivel de sustituibilidad, la cuota de mercado de las empresas concurrentes, la existencia o no de barreras de entrada, el control de las fuentes de aprovisionamiento, las exigencias legales, los trámites administrativos, las exigencias de tecnologías, las características de la inversión que se ha de realizar, la necesidad de una estructura organizativa de la distribución comercial y de prestación de servicios, entre otras variables. Asimismo, y en relación a la publicidad predatoria habrá de tenerse en cuenta el

«[...] uso final al que estén destinados los productos, el grado de atracción ejercido sobre los compradores, la influencia de los costes de los vendedores, el precio relativo de los productos, el estado de comercialización de los

productos, los métodos de producción y el origen de los productos, la competencia actual y potencial, [...]»²⁵⁶

Estos elementos permiten determinar la posición de cada uno de los concurrentes en el mercado, las características de los productos o servicios, y por ende, sus posibilidades de llevar a cabo estrategias como estas. Una vez analizadas las características objetivas que debe reunir el mercado relevante y determinada su posición se delimitara si se ha producido abuso o no. Y sin perjuicio de que este concepto sea objeto de estudio detallado en el marco de la primera hipótesis, sirva ahora definirla como la facultad que tienen una o varias empresas de adoptar libremente su estrategia comercial sin tener en cuenta al resto de sus competidores. Una conducta que sólo puede ser adoptada desde una posición de dominio. Se trata de supuestos en los que una empresa o varias coaligadas operan como únicos demandantes de bienes o servicios en el mercado relevante, sin que en sus decisiones tomen en cuenta a su competencia.

B) Publicidad y promoción predatoria desde posición dominante

Para la delimitación del elemento subjetivo de un modo objetivo habrá de determinarse la desproporcionalidad de los medios competitivos empleados por la empresa dominante²⁵⁷. A estos efectos resulta interesante la resolución la Comisión Nacional del Mercado de Telecomunicaciones, de 30 de abril de 1998, en relación con la denuncia presentada por algunos operadores contra la campaña publicitaria de «Telefónica, S.A.», «los planes claros» interpretando la jurisprudencia comunitaria en relación con el principio de proporcionalidad, llega a la conclusión de que para aceptar la existencia de un abuso de posición de dominio, el principio de proporcionalidad deberá ser valorado en relación con la situación económica de los afectados²⁵⁸.

²⁵⁶ Vid. RODRÍGUEZ ARTÍGAS, F., voz «abuso de posición dominante», en *EJB*, Madrid, 1995, I, pp. 39-40. Con similar criterio, incorporando una definición de sustituibilidad y de elasticidad cruzada al definirla como «[...] la posibilidad que tienen distintos bienes de satisfacer las mismas necesidades. Para determinar la sustituibilidad se ha utilizado el criterio de la elasticidad cruzada de la demanda que, en síntesis, indica la relación en la que la cantidad vendida de un bien disminuye cuando disminuye el precio de otro bien [...]»

²⁵⁷ Esta especial exigencia a la empresa dominante como consecuencia de la posición que ocupa en el mercado no implica que no responda competitivamente a cualquier reacción del mercado, lo que redundará en beneficio de todos los concurrentes. Pero para que el esfuerzo competitivo pueda ser objetivamente considerado como legítimo deberá guardar proporción con la agresión. Es aquí donde reside la frontera que delimita la agresividad de una empresa con posición de dominio del abuso de posición de dominio²⁵⁷. Así pues, para la apreciación del abuso: «[...] será necesario considerar los componentes restrictivos o desleales de la conducta en cuestión y el alcance de sus efectos directos e indirectos, como la intensidad y el grado de la posición dominante, las amenazas que presentan los competidores, la proporcionalidad de la respuesta y su intención excluyente o competitiva». Vid. resolución del TDC de 8 de marzo de 2000, «Retevisión c. Telefónica», FD.15.º, tercer párrafo.

²⁵⁸ Un criterio mantenido en la jurisprudencia comunitaria, entre otros asuntos, en la STJCE «United Brands c. Comisión», de 14 de febrero de 1978, *Rec.*, 1978, p. 207, y en la Decisión de la Comisión en el asunto Nestlé/Perrier de 22 de julio de 1992, IV/M., 190. Y sin embargo, el TDC en la citada resolución, de 8 de marzo de 2000 y que «[...] contrariamente al enfoque dado a la cuestión hasta ahora, no realiza un análisis estructural, contemplando la inversión en publicidad como una barrera de acceso al mercado, sino un análisis conductista en consonancia con el discurrir de los hechos en el asunto en cuestión. La campaña publicitaria es

Una situación similar en el que la publicidad se utiliza con finalidad predatoria y desde una posición dominante en otras cuatro interesantes resoluciones del TDC en la que se plasman los argumentos anteriores²⁵⁹: (1) resolución de 11 de diciembre de 1995, «Electrodomésticos de Alicante, S.A., c. Comerciantes de Electrodomésticos de Alicante, S.A., Audicolor S.L. y Electro Alicante S.L.» —expte. 354/1994—; (2) resolución de 5 de mayo de 1999 del TDC «Eléctrica Curós S.A. c. Hidroeléctrica de l’Ampordà, S.A. —H de l’E—» —expte. 431/1998—; (3) resolución de 29 de enero de 1999, «Willkinson Sword S.A.E. c. el Acuerdo del Director General de Política de la Económica y Defensa de la Competencia» de 14 de abril de 1998 —expte. 313/1998—; y finalmente, (4) la resolución de 8 de marzo de 2000, «Retevisión, S.A. c. Telefónica S.A.» —expte. 446/1999—. Unas resoluciones que se analizarán a continuación por su relación con la publicidad y promociones publicitarias de carácter predatorio.

(1) En primer lugar, la resolución del TDC de 11 de diciembre de 1995, «Electrodomésticos de Alicante S.A., c. Comerciantes de Electrodomésticos de Alicante S.A., Audicolor S.L., y Electro Alicante S.L.» —expte. 354/1994—. Se trata del primer asunto en el que el Tribunal se pronuncia sobre las cadenas comerciales, pero a los efectos que interesan en el presente epígrafe se hace necesario indicar que se trata de una oferta promocional vacía como instrumento procompetitivo. El 14 de junio de 1990, «Electro Bazar Ernesto, S.A.», —ERNESTO— formuló denuncia contra «Comerciantes de Electrodomésticos de Alicante S.A.», «Audicolor S.L.», y «Electro Alicante S.L.» —CELSA— y dos empresas más por supuesta competencia desleal. Consistente, según la denunciante, en que el grupo «Tien-21», del cual es cabeza en la provincia de Alicante la citada empresa, había insertado en el periódico «Información» de Alicante un anuncio en el que se ofertaba un modelo de televisor a un precio de venta al público considerablemente inferior al que él lo había adquirido del fabricante. En el anuncio se citaba que la validez de la oferta era de una semana de duración, del 12 al 19 de marzo de 1990. En el año 1990 ERNESTO compró una partida de 800 televisores con vídeo incorporado marca «Amstrad 20-TVR-3-TV-Color» por un precio unitario de 54.000 pesetas, realizando una campaña de publicidad para su venta. En el contrato de venta «ERNESTO» se compromete a abonar la diferencia al comprador si el mismo aparato se vende a precio más bajo en Alicante. Y coincidiendo con la fecha del día del Padre, la cadena «Tien-21» realizó la oferta del mismo aparato de televisión-video en su publicidad, entre otros aparatos de sonido e imagen, por el precio de 50.700 pesetas, en la semana previa. Dicha oferta era válida hasta el 19 de marzo de 1990, o hasta agotar existencias. Con fecha 13 de marzo de 1990 se persona un notario a requerimiento de ERNESTO en el almacén de «CELSA» que comprueba y levanta acta de que sólo hay un aparato del citado «Televisor Amstrad». Igualmente personado en el establecimiento de «Electrodomésticos 2000» del grupo «Tien-21» comprueba que no hay existencias aunque afirma haber vendido varios. Personado en otras tienda de electrodomésticos del grupo «Tien-21» como «Audicolor, S.L.» y «Electro Alicante, S.L.» da fe de que sólo hay uno, aunque un empleado afirma haber vendido 15. Datos necesarios para poner de manifiesto que la campaña publicitaria carecía del respaldo correspondiente de productos para hacer frente al incremento de la demanda. Simplemente se trataba de una oferta vacía de contenido²⁶⁰.

en sí la conducta abusiva porque supone la reacción del operador dominante cuya intención es impedir o minimizar el impacto de la entrada en el mercado de un segundo competidor [...].»

²⁵⁹ En este sentido *vid.* FERNÁNDEZ VICIEN, C., y ORTEGA PECIÑA, D., «La campaña publicitaria como abuso de posición dominante», *Diar. La Ley*, año XXI, núm. 5101, jueves 20 de julio de 2000, p. 1, http://www.laley.net/diario/dllj_t_5101_doc1.html

²⁶⁰ Con base en estos datos el TDC manifiesta en el FD. 8.º, párrf. 2.º que: «[...] una oferta agresiva, como muchas que se hacen por parte de los competidores no se considera, en principio, contraria a la competencia. La cuestión es que esa oferta se hizo sin disponer de existencias, era una oferta vacía, cuyo solo efecto se

(2) En segundo lugar, es de interés la resolución de 5 de mayo de 1999 del TDC, en el asunto «Eléctrica Curós, S.A. c. Hidroeléctrica de l' Ampordà, S.A. —expte. 431/1998— en el que el Tribunal tiene la oportunidad de pronunciarse sobre una campaña promocional con regalos. Este acto de predación basada en una campaña promocional tiene lugar en la población de Santa Pau, aunque la conducta despliega sus efectos en la comarca de Garrotxa, donde concurren las dos empresas anteriores suministrando energía eléctrica. La empresa «Eléctrica Curós, S.A.» —EC— recibe el suministro para sus abonados de «Hidroeléctrica de l' Ampordà, S.A.» —H de l'E—, que a su vez lo recibe del grupo de empresas al que pertenece. En este contexto «H de l'E» realizó una campaña promocional en Santa Pau durante los meses de abril, mayo y junio de 1995 en la que promocionaba a los consumidores que dejaran de contratar el suministro con EC y lo contrataran con ella vía regalos como mejora de las instalaciones y electrodomésticos²⁶¹. En este supuesto la publicidad y los regalos formaban parte una práctica predatoria al desviar artificialmente la demanda hacia la empresa ofertante en perjuicio de las empresas que ya estaban en el mercado²⁶². Y como se observa, el Tribunal ha empleado criterios y requisitos muy similares a los que ha venido exigiendo para las diferentes prácticas predatorias. En concreto para los denominados precios predatorios.

(3) En tercer lugar, la resolución del TDC de 29 de enero de 1999, «Willkinson Sword, S.A.E., c. el Acuerdo del Director General de Política de la Económica y Defensa de la Competencia» de 14 de abril de 1998 —expte. 313/1998—, por el que se sobresee el expediente iniciado como consecuencia de la denuncia presentada por la recurrente contra la empresa «Gillette Española, S.A.», por prácticas restrictivas de la competencia consistentes en el abuso de posición dominante y falseamiento de la competencia por actos desleales, consistentes en la realización de una campaña promocional de regalo masivo de maquinillas de afeitar. La empresa «Willkinson Sword, S.A.E.» —Willkinson—, perteneciente al grupo multinacional «Warner-Lambert», denunció el 19 de agosto de 1997 a la empresa «Gillette Española S.A.» —Gillette—, también filial de otro grupo multinacional por prácticas restrictivas de la competencia que escondía una estrategia predatoria contraria a los artículos 6 y 7 de la LDC. La conducta consistía en la realización por «Gillette» de una campaña promocional masiva en el mercado de afeitado húmedo regalando a potenciales consumidores maquinillas de afeitar «Sensor» y un cabezal «Sensor Excel». Para ello la campaña se instrumentó en tres interesantes estrategias: 1.º Introducían en los buzones de correo de la vivienda unos cupones que cumplimentados permitían recibir posteriormente el obsequio; 2.º Hacían publicidad de un número de teléfono de llamada gratuita para solicitar la muestra —concentrada en Madrid—; y 3.º Tras enviar el cupón en determinados

concentraba en dañar a Ernesto. La falta de existencias en la cadena Tien-21 se ha comprobado por las actas notariales aportadas por el denunciante y esta falta de existencias no se debía a un aluvión de demandas de compra por parte de los consumidores que hubiera vaciado los almacenes [...] El objeto de la oferta en cuestión parece ser el de contrarrestar la oferta de Ernesto mediante el lanzamiento publicitario de una oferta vacía y sus efectos dañaron la imagen de esta última empresa.»

²⁶¹ Por esta vía 67 usuarios mejoraron sus instalaciones, 49 que ya operaban con «H de l'E» y 18 de EC. De los 49 clientes que mejoraron sus instalaciones, sólo 12 obtuvieron regalos consistentes en planchas 2.600 pesetas cada una, calefactores, bombillas y fluorescentes entre otros, y por importes que van desde las 970 pesetas para las bombillas a 13.746 pesetas para calefactor, más plancha y bombilla. Durante esta promoción EC regaló los siguientes electrodomésticos a los 18 clientes que se cambiaron; 3 microondas, por valor de 30.787 pesetas cada uno, 2 microondas, por valor de 31.157 pesetas cada uno, 5 secadores, por valor de 29.167 pesetas cada uno, 2 secadores, por valor de 29.255 pesetas cada uno, 1 secadora, por valor de 28.584 pesetas cada una, 3 lavadoras, por valor de 31.529 pesetas cada una, 1 lavadora, por valor de 32.851 pesetas y finalmente, otra lavadora por valor de 30.898 pesetas. De estos 18, el importe del regalo promocional de 12 de los abonados que cambiaron superaban la cantidad pagada por el usuario anualmente.

²⁶² Por todo ello, el Tribunal en el FD. 5.º mantiene que: «[...] la campaña de promoción realizada por H de l'E., y destinada a captar clientes de la denunciante constituye un acto restrictivo de la competencia, ya que ha aplicado a los clientes de su competidor condiciones comerciales no equitativas, con objeto de incrementar su cuota de mercado, lo que constituye un abuso de posición de dominio y, subsidiariamente, si el Tribunal no apreciara que aquella empresa ostenta dicha posición, que la campaña constituía un acto desleal porque, entre otras cosas, ha inducido a la terminación regular del contrato con intención de eliminar a un competidor del mercado o, al menos, de reducir su cuota sustancialmente.»

supuestos se enviaban folletos informativos y una pegatina que puesta en el buzón de correos permitía recibir la muestra. El carácter predatorio de la conducta residía en el hecho de que Gillette ofrecía en la promoción el mango y cuchillas de muestra que no son intercambiables con otras mangos o cuchillas del mercado²⁶³. Sin embargo, el TDC no aprecia la existencia de un abuso de posición de dominio ni la existencia de una campaña promocional predatoria²⁶⁴. Y concluye manteniendo que «Gillette» realizó una campaña promocional canibalizando sus productos de la gama baja «tradicional» y «desechables» hacia el segmento de «súper sistemas» donde la rentabilidad es significativamente mayor. Afirma que no ha quedado acreditado la existencia de un propósito manifiesto por parte de la empresa «Gillette» de expulsar a los competidores del mercado, ni tampoco que los efectos de la campaña redujera sensiblemente la participación de «Wilkinson» en el mercado. No obstante, de haberse acreditado la existencia de posición dominante por parte de «Gillette» y la intención predatoria por la vía de la campaña publicitaria promocional dirigida a fidelizar a clientes, que una vez tienen el mango sólo compran los recambios suministrados por ésta, no cabría duda de que la conclusión hubiera sido diferente.

(4) Y finalmente, en cuarto lugar, la resolución de 8 de marzo de 2000, «Retevisión, S.A., c. Telefónica, S.A.» —expte. 446/1999—, por el abuso de posición dominante en su campaña publicitaria bajo el título «los planes claros»²⁶⁵. La denuncia tiene por objeto poner de manifiesto y

²⁶³ Se argumentan a favor del carácter predatorio que: «a) la posición de dominio del mercado que ostenta Gillette, b) el carácter masivo de la campaña, ya que el número de unidades objeto de la promoción es igual al de las ventas de mangos, c) El hecho de que no se trata de lanzar un producto nuevo, y d) que la fidelidad de la campaña era saturar el mercado de maquinillas y conseguir de este modo cautivar o fidelizar al usuario durante los dos años de duración media del mango, dado que al mismo sólo pueden acoplarse las hojas de la propia Gillette.» Hechos probados en la RTDC de 29 de enero de 1999 —expte. 313/1998—.

²⁶⁴ Básicamente en atención a que: «[...] a) Es discutible que Gillette tenga poder de mercado; b) el «sampling» entendido como los requerimientos técnicos de la maquinillas que impide que se acoplen al mango Gillette hojas que no sean Gillette, es una conducta considerada lícita por la LCD; c) El número de unidades entregadas como muestra se circunscribe a los parámetros considerados normales del mercado; d) Que el plazo de recuperación previsto por Gillette es similar a las realizada por la propia empresa en otras promociones; e) Que lejos de producirse la saturación de mangos en el mercado relevante de afeitado húmedo, lo cierto es que se produjo un incremento de las ventas, tanto por Willkinson como por Gillette como reconoce la demandante y el estudio de mercado de ACNielsen, y finalmente; f) Que el precio de la maquinilla de Willkinson es sensiblemente inferior al de Gillette, por lo que es evidente que un presunto depredador no podrá beneficiarse posteriormente de las rentas monopolísticas.»

²⁶⁵ El propio TDC en esta resolución, —FD. 18.º— pone de manifiesto los diferentes supuestos en los que «Telefónica» ha sido acusada y sancionada por abuso de posición de dominio. Sanciones que muestran la aptitud de la empresa frente al mercado y a la competencia. Así, «el Tribunal ha declarado con anterioridad conductas abusivas de Telefónica en la Resolución de la Sección Primera de 26 de marzo de 1981 —expte. 167/80—. Confirmada por el Pleno del 1 de julio de 1981, en la que se declaró la existencia de una práctica abusiva de posición de dominio en el mercado nacional consistente en la modificación irregular de las tarifas de sus servicios al duplicar los pasos del contador de teléfonos cada tres minutos entre determinadas zonas urbanas injustificadamente lesiva para la economía nacional y para los intereses de los usuarios de dicho servicio público. En la resolución de 1 de febrero de 1995 «Teléfonos en Aeropuertos» —expte. 350/94—, confirmada por Sentencia de 24 de septiembre de 1997 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en la que se declara la existencia de una práctica de abuso de posición de dominio consistente en la negativa y retraso injustificados de suministro de líneas telefónicas a «3C Communications de España S.A.» En dicha resolución se impone a «Telefónica» una multa de 124 millones de pesetas. Asimismo, la Resolución de 21 de enero de 1999, «BT c. TELEFÓNICA» —expte. 412/97—, en la que se declara abusivo aplicar en sus relaciones de servicio condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, situando a «BT» en situación desventajosa frente a la propia «Telefónica». También en la resolución de 26 de febrero de 1999 «Airtel-Telefónica» —expte. 413/97—, por la que se declara abusiva la conducta dirigida a dificultar la entrada y asentamiento en el mercado de «Airtel S.A.» y se le sanciona a «Telefónica Servicios Móviles» —filial de Telefónica al 100%— y a «Telefónica de España». Y por último, en la resolución de 27 de julio de 1999, «Telefónica-Ibertex» —expte. 394/97—, que declara abusiva la modificación del contrato con «Ibertex» y se sanciona a «Telefónica». A estas sanciones habrá que añadir la reciente sanción de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones contra «Telefónica», de julio de 2000. Se la sanciona por obstruir la competencia desde su posición de dominio en los procesos de preselección automática del operador.

evitar la realización de prácticas prohibidas por la LDC²⁶⁶. No debe olvidarse que «Telefónica» era la empresa dominante en el sector de las telecomunicaciones en España al disfrutar de monopolio legal. Posteriormente se ve sometida a un proceso de liberalización por el RDL 6/1996, de 7 de junio y por la Ley 12/1997, de 24 de abril que deroga la Ley de 26 de diciembre de 1991 que atribuía a «Telefónica» condiciones de monopolio. Dicha norma supone el paso al régimen de competencia plena o restringida. Por esta vía Retevisión consigue el título habilitante para prestar el servicio telefónico básico urbano, interurbano e internacional, así como el servicio portador y soporte del mismo. Además se establece el control en el proceso de transición del monopolio legal a una situación de libre competencia en un sector basado en la prestación de servicios a través de redes, lo que requiere una regulación que asegure la entrada a los nuevos operadores en condiciones competitivas ya que, de otra forma, se enfrentarían a un mercado no expugnable²⁶⁷.

Además, gracias a los ficheros de clientes de que disponía «Telefónica» pudo elaborar uno denominado «Segmentación de Mercados» en el que se acumula la información sobre facturación de clientes al objeto de ofrecer un tratamiento comercial diferenciado. Y sobre él fundamenta las campañas publicitarias realizadas desde septiembre de 1997 en «Bonos», «Paquetes de Tráfico» y «Planes Personales». Ésta última paralizada por la «CMT» ante la inminente liberalización del mercado porque implicaban la fidelización de determinados grupos de clientes y operaba como una barrera de entrada ante nuevos competidores. Por su parte, «Retevisión» comienza a prestar sus servicios de telefonía básica de alcance interprovincial e internacional el día 23 de enero de 1998, a través del sistema de gestión indirecta, mediante la utilización, previa contraprestación, de las redes de «Telefónica» para llegar a sus abonados. Comienza a promocionarse a través de la campaña de publicidad titulada «Por fin hay alguien al otro lado» y «La cabina telefónica» ofreciendo la posibilidad de apuntarse a sus servicios a través del 015. Además ofrecía los servicios de telefonía internacional e interprovincial utilizando el prefijo de marcación 050 a un precio también menor al de «Telefónica».

Coincidiendo en el tiempo, el 5 de febrero de 1998 «Telefónica» lanzó al mercado la campaña de publicidad «Los planes claros» consistentes en cinco programas totalmente gratuitos y personalizados, diseñados a la medida de sus clientes «Plan 5 estrellas», «Plan&Rock», «Plan Hello!», «Plan Comunidad» y «Plan 3 en casa». Esta campaña dependía de la autorización correspondiente del Ministerio de Fomento. Una información que si bien aparecía en el anuncio, se hacía de modo difuminado de modo que pasaba desapercibido. Además era consciente de que la no aprobación de la citada campaña publicitaria daría lugar a la frustración de aquellos consumidores que solicitaron el servicio. Lo que pone de manifiesto la realización de una conducta constitutiva de abuso de posición dominante²⁶⁸. Y la clave del abuso reside, a juicio del TDC, en la desproporción de la inversión realizada en publicidad por «Telefónica», seis veces más intensa que

²⁶⁶ En la denuncia se acusaba a «Telefónica, S.A.» de: 1. Desarrollar un estrategia planeada y premeditada destinada a obstaculizar e impedir la entrada en el mercado y el establecimiento del nuevo operador «Retevisión». En particular mediante el desarrollo de una campaña publicitaria de unos planes de descuento no autorizados con la finalidad de bloquear la contratación de servicios del nuevo operador, que constituía un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 6 de la LDC; 2. Utilizar, para el diseño y desarrollo de la citada campaña, información sobre la evolución de su competidor, a la que «Telefónica» tiene acceso dada la actual situación del mercado español de la telefonía básica y en particular, del denominado «acceso indirecto» a través del cual presta «Retevisión» sus servicios, que constituirá igualmente un posible abuso de posición de dominio prohibido por el artículo 6 de la LDC; 3. Y desarrollar una campaña publicitaria engañosa al publicitar unos productos que no existían, que no habían sido probados y que, de hecho, finalmente no fueron aprobados en los mismos términos de su inicial comercialización, lo que constituiría un posible acto prohibido de competencia desleal al que sería de aplicación la prohibición del artículo 7 LDC.

²⁶⁷ Manifestación realizada por el TDC en la resolución de 8 de marzo de 1999 «Retevisión c. Telefónica» — expte. 456/1999—, en los hechos probados —número 3, tercer párrafo—.

²⁶⁸ La conducta fue calificada por el Tribunal como un abuso de posición dominante que infringe el artículo 6 de la LCD por: «[...] concebir y desarrollar los planes de descuento comercializados bajo el nombre «Los planes claros» con la finalidad de bloquear la contratación de servicios y obstaculizar el asentamiento en el mercado del operador entrante, en los términos descritos en los puntos 1 y 3»

la de «Retevisión» en la primera semana, con unos descuentos espectacularmente altos —hasta del 60% en el «Plan 5 estrellas»—, y en la intención anticompetitiva organizada por «Telefónica»²⁶⁹.

C) Efectos

Los intereses que pueden ser lesionados como consecuencia de las citadas conductas son los de los concurrentes en sentido amplio, tanto en relación directa como indirecta, los de los consumidores y usuarios y los del propio mercado.

1. En primer lugar, para los competidores porque la conducta opera como una barrera de entrada vía exceso de publicidad al alcance de competidores con posición dominante. Sólo desde las prerrogativas que le ofrece su posición estos competidores pueden permitirse el desembolso económico que implica una campaña publicitaria cuyo nivel de impacto vendrá determinado por los efectos que produzcan sobre el resto de los competidores. Y que se manifiesta al retrasar

²⁶⁹ Resulta especialmente significativo la referencia al fax enviado el 22 de enero de 1998 —folio 310 expte. SDC—, entre miembros de la agencia de publicidad, cuyo asunto es «concurso campaña paquetes de descuento de Telefónica». En su interior se contienen comentarios de «Telefónica» complementarios al *Briefing* —información— recibida. Especialmente el que mantiene que: «Aparte de los documentos de Briefing que ha recibido BASSAT, es importante tener en cuenta estos comentarios por parte de Telefónica. En la campaña no debe percibirse que los nuevos paquetes de descuento son una reacción a las acciones de Retevisión. La intención es reducir el impacto de la campaña del primer operador tras la liberalización de las telecomunicaciones lo que manifiesta en la página 8 de la resolución del TDC con el siguiente tenor: «El sentido de este planteamiento viene provocado por la amenaza de la competencia ("Siempre más baratos que Telefónica") y la necesidad de ser muy contundentes en esta nuestra primera comunicación después de la liberalización del mercado.» Asimismo, es interesante el FD. 17.º al mantener que: «[...] El hecho de que Telefónica asumiera esos riesgos sólo puede explicarse porque el objetivo prioritario era la anulación de la campaña de un incipiente único competidor. De la misma forma que los monopolios pueden desentenderse de la necesidad de innovar, de modernizar, de procurar la mayor satisfacción a los consumidores, siempre que las barreras de entrada sean altas y seguras, sólo los monopolios, junto con empresas ocasionales a las que no importa desaparecer del mercado, son capaces de producir una deliberada frustración al mercado. Telefónica podía legítimamente reaccionar ante la oferta de su competidor con una oferta alternativa, pero no existe justificación objetiva que se anticipase con una oferta que carecía de la preceptiva autorización. Siendo consciente de la frustración que podría producir a los usuarios, sólo podía hacerlo prevaliéndose de su posición de dominio, contando con la inercia de unos usuarios resignados desde siempre a un único proveedor de servicio telefónico y confiando en que la intensidad de su campaña publicitaria minimizaría la del recién llegado primer competidor. En resumen, Telefónica concibió y puso en práctica la campaña publicitaria los *Planes Claros* con el fin primordial de anular la de su competidor, dedicando recursos de desproporcionada intensidad en las dos primeras semanas, anunciando unos programas de descuento que no estaban autorizados, con plena conciencia de la posibilidad de que no se autorizasen, sin consideración por la posible decepción de los usuarios y sin hacer un esfuerzo especial de divulgar el contenido de los que al final se autorizaron». Como se observa, un supuesto que cae de lleno en el objeto de nuestro estudio. Por lo que llegados a este punto y habiendo expuesto las líneas básicas de esta práctica corresponde proceder al análisis de sus efectos, manifestación irracional y desproporcional de la campaña publicitaria o promocional, determinación de la frontera entre lo leal y competitivo y lo desleal y anticompetitivo. Así como las eventuales vías de represión de estos comportamientos desde la normativa *antitrust* y desde la disciplina de la competencia desleal. Lo que ha venido ocurriendo en la aplicación del Derecho comunitario por el TJCE en el asunto «United Brands c. Comisión» en relación con la publicidad como barrera de entrada al mercado indicando que implica un incremento del coste de oportunidad de los nuevos competidores, sobre todo en mercados con estructura oligopolística. Y que se ha repetido en los asuntos «Centre Belge d'Estudes de Marqué Telemarketing», «BPB», «Hilti» y «Tetra Pak», entre otros. *Vid.* STJCE «Centre Belge d'Estudes de Marqué Telemarketing», de 3 de octubre de 1985, asunto 311/84, *Rec.*, 1985, p. 3261; y la STPI «Hilti», de 12 de diciembre de 1991, asunto IV/30/89, *Rec.*, 1991, p. II.0163; «BPB», de 1 de abril de 1993, asunto T-65/89, *Rec.*, 1993, p. II-0389; y «Tetra Pak», de 10 de julio de 1990, asunto IV/51/89, *Rec.*, 1990, p. II-0309, (Tetra Pak I), y de 6 de octubre de 1994, asunto T-83/91, *Rec.*, 1994, p. II-0755.

su entrada, incrementar sus costes, hacer ineficaz la campaña de sus competidores o reducir su nivel de impacto publicitario, expulsarlos del mercado, disuadirlos de no entrar o bien disciplinarlos para que acepten unas determinadas condiciones comerciales que de otro modo no hubieran aceptado. Esta conducta implica un abuso de la posición de dominante contraria a las exigencias de la buena fe no basada en los propios méritos, por lo que debe ser considerada desleal, tanto desde la perspectiva del derecho *antitrust* como desde la disciplina de la competencia desleal. Sin que como se ha indicado pueda ser objeto de represión por la LGPu salvo que concurra algún supuesto de publicidad ilícita.

2. En segundo lugar para el mercado porque se trata de una conducta intencionadamente anticompetitiva no basada en los méritos propios, sino en la posición dominante que ocupa la empresa. Si estas prácticas no se reprimen se produce un incremento injustificado del coste social. El predador operaría en régimen de monopolio de hecho incrementando los precios, reduciendo su inversión en I+D, retrasando el traslado de la tecnología al mercado, limitando su oferta o reduciendo la calidad de atención al cliente entre otras posibilidades a su alcance. Precisamente porque para la empresa el demandante de sus servicios no tiene la condición de consumidor en los términos en los que hoy se entiende, sino la de abonado. Para el agresor la lógica de la predación resulta evidente y el coste económico que implica al dilapidar recursos económicos de la empresa podría parecer mínimo en relación con los beneficios futuros derivados de las rentas monopolísticas que obtendrá, con independencia de que incremente o no el precio, siempre que consiga mantener su cuota de mercado. Mientras que para la empresa o empresas que sufren la práctica desleal implicará un incremento del coste de acceso, permanencia o salida. Esto puede llevarla a su extinción o a aceptar condiciones comerciales a las que de otro modo no accederían. Un comportamiento que en definitiva supone la exclusión de la competencia por la vía de hecho. Y ello dará lugar a un mercado no saneado porque no opera bajo las reglas de competencia eficiente y cuyos efectos negativos se extienden a la totalidad del mercado y de sus concurrentes que son los que finalmente acaban trasladando al consumidor el mayor coste de las rentas monopolísticas vía precios.

3. Y finalmente, en tercer lugar, para los consumidores y usuarios porque implica una disminución del bienestar social. La expulsión del mercado por prácticas desleales no basadas en los méritos propios implica un acto de selección natural contrario a sus intereses. Así, la empresa que ha invertido en la campaña publicitaria predatoria tratará de recuperar las pérdidas sufridas, lo que implica: 1. aumento de los precios, 2. disminución de la variedad de productos o servicios ofertados, 3. disminución de la inversión en I+D, y 4. disminución del nivel de calidad de atención al cliente que de repente pasa de consumidor a abonado.

D) Vías de represión de éstas prácticas

Las vías de represión de estos comportamientos puede realizarse desde la normativa *antitrust* en su doble vertiente comunitaria y nacional. La primera en aplicación de los artículos 81 y 82 del TCE y la segunda por aplicación, según los casos de los artículos 1, 6 y 7 de la LDC. Asimismo, podrán ser objeto de represión desde la disciplina de la competencia desleal por infracción de la cláusula general del artículo 5 de la LCD. Y además, el abuso de publicidad predatoria por una empresa dominante con intención anticompetitiva y desleal puede incurrir en algunos de los supuestos de publicidad ilícita. En estos, el afectado podrá optar entre elegir cualquiera de las normativas independientemente o ambas de un modo conjunto en la misma demanda, siempre que la LGPu no contradiga la LCD²⁷⁰. La calificación de la conducta como acto de publicidad desleal o en su caso, de competencia desleal viene dada por la calificación de la idoneidad objetiva de la conducta para producir el resultado lesivo. Por tanto, la represión de la conducta podrá operar cuando se haya realizado una manifestación externa de la misma con fines concurrenciales, siempre que se muestre objetivamente idónea para producir los efectos indeseados y prohibidos en los citados preceptos.

5. Exceso de servicio en relación con la contraprestación recibida

5.1. Planteamiento

El exceso de servicio en relación con la contraprestación recibida opera en la práctica como un instrumento para la promoción de productos o servicios. Dicha estrategia se inspira en la idea de que al mejorar las prestaciones propias se mejora el atractivo del producto o servicio en cuestión, se incrementa la demanda y consecuentemente el beneficio que obtiene la empresa. Entendiendo por beneficio no sólo el incremento de los ingresos por el producto o servicio en cuestión sino también los supuestos en los que con ello se consigue mantener la cuota de mercado o mejorar la imagen de marca. Sin embargo, en algunos casos se puede transformar en una práctica predatoria no basada en estrategia de precios, al menos directamente. Precisamente porque el exceso nace con apariencia de licitud, pero en realidad oculta un incremento irracional de las contraprestaciones para el concreto producto o servicio. Y queda al descubierto cuando se comparan con las contraprestaciones normales para el mercado en causa. Porque salvo que aparezcan nuevas ventajas competitivas o comparativas, los márgenes de beneficio y los costes de las empresas asentadas en un concreto mercado son similares. Quedando poco margen para estrategias consistentes en «exceso de servicios» con cargo a unos beneficios ya de por sí ajustados. Pero al igual que ocurre con los precios predatorios, este tipo de conductas implica un incremento de la competencia que beneficia a los consumidores al recibir más contraprestaciones por el mismo precio. Este comportamiento obliga al resto de

²⁷⁰ Vid. TATO PLAZA, A., *La publicidad comparativa*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 221.

los empresarios a optimizar su nivel de costes, a invertir en I+D, a mejorar el trato y el servicio al cliente, entre otros cambios, para poder competir. Todo ello genera un dinamismo que incrementa la competencia, depura el mercado y a los competidores, optimiza los resultados y mejora la relación calidad-precio del producto o servicio a favor de los consumidores. Pero en la segunda fase de la estrategia y en mercados concentrados en la oferta y fragmentados en la demanda, cuando la estrategia ha dado resultado y determinados competidores han salido del mercado o han quedado debilitados, el agresor impondrá su criterio. Procederá al incremento de los precios y a la reducción de las contraprestaciones, lo que perjudicará a los consumidores y usuarios a medio y largo plazo. Y aunque haya sufrido pérdidas en el proceso, también habrá elevado el coste de oportunidad de potenciales competidores.

El supuesto analizado encaja en la categoría de *rising rivals costs*, y la sutileza radica en el hecho de que no se modifica directamente el precio de los productos o servicios del mercado en causa. Sino que es indirecta al incrementar las prestaciones de la oferta si se desea que tenga demanda. De modo que si el resto de los concurrentes quieren vender tendrán que acercarse a la oferta del agresor. Una estrategia que podría ocultar fácilmente estrategias de venta a pérdida ilícitas.

5.2. La conducta anticompetitiva

La deslealtad competitiva del acto viene dado por la realización misma del comportamiento, con independencia de su resultado. La conducta desleal se enmarca en una estrategia empresarial de apariencia lícita, realizada al socaire del ejercicio legítimo de un derecho. Aunque en realidad oculta una práctica predatoria anticompetitiva contraria a las exigencias de la buena fe y a la libre competencia. Y que no es otra que la intención del agresor de generar una barrera de entrada o salida a través de contraprestaciones excesivas para su oferta en relación a las consideradas normales para el mercado en causa, sin que a ello contribuyan ventajas tecnológicas o comparativas.

Resulta evidente que las inversiones empresariales que mejoren la relación calidad-precio a favor de los consumidores y usuarios son positivas. Pero en cualquier caso, no deben rebasar dos límites: primero, que la suma del conjunto de las prestaciones directas o accesorias no superen el precio de adquisición o el coste de producción, debiendo quedar ambas cubiertas por el margen de beneficio; y segundo, que las mejoras se encuentren en el ámbito de lo considerado racionalmente económico desde un punto de vista empresarial para el concreto mercado. En cualquier caso, se trata de una estrategia arriesgada porque no sólo deberán ser cubiertos con cargo a beneficios y reservas los costes derivados de su propia cuota de mercado, sino también del incremento de esta al aumentar el número de clientes, debido a la mejora comparativa de su servicio con respecto a la competencia. Esta práctica le ocasionará un debilitamiento que mal controlado

podría convertirse en mortal de necesidad²⁷¹. Y sin que sea necesaria la exigencia de un resultado lesivo, sino de un potencial resultado lesivo. En definitiva de que la práctica se manifieste objetivamente idónea para alcanzar el resultado prohibido. Sería suficiente con que el agresor reúna los requisitos objetivos de una posición de dominio y que explote abusivamente dicha posición. Sin que sea necesario el resultado lesivo y de haberlo, se utilizaría para ponderar la sanción y en su caso la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

5.3. La frontera de lealtad

La frontera para delimitar entre la existencia o no de una práctica predatoria leal de una desleal en este supuesto viene determinada por lo que se considera «nivel de gasto normal en los servicios complementarios» para el producto o servicio del mercado en causa. Así, cuando el coste de los servicios complementarios más el coste del servicio principal sea superior al nivel de gasto normal para el mercado en causa y la mejora no obedezca a una ventaja competitiva o comparativa sino que se sustente en la explotación abusiva de la posición de dominio, el comportamiento deberá calificarse como anticompetitivo²⁷². Y además, si el coste de los servicios complementarios más el coste del servicio principal fuera superior al precio de venta al público. O si se prefiere, el precio de venta al público fuere menor al precio de adquisición o al coste de producción, se estaría incurriendo en un supuesto de venta a pérdida ilícito. Salvo que se trate de promociones, liquidaciones, saldos, excepciones por realineamiento y productos percederos. Pudiendo ser objeto de represión desde la normativa *antitrust* y desde la disciplina de la competencia desleal. En la primera, en el ordenamiento comunitario por infracción de los artículos 81 y 82 del TCE, y en el nacional, según las características de la práctica, por infracción de los artículos 1, 6 y 7 de la LDC. Y en la segunda, desde la disciplina de la competencia desleal por infracción del artículo 17. 2. a), b) y c) de la LCD.

5.4. Los servicios complementarios

En este supuesto es de vital importancia establecer con claridad lo que se considera prestación normal para un producto o servicio en el mercado en causa y lo que se consideran servicios complementarios. El pago del precio no sólo se extiende a la prestación principal sino que incluye toda una serie de prestaciones complementarias inexorablemente unidas a esta, como la garantía, el traslado

²⁷¹ Precisamente porque mientras el agresor consume recursos propios, las agredidas y los potenciales competidores que permanecen al margen, dentro y fuera del mercado permanecen frescos, a la expectativa, sin sufrir en dicho proceso grandes pérdidas.

²⁷² La realización de estos comportamientos de carácter predatorio parecen sólo al alcance de empresas con posición dominante. Sin embargo, no siempre es necesario que las empresas que realizan estos comportamientos tengan posición dominante. Siendo en muchos casos posible la realización exitosa de estas conductas por empresas que no tienen posición de dominio, pero con una cuota de mercado significativa. Una hipótesis de trabajo que será objeto de estudio detallado en el marco de la segunda hipótesis que se defiende en el presente trabajo.

hasta el domicilio, el montaje o la retirada gratuita si el cliente no queda satisfecho, entre otras prestaciones. Todas esas prestaciones mejoran la principal y por tanto, el atractivo para los clientes reales. Por tanto, el concepto de «prestación normal para el producto o servicio» vendrá determinado por el nivel medio de prestaciones que los empresarios otorgan para productos o servicios similares en un determinado mercado en causa o de referencia. No obstante, el principal problema estriba en la dificultad de comparar prestaciones no homogéneas. Para solucionar este problema habrá que tener en cuenta el importe de la prestación principal, el importe de las complementarias, el margen de beneficio en proporción a la estructura de la empresa, y la comparación con el nivel medio de gasto en que incurren los empresarios del mercado en causa para las prestaciones complementarias, o en su defecto, de productos o servicios similares²⁷³.

6. Abuso de procedimientos judiciales y administrativos

6.1. Planteamiento

El catálogo de conductas *non predation* es susceptible también de integrarse en aquellas que constituyen abuso de procedimientos judiciales y administrativos. Se trata, en efecto, de conductas predatorias que aprovechan el ejercicio abusivo de derechos subjetivos que, comprendiendo al agresor, se hacen valer con una finalidad distinta a la protección que el ordenamiento jurídico le confiere²⁷⁴. Se parte de la base de la legitimación y respeto absoluto de quien pretende ejercitar sus legítimos derechos en procedimientos judiciales y administrativos. Un principio comúnmente aceptado por la doctrina y por nuestra jurisprudencia bajo el principio *qui iure suo utitor nenimen laediti*. Siempre que se ejercite en el marco de protección que el ordenamiento le confiere, esto es, con buena fe y sin rebasar los límites de la equidad. En estos casos no se producirá abuso de derecho bajo la

²⁷³ Se entiende por servicios complementarios todas aquellas prestaciones que recibe el comprador de un producto o servicio por la contratación de la obligación principal. No debiendo incluirse aquellas prestaciones que por su naturaleza van inexorablemente unidas a la contratación principal. Por ejemplo, en la compra de un coche utilitario de gama baja al proveedor se sobreentiende que el vehículo vendrá con motor y ruedas, no así las prestaciones complementarias como la navegación por satélite, el teléfono móvil, el equipo de música con CD's u otras que no son normales de serie para los vehículos de ese segmento.

²⁷⁴ Por su parte, en el ordenamiento norteamericano los efectos negativos que para el Derecho de la competencia pudiera desplegar el abuso de litigación en procedimientos administrativos y judiciales como práctica predatoria no basada en estrategias de precios ha sido puesto de manifiesto, entre otros, por el juez BORK, R. H., *The antitrust paradox: a policy at war ...*, ob. cit., p. 347, «Predation by abuse of governmental procedures, including administrative and judicial processes, presents and increasingly dangerous threat to competition. Antitrust law is beginning to catch up with it, but the criteria to govern this field are not yet fully formulated.» Este es un tema que ha sido objeto de un gran debate en la doctrina de ese país. Por un lado los que inspirados en la escuela de Chicago manifiestan que estas prácticas no deben ser objeto de represión porque son muy extrañas en la práctica y de producirse son de muy difícil de amortizar los gastos realizados *vid.* POSNER, R. A., *Antitrust law: and economic perspective*, The University of Chicago Press, Londres, 1976. Por otro lado, los que inspirados en la *Escuela de Harvard* plantean que esta práctica desleal debe ser perseguida porque es más frecuente de lo que parece. AMERICA BAR ASSOCIATION, Antitrust section: Monograph núm. 18, *Nonprice predation under Section 2 of the Sherman Act*, 1991 y AMERICA BAR ASSOCIATION, *Nonprice predation monograph, Strategy, predation, and antitrust analysis*, 1981.

forma de ejercicio abusivo del derecho a litigar, aun cuando la pretensión sea desestimada por la instancia. El problema que se procede a plantear es el de la posibilidad de que actuando amparado en la apariencia de ejercicio legítimo de un derecho lo haga fuera de los límites que el ordenamiento le permite. Lo que tiene lugar cuando se ejercita conscientemente acciones sin la existencia de una *iusta causa litigandis* concurrente. La conducta no se instrumentaliza bajo la apariencia de buen derecho o de legitimidad y los emplea para alcanzar otros fines²⁷⁵. Se trata pues, del ejercicio irracional de acciones judiciales, debiendo procederse a su represión cuando la conducta se muestre objetivamente idónea para producir un resultado lesivo. Ya que opera como una auténtica barrera de entrada o salida para el resto de los competidores, situado en la categoría de una práctica predatoria²⁷⁶. Debiendo incluir la simple amenaza de iniciar acciones legales porque podría producir los mismos efectos²⁷⁷.

Para que la práctica predatoria pueda tener lugar es necesario la concurrencia de los siguientes requisitos: 1. Existencia de una prerrogativa legal que proteja los derechos subjetivos del actor, lo que le confiere una posición de dominio frente al demandado, 2. Ejercicio del derecho con una intención o finalidad dañina traspasando los límites de la equidad y de la buena fe, lo que se manifiesta en la ausencia de una *iusta causa litigandis*, y 3. Que se realice una manifestación externa que haya producido, produzca o pueda producir efectos negativos sobre la competencia.

6.2. Medios de represión en la jurisprudencia

Cuando concurren los tres elementos citados la conducta desleal puede ser objeto de represión por una triple vía. Desde la normativa *antitrust* y desde la disciplina de la competencia desleal. En la primera, por infracción de los artículos 81 y 82 del TCE, por infracción en su caso, de los artículos 1, 6 y 7 de la LDC. Y

²⁷⁵ Vid. entre otras las sentencias del TS, ya comentadas de 28 de febrero de 1959, 12 de noviembre de 1960, 5 de enero de 1977, 22 de abril de 1968, 5 de noviembre de 1982, 17 de marzo de 1984 y 17 de septiembre de 1987.

²⁷⁶ Con similar criterio al expuesto, vid. MYERS, G., «Litigation as a predatory practice», *Kentucky L. Journl.*, v. 80, pp. 586-596.

²⁷⁷ Por su parte, en el ordenamiento norteamericano los efectos negativos que para el Derecho de la competencia pudiera desplegar el abuso de litigación en procedimientos administrativos y judiciales como práctica predatoria no basada en política de precios ha sido puesto de manifiesto por el juez BORK, R. H., *The antitrust paradox: a policy at war ...*, ob. cit., p. 347, «Predation by abuse of governmental procedures, including administrative and judicial processes, presents and increasingly dangerous threat to competition. Antitrust law is beginning to catch up with it, but the criteria to govern this field are not yet fully formulated.» Este es un tema que ha sido objeto de un gran debate en la doctrina de ese país. Por un lado los que inspirados en la escuela de Chicago manifiestan que estas prácticas no deben ser objeto de represión porque son muy extrañas en la práctica y de producirse son de muy difícil de amortizar los gastos realizados vid. POSNER, R. A., *Antitrust law: and economic ...*, ob. cit. pp. 25 y ss. Por otro lado, los que inspirados en la *Escuela de Harvard* que plantean que esta práctica desleal debe ser perseguida porque es más frecuente de lo que parece. AMERICA BAR ASSOCIATION, Antitrust section: Monograph núm. 18, *Nonprice predation under Section 2 of the Sherman Act*, 1991 y AMERICA BAR ASSOCIATION, Nonprice predation monograph, *Strategy, predation, and antitrust analysis*, 1981.

la segunda, desde la disciplina de la competencia desleal, por infracción de la cláusula general del artículo 5.

A) Vía artículos 81 y 82 del TCE

Será de aplicación este precepto cuando la conducta pueda afectar al comercio entre los Estados miembros. No se olvide que la acción desde el Derecho de la libre competencia en sí misma carecería de importancia si la empresa en cuestión no tuviera posición de dominio. Precisamente porque este es el «área de competencia en el que debe examinarse el poder de la empresa dominante —y de sus competidores reales o ficticios—»²⁷⁸. Es jurisprudencia reiterada que la adquisición de un derecho o la celebración de un contrato pueden dar lugar a una infracción del artículo 81 del TCE si los realiza una empresa con posición dominante²⁷⁹. En este caso, la posibilidad de ejercitar abusivamente la facultad de litigación le confiere una posición de dominio frente al resto de competidores. A este respecto resulta de interés la doctrina de la Comisión en tres interesantes asuntos: (1) en la Decisión de 29 de julio de 1987, consistente en la adopción de medidas provisionales en el asunto «BBI c. BOOSEY & HAWKES»²⁸⁰; (2) en el asunto «ITT Promedia NV c. Comisión» de 17 de julio de 1998²⁸¹; y finalmente (3), en el asunto «Decca Navigator System c. Comisión»,

²⁷⁸ Decisión de la Comisión de 29 de julio de 1987 sobre un procedimiento previsto en el artículo 86 del Tratado (*Actual artículo 81 del TCE*), CEE/IV/32.279 «BBI c. BOOSEY & HAWKES», Medidas provisionales, 87/500/CEE, punto 17.

²⁷⁹ Puede considerarse como abuso de posición dominante el acto realizado por una empresa —con posición de dominio— consistente en la adquisición de un Derecho, en la celebración de un contrato, o en la interpretación abusiva de la ejecución de una cláusula contractual más allá de lo que las partes podían esperar. En este sentido *vid.* la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 10 de julio de 1990, «Tetra Pak c. Comisión», T-51/89, *Rec.*, p.II- 309, apartado 23.

²⁸⁰ (1) En el primero «BBI c. BOOSEY & HAWKES» se trata de un supuesto de medidas provisionales adoptadas por la Comisión al amparo del artículo 3 del Reglamento núm. 17 del Consejo²⁸⁰. Las empresas «Gabriel's Horn House, Ltd.»—GHH— y RCN Music —RCN— crearon en abril de 1986 la empresa «Brass Band Instruments, Ltd.»—BBI—, con la finalidad de competir con la empresa «Boosey & Hawkes, plc.»—B&H— en la gama de instrumentos para bandas de metal, concretamente en la gama «Sovering». Para ello, trae los instrumentos de una fábrica alemana que las hace siguiendo las indicaciones de «BBI», luego las ensambla en su fábrica de Luton, con la intención de fabricar unos 200 instrumentos al mes, que suponía un 40 por ciento de la facturación de «B&H». Este mercado en 1987 era de unos 10 millones de ecus, con gran profusión en Países Bajos, Bélgica, Dinamarca y la República Federal de Alemania, controlado entre un 80 y 90 por ciento por «B&H», quien a su vez suministra instrumentos, piezas de recambio y financiación a «GHH» y «RCN». Cuando «B&H» conoce el acuerdo de «GHH» y «RCN» adopta una serie de medidas abusivas y prácticas hostiles encaminadas a la eliminación de «BBI», su potencial competencia. Entre estas medidas «B&H» emprende, sin éxito, acciones injustificadas ante los tribunales británicos por infracción de los derechos de autor. También se dirige contra la empresa alemana que suministra las piezas a «BBI», aunque sin éxito. Y finalmente, se dirige contra «GHH» y «RCN» negándole el suministro de instrumentos y piezas de recambio, retirándole el crédito sin previo aviso e iniciando acciones legales reclamando cuentas pendientes. Medidas que llevan a «GHH», «RCN» y «BBI» a una delicada situación, incluyendo los patrimonios personal de los directivos que avalaron las operaciones de «BBI». Por todo ello, la Comisión tras analizar las pruebas documentales para determinar la posición en el mercado de «B&H» adopta medidas provisionales tendentes a evitar los abusos que se venían cometiendo a través del ejercicio abusivo del derecho a la litigación.

²⁸¹ (2) En el segundo asunto, «ITT Promedia NV c. Comisión», el artículo 113.2 de la Ley Belga de 13 de octubre de 1930, de coordinación de las disposiciones relativas a la telefonía de hilos de cobre, concedió a la empresa pública «Régie des télégraphes et téléphones —RTT—, que en 1991 se transforma en «Belacom» y

en 1994 en «Belacom, S.A.» el derecho exclusivo de gestión de telecomunicaciones en Bélgica, incluida la producción y distribución de guías telefónicas, pudiendo cederla a terceros. Dicho artículo se reforma por el artículo 45 de la Ley, de 24 de diciembre de 1994, que establece que además de «Belgacom», otras personas autorizadas por el «Institut belge des services postaux et des télécommunications» —IBPT— a editar guías telefónicas con arreglo a las condiciones y modalidades definidas por el Rey. Esto se hace mediante el Real Decreto, de 15 de julio de 1994, de reforma de determinadas empresas públicas económicas. «RTT» concede a «ITT» en 1969 la licencia por 10 años para explotar el derecho exclusivo a publicar y distribuir la guía de abonados y las de empresas sobre la base de datos de «RTT». En la renovación para el año 1995 choca con la citada Ley, de 24 de diciembre de 1994, de modo que ya la exclusiva no es de «Belgacom, S.A.» No obstante, esta empresa impone condiciones desiguales a «ITT», por lo que esta interpone una solicitud de suspensión del artículo 45 ante el «Cosseil d'Etat belga», manifestando que es contrario al Derecho de la competencia Belga y Comunitario. La pretensión se estima el 5 de octubre de 1994 por el Presidente del Tribunal de Comercio de Bruxelles, lo que es confirmado por la «Cour d'appel de Bruxelles». En este contexto, «Belacom, S.A.» se ve obligada a suministrar en condiciones de equidad los datos a «ITT» pero persiste en su conducta interponiendo una y otra vez recursos. Al mismo tiempo y habiendo sido declarado ilegal el artículo 113 en el que se fundamentaba su prerrogativa, busca un nuevo socio con el que constituyen la sociedad belga «Belacom, S.A.» —80%— y al que suministrar los datos como nuevo socio a «GTE Information Services Inc. Belacom, S.A.» —20%—. Además, coetáneamente en el tiempo sostiene toda una batería de acciones, fundamentadas en una norma, aunque su finalidad era retrasar, dificultar o impedir la entrada de un competidor en el mercado. A juicio de la Comisión puede constituir un abuso de posición dominante al mantener que: «[...] la solicitud de ejecución de una cláusula de un contrato si, en particular, dicha solicitud va más allá de lo que las partes podían esperar razonablemente del contrato o si las circunstancias aplicables en el momento de la celebración del contrato se han modificado». —*Vid.* STPI de 17 de julio de 1998, «ITT Promedia NV c. Comisión de las Comunidades Europeas», asunto T-111/96, II-2937— Por lo que establece dos criterios para identificar el abuso: 1. «[...] que no pueda considerarse razonablemente que ésta tiene por objeto hacer valer los derechos de la empresa de que se trate, por lo que sólo puede servir para hostigar a la parte contraria,» y 2. «[...] que esté concebida en el marco de un plan que tenga como fin suprimir la competencia[...]». Debiendo tener presente como cautela la situación real existente en el momento de ejercitar la acción, al exigir que «[...] debe determinarse si tal acción tenía por finalidad hacer valer el derecho que la empresa, en aquel momento, podía razonablemente considerar suyos»²⁸¹. A *contrario sensu*, un ejercicio no razonable o abusivo de derechos puede considerarse como un abuso de posición dominante que infringe el artículo 81 y 82 del TCE. Lamentablemente, el TPI no entra a analizar la compatibilidad entre el ejercicio abusivo del derecho propio a través de acciones judiciales por una empresa y su relación con el posible abuso de posición de dominio en el marco de una conducta prohibida por el artículo 81 del TCE al mantener que: «[...] La posibilidad de hacer valer los derechos propios por vía judicial y el control jurisdiccional que ello implica es la expresión de un principio general del Derecho que es básico en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y que fue igualmente consagrado por el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Dado que la tutela judicial es un derecho fundamental y un principio general que garantiza el respeto del derecho, únicamente en circunstancias excepcionales el ejercicio de una acción judicial podrá constituir un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado (*actual artículo 81 del TCE*).» Cunado en realidad sí disponía de elementos suficientes para realizar dicha argumentación. Un criterio que, por el contrario, sí ha sido empleado en la jurisprudencia norteamericana —el abuso de litigación aparece incluido en la *Rule 11 of the Federal Rules of Civil Procedure* y en otros estatutos, se han empleado como remedios para evitar estas conductas por el Derecho *antitrust* norteamericano incluyendo en sus leyes una medida disuasoria como el pago del triple de los daños ocasionados más las honorarios de los abogados —15 USC §15, (1988) y en 15 USC §25 (1988)—. Además, el ejercicio de una practica predatoria consistente en abuso de litigación puede ser objeto de represión por violar la sección 5 de la *Federal Trade Commission Act.*, 15 USC §45, (1988). Resulta especialmente interesante a este respecto el asunto «L. G. Balfour Co. v. FTC», 442 F.2d 1, 14-16 (7th Cir.), 1971— Se establece que si el ejercicio de una acción judicial por una empresa en régimen de monopolio es negligente cuando carezca de elementos suficientes para llegar a buen término. Porque se trata de una pretensión que en si misma es insostenible, por mucho que se fundamente en el legítimo ejercicio de un derecho reconocido por Ley. O porque con ella se pretende retrasar o impedir que un competidor afecte a la posición de dominio de la citada empresa. Esta acción constituye un ilícito *antitrust* al implicar un acto de explotación abusiva de posición dominante. Y en cualquier caso, el límite a este planteamiento viene de la mano de la doctrina norteamericana conocida como *Noerr-Pennintong*, conforme a la cual, si la pretensión de la empresa monopolista se fundamenta en una causa probable se excluye la posibilidad del ilícito *antitrust* —doctrina que tiene su origen en las siguientes «Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight Inc.», 365 US, 127, 1961; y en «United Mine Workers v. Pennintong», 381 US 657, 1965.— Esta causa probable opera como contrapunto a la situación de inseguridad en la que se encuentra la empresa

de 21 de diciembre de 1988²⁸². Así como en el ordenamiento español en las RRTDC en los asuntos «Trip c. Chevignon» —expte. 335/93— e «Instalaciones de farmacia» —expte. r.71/94—.

B) Vía artículos 6 y 7 de la LDC

Llegados a este punto y habiendo expuesto las líneas básicas en el ordenamiento comunitario en relación con el concepto de abuso de Derecho al amenazar o realizar efectivamente abuso de acciones judiciales con fines distintos a los que persigue el propio Derecho, corresponde ahora observar cual es el criterio que ha venido siguiendo el TDC. Dos son los supuestos que a título de ejemplo se emplearán: por un lado, la RTDC en el asunto «Trip c. Chevignon» —

monopolista en la defensa de sus pretensiones y que se manifestó en el asunto «Professional Real Estate Investors Vs. Columbia Pictures Industries», 61 US. LW 4450, de 3 de mayo de 1993. Y curiosamente, el planteamiento que hace esta doctrina es similar a la que han venido manteniendo nuestros tribunales en la construcción de la figura del abuso de Derecho. Así pues, quien ejercita su derecho con buena fe —causa probable— no perjudica a nadie, un principio que procede la máxima *qui iure suo utitur neminem laedit*, salvo que, haya obrado de mala fe, a sabiendas de que no concurre una *iusta causa litigandis* la intención que oculta es de carácter predatoria.

²⁸² (3) En el tercer asunto, «Decca Navigator System c. Comisión», de 21 de diciembre de 1988, relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (*actuales artículos 80 y 81 del TCE*)²⁸². La decisión tiene por objeto poner fin a la conducta realizada por las empresas «Racal Electronics, plc.» —RD—, «NV Philips Gloeilampenfabrieken» —NV— y «Polytechnics Electronics, plc.» —PE— consistente en el abuso de Derecho a través del ejercicio abusivo de derechos de propiedad intelectual bajo la forma de acuerdos de exclusiva. La empresa «RD» se dedica al diseño, fabricación y comercialización de ayudas a la navegación y demás equipos electrónicos. Es el principal productor hasta 1982 junto con «AP Radiotelefon A/S» —AP—, «PE y Raulf & Sorensen» —RS— del sistema «Decca Navigator Sistem» —DNS—. Se trata de un sistema internacional de radionavegación hiperbólico marítimo y terrestre que permiten la determinación de la ubicación exacta. Este sistema era utilizado para la navegación en aguas costeras, en rutas largas y para la pesca, como herramienta de situación y seguimiento de bancos de peces, así como por trasatlánticos y busques de la armada. El mercado de servicios está compuesto por la transmisión de las señales DNS y por la venta y mantenimiento de los receptores DNS. Hasta abril de 1987 la empresa «RD» tenía posición dominante en el mercado de señales DNS y en el de receptores comerciales en la zona geográfica señalada²⁸². Además, se trataba de un mercado con fuertes barreras de entrada para acceder a un sistema de transmisión de señales de amplio alcance y alta precisión. Incluso aunque la mayor parte de los derechos sobre patentes habían expirado a mediados de los años sesenta. Así que el elevado coste de montar una red de estaciones de transmisión de un alcance similar y la dificultad de obtener una licencia por la autoridad nacional para utilizar las frecuencia que aquella controla, y el hecho de que la transmisión sería duplicada hace que la conducta implique una barrera de entrada insuperable²⁸². A ello hay que sumar que la conducta abusiva de «RD» vaya dirigida a proteger su posición monopolística en los receptores comerciales al adoptar acuerdos con «AP» y con «PE», y al realizar cambios en las señales DNS con el fin de impedir el funcionamiento de los receptores de la competencia. Utilizó esta vía para conseguir acuerdos, sin duda forzados con la competencia que o aceptaba las condiciones de «RD» o no podían vender sus receptores al cambiarse la señal. Con dichos acuerdos se repartió el mercado de receptores comerciales y receptores para embarcaciones de recreo. Con estos forzados socios «RD» se comprometió a negociar con «AP» cualquier licencia a tercero, reservándose «RC» el mercado de receptores comerciales, concediendo a «AP» sin exclusiva, la protección de la competencia para los receptores compatibles para embarcaciones de recreo. Este reparto de mercado implicó una reducción de la competencia, del desarrollo económico y del progreso técnico. La Comisión, coherentemente con el planteamiento que venía realizando mantiene que el derecho de propiedad intelectual no justifica los acuerdos restrictivos de la competencia a través de repartos de mercado. Y podrá ser solucionado analógicamente por «[...] el principio establecido con respecto a las marcas comerciales en la sentencia del Tribunal de Justicia, de 30 de enero de 1985, en el asunto 35/83, BAT Cigaretten-Fabriken GMBH c. Commission es aplicable también al presente caso con respecto a los derechos de autor. Las normas comunitarias de competencia no permiten el uso indebido de derechos al amparo de las normas nacionales o derechos de autor con el fin de evadir el Derecho de competencia comunitario [...]»

expte. 335/93—²⁸³; y en segundo lugar, en el asunto «Instalaciones de farmacia» —expte. r.71/94—²⁸⁴. En ambos asuntos se aprecia la existencia de un ejercicio

²⁸³ (1) En el primer supuesto, la mercantil «Trip Difusión, S.A.» —Trip— tiene un contrato de exclusiva para España de la marca «Charles Chevignon» de la que es titular la entidad francesa «Charles Chevignon S.A.R.L.», celebrado en París el 3 de septiembre de 1987, con vigencia por cinco años prorrogables. «Trip» trata de evitar por todos los medios que cualquier otra empresa venda en el mercado la marca que distribuye. Así que el 4 de octubre de 1990 envía una carta a la mercantil «Cepy, S.A.» —Cepy— que venía vendiendo ropa de la citada marca imputándole una conducta ilícita y desleal, exigiéndole el cese en la comercialización de productos Chevignon, a la vez que interpone ante el Juzgado número 28 de Madrid una querrela por venta y distribución de mercancías falsas. Además, envía cartas a los clientes de «Cepy» e incluso se querrela contra alguno de ellos causándole un grave quebrando moral y económico. En cuanto a los acuerdos de distribución exclusiva entre «Trip» y la titular de la marca son, a juicio del TDC, actos que infringen el artículo 1 de la LDC y 81 del TCE al afectar a todo el mercado comunitario. Acuerdos que deberían haber solicitado la autorización al TDC o a la Comisión en cuanto tengan efectos sobre sus mercados respectivos. Estos contratos se caracterizan por garantizar la explotación abusiva del mercado español, lo que vulnera los artículos 1 y 6 de la LDC. Con base en estos acuerdos restrictivos «Trip» inicia las acciones citadas con anterioridad, sin que ninguna de ellas sea apreciada por ninguna instancia, pero con unos efectos demoledores sobre su competencia, tanto para la imagen de «Cepy» que ha cerrado su división textil como para el resto de su actividad que también se vio afectada, como para algunos de sus clientes. La conducta de «Trip» supuso de hecho evitar las importaciones paralelas de «Cepy», tanto en venta directa como a distribuidor. Ello le ha permitido controlar el aprovisionamiento para el mercado español de los productos «Charles Chevignon» en régimen de monopolio y excluir a su competencia. Lo que supuso un incremento del coste social en perjuicio de todos los concurrentes en el mercado, y en especial para «Cepy» y sus clientes. El TDC en el FD. 7.º califica como abusiva la «[...] utilización por parte de Trip de mecanismos destinados a impedir la venta por parte de Cepy de los productos Chevignon pudieran constituir actos de competencia desleal, aunque carecen de suficiente entidad para afectar al interés público protegido por la LDC, dado el escaso volumen de los intercambios acreditados en el expediente y por ello procede rechazar también esta infracción [...]». A *contrario sensu*, de haber apreciado suficiente entidad en el intercambio de las prestaciones capaz de vulnerar el artículo 7 de la LDC se habría apreciado una conducta desleal fruto del ejercicio abusivo de acciones administrativas ante el TDC consistentes en un abuso de Derecho. Sin embargo, la represión de estas conductas sólo encontraría cobertura legal a través de la cláusula general de buena fe, con las dificultades que su prueba entraña.

²⁸⁴ (2) En el segundo supuesto, «Instalaciones de Farmacia» —expte. 71/94—, se ha utilizado un criterio similar al empleado en la resolución anterior. En el supuesto de hecho, el Colegio Oficial de Farmacéuticos de la provincia de S/C de Tenerife concede a M.ª CONCEPCIÓN MIRANDA la autorización para la instalación de una farmacia en la localidad de la Victoria de Acentejo. Esta autorización fue recurrida por otras dos titulares de farmacia, M.ª DOLORES FERNÁNDEZ y por M.ª ROSARIO GONZÁLEZ el 22 de diciembre de 1985 ante el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, quien anuló en vía de alzada y reposición la resolución del Colegio Provincial de S/C de Tenerife. Interpuesto recurso contencioso administrativo se pronuncia el Tribunal declarando no conforme a derecho la autorización de apertura de la oficina de farmacia. Esta sentencia es recurrida por M.ª CONCEPCIÓN pronunciándose el TS en sentencia el 9 de diciembre de 1996 —núm. 472/1993— declarando procedente la apertura. Quedando constancia de la existencia de abuso de litigación realizado por los dos titulares de farmacias recurrentes. La finalidad perseguida en todo momento parecía ser el retrasar la entrada en el mercado de un nuevo competidor. Un competidor que además reunía todas las garantías objetivas y subjetivas necesarios para la venta de productos de farmacia en la localidad de la Victoria de Acentejo. De este modo las dos farmacias existentes siguen garantizando los beneficios derivados de las rentas de situación que les permite un mercado cautivo. Precisamente, estos son los argumentos en los que se sustenta pretensión de la demandante al manifestar en la denuncia la existencia de «[...] un presunto acuerdo, por prácticas restrictivas de la competencia, consistente en impugnar la concesión de una oficina de farmacia mediante reclamaciones y recursos administrativos y contenciosos.» Sin embargo, el TDC considera que la limitación de la competencia reside en la excesiva cantidad de normas aplicables para el mercado de productos de farmacia que más que luz viene a añadir oscuridad²⁸⁴. Y a su juicio, tanto la configuración del mercado como el comportamiento realizado por los agresores implican una restricción de la competencia²⁸⁴. Pero tras exponer y mantener esta argumentación gira radicalmente y manifiesta que «[...] dicha conducta se apoya en el ordenamiento legal vigente» por lo que no puede ser calificada «[...] como una conducta prohibida aunque restrinja la competencia.» Pero curiosamente, después de la exposición realizada la conclusión debiera haber sido la contraria, la de considerar dicho comportamiento como un acto de competencia desleal, ya que ha quedado probada la intención perseguida por el agresor, por mucho que su pretensión encontrara cobertura legal. Un amparo que decayó por desleal desde el mismo momento en que se tuvo lugar el ejercicio abusivo del derecho subjetivo a litigar. Por consiguiente, aun cuando es cierto que las

abusivo de acciones judiciales, e incluso se apunta la posibilidad de que estas conductas constituyan actos de competencia desleal por sí mismos. Sin embargo, lamentablemente se desaprovecha la oportunidad de construir la figura desde el derecho de la libre competencia al amparo de la doctrina seguida por el TS en materia de abuso de Derecho.

De lo expuesto y con las cautelas pertinentes, no parece haber problema alguno en proponer de *lege ferenda* una regulación de los supuestos desleales y anticompetitivos que tengan lugar por el ejercicio abusivo de derechos. Precisamente, porque el amparo legal no puede utilizarse como un subterfugio para orillar las consecuencias negativas derivadas del ejercicio abusivo del derecho propio, tanto desde la óptica del derecho *antitrust* como desde la competencia desleal. Y deben ser utilizados con diligencia, de modo que el ordenamiento no debe amparar el ejercicio no diligente de los mismos, ni tampoco permitir la utilización del ordenamiento más allá de la protección que el ordenamiento dispensa a través de dicho derecho subjetivo. Por lo que cabe afirmar que los requisitos que deben concurrir en el ejercicio abusivo de acciones judiciales para calificarlo como un acto de competencia desleal son los siguientes:

1. Existencia de la titularidad de un derecho subjetivo a favor del agresor, lo que puede colocarlo en posición de dominio frente a quien no lo tiene.
2. Determinación de la viabilidad de la conducta debiendo atender a la cuota de mercado y derechos de exclusiva —elemento objetivo—, y con ella concluir si existe o no una posición dominante
3. Delimitación de la presencia de un elemento subjetivo, para lo que habrá que proceder a analizar las pretensiones de las partes a través de dos vías:
 - a) análisis de las pretensiones emprendidas por las partes para la defensa de sus derechos —objetivos perseguidos—
 - b) idoneidad de la acción para responder a dos cuestiones:
 1. ¿Puede considerarse razonablemente que ésta tiene por objeto hacer valer los derechos de la empresa de que se trate?, o
 2. ¿la finalidad perseguida es sólo hostigar a la competencia, en el marco de una estrategia independiente o conjunta cuya finalidad es eliminar a la competencia?

pretensiones de los demandadas se fundamentan en derecho, no es menos cierto que el ejercicio de los mismos se ha realizado de un modo abusivo, teniendo como resultado una restricción de la competencia. Una restricción que el propio TDC reconoce, pero ante la menor entidad del nivel de afectación del mercado no entra a analizar el fondo del asunto y en consecuencia a sancionar la práctica desleal. En el supuesto de hecho se ha producido un exceso de litigación más allá de la protección del propio derecho, y cuyos efectos fundamental ha sido el retraso en la entrada del citado competidor.

La exigencia del elemento objetivo ayuda a calificar la conducta como una ilícito *antitrust*, bien sea por la vía del artículo 81 del TCE a nivel comunitario o por la vía de los artículos 1, 6 y 7 de la LDC. Sin embargo, desde el punto de vista de la calificación como una práctica desleal, y por tanto, encuadrable en la cláusula general del artículo 5 de la LCD, no parece necesario exigir la posición de dominio como un requisito esencial. Precisamente porque una empresa con poca o nula capacidad financiera, con una pequeña cuota de mercado, pero amparada por un derecho reconocido en una norma, puede ejercer abusivamente las prerrogativas que le confiere ese derecho. Por ejemplo, a través de la interposición mal intencionada de demandas judiciales y recursos procesales a los únicos efectos de retrasar la entrada de otros competidores en el mercado. Evidentemente esta solución a los problemas de abuso de Derecho desde la óptica del Derecho de la competencia deja mucho que desear. Esta no es una solución óptima para los supuestos de ejercicio abusivo de derechos por la vía de la explotación abusiva de los derechos de exclusiva como los derechos de propiedad industrial, comercial e intelectual. Derechos que amparados en prerrogativas legales pueden llevar a las partes a litigar en exceso, lo que dejaría en una incómoda situación la protección del resto de los concurrentes. Máxime cuando se trata de una disciplina como la competencia cuya realidad es altamente cambiante y necesitada de soluciones ágiles, rápidas y flexibles. No obstante, podría ser interesante la posibilidad apuntada de que de *lege ferenda* se proceda a la calificación de estas conductas como ilícito *antitrust* y como acto de competencia desleal. Y por tanto, Los requisitos que deben concurrir para determinar si se produce o no el abuso contrario al Derecho de la competencia son los siguientes:

Existencia de la titularidad de un derecho subjetivo a favor del agresor, lo que puede colocarlo en posición de dominio frente a quien no lo tiene;

Ejercicio del derecho con una intención o finalidad dañina traspasando los límites de la equidad y de la buena fe. Lo que se manifiesta en la ausencia de una *iusta causa litigandis* que desvirtúa el principio *qui iure suo utitur neminem laedit* en el que precisamente se sustenta la pretensión protegida por el ordenamiento jurídico, y finalmente;

Que tenga una manifestación externa, esto es, que haya producido, produzca o pueda producir efectos negativos sobre la competencia en el mercado.

7. La «canibalización»

Las finalidades perseguidas con estos comportamientos pueden ser múltiples. Pero objetivamente consisten en el lanzamiento al mercado por una empresa de otros productos o servicios además de los que ya venían ofertando para el mismo o diferentes segmentos de demanda con el fin de acaparar esa nueva cuota de mercado reduciendo la demanda residual. Además esos productos o servicios son percibidos por sus destinatarios como sustituibles, por lo que al

final el oferente al tiempo que se hace la competencia a sí mismo, también la hace contra el resto de los competidores los que no les deja cuota de mercado suficiente. De este modo, el «canibalizador» incrementa los costes del resto de los competidores con una finalidad evidentemente predatoria. Un comportamiento que podría encajar y ser objeto de represión desde derecho *antitrust* y desde la disciplina de la competencia desleal.

Por consiguiente, parte de los destinatarios anteriores trasladan su consumo hacia los nuevos productos o servicios por motivos tales como el precio, la curiosidad o la publicidad sobre ese nuevo producto, entre otros. Con esa estrategia el agresor «canibalizador» lanza su producto en aparente contradicción hacia sus legítimos intereses, aunque nada más lejos de la realidad. Con ello el agresor puede no incrementar las ventas del producto principal, es más incluso pueden disminuir como consecuencia del lanzamiento del nuevo producto o servicio. Pero al ser percibidas por sus destinatarios como diferentes el agresor obtiene un doble objetivo. Por un lado, aunque puede reducirse el volumen de ventas del producto «canibalizado», en realidad estimula la demanda y las ventas totales de ambos productos incrementan los beneficios, aunque el margen unitario sea menor. Y por otro lado, porque en determinadas empresas con exceso de capacidad infrautilizada, o por la simple aplicación de economías de escala y de experiencia se produce una reducción del coste marginal y de la demanda residual. De este modo se incrementa el coste de oportunidad de los competidores reales o potenciales que no tienen cuota de mercado suficiente para cubrir la masa crítica necesaria para hacer viable la entrada o salida de dicho mercado.

En si misma, la conducta es aparentemente lícita en la medida en que para su realización se base en sus propios méritos. Una estrategia que contribuye al incremento de la competencia, a la mejora del nivel de eficiencia generalizada del concurrente que «canibaliza» sus productos, y a la generación de barreras. Sin embargo, este mismo comportamiento puede estar encubriendo un acto de venta a pérdida ilícito. En concreto, aquellos supuestos en los que la venta de los productos o servicios «canibalizados» no cubra el coste de producción o el precio de adquisición de cualquiera de ellos, o de ambos. En este caso habría que identificar la existencia de subvenciones cruzadas tanto internas o externas mediante las cuales el agresor subvenciona las pérdidas que pudiera sufrir en una línea de producción con los beneficios de otra línea, o de otras empresas del grupo.

Las posibilidades de combinación de supuestos de «canibalización» son básicamente dos. Por un lado, la «canibalización de productos o servicios propios» con la finalidad de alcanzar los objetivos antes señalados como generación artificial de barreras de entrada y salida, optimizar líneas de producción aplicando economías de escala y de experiencia que reducen el coste marginal e incrementan su beneficio total, aunque se reduzca el margen unitario. Esto reduce la demanda residual y no deja demanda suficiente para cubrir la masa crítica necesaria, incrementando con ello el coste de oportunidad de competidores

reales o potenciales. Este tipo de canibalización a su vez se divide en dos tipos. La primera, la que se realiza ofertando productos similares y por tanto sustituibles y que implican competencia directa. Una conducta que suele ir unida a la incorporación aparente de innovación o de criterios de moda. Y la segunda, la «canibalización» ajena a través de la oferta de productos o servicios de una gama menor, como una marca blanca, lo que supone optimizar la cadena de producción, generar ingresos sin imputación de la parte correspondiente en concepto de marca y reducir la demanda residual.

Y por otro lado, la «canibalización en sentido impropio», más próximo a los supuestos penales que a los ilícitos *antitrust* o desleales²⁸⁵. En esta categoría cabría incluir aquellos supuestos en los que las empresas rivales ponen en circulación métodos o procesos que contribuyen a que los consumidores y usuarios salten o vulneren códigos de seguridad para poder tener acceso a los productos o servicios de la competencia. En la medida en que la empresa no cubra sus expectativas o costes se irá debilitando y se replanteará su actividad en el mercado²⁸⁶. En esta calificación podrían encajar los supuestos en los que el propio fabricante o productor, ante la falta de líneas alternativas de distribución, o aún disponiendo de ellas, lanzara al mercado su producto y facilitase la copia o el acceso al mismo. La finalidad con ella perseguida es evidente, conseguir la distribución del producto y la familiarización de los consumidores y usuarios, al tiempo que consigue los efectos inherentes a la «canibalización» de los productos o servicios propios²⁸⁷.

²⁸⁵ En la normativa *antitrust* en el ordenamiento comunitario por infracción de los artículos 81 y 82 del TCE, en la nacional por infracción de los artículos 1, 6 y 7 de la LDC, y en la disciplina de la competencia desleal por infracción del artículo 5 de la LCD.

²⁸⁶ Por ejemplo, los supuestos en los que se facilitan las claves de acceso a programas de ordenador en determinadas páginas en Internet, los propios programas en versión de dominio público —*share ware* o *free ware*— que en muchos casos son tan buenos o mejores que otros que se venden, música en formato MP3, las películas en formato MP4, los códigos para desbloqueo de las tarjetas receptoras de determinados servicios como el telefónico o la televisión vía satélite, entre otros.

²⁸⁷ En el mercado del *software* y del *hardware* se ha demostrado como el éxito de un determinado producto no viene siempre determinado por la novedad inventiva de la misma, porque facilite determinadas accesos o tareas a un coste inferior o porque sea mejor en su conjunto²⁸⁷. Evidentemente son factores a tener en cuenta, pero en un mercado donde se incorporan tantas novedades en conjunto, pero tan pocas comparativamente hablando que justifiquen el desembolso de su adquisición, el verdadero éxito de dichos productos radica en la familiarización que haya alcanzado entre los consumidores y usuarios, y que disponga de la correspondiente cadena de distribución o servicio. Un consumidor acostumbrado a trabajar con una determinada máquina y con un determinado *software* no estará dispuesto, salvo contadas excepciones, como por ejemplo por razones de trabajo, a cambiar el estándar con el que siempre ha trabajado y con el que está familiarizado. De ahí que las empresas tecnológicas se cuiden mucho de que las innovaciones que incorporan a sus productos o servicios no supongan un cambio brusco entre una versión y otra. Precisamente porque a juicio de los consumidores y usuarios de nada sirve un *software* extremadamente útil si es difícil de utilizar. De ahí, que podría ser interesante «canibalizar» el producto propio a través de redes alternativas como las versiones de dominio público o *share ware*, o el propio pirateo y distribución de los productos propios entre aquellos consumidores que sintiéndose atraídos por dicho software o hardware no disponen de los fondos adecuados para adquirirlo, o simplemente no desean asignar parte de sus recursos a un producto o servicio cuyas prestaciones o ventajas desconocen. En estos casos, la empresa que «canibaliza» su producto consigue una línea alternativa para esa versión, y los consumidores finales lo adquieren a un aparente coste cero. Lo que no es cierto porque el aprendizaje en sí mismo es un coste. Finalmente cuando el consumidor se ha familiarizado con dicho producto se oferta una versión aparentemente mucho mejor, ahora sí previo pago de un precio. El nivel de distribución por esta vía es de carácter exponencial. Cuando el consumidor ya ha aprendido y se ha familiarizado de repente se habrá convertido en prisionero de su propia curiosidad, en la medida en que sus

Por consiguiente, la lógica de la «canibalización» viene a exponer con claridad una de las máximas de la mercadotecnia: «quien golpea primero, golpea dos veces». En la medida en que el agresor limita y reduce la cuota de mercado de su competencia real o potencial, reduce la demanda residual, incrementando con ello el coste de oportunidad de estos al no dejarles cuota de mercado suficiente para cubrir la masa crítica. Además, al incrementar la oferta podría reducir el beneficio del producto «canibalizado» pero incrementa el beneficio conjunto, no sólo porque vende más aunque el margen sea menor, sino porque reduce sus costes unitarios al optimizar su línea de producción y al incorporar las sinergias derivadas de la aplicación de economías de escala y experiencia.

8. Contratación con proveedores, clientes y trabajadores de los competidores

Como el propio título de este epígrafe indica, la deslealtad de la conducta radica no en la inducción y contratación con proveedores, cliente o trabajadores y demás obligados a la infracción de la competencia obligados por deberes contractuales. Una conducta no fundamentada en los principios de racionalidad económica que han de inspirar la actividad empresarial sino en la intención de causar un daño al competidor²⁸⁸. Y con estrecha relación con otras tres figuras: en primer lugar, en relación con el proveedor el agresor asume para sí, sea rentable o no, la contratación con los proveedores del agredido, asumiendo el conjunto de su oferta, lo que se aproxima bastante a otras prácticas como los precios predatorios al alza con finalidad predatoria y al abuso de posición dominante frente a dichos proveedores o a la explotación abusiva de la situación de dependencia económica; en segundo lugar, en relación con los clientes la predación aparece con la inducción a que rompan relaciones comerciales con determinados concurrentes. Una inducción que puede realizarla por varias vías, por un lado, mediante engaño, error o confusión que son figuras con autonomía propia, y por otro lado, a través de reducción real de precios, lícita siempre que ello no implique una práctica discriminatoria o una venta a pérdida desleal; Y finalmente, en tercer lugar, en relación con los trabajadores la inducción al incumplimiento contractual viene motivada por un intento de debilitar al competidor al privarle intencionadamente de su capital humano. Es en este punto donde se concentrará el análisis del presente epígrafe.

A este respecto resulta interesante el auto de la AP de Madrid, de 1 de julio de 1996, en el que la mercantil «Ernest & Young, S.A.» realiza una contratación

costes de aprendizaje para un producto diferente son mayores que el coste de adquirir una nueva versión del programa al que primeramente se aproximó en forma de *share ware* o *free ware*. Al tiempo que opera como divulgador y monitor del *software* o *hardware* que emplea.

²⁸⁸ A este respecto *vid.* la interesante RTDC de 6 de febrero de 1995, «Metalibérica, S.A. c. Roca Radiadores, S.A.» —expt. 356/94—, por inducción a la ruptura regular de una relación contractual cuando pueda tener entre diferentes efectos la intención de eliminar a un competidor del mercado.

predatoria de 93 trabajadores de la competidora «Coopers & Lybrand, S.A.» que suponía un acto de competencia desleal encuadrable en el artículo 14 de la LCD²⁸⁹. Puede observarse como el agresor efectivamente realiza una estrategia dirigida a la eliminación de su competidor a través de la contratación de su personal, que es donde reside el principal activo de las empresas de consultoría. La conducta sería lícita desde la normativa *antitrust* y de competencia desleal siempre que no se implique un ilícito concurrencial. La ilicitud impregna todos los actos del agresor que tienen una finalidad excluyente con la captación por métodos desleales de trabajadores ajenos, el carácter masivo de la captación efectuada, la especial cualificación profesional de los mismos, violación de los plazos de preaviso, configuración de un equipo completo, esencialidad de los equipos de trabajadores y captación para desorganizar la empresa del sujeto pasivo, entre otras conductas²⁹⁰.

9. Los grupos de interés

El motivo de incorporarlo a esta sistematización viene dado por dos razones, primero porque carece de regulación específica, y segundo, porque produce efectos tan perjudiciales o mayores que las prácticas anticompetitivas y actos de competencia desleal tipificados. Su relación con los supuestos de ventas a pérdida tanto por políticas de precios como por estrategias de elevación de costes de los competidores es evidente. Y el motivo de su exposición aquí no persigue sino aportar al lector otros instrumentos para valorar la existencia de prácticas predatorias no instrumentalizadas en políticas de precios y que anteceden al nacimiento de la propia norma. En la medida en que los competidores puedan influir en los procesos normativos podrán modificar directamente las condiciones de competencia. Estos comportamientos tienen lugar en los procesos legislativos, administrativos y judiciales antes de que se apruebe la norma o se adopte la correspondiente resolución o decisión. Son conocidos con el nombre genérico de

²⁸⁹ A título de ejemplo resulta de interés las apreciaciones realizadas por el Tribunal en el FD. 3.º, párrafos 3, 4 y 5 en los que se indica que sólo puede explicarse «[...] como secuela de una inducción efectiva y directa que arrastró la práctica desaparición y desmantelamiento casi total del cuadro directivo de la División de Consultoría de «Coopers & Lybrand, S.A.», esto es, la desorganización de la División del supuesto sujeto pasivo del ilícito, del competidor perjudicado. [...] No puede esgrimirse que esas noventa y tres personas se encontraban en el mercado como consecuencia de su insatisfacción profesional ante el desacertada gestión que se estaba realizando en la firma [...] en la jurisprudencia y doctrina comparadas se perfilan como métodos desleales de captación de trabajadores ajenos, entre otros, el carácter masivo de la captación efectuada, la especial cualificación profesional de los mismos, violación de los plazos de preaviso, configuración de un equipo completo, esencialidad de los equipos de trabajadores, captación para desorganizar la empresa del sujeto pasivo, etc., concluyendo, a renglón seguido, que en el supuesto en disputa existen indicios de la realización efectiva de un acto de competencia desleal, lo que diafaniza que no se jugó sino con los parámetros preindicados, todos los que fluyen asépticamente del material probatorio valorable y del propio posicionamiento de las partes, cual se ha afirmado *supra*.»

²⁹⁰ Y sin embargo, estos elementos no se encuentran presentes en el reciente fallo del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Madrid por competencia desleal en el que un grupo de ingenieros aeroespaciales de la GMV abandonó la compañía en mayo de 2001 para crear Deimos Space dedicada a la misma actividad aeroespacial

*lobbies*²⁹¹. Conjunto de profesionales compuesto por expertos en relaciones públicas, abogados y economistas que gozan de buenos contactos políticos, jurídicos y económicos a diferente nivel y que se organizan al objeto de potenciar la defensa de los legítimos intereses de sus clientes. Estos comportamientos pueden convertirse en una práctica predatoria no instrumentalizada al menos aparentemente en un determinada estrategia de precios. Pero con efectos tan nocivos como los comportamientos prohibidos. La particularidad reside, como se ha indicado, en el hecho de que se colocan en un momento previo al nacimiento la norma, a lo que habrá de sumarse la dificultad de su prueba, carecer de una normativa específica que delimite su marco jurídico y el hecho de mantener un fuerte debate en torno a la oportunidad o no de su regulación.

En el ordenamiento español se carece de una normativa específica que aporte claridad a la actuación de los citados grupos²⁹². Aunque sí se dispone de un registro de la Asociación de Empresas Consultoras en Relaciones Públicas y Comunicación en la que se agrupan las diferentes empresas dedicadas a ofrecer los servicios de estas características. Resulta evidente la necesidad de una normativa que regule el funcionamiento y transparencia de estas «consultoras» al estilo del modelo de EE.UU. o de la UE²⁹³. Lo relevante a los efectos del análisis

²⁹¹ Para un análisis más detenido de la figura *vid.* MCFARLAND, A. S., *Los grupos de presión en el Congreso norteamericano (Common Cause)*, Gernika, México, 1987; LEFÉBURE, T., *Lobby or not to be*, Plume, París, 1991; NONON, J., y CLAMEN, M., *Europa y sus pasillos, Lobbyin y lobbyistas*, Macombo, 1993; ALONSO PELGRÍN, E., *El lobby en la Unión Europea*, ESIC, Madrid, 1995; MOLÍN LÓPEZ-RODÓ, J. M., «Los grupos de interés en España», Papeles de la Fundación, núm. 7, *Fundación para el Análisis de los Estudios Sociales*, Madrid, 1995; VILLASANTE, T. R., *Las democracias participativas*, Hoac, Madrid, 1995; SIMÓN FERNÁNDEZ, B., *Las subvenciones a la industria en España: una aplicación de la teoría de los grupos de presión*, Alianza Universidad, 1997; XIFRÁ, J., *Lobbying: Cómo influir eficazmente en las decisiones de las instituciones públicas*, Gestión 2000, Barcelona, 1998. Asimismo, y aunque aparentemente las figuras de los *lobbys*, de los «grupos de interés» y de los «grupos de presión» puedan parecer similares, en la práctica no lo son y conviene diferenciarlas. *Vid.* MOLÍNS LÓPEZ-RODÓ, J. M., «Los grupos de interés ...», *ob. cit.*, y del mismo autor, con mayor profundidad, *La teoría de los grupos*, Institut de Ciencies Politiques i Socials de Barcelona, 1998, p. 13 y ss. Se trata de figuras que coincidentes en la finalidad perseguida pueden diferenciarse en atención al nivel de organización, a las características de las conductas que realizan y a la manifestación externa de sus actos y pretensiones entre otros elementos. Sin embargo, teniendo en cuenta las notas coincidentes de las actividades de *lobby* vía grupos de presión o grupos de interés y el objetivo a alcanzar, esto es, que la decisión del proceso legislativo, gubernativo o judicial les sean beneficiosas, se empleará el término *lobby* como un concepto genérico.

²⁹² El único intento hasta el momento apareció por la vía de una propuesta del partido Centro Democrático y Social presentada el 7 de diciembre de 1992 por el diputado RAFAEL MARTÍNEZ CAMPILLO. Pretendía crear un registro de *lobbistas* fijando un código deontológico para aplicarlo a la actuación a los grupos en sus relaciones con los diputados y los partidos políticos. Una propuesta apoyada por el resto de partidos políticos y dirigida a que el Gobierno elaborara una Ley en el plazo de doce meses. Finalmente, a excepción de Izquierda Unida, se aprobó una enmienda que vino a establecer que: «[...] El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a estudiar la conveniencia de establecer un registro público de grupos de interés y, en su caso, a remitir a la Cámara el proyecto de ley correspondiente al registro, así como el marco de funcionamiento de los grupos de interés en relación con los Poderes públicos y la Administración».

²⁹³ En EE.UU. la regulación pasa por diferentes momentos evolutivos, desde el inicialmente de prohibición al calificarlo como delito en la Constitución del Estado de Georgia en 1897. A una segunda etapa en la que se procede al registro y control realizada por la Cámara de Representantes y que estableció la necesidad de registrar de dichos grupos en 1876. Y finalmente, tal vez con un mayor grado de evolución, el sistema de registro y control podría evolucionar hacia un tercer estadio a través de la regulación como el realizado por el Estado de Massachusetts en 1890. Este es el modelo que posteriormente se aplica a nivel nacional en la *Foreign Registration Act* de 1937 para los grupos extranjeros que presionan a los Poderes públicos y posteriormente la *Federal Regulation of Lobbying Act* de 1946, recientemente impulsada y actualizada por la

Administración Clinton a través de la *Lobbying Disclosure Act*, de 19 de diciembre de 1995. En dicha norma se define el *lobby* como: «[...] aquella actividad consistente en realizar contactos de cualquier clase oral o escrita relacionada con la formulación, modificación o adopción de una decisión federal (incluidas propuestas legislativas); o una norma federal, regulación, orden ejecutiva, o cualquier otro programa, política, o posición del Gobierno de los EE.UU.; o de la administración o ejecución de un programa federal o política (incluyendo la negociación, premio, o administración de un contrato federal, concesión, préstamos, permisos o licencias.)» *Vid. Lobbying Disclosure Act*, de 19 de diciembre de 1995, «Lobbying contacts include any oral or written communication relating to the formulation, modification or adoption of federal legislation (including legislative proposals); or of a federal rule, regulation, Executive Order, or any other program, policy, or position of the United States Government; or of the administration or execution of a federal program or policy (including the negotiation, award, or administration of a federal contract, grant, loan, permit, or license. Certain communications are excluded from the definition of lobbying contacts, including formal testimony, written comments filed in response to a public notice, information provided in response to public notice, information provided in response to an oral or written request, and communications made by the churches. Also, lobbying contacts are only covered under the Act if they are made to covered legislative branch officials, primarily Members of Congress and their staff, or to covered executive branch officials, primarily employees and officials in Executive Level and Schedule C positions (1) and all employees in the Executive Office of the President.»²⁹³ Posteriormente se analiza el *lobby* legislativo y el ejecutivo, la normativa aplicable y la necesidad de registro, comunicación y transparencia de sus actuaciones, así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento²⁹³. En la jurisprudencia norteamericana dos asuntos destacan con fuerza en relación con los *lobbies*, «Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight», y «United Mine Workers v. Pennington», precisamente porque ambos se escaparon a la aplicación de la normativa *antitrust*. *Vid. SSTS* de EE.UU. en «Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight», 365, US, 127, 1961; «United Mine Workers v. Pennington», 381, US, 657, 1965. Y resulta evidente que conductas como estas dirigidas a conseguir ventajas competitivas o comparativas influenciando en procedimientos reglamentarios, legislativos o gubernamentales producen un efecto contrario a los fines perseguidos por nuestro ordenamiento jurídico. En la Unión Europea se ha realizado una regulación con una finalidad similar a la anterior al objeto de enmarcar las relaciones entre los diferentes *lobbies* en la Comisión y el Parlamento. La misma Comisión en una información de 1 de enero de 2000, manifestó que en la UE operan más de 3000 *lobbies* divididos en los que operan con ánimo de lucro y los que no. La Comisión ha tratado siempre de ser transparente en sus relaciones con dichos grupos porque en definitiva son una expresión de la democracia participativa. Sin embargo, la situación parece haberse escapado de las manos, de modo que se ha tratado de reconducir tanto la actuación de los grupos tengan o no ánimo de lucro, como la de los miembros de la Comisión y el Parlamento. Para los primeros habrá que tener en cuenta el Anexo II de la Secretaría de la Comisión en la que se establecen los requerimientos mínimos a título de código de conducta del comportamiento entre la Comisión y los diferentes grupos de interés. —*Vid.* http://europe.eu.int/comm/sg/sgc/lobbies/index_fr.htm y el Documento de Reflexión de la Comisión bajo el título «La Comisión y las organizaciones no gubernamentales: El refuerzo de la colaboración», de 18 de enero de 2000 [COM (2000) 11 final]—. Para los segundos, hay una regulación específica en el Anexo I del Reglamento del Parlamento Europeo, donde se recogen las disposiciones de aplicación del apartado 1 del artículo 9 bajo el título «Transparencia e intereses económicos de los diputados»²⁹³. En relación con los grupos de interés es relevante el Anexo IX del Reglamento del Parlamento Europeo en aplicación del apartado 2 del artículo 9 bajo el título «Grupos de interés en el Parlamento Europeo». En el artículo 1 se regula las «tarjetas de acceso», el control de los auxiliares y «asistentes», y finalmente, en tercer lugar el artículo 3 establece los «códigos de conducta» en el que se mantiene que: «[...] 1. En el marco de sus relaciones con el Parlamento, las personas que figuren en el registro previsto en el apartado 2 del artículo 9 habrán de cumplir las disposiciones siguientes: a) respetar lo dispuesto en el artículo 9 y en el presente Anexo; b) declarar el interés o los intereses que representan en sus contactos con los diputados al Parlamento, el personal que trabaja para ellos o los funcionarios de la institución; c) abstenerse de cualquier acción tendente a obtener información deshonestamente; d) no pretender, en todo trata con terceros, que tienen cualquier tipo de relación oficial con el Parlamento; e) no difundir a terceros, con fines lucrativos, copias de documentos obtenidos del Parlamento; f) respetar estrictamente lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 2 del Anexo I; g) asegurarse de que toda asistencia prestada en el marco de las disposiciones del artículo 2 del Anexo I sea consignada en el registro correspondiente; h) respetar lo dispuesto en el Estatuto de los funcionarios en caso de que contraten a antiguos funcionarios de las instituciones; i) respetar cualquier norma establecida por el Parlamento sobre los derechos y las responsabilidades de antiguos diputados; j) obtener, con el fin de evitar posibles conflictos de interés, la autorización previa del diputado o de los diputados en cuestión por lo que se refiere a todo vínculo contractual o de empleo con un asistente de un diputado y, posteriormente, asegurarse de que ello se ha consignado en el registro mencionado en el apartado

será determinar la deslealtad de cualquiera de estas prácticas, que con independencia del instrumento en el que se articulen pueden dar lugar a un falseamiento de la competencia.

La deslealtad tendrá mayor intensidad en la medida en que los esfuerzos realizados por los *lobbies*, los grupos de presión o los grupos de interés efectivamente influyan en la decisión del proceso legislativo, judicial o gubernativo. Y en la medida en que la decisión de estos sujetos se aleje de lo que podría calificarse de comportamiento racional y justo desde la óptica del Derecho de la competencia mayor debería ser el reproche. La protección del mercado y la exigencia de lealtad en las conductas no recoge una prohibición expresa de estos comportamientos en la normativa reguladora de la libre y leal competencia. En todo caso y desde el Derecho penal persigue los delitos contra la administración pública, y entre ellos, los delitos de prevaricación de los funcionarios públicos, cohecho y tráfico de influencias. De esto modo, a través de la protección de estos bienes jurídicos indirectamente se consigue la defensa de valores inherentes a la libre y leal competencia. En concreto el delito del tráfico de influencias recoge tres supuestos diferentes: 1. «El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad»²⁹⁴; 2. «El particular que influyere en un funcionamiento público o autoridad»²⁹⁵; 3. Los intermediarios que realicen estas conductas²⁹⁶. Precisamente porque la prohibición, persecución y represión de este tipo de conductas lleva implícita indirectamente la protección del mercado.

Esta protección penal es del todo insuficiente²⁹⁷. Evidentemente tiene por objeto cumplir dos funciones fundamentales, la coacción y en su caso la represión.

2 del artículo 9. Y 2. Toda inobservancia del presente Código de conducta podrá suponer la retirada de la tarjeta de acceso expedida a las personas interesadas y, en su caso, a su empresa.»

²⁹⁴ El artículo 428 del CP, en su apartado primero establece que: «El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda genera directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en la penas de prisión de seis meses a un año, multa del tanto al duplo del beneficio por perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrá las penas en su mitad superior». También resultan de interés los artículos 404, 417, 418, 419 y ss., 431, 439 y ss., y 446 del CP.

²⁹⁵ En este sentido el artículo 429 del CP en el que se establece que «El particular que influyere en un funcionamiento público o autoridad prevaleándose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionamiento público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar, directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, y multa de tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior». Asimismo resultan de interés los artículos 419, 420, 421, 423, 430 y 431 del CP.

²⁹⁶ El artículo 430 del CP establece que: «Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los anteriores, solicitaren a terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año. En cualquiera de los supuestos a que se refiere este artículo, la autoridad judicial podrá imponer también la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias abiertas al público por tiempo de seis meses a tres años». *Vid.* también los artículos 31, 129 y 429 del CP.

²⁹⁷ Se ha venido escribiendo mucho sobre la oportunidad o no de estos grupos y la necesidad de una regulación que ofrezca claridad a los intereses canalizados por y a través de ellos. La ordenación en uno u otro sentido depende del planteamiento filosófico del que se parte. Dos serán las posiciones básicas, por un lado, los partidarios de la regulación normativa bajo unos parámetros de control no limitativos, y por otro

Sin embargo, cuando la conducta injusta acaece la represión penal, aún cuando es contundente resulta lenta en su aplicación a unos problemas económicos que se mueven a la vertiginosa velocidad que le imprime tráfico mercantil. Por ello cabría pensar en la posibilidad de una regulación específica *ex ante* y no *ex post* que aporte algo más de claridad y transparencia de las actuaciones de los citados grupos en los diferentes procesos legislativos, ejecutivos y judiciales. Y en su caso, desde el punto de vista del Derecho de la competencia, a efectos de *lege ferenda* los controles pertinentes para que tanto el mercado como los concurrentes, y por ende los consumidores vean salvaguardados sus legítimos derechos en una doble vertiente. En primer lugar, frente al ejercicio de acciones manifiestamente injustas de los diferentes grupos. Y en segundo lugar, frente a las decisiones legislativas, judiciales y ejecutivas que contaminadas por los anteriores, también se manifiestan objetivamente injustas. Con independencia claro está, del correspondiente reproche penal para los funcionarios, autoridades e intermediarios que de cualquier manera influyen en la adopción de una decisión injusta que ocasione un beneficio económico para sí o para un tercero.

Finalmente, sea cual sea la regulación, lo cierto es que el fenómeno ha sucedido, sucede y seguirá sucediendo. Habrá que preguntarse si los sujetos llamados a tomar la decisión, por ejemplo los diputados y senadores elegidos por los ciudadanos, defienden los intereses de sus electores, de todos los electores, o por el contrario, sólo los intereses de los grupos de presión, grupos de interés o los de los *lobbies*. La respuesta a este interrogante excede con creces los objetivos del

lado, una regulación restrictiva de dichas prácticas. En el primer supuesto, si se consideran como un instrumento canalizador y legítimo de los intereses de diferentes grupos en una democracia su regulación deberá ser necesariamente positiva. Ya que ello permitiría una mayor participación de la sociedad a través de una especie de acercamiento por la vía de técnicas de democracia participativa. La regulación normativa del fenómeno de los *lobbies* que desde esta concepción nazca será positiva, encuadrándose sus actuaciones, participaciones y donaciones en un marco de transparencia y regularidad de la que en estos momentos carece. Un régimen jurídico que vendría a homogeneizar una práctica que ya de por sí actúa en el marco de los valores éticos y morales de nuestro ordenamiento jurídico. Unos valores que impidan que en la defensa de los intereses propios se vulneren principios como la equidad y justicia en las decisiones de aquellos que por razón de su actividad o cargo deban tomarla. Como si el alcance de los objetivos individuales fueran inexorablemente separados del alcance de los objetivos colectivos. En este caso, la función de dichos grupos será más de colaboración, ayuda e información de sus posturas y de los argumentos en los que se sustentan sus pretensiones que en la manipulación o influencia en los sujetos que toman dichas decisiones. Por otro lado, la concepción podría tener un carácter restrictivo y por ende la regulación normativa que del fenómeno de los *lobbies* se hiciera. Dicha restricción partiría de la consideración de que la actuación de estos grupos no es legítima por influir en la conformación de la voluntad de los sujetos llamados a tomar la decisión. En estos casos los *lobbies* no se considerarían como una expresión de técnicas de democracia participativa en beneficio de todos, sino manipulativas y contrarias a los intereses y bienes que defiende el propio ordenamiento. Una especie de secuestro de la democracia en beneficio de unos pocos, donde el personal técnico al servicio de dichos *lobbies* y sus comportamientos pasarían a ser considerados ilegítimos. Desde este planteamiento tanto el *lobby* como su personal serían objeto de una normativa restrictiva. Sea cual fuere la opción que se tome convendría analizar la experiencia comparada por dos motivos. El primero de ellos porque en la realidad cotidiana los *lobbies*, los grupos de presión y los grupos de interés existen para una finalidad concreta. Y en segundo lugar, como consecuencia de la primera porque el Derecho no puede vivir de espaldas a esta realidad. Lo que es evidente es que existen y actúan, debiendo su conducta ser encauzada. Plantear lo contrario, la no intervención en atención a su escasa importancia desde el Derecho de la competencia es cuando menos calificable de inocente. Sería algo así como negar la evidencia. Dichos grupos efectivamente ejercen influencia, presión y control, y esa es una actividad que debe ser controlada, o al menos se le ha de exigir transparencia. Y para ello ha de establecerse unas exigencias mínimas que contribuyan a alcanzar dicho objetivo.

presente trabajo. No obstante, a los efectos de este epígrafe sirva la exposición realizada para poner de manifiesto los efectos negativos que dichas prácticas tienen sobre la libre y leal competencia. Se trataría de asimetrías que ocasionan disfuncionalidad en los mercados en la medida en que la decisión del obligado a tomarla no es objetiva ni racional, sino motivada por otros elementos. En la práctica se convertiría en una conducta predatoria de primer orden sólo al alcance de los emporios empresariales que de este modo conseguirían sustraerse a los criterios fijados por un mercado en libre y leal competencia. Y salvo la regulación en materia penal en el citado artículo 435 no existe ninguna otra normativa que regule el fenómeno. Un precepto que es de difícil aplicación por la gran cantidad de requisitos que exige, de modo que en la práctica las actuaciones de los diferentes grupos son de difícil encuadre. La lógica a la que responde es evidente, los gastos en los que han incurrido los diferentes grupos serán recuperados posteriormente con las prebendas obtenidas. Una actuación que implica un encarecimiento derivado de la ausencia de competencia y por ende un incremento del coste social que finalmente será trasladado vía precios a los consumidores y usuarios. Una situación que al igual que el resto de las estudiadas en el presente Capítulo son inadmisibles.

10. Operaciones de concentración como actos «rising rivals cost»

Desde la óptica de la venta a pérdida, la conducta consistente en realizar una operación de fusión, una absorción o una adquisición cualquiera que sea el medio empleado, constituye una operación de concentración capaz de afectar a otro competidor. El Derecho de la competencia viene a cumplir una función preventiva. Ha de tenerse presente que en el caso de ser autorizadas estos comportamientos ayudan a consolidar y mejorar las posiciones de las empresas concentradas, lo que les permitiría realizar prácticas predatorias. Y entre ellas la realización de ventas a pérdida, tanto las directamente instrumentadas en estrategias de precios como las dirigidas a incrementar los costes de los competidores. Una estrategia que cuando revisten finalidad predatoria se acercan bastante al planteamiento expuesto por los seguidores de la *Escuela de Chicago* conforme a los cuales es más fácil y menos costoso absorber a un competidor que entrar en una guerra de precios a pérdida. Se trata por tanto de supuestos en los que el agresor no puede eliminar al competidor, bien porque carece de los recursos adecuados, o bien, porque disponiendo de ellos, no está dispuesta a entrar en una guerra de precios ruinosa y de dudoso éxito. Estas conductas se suelen dar en mercados oligopolistas donde los competidores con posición dominante pueden eliminar a un competidor menor absorbiéndolo o incluso pudiendo eliminarlo, esto les traería consecuencias negativas. No sólo por el hecho de que la conducta pueda ser calificada como desleal sino porque dicha estrategia implica un debilitamiento en el proceso. Precisamente por la incapacidad de satisfacer el incremento de la demanda del mercado tanto durante la lucha como posteriormente como consecuencia de la dilapidación de recursos propios, lo que podría ser aprovechado por el resto de competidores. Incluido por el que está

sufriendo el ataque, porque mientras el agresor sufre cuantiosas pérdidas, el agredido sólo sufrirá las pérdidas imputables a los costes fijos y una pequeña parte de los costes variables, pudiendo permanecer también a la expectativa mientras el agresor realiza su ataque. Un periodo en el que no sólo debe cubrir su cuota de mercado, sino también la cuota del resto de competidores afectados por su conducta. Además, no hay que olvidar que el resto de competidores, ya sean del mismo mercado o de fuera permanecen a la expectativa. De modo que podrían aprovechar la oportunidad de penetrar en el mercado cuando el agresor se encuentre débil.

Las estrategias de concentración, por lo general contribuyen a mejorar la posición de la empresa resultante. Básicamente porque reducen los costos e incrementan la competencia por las sinergias derivadas de la aplicación de economías de escala y experiencia. Lo que beneficia a los consumidores y usuarios si se les traslada. Lo que puede hacerse vía reducción de precios, mejora de la calidad, de la variedad, de las prestaciones o de los servicios, entre otras ventajas. De ahí que sean tan bien recibidas por los mercados. Pero cuando por las características de la concentración pueda derivarse una limitación de la competencia en el mercado deberá someterse a un control *ex ante*. La deslealtad del comportamiento reside precisamente en el abuso de Derecho. Un abuso que aumenta por la operación de concentración que se realiza con una finalidad oculta pero bajo la apariencia de ejercicio legítimo de un Derecho. El reproche surge precisamente porque la operación de concentración no se fundamenta en los propios méritos, en la eficiencia y en la racionalidad económica, sino en la posición de superioridad que le confiere su tamaño. La represión de los mismos podrá realizarse tanto desde la normativa *antitrust* como desde la disciplina de la competencia desleal. La primera, en un control *ex ante* de las operaciones de concentración tanto a nivel comunitario como nacional. En éste último supuesto y dada la relativa escasa experiencia nacional será de gran interés la aplicación que se ha venido realizando de la normativa comunitaria en materia de concentraciones económicas. La segunda, un control *ex post* cuando la operación implique un acto de abuso de Derecho, siendo de aplicación lo que ya se ha indicado para estos supuestos, tanto a nivel comunitario como nacional desde la normativa *antitrust* y desde la disciplina de la competencia desleal.

La racionalidad de estos comportamientos reside en la posibilidad real de reforzar su posición en el mercado y desde la cual poder realizar comportamientos previstos y con riesgo limitado. Luego la concentración no se realiza para defenderse o para mejorar, que pueden también estar implícitas en la operación de concentración, sino para realizar un determinado comportamiento. Unas conductas que son aparentemente lícitas pero que no superan el juicio de lealtad de la cláusula general cuando implican un abuso.

11. La imitación predatoria

Los actos de imitación, al igual que el resto de las figuras analizadas se puede convertir, bajo ciertas condiciones, en una auténtica práctica predatoria no instrumentalizada en estrategias de precios contraria a los principios que rigen nuestro ordenamiento jurídico en materia de libre y leal competencia. El problema de esta práctica, a los efectos de la exposición radica en determinar con exactitud la frontera entre los actos de imitación leales y eficientes de aquellos que no lo son.

Se entiende por imitación «el acto de ejecutar una cosa a imagen y semejanza de otra»²⁹⁸. En este caso el imitador no incurre en los costes en los que en su día incurrió quién originariamente desarrolló el producto o servicio, ni tampoco asume un especial riesgo porque ya conocía de antemano la aceptación de los mismos. En definitiva, los costes de oportunidad del imitador son mínimos, va sobre seguro en relación al pionero. Esta actitud oportunista —*free raider*—, aun cuando podría ser reprochable desde un punto de vista ético o moral, lo cierto es que el principio que debe imperar a los efectos de la protección del interés general es el de la libre imitabilidad.

La lógica de la libertad de imitación es simple, cuanto mayor sea la imitación de un producto o servicio, mayor será la cantidad de oferentes con la correspondiente reducción de precio, aumento de la variedad y calidad de lo ofertado e inicio de un nuevo ciclo para aquellos que traten de diferenciarse a través de la correspondiente inversión en I+D. Altos niveles de saturación de la oferta supone mayor competencia y un precio más ajustado a los costes, de modo que al no ser significativas las diferencias y funcionalidad entre los productos originales y los imitados, la ventaja competitiva se obtiene aplicando economías de escala o bien ventajas comparativas, en cuyo caso el beneficio se traslada al consumidor final. En supuestos como estos el beneficio marginal es mínimo y la masa crítica necesaria para producir es muy elevada, operando como una barrera de entrada para nuevos competidores, lo que reduce la competencia. Al final se llega a un situación propia de mercados de productos o servicio maduros. De este modo para los concurrentes es un incentivo invertir en I+D, siempre que dicho proceso este protegido legalmente y le confiera a su creador, al que ha corrido con el coste y riesgo del proceso inversor un monopolio de derecho que le recompense por lo invertido.

La racionalidad económica parece limitar el ejercicio de esta práctica a los siguientes supuestos: 1. Cuando haya ánimo de lucro del imitador, quien al imitar algo que ha tenido éxito pretende con la imitación alcanzar un éxito similar, o parte del mismo, 2. Cuando haya intencionalidad predatoria ya sea con la acción o con la amenaza de la misma, dirigida a expulsar a un competidor o grupo de competidores del mercado, 3. Cuando la imitación persiga disciplinar a la competencia directa o indirectamente, obligándole a aceptar condiciones

²⁹⁸ Vid. *DRAE*, 22.^a ed., II, Madrid, 2001, en voz «imitar», p.1251.

comerciales a las que de otro modo no hubiera accedido, y finalmente, 4. Cuando pretenda generar barreras que impidan la entrada o salida de competidores.

Todas ellas utilizan los actos de imitación como un instrumento, desde el que en unos casos directamente y con ánimo de lucro tratan de beneficiarse de la reputación o el esfuerzo ajeno, y en otros casos, indirectamente cuando con ella tratan de impedir u obstaculizar al resto de los concurrentes con una competencia superior a lo que se podría considerarse como una respuesta normal en el mercado. La calificación del riesgo de asociación o confusión en los consumidores como desleal obedece a efectos secundarios o colaterales de los anteriores actos de imitación. Unos efectos que tratan de ser evitados por el Legislador por la vía del apartado segundo del artículo 11 de la LCD.

Pero ha de tenerse presente que los actos de imitación como actos de competencia desleal son una reproducción de la situación económica sobre la que se fundamentan²⁹⁹. El artículo 11.1. de la LCD primero declara el principio general de «[...] libertad de imitación de prestaciones e iniciativas empresariales» y a continuación establece la excepción al mantener que la imitación es posible «[...] salvo que estén amparado por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley». En este primer enunciado el Legislador da cobertura legal como excepción a los derechos de exclusiva de propiedad industrial. Unas excepciones que obedecen a la necesidad de primar el riesgo y costes, o si se prefiere la inversión en I+D. En la medida en que la pérdida de competencia y el correspondiente incremento del coste social es menor al beneficio social derivada del hecho de poder acceder a una determinada patente, modelo de utilidad, modelo y dibujos industriales y artísticos, a una creación intelectual, aunque sea superior al precio que tendría en un mercado en competencia. Lo que también se produce con la

²⁹⁹ Para un análisis de la figura de los actos de imitación como acto de competencia desleal entre nosotros *vid.* OTERO, J. M., «Aproximación a la figura de la imitación servil», X, *ADI*, 1984-85, pp. 61 y ss.; *idem.*, «La nueva Ley de Competencia desleal», XIV, *ADI*, 1991-92, pp. 25 y ss.; FERNÁNDEZ NOVOA, C., *Derecho de marcas*, Montecorvo, Madrid, 1990; *idem.*, «Reflexiones preliminares sobre la Ley de Competencia Desleal», *La Ley*, 1991-2, pp. 1179 y ss.; CUESTA DE LA, J. M., «Supuestos de competencia desleal por confusión, imitación y aprovechamiento de la reputación ajena», en BERCOVITZ, A., (coord.) «La regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de enero de 1991», *BOE-Cámara de Comercio e Industria*, Madrid, 1992, pp. 35 y ss.; LEMA, C., GÓMEZ MONTERO, J., «Actos de competencia desleal por imitación y explotación de la referencia a la relación entre los derechos de propiedad industrial y la Especial referencia a la relación entre los derechos de propiedad industrial y la imitación en la Ley de Competencia Desleal», *RGD*, núm. 562-563, 1991, pp. 6151 y ss.; *idem.*, «Los actos de imitación en la Ley de competencia desleal de 19 de enero de 1991 en relación con el ordenamiento comunitario. Especial referencia a la relación entre los derechos de propiedad industrial y la competencia desleal», *RDP*, 1992, pp. 728 y ss.; BOET, E., «Los actos de imitación servil en la Ley de competencia desleal», *RDM*, núm. 213, 1994, pp. 505 y ss.; PORTELLANO DÍEZ, P., *La imitación en el Derecho de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1995; MONTEAGUDO, M., «La imitación de creaciones técnicas y estéticas. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª) de 5 de julio de 1993», *RGD*, núm. 595, 1994, pp. 3961 y ss.; *idem.*, «La imitación confusoria de productos (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1997 y 17 de julio de 1997)», XVIII, *ADI*, 1997, pp. 249 y ss.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La apreciación del riesgo de asociación en relación con actos de imitación [Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4.ª) de 7 de octubre de 1996]», *RGD*, núm. 639, 1997, pp. 14333 y ss.; PATIÑO, B., «La imitación de envases y de las formas tridimensionales (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1997)», *RGD*, núm. 645, 1998, pp. 7677 y ss.; MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal* ..., ob. cit., pp. 335-360.

reducción del coste de oportunidad de los compradores al comprar productos o servicios bajo una marca, un rótulo o un nombre comercial.

La decisión de proteger o no proteger y con qué intensidad es un criterio de política legislativa. En un modelo de competencia perfecta la inversión en I+D siempre sería rentable en la medida en que ello atribuiría a su creador una ventaja competitiva que llegaría a todos los demandantes de la innovación, sin que por ello, la imitación implicara una disminución de los demandantes a los que llega la creación originaria. Precisamente porque la propia imitación también llegaría a todos los demandantes regulándose la producción y precio a través del mecanismo de la oferta y la demanda. Sin embargo, la economía real ni opera bajo las reglas de la competencia perfecta, ni el modelo económico de la CE y el desarrollo posterior operan bajo principios absolutistas y despóticos de la oferta y la demanda. En orden de principios conviene exponer que la excesiva protección legal de la propiedad industrial e intelectual implica entre otros efectos secundarios la creación de monopolios legales con la correspondiente reducción de los oferentes al quedar limitado a los titulares de los derechos protegidos o de aquellos que cuenten, previo pago, con los correspondientes derechos de explotación. Sobre todo si tenemos en cuenta que los plazos legales de protección resultan extraordinariamente amplios en relación al ritmo al que evoluciona la ciencia. De modo que esta excesiva protección implica un incremento del coste social y una reducción de la eficiencia general de un país motivada por el coste y retraso en el acceso a dichas innovaciones, ya que la protección opera como una barrera de entrada o incluso salida. Ello implica una disminución de la competencia y por ende una reducción en la cantidad, calidad y variedad de la oferta que llega a los consumidores, quienes pagan un mayor precio en relación a una situación de competencia que vienen a consumir las plusvalías del consumidor vía rentas monopolísticas. Por si fuera poco, dichas rentas no se suelen reinvertir en el proceso productivo y tecnológico en beneficio de los consumidores, sino que se asume como beneficio de la actividad y se reparte, lo que da lugar a la pérdida progresiva de eficiencia de dicho proceso.

Por todo lo dicho, la opción por un sistema de mayor o menor protección es una opción de política legislativa, y el contemplado por el Legislador es claro, protección de los derechos de exclusiva si, pero con obligaciones y límites. La imitación de cualquier iniciativa empresarial ajena es libre, salvo que lo que se trate de imitar esté protegido por un derechos de exclusiva³⁰⁰.

³⁰⁰ Fuera de los supuestos de excepción a la imitación a las prestaciones protegidas por derechos de exclusiva, la imitación siempre será libre, salvo que por sus características «[...] resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno». La deslealtad de la imitación de prestaciones ajenas no protegidas se produce cuando: 1.º cause confusión en los consumidores, 2.º implique un aprovechamiento indebido de la reputación ajena, y 3.º implique un aprovechamiento del esfuerzo ajeno. Sin embargo, consciente del beneficio social derivado de la posibilidad de imitación, el Legislador en el párrafo segundo del artículo 11 de la LCD recoge la exclusión de la calificación de deslealtad del acto de imitación cuando dicha imitación sea inevitable. Esta excepción es una versión bastante descafeinada de la represión de los actos de imitación de prestaciones ajenas no protegidas por derechos de exclusiva como actos de competencia desleal. Sobre todo teniendo en cuenta que la imitación tiende a producirse en aquellas prestaciones ajenas que han tenido éxito en el

Es precisamente en el apartado 3.º del artículo 11 de la LCD donde se regula la figura de la imitación como estrategia dirigida a la copia «sistemática de las prestaciones o iniciativas empresariales de un competidor» al objeto o con la finalidad de «impedir o obstaculizar» la entrada o consolidación del imitado, de sus productos o servicios, excediendo con ello de lo que podría calificarse como una respuesta natural del mercado.

Aunque los anteriores actos de imitación tipificados y estudiados reúnen las notas propias de una práctica predatoria, es en este tercer apartado donde expresamente aparece una intencionalidad por parte del imitador. Mientras que en los supuestos de aprovechamiento de la reputación o del esfuerzo ajeno se realiza con la intención de beneficiarse directamente del imitado, en ésta el agresor parece que con la conducta trata de eliminarlo o expulsarlo del mercado. La conducta del imitador aparece informada por la voluntad de obstaculizar o impedir lo que denomina la afirmación en el mercado del imitado. A *contrario sensu*, partiendo del principio general de libre imitación de las prestaciones e iniciativas empresariales ajenas, cuando el imitador no persiga expulsar al imitado o impedir que se asiente en el mercado, pero aún así, su política es la del *fast second* la conducta será perfectamente lícita³⁰¹. Siempre claro está, que la imitación cumpla con los dos requisitos exigidos en el 11.2. de la LCD, que no se produzca un aprovechamiento indebido de la reputación, del esfuerzo ajeno o que pueda causar confusión, porque se indujera a error a los consumidores ya que sería calificada como desleal. Salvo que como establece el párrafo segundo de este artículo, los indicados riesgos de asociación o de aprovechamiento de la reputación ajena sean inevitables. Luego serán evitables y bastara para destruir el riesgo de confusión que el concurrente imitador de las prestaciones e iniciativas empresariales ajenas que no estén amparadas por un Derecho de exclusiva incluya en la información de su producto su identificación como puede ser marca, nombre comercial o rótulo.

Además, un problema añadido al presente supuesto en la prohibición de la imitación con finalidad obstaculizadora es muy similar al que veremos en su momento en el análisis de la venta a pérdida. Así, mientras en una primera parte del análisis, la libertad de imitación produciría un incremento de los productos en

mercado, porque el supuesto contrario sería ilógico desde un punto de vista empresarial. Luego la imitación y la aproximación a la imitación hasta la consecución de identidades y similitudes idénticas obedecen a la necesidad de aproximarse al máximo a lo copiado al objeto de aspirar al éxito que ésta ha tenido previamente. Por ello, en los supuestos de riesgo de confusión y aprovechamiento de la reputación ajena en supuestos de imitación de prestaciones o iniciativas ajenas no protegidas por los derechos de propiedad industrial, intelectual o comercial, la simple indicación de su productor o imitador de su nombre comercial o de su marca entre otros, es suficiente elemento de análisis para determinar la no existencia de riesgo de confusión para un consumidor normalmente informado cuando pone en contraposición el producto originario con el producto imitado.

³⁰¹ Se entiende por *fast second* a la empresa que desarrolla una estrategia de no invertir en I+D ante la deficiente protección de la propiedad industrial, comercial o intelectual, o como simple estrategia de desarrollo. Esta estrategia puede ser devastadora en empresas que se encuentren fuertemente consolidadas en el mercado que no invierten en I+D, sino a copiar a aquellos que productos o servicios que sí tienen éxito.

A este respecto *vid.* BALDWIN. W. L., CHILDS, G. L., «The fast second and rivalry in research and development», *Southern Econ. J.*, 36, 1969, pp. 18-24.

el mercado, un incremento de la competencia y por ende una reducción del precio que beneficiaría a los consumidores. En la segunda parte, se produciría una desmotivación de la inversión en I+D del innovador, en la medida en que el resto de concurrentes se limita simplemente a imitarle, sin que pueda recuperar los gastos que tuvo en la inversión. Esto produciría en la práctica una disminución generalizada de la inversión en I+D y un encarecimiento futuro de los citados bienes o servicios cuyo coste se trasladaría a los consumidores en forma de menor variedad de oferta, menor innovación y mayor precio. De ahí, que el principio de libertad de imitación debe ser compensado en su justa medida para que no produzca el efecto contrario al que se pretende cuando se declara la libertad de imitación³⁰². La imitación predatoria se encuentra muy próxima a la venta a pérdida, precisamente porque el agresor no ha incurrido en los costes que sí ha tenido el pionero. Lo que implica que en realidad se este vendiendo muy por debajo del precio real de coste en el que habría incurrido si imitara pagando las correspondientes licencias. Estos actos podrían encuadrarse en el marco de las conductas dirigidas a incrementar los costes del agredido. Una modalidad de conductas obstaculizadoras. Y su represión se realizará por la vía de los Derecho de exclusiva, y en su caso, por la vía del artículo 11 de la LCD, ya que difícilmente podría encajarse en la prohibición de la venta a pérdida. Aun cuando guarda una estrecha similitud a la prohibición contenida en el artículo 17.2. c) de la LCD, que será objeto de estudio en el capítulo V. Desde la óptica de la LDC este tipo de prácticas será objeto de represión cuando impliquen un falseamiento sensible de la libre competencia que afecte al interés general contenido en el artículo 7. Una práctica que podrá tener lugar ya sea a través de una práctica concertada o conscientemente paralela del artículo 1 de la LDC dirigida a imitar, o bien, desde una posición de dominio del artículo 6 de la LDC, en la que encontraría cobijo la teoría del *fast second*.

12. El boicot

El boicot, al igual que el resto de comportamientos analizados se configura como una práctica predatoria no instrumentalizada en precios con efectos restrictivos para la competencia. Práctica que puede coincidir con la figura objeto de nuestro estudio, la venta a pérdida cuando ésta se articule con la forma boicot. Se trata de una práctica de carácter trilateral en la que intervienen tres sujetos, el boicoteador, el destinatario y el boicoteado. El primero, el boicoteador es la persona o personas físicas o jurídicas que lanza, promueva, instigue o propugne el boicot, debiendo disponer para ello de medios que le permitan realizar dicha conducta. Los motivos por el que el boicoteador utiliza instrumentalmente al destinatario pueden ser múltiples, ya sea porque no puede o porque de poder, no desea ser conocido o que se le identifique expresamente. Lo fundamental es que tiene un interés directo en que se realice el boicot, hasta el punto de que de no ser realizado por el destinatario podría ser sujeto de un daño menos grave por el

³⁰² Con similar criterio *vid.* PORTELLANO DíEZ, P., *La imitación en el Derecho de la competencia ...*, ob. cit., pp. 232-233.

instigador del boicot. La calificación de menos grave viene dado por la exigencia de que el destinatario tenga la posibilidad de optar libremente entre el perjuicio menos grave por realizar la conducta solicitada por el boicoteador o la aplicación por este de la medida coactiva indicada. Pero es evidente que dicha libertad de opción no es tal, en la medida en que quien lo realiza lo hace bajo amenaza de un perjuicio. El segundo, el destinatario del mensaje es la persona física o jurídica receptora del requerimiento o incitación del boicoteador. Para que los presupuestos necesarios para la apreciación del boicot se den es requisito que disponga de un cierto margen de libertad para optar entre el cumplimiento o no del requerimiento. Un requerimiento consistente en una obligación de hacer o no hacer al que responderá positivamente porque básicamente coincide con el planteamiento del boicoteador y no sólo con la medida sino también con los efectos que con la medida se pretenden alcanzar, pero no por la amenaza en si misma considerada. Y, en la segunda, no compartiéndolo, podrá acceder o no al requerimiento. En este último supuesto, bajo el riesgo cierto de sufrir una sanción. Y el tercero, el boicoteado es el sujeto que sufre directamente los efectos del boicot. Aquí cabe tanto la realización de la conducta, se alcance o no el resultado, como la amenaza de realizarla, siempre que estas conductas se revelen como objetivamente idóneas para producir el resultado lesivo deseado por el boicoteador. En el concepto de objetiva idoneidad habría de incluirse el supuesto de miedo o error insuperable. Precisamente porque el miedo al daño o perjuicio sería el causante del comportamiento.

Hay multitud de boicots, tales como los religiosos, sociales, sindicales, políticos, culturales, militares, comerciales o económicos, entre otros³⁰³ Es en estos últimos y sus en sus consecuencias jurídicas en la que se centrará el estudio. Estos pueden diferenciarse en relación al número de sujetos intervinientes pudiendo ser individuales y colectivos; en atención a su finalidad, boicot de eliminación y disciplinario; por la forma de manifestarlo, expreso o tácito; por su nivel de difusión, público o privado; por su estructura organizativa, directo o indirectos; por la declaración que se hace general o particular; y finalmente, por la naturaleza de los mismos pueden ser ofensivos o defensivos. En estos boicots económicos, el boicoteador instiga y propugna bajo la amenaza de causar un daño al destinatario, quien accede libremente, pero en la conciencia de poder sufrir daño si no accediera³⁰⁴. La conducta básicamente consiste en la negativa a

³⁰³ A este respecto ya se pronunciaba SENA, G., *Il boicottaggio, un aspetto della disciplina della concorrenza*, Studi di Diritto Industriale, v.12, Guiffirè, Milano, 1970, pp. 6-12. Un estudio en el que se realiza un interesante análisis de los diferentes clases de boicot. Recientemente es de interés el estudio realizado por EMPARANZA SOBEJANO, A., *El boicot como acto de ...*, ob. cit., pp. 29-36. En la que se hace una delimitación de las diferentes clases de boicots en atención a varios criterios de clasificación como el número de sujetos intervinientes, la finalidad perseguida, la estructura de la organización del boicot y el tipo de declaración.

³⁰⁴ La doctrina ha definido el boicot económico como «un rechazo organizado para dificultar el desarrollo de la actividad económica de un sujeto, mediante el requerimiento a un tercero para que no tenga relaciones comerciales con él» Vid. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, Padova, 1969, pp. 11 y ss. O bien como «[...] una conducta en la que un sujeto o grupo de sujetos rescinde, o se niega a iniciar total o parcialmente con otro u otro grupo de sujetos, como consecuencia de un requerimiento recibido en tal sentido por una tercera parte, la cual tiene la intención de causar un perjuicio al inquirido directo o indirecto, de no llevar a cabo la conducta encomendada.» BERGERHOFF, *Nötigung durch Boycott*, Frankfurt am Main, 1998, p. 17, siguiendo la cita y traducción de EMPARANZA SOBEJANO, A., *El boicot como acto de ...*, ob. cit., p. 31.

mantener relaciones comerciales con el boicoteado ya sea por el lado de la oferta o por el de la demanda³⁰⁵.

El éxito o fracaso de la práctica dependerá de las características del mercado de producto o servicio de referencia, de la estructura de la demanda y de la morfología organizativa del mercado y de la oferta, del poder del boicoteador, de la idoneidad de la conducta, y de la entidad de la amenaza sobre el destinatario. Esto es, de la influencia jurídica y económica del boicoteador y, de la relación entre el destinatario y el boicoteado. Y en su caso, de la interacción entre el destinatario del requerimiento y el boicoteado que se manifiesta a través la situación de dependencia económica por la vía de la negativa a contratar ya sea en la demanda o en la oferta, de la ruptura de la relaciones comerciales, y de la eficacia de esta medidas, lo que se manifiesta en la ausencia de canales alternativos para el boicoteado. De la concurrencia y combinación de los diferentes elementos citados dependerá el éxito o fracaso del boicot como práctica predatoria. Un comportamiento en el que tiene cabida tanto una venta a pérdida instrumentada en precios como una conducta dirigida a incrementar deslealmente los costes del boicoteado. La finalidad perseguida por el boicoteador y en su caso, cuando coincida con la medida y con los medios para ello empleados, el destinatario del requerimiento, son los mismo que los de cualquier otra práctica predatoria. La peculiaridad de la misma frente a otras viene dada por la forma en la que se articula

El boicot económico como práctica predatoria tiene significación jurídica cuando como consecuencia de ella se produzca o pueda producir un falseamiento de la libre y leal competencia ya sea por una práctica colusiva, un abuso de posición dominante individual o conjunta o por la vía de una práctica

³⁰⁵ La doctrina ha diferenciado dos tipos de boicot en función de la relación directa o indirecta entre el boicoteador y el boicoteado. Así pues, el boicot directo tiene lugar entre el destinatario o una pluralidad de destinatarios y el boicoteado, calificado por la doctrina como boicot primario, mientras que aquellos en los que el boicoteador instiga al destinatario para que este realice el boicot sobre el boicoteado es calificado como boicot secundario. Este parece ser el criterio seguido por la doctrina y jurisprudencia italiana, que se fundamentaba básicamente en la aplicación del artículo 598.3.º del CCiv. de 1942 al establecer que realiza un acto de competencia desleal el que «se valga directa o indirectamente de cualquier medio no conforme a los principios de corrección profesional y que este sea idóneo para dañar a la empresa ajena». Es interesante al respecto el estudio realizado por SENA, G., *Il boicottaggio, un aspetto della disciplina della concorrenza*, Studi di Diritto Industriale, v.12, Guiffirè, Milano, 1970, pp. 13-33. Sin embargo, este planteamiento ha sido criticado y superado por parte de la doctrina italiana y comunitaria al entender que no es posible considerar que estemos ante un boicot en sentido estricto. Precisamente por no tener lugar uno de los presupuestos básicos del boicot, la relación trilateral en sentido estricto, esto es, que el boicoteador incite al destinatario para que bloquee al boicoteado ya sea por el lado de la oferta o de la demanda. Por ello, en el supuesto calificado como boicot secundario, la negativa a contratar con el boicoteado ya sea por el lado de la oferta o de la demanda es una conducta que goza de autonomía propia. Por nuestra parte, estas conductas, prácticas o estrategias empresariales que impliquen o no un abuso de la situación de dependencia económica se este o no en posición de dominio al negarse a contratar o al romper relaciones contractuales, no pueden en modo alguno ser calificadas como boicot, pues se acercan más a los precios discriminatorios. Ya que en la medida en que al negarse a contratar con el sujeto que sufre el boicot no implica que no se mantengan las relaciones comerciales con otros. O si se prefiere, al romper las relaciones contractuales o al negarse a contratar sin causa justificada se pueden calificarse como el resultado de una estrategia de boicot, pero que se configuran como prácticas con autonomía propia, más próxima a la figura de los precios discriminatorios que al del boicot.

discriminatoria. En estos supuestos, la deslealtad radica en el hecho de que el actor no se está fundamentando su conducta en sus propios méritos y en la competencia leal y eficiente, sino en el ejercicio abusivo de su posición frente al destinatario, y a su vez, de este frente al boicoteado. La deslealtad opera en un doble sentido, por un lado en la conducta del boicoteador al incitar a una conducta de bloqueo, que evidentemente actúa inspirado en una intencionalidad predatoria en sus múltiples variantes ya analizadas. Y en un segundo lugar, por parte del destinatario de la directrices del boicoteador en su relación frente al boicoteado que actúa explotando de modo directo o indirecto las relaciones que estos tengan como instrumento para materializar el bloqueo³⁰⁶.

La figura del boicot puede ser objeto de represión tanto desde el Derecho *antitrust* y desde la disciplina de la competencia desleal. Así pues, en la primera vía habrá que diferenciar en función del mercado de producto o servicio de referencia si se trata del mercado español en cuyo caso será de aplicación la LDC en sus artículos 1 «prácticas colusivas», el artículo 6 «abuso de posición dominante», o el artículo 7 «falseamiento sensible de la libre competencia». Y en su caso en el mercado comunitario con la correspondiente traslación de las figuras citadas y contenidas en los artículos 81 y 82 del TCE. Por otro lado, la represión por la vía de la disciplina de la competencia desleal será de aplicación no el

³⁰⁶ Como excepciones al juicio de lealtad cabría incluir aquellos supuestos en los que los sujetos intervinientes en el boicot no sean sujetos concurrentes como las organizaciones de consumidores y usuarios, así como a los estudios comparativos de productos o servicios que realizan determinadas publicaciones. En estos casos confluyen dos derechos. Por un lado, con el ejercicio legítimo de un derecho reconocido constitucionalmente como es la libertad de opinión y por otro lado, el hecho de que no son concurrentes en el mercado, ni tienen finalidad concurrencial. Sin embargo, la manifestación de opiniones o estudios respectivos pueden producir un boicot con los mismos efectos no deseados como es el del falseamiento de la libre y leal competencia. En estos casos, entendemos que la frontera entre la libertad de opinión, y el falseamiento viene dada por el ejercicio racional y diligente del citado derecho. En la medida en que las aseveraciones de los citados sujetos no concurrentes sean acordes a la realidad, el boicot que pueda desarrollarse por los consumidores es lícito. Por el contrario, si las manifestaciones vertidas por dichos sujetos no son acordes a la realidad, serán responsables de sus actos por la vía del artículo 1902 CCiv. En este sentido el TS ha tenido la oportunidad de pronunciarse en la sentencia, de 28 de febrero de 1994. El Tribunal conoce en casación la sentencia la AP de Toledo, de 14 de febrero de 1991, estimando el recurso y desestimando la demanda interpuesta ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Talavera de la Reina de, 1 de octubre de 1990, por el que se respondía al juicio declarativo de menor cuantía en el que se ejercía acción por la empresa «Gasur, S.A.». En concreto una acción de exigencia de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CCiv. y la correspondiente reparación de daños y perjuicios por valor de veinte millones de pesetas por infracción de daños patrimoniales y morales. La actora mantenía que la demanda «la asociación de consumidores y usuarios de Toledo» la había desprestigiado profesionalmente, al mantener y comunicar públicamente en prensa y mediante comunicados a diferentes ayuntamientos que la empresa «Gasur, S.A.» carecía de la autorización correspondiente de «Repsol Butano, S.A.», que «la goma que instala no está reconocida por «Repsol Butano», lo que significa que en caso de accidente por fuga o deterioro de la misma «Repsol Butano» no se haría cargo de los posibles daños materiales o personales ocurridos al usuario», y que «Gasur S.A.» no realiza mantenimiento de sus instalaciones. Todas ellas unas afirmaciones que causan un daño irreparable a «Gasur, S.A.» que a su juicio le «impidió su implantación comercial en la provincia». Pero no se llega a probar en el juicio, por lo que finalmente es sancionada por el Juzgado de Primera Instancia, recurrida en sentido contrario por la AP y finalmente confirmada en Primera Instancia en casación. Precisamente porque a juicio del TS esta conducta «[...] es determinante de un acto que si no supone la infracción de ningún precepto concreto, sí lo es, que su antijuridicidad de carácter civil, proviene de la violación del principio *alterum non laedere*, esto es, sin que se exija la infracción de una norma concreta, sí lo es, en definitiva la que está contenida en este artículo 1902».

artículo 16.2. de la LCD como tradicionalmente se ha venido manteniendo por una parte de nuestra doctrina, sino en la cláusula general del artículo 5 de la LCD.

Sin embargo, si bien no observamos ningún reparo en la inclusión del boicot como acto contrario a la libre competencia en la normativa *antitrust* nacional y comunitaria, si aparecen ciertas reservas a la no inclusión del boicot como acto de competencia desleal en el artículo 16.2. de la LCD. El argumento es simple, la represión del boicot en los supuestos en los que se revela como un acto de competencia desleal trata de evitar que la conducta consistente en un bloqueo concertado a instancia de un instigador alcance el resultado deseado por dicha estrategia. Un resultado cuya finalidad sea alcanzar la exclusión del boicoteado, crear barreras de entrada o salida, o bien, disciplinarlo para que acepte unas condiciones comerciales que de otro modo no hubiera aceptado. En estos casos, tanto el bloqueo efectivo, como la amenaza de realizarlo cuando sea objetivamente idónea para alcanzar el resultado, o siendo inidónea el receptor del requerimiento o el boicoteado actúan en la creencia errónea e invencible de que dicho resultado se pueda alcanzar. Y como consecuencia de ello, realizaran coactivamente la conducta deseada por el boicoteador, también se estaría ilidando del instigador, lo que dependerá de intensidad y eficacia de la amenaza sobre el destinatario del boicot, habrá que acudir a la cláusula general del artículo 5 de la LDC³⁰⁷.

Finalmente, el boicot en determinadas condiciones se configura como un acto anticompetitivo contrario a la competencia. Aunque la figura tiene autonomía propia en la práctica se instrumentaliza en otras conductas que a su vez también son autónomas y objeto de represión por la normativa correspondiente. Entre dichas prácticas pueden encuadrarse perfectamente una pluralidad de prácticas predatorias y en especial, las prácticas discriminatorias y ventas a pérdida con finalidad predatoria. Tanto instrumentalizadas en políticas de precios como en incrementos de los costes de competencia³⁰⁸. Por consiguiente, el boicot es un fin

³⁰⁷ En relación con la ausencia de una regulación específica del boicot en nuestra disciplina de la competencia desleal se ha pronunciado en nuestra doctrina *vid.* EMPARANZA SOBEJANO, A., *El boicot como acto de ...*, ob. cit., pp. 125-188. El fundamento de su análisis radica en el hecho de que el artículo 16.2. de la LCD no recoge un supuesto típico de boicot sino una determinada regulación de los actos de discriminación. Entre ellos, la explotación de la situación de dependencia económica, para la que no es necesaria la existencia de una posición de dominio o dominante. Especialmente la negativa a contratar o la ruptura de las relaciones comerciales sin una justa causa se configuran como actos discriminatorios y no como boicots en sentido estricto. Por tanto, para este autor, las únicas vías de represión del boicot como acto de competencia desleal es doble. Por un lado, en la disciplina *antitrust* en la LDC por la vía del artículo 1.1. «práctica colusiva», 6.1.b. «abuso de posición dominante», y 7, en los supuestos en los que la práctica en cuestión de lugar a un «falseamiento de la libre competencia». Y por otro lado, en la disciplina contra la competencia desleal. En este caso, el boicot no encuentra cobijo, a diferencia de lo que ha venido entendiendo una gran parte de la doctrina, en el artículo 16.2. de la LDC, sino en la cláusula general contenida en el artículo 5 de la LCD.

³⁰⁸ Ambas figuras no deben ser confundidas, ni el boicot con los actos discriminatorios, ni con la venta a pérdida. En este sentido *vid.* EMPARANZA SOBEJANO, A., *El boicot como acto de ...*, ob. cit., p. 104, al mantener que la diferencia entre ambas viene dada en el hecho de que «[...] los clientes no cesan sus relaciones con la empresa a causa de una instrucción que le ha dirigido a ella la empresa con la oferta por debajo del precio, sino que el estímulo para ello viene propiciado por el hecho de que dicha empresa está ofreciendo al mercado precios más favorables. Por tanto, no puede considerarse esta práctica como un boicot, porque no se produce ningún tipo de instigación a los «destinatarios» a que modifiquen sus conductas comerciales, sino que el cambio responde a los precios que el oferente ha introducido en el mercado [...]»

en sí mismo y se dirige a alcanzar un resultado, se instrumentalize o no en prácticas predatorias fundamentadas en estrategias de precios, o en *non predation*. Y en esta última clasificación los precios discriminatorios o la venta a pérdida adquieren un carácter instrumental fundamental para el desarrollo y consecución de dicho fin.

CAPÍTULO III

PRÁCTICAS PREDATORIAS

INSTRUMENTALIZADAS EN PRECIOS(II)

Entre las prácticas instrumentalizadas en precios se encuentran la amenaza de ofertar precios superiores a los del mercado y los propios precios predatorios al alza y a la baja. En esta última categoría podrían incluirse los precios discriminatorios, los precios límites o *soft predation* y los actos de venta a pérdida en relación con uno determinado nivel de costes, precisamente el coste marginal.

En relación con la venta a pérdida sólo serán objeto de represión aquellas prácticas que incorporan un mayor grado de deslealtad al inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de un producto o servicio en el mismo establecimiento, al afectar o denigrar la imagen de un producto, servicio o establecimiento ajenos, y finalmente, los precios predatorios propiamente dichos, aquellos que tienen por objeto expulsar a un competidor o grupos de competidores del mercado. En este último párrafo cabría incluir a través de una interpretación extensiva del término «expulsar a un competidor o grupo de competidores» a los supuestos en los que la venta a pérdida opere como una barrera de entrada, o en su caso de salida.

1. La amenaza de ofertar precios superiores a los del mercado

1.1. Concepto y caracteres

En esta categoría, siguiendo con la metodología expuesta antes, se encuentran las manifestaciones de cualquier tipo realizadas por un concurrente y dirigidas a otro de causarle un mal si no se pliega a su voluntad. En concreto, de incrementar su oferta por encima del precio del mercado al que un oferente viene vendiendo dicho producto o prestando ese servicio. Un comportamiento que bajo ciertas circunstancias podría influir y cambiar la voluntad del concurrente en el que recae la práctica. La simple amenaza de realizar una práctica predatoria consistente en ofertar precios superiores a los del mercado y dirigidos a acaparar las fuentes de aprovisionamiento o materias primas, o de precios predatorios a la baja como los

precios discriminatorios, los precios límite o las ventas a pérdida pueden producir los mismos efectos indeseados por el Derecho de la competencia. Por tanto, no es necesario un resultado lesivo para que la práctica tenga lugar. Siendo suficiente con que el actor manifieste la voluntad de realizarla y que la exteriorización de esa voluntad llegue al afectado de modo que este tome conciencia de un daño injusto, futuro, posible y determinado. En definitiva, que la simple manifestación de la voluntad del agente se haya realizado con fines concurrenciales. La ilicitud del acto no radica precisamente en la acción de amenazar sino en el instrumento en que apoya y fundamenta esa amenaza. En la voluntad de perjudicar a un competidor mediante el incremento o la disminución de los precios de sus productos o servicios. O si se prefiere en la entidad o en la objetiva y subjetiva idoneidad de la amenaza para producir los efectos indeseados. En definitiva, no podrá realizar la amenaza quien quiere, sino quien puede, por lo que los efectos no se producen por el acto de amenazar en si mismo considerado, sino por la entidad y efectos que ésta pueda tener en relación con el sujeto que la realiza. En definitiva, si puede tener por efecto disciplinarlo, expulsarlo o impedir la entrada o salida de competidores más eficientes.

Ahora bien, ninguna de estas conductas es sancionada directa o expresamente por el Derecho *antitrust* o por la disciplina de la competencia desleal. Sin embargo, la simple amenaza que despierte en el agredido el convencimiento de que quien amenaza está en condiciones de ejecutarla, lo este o no objetivamente, puede producir efectos indeseados en los concurrentes, en el mercado o en los consumidores y usuarios. A título de ejemplo, si esta conducta fuera realizada por una empresa con posición de dominio puede ser motivo más que suficiente para que el agredido desista en su empeño³⁰⁹.

³⁰⁹ Sin embargo, los efectos de la oferta de precios dirigidos a acaparar la oferta si son objeto de regulación específica en el artículo 284 del CP establece que cuando: «[...] difundiendo noticias falsas, empleando violencia o engaño, o utilizando información privilegiada, intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación [...]» La perseguibilidad de las conductas contenidas como las amenazas o engaños que puedan alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia se encuentra con la dificultad de determinar el concepto de «precios» y «libre concurrencia». La referencia al «precio» deberá ser entendida como el precio privado en un margen de oscilación máximo y mínimo de lo que se considera normal. Mientras que por su parte, la remisión a la «libre concurrencia» debe ser entendida en un modelo de «competencia perfecta relativa» En este sentido *vid.* MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 12.ª ed., Valencia, 2000, pp. 491-492. Debiendo por tanto analizar la práctica en cuestión, las circunstancias objetivas y subjetivas que concurren y sus efectos sobre los concurrentes, el mercado y los consumidores y usuarios. Y en el supuesto de que el amenazador sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe, o le compeliere a realizar lo que no quiere, sea justo o injusto, se estará ante un supuesto de coacciones del artículo 172 del CP. Ambas figuras delictivas atentan contra la libertad de obrar y las amenazas además, contra el sentimiento de seguridad. La diferencia entre ambas figuras es evidente: mientras las primeras afectan a la esfera interna del sujeto en la formación de su voluntad, las segundas influyen directamente en la conducta externa. Por consiguiente «[...] las amenazas se dirigen a la motivación del sujeto pasivo (fase de formación de la voluntad), mientras que las coacciones inciden en la actuación externa de la víctima (fase de realización de la voluntad).» *Vid.* MIR PUIG, S., en voz «Amenazas y coacciones», en *EJB*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 441-445. Y a mayor abundamiento *vid.* GONZÁLEZ OLIVARES, G., MORALES PRATS, F., VALLE MUÑOZ, J. M., y otros, *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 181-220.

1.2. Requisitos

El problema básico en relación con la disciplina de la competencia desleal o de la normativa *antitrust* radicaría en la determinación de los elementos que componen los conceptos jurídicos indeterminados que se han venido utilizando. La clave parece estar en la determinación del ilícito concurrencial en atención a la vulneración de la cláusula general de la buena fe del artículo 5 de la LCD o en la realización de comportamientos anticompetitivos que encajen en la prohibiciones contenidas en la LDC. En ambos casos reconducibles a la categoría de abuso de Derecho. En cualquier caso, para que la amenaza tenga lugar deberán concurrir los siguientes requisitos. En primer lugar, que se realice por cualquier medio y con fines concurrenciales de modo que llegue a su destinatario, porque en caso de no llegar se estaría ante una tentativa inidónea. En segundo lugar, que dicha amenaza produzca en él o en los destinatarios la creencia racional de que podrá ser ejecutada por el agresor en los términos en los que éste lo ha manifestado. Aun cuando el amenazante carezca objetivamente de los medios para llevar a cabo su amenaza pero el amenazado crea erróneamente que sí puede. Y finalmente, en tercer lugar, que la amenaza cumpla su cometido y el destinatario de la misma desista o cambie su conducta para evitar los efectos indeseados de la amenaza. Debiendo tener presente que el ilícito concurrencial tiene lugar con el mero intento, sin que sea necesario que tenga lugar el resultado lesivo para proceder a su represión.

2. Los precios discriminatorios

2.1. Caracterización

La discriminación puede ser definida como un acto consistente en separar, distinguir o diferenciar el trato que se da a una persona con respecto a otra³¹⁰. En este caso la discriminación viene dada por el trato desigual en el precio, en la negativa de suministro o en las condiciones al que un mismo oferente vende o distribuye sus productos o presta sus servicios en el mercado a diferentes destinatarios sin que medie causa objetiva que la justifique. Lo que implica un trato diferente y excluyente para prestaciones equivalentes. Que no obedece a causas racionales y que tiene por efecto una desventaja competitiva. Por tanto, puede afirmarse que «la discriminación de precios es vender a un precio tal que el ratio precio/coste marginal es diferente en las diferentes ventas»³¹¹.

³¹⁰ Vid. *Diccionario de la Real Academia*, 22.ª ed., I, Madrid, 2001, p. 833.

³¹¹ Vid. POSNER, R., *Antitrust Law: and economic ...*, ob. cit., pp. 62 y ss. Una opinión también expuesta por HOVENKAMP, H., *Antitrust*, 2.º ed. West Publishing Co. St. Paul. Minnesota, 1993, p. 255. Y finalmente, entre otros, vid. GELLHORN, E., y KOVASIC, W.E., *Antitrust Law and economics*, West Publishing, St. Paul Minnesota, 1994, p. 435. Para un análisis jurídico de la figura vid. KELLER, E. R., «Price discrimination and the law: the inflation dilemma», *Antitrust L. & Econ. Rev.*, v.11, núm. 4, 1979; CASS, R. A., «Price discrimination and predation analysis in antitrust and international trade: A comment», *Univ. of Chicag. L. Rev.*, v.61, 1993; SPRINGER, U., «Meeting competition: justification of price discrimination under E.C. and U.S. antitrust law», *ECLR*, 1994, pp. 251 y ss.

Para realizar los comportamientos discriminatorios descritos parece necesario que la empresa agresora tenga poder de mercado para imponer éstas decisiones arbitrarias en cuanto a los precios, la cantidad, la calidad, la entrega y el pago, entre otras. El juicio sobre la arbitrariedad se extrae al comparar el acto con las condiciones a las que normalmente la empresa agresora viene aplicando a sus relaciones comerciales con sus proveedores y clientes. Debiendo tener presente que las comparaciones se han de realizar en términos homogéneos³¹².

2.2. Diferencia entre precios discriminatorios y precios desiguales

Evidentemente, no se deben confundir los precios discriminatorios con los precios desiguales o con la diferencia de precio para un mismo producto por diferentes vendedores. En este caso sólo se produce una diferencia de precios para un mismo producto que es vendido por dos vendedores diferentes, mientras que en los precios discriminatorios el precio desigual para el mismo producto o servicio se traduce en un trato discriminatorio apoyado en condiciones objetivas.

Por tanto se parte del principio de libertad de precios y de la interpretación restrictiva de cualquier limitación al mismo y se acepta la discriminación en materia de precios, porque de lo contrario se estaría produciendo un reforzamiento de la integración vertical, lo que tampoco es beneficioso para la competencia³¹³. Siguiendo con esta idea, sólo serán objeto de represión aquellos supuestos más graves de precios discriminatorios por implicar un abuso en el ejercicio del derecho a la libertad precios ya sea porque afecte a la libre competencia o por considerarla un acto grave de deslealtad contrario a las exigencias de la buena fe. Los precios discriminatorios no tienen encaje en un modelo de competencia perfecta porque el oferente que vende todo lo que produce no necesita discriminar. No ocurre así en un modelo de competencia imperfecta siendo una figura objeto de diversa regulación en atención al ámbito geográfico y efectos. Por un lado, en el ordenamiento comunitario le es de aplicación el artículo 81 del TCE. En el Derecho español *antitrust* le será de aplicación el artículo 6.2. a) y d) de la LDC. En la disciplina de la competencia desleal se encuentra regulado en el artículo 16.1. de la LCD. Y finalmente, en materia de comercio interior también aparece regulado en el régimen de las ventas especiales, con la excepción contemplada en

³¹²Vid. MASSAGUER FUENTES, J., *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal ...*, ob. cit., p. 489, quien expone las diferentes formas que puede revestir el acto de discriminación. Así pues, por la frecuencia puede hablarse de esporádicos o continuos; por la forma discriminación en precios o negativa a iniciar o continuar relaciones comerciales; por su objeto dirigidos a expulsar, disciplinar, impedir o disuadir de la entrada o salida de competidores; por tipo de acción pueden ser activa o pasiva; por sus efectos pueden ser directos e indirectos; por los sujetos afectados consumidores y usuarios, otros concurrentes y el propio mercado; y finalmente por su grado de lealtad puede hablarse de precios discriminatorios leales y desleales.

³¹³Una situación que ha sido señalada originariamente en la doctrina norteamericana por ZANON, L., «Price discrimination under article 86 of the E.E.C. Treaty: the United Brands Case», *Int'l Comp. L. Q.*, núm. 31, 1982, p. 51; cuyo trabajo ha sido citado entre nosotros por DÍEZ ESTELLA, F., «Precios discriminatorios en el sector de las telecomunicaciones (Comentario a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 21 de enero de 1999, en el asunto BT/Telefónica)», *GJ*, núm. 206, marzo-abril, 2000, p. 87; posteriormente en la doctrina norteamericana ha sido tratado por HOVENKAMP, H., *Antitrust ...*, ob. cit. p. 255.

el artículo 15 de la LOCM, las «ventas con precios reducidos para colectivos especiales». Aunque en este último supuesto, más que hablar de una excepción, con propiedad habría de hablarse de una excepción por causas objetivas que justifica el tratamiento discriminatorio, los colectivos especiales³¹⁴.

2.3. Los precios discriminatorios en el Derecho comparado

A) En el Derecho comunitario

Como se ha indicado anteriormente, tanto en el Derecho comunitario como en el Derecho español se parte del principio de libertad de precios, pero se reprimen los actos de discriminación en precios. Por esta vía, el artículo 3.1. c) del TCE pretende garantizar la unidad del mercado interior «[...] caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales». Todo ello en un marco donde opere la libre y leal competencia —como fin a alcanzar— al objeto de proceder conforme al artículo 3.1. m) del TCE al «fortalecimiento de la competitividad de la industria en la Comunidad». Lo que implica que tanto la política económica comunitaria como la de los Estados miembros se rija por criterios de eficiencia económica. Por todo ello, procede a prohibir las prácticas predatorias instrumentalizadas en precios como es el caso de los precios discriminatorios por la vía del artículo 81 del TCE, al establecer que:

«[...] serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas entre los Estados miembros [y] que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado común y, en particular, los que consistan en: d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen en estos una desventaja competitiva [...]»

En la jurisprudencia comunitaria resulta especialmente interesante la STJCE, de 14 de febrero de 1978 en el asunto «United Brands c. Comisión». Se trataba de una empresa con posición dominante a nivel europeo en el mercado de plátanos que venía practicando precios discriminatorios entre los distribuidores

³¹⁴ Toda esta normativa obedece a dos principios básicos, por un lado, la interpretación restrictiva de cualquier limitación al principio de libertad de precios, y por otro, la necesidad de un tratamiento digno del consumidor, cualquiera que sea —persona física o jurídica— y cualquiera que sea la finalidad perseguida con la compra —para el autoconsumo o para incorporarla al proceso productivo—. El artículo 38 de la CE en el que se inserta el principio de libertad de precios habrá de interpretarse en relación con el principio de tratamiento digno e igualitario de los consumidores y usuarios. Un principio que encuentra cobijo en los artículos 1.1. y 14 de la CE donde se consagra el principio de la igualdad. Asimismo se establece en los artículos 9.2. y 51 de la CE un mandato a los Poderes públicos para que las condiciones de igualdad sean reales y efectivas garantizando la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios. Este principio también aparece recogido, entre otros y por citar algunos en el artículo 9.1. del ECU de la Comunidad Valenciana, en el artículo 33.2. d) de la LOC de la Comunidad Valenciana y en el artículo 36.2 de la LOCI de Galicia.

Europeos en función del destino del producto. El Tribunal llega a la conclusión de que:

«[...] una política de precios desiguales permite a una empresa con posición de dominante aplicar con relación a sus contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes causándoles una desventaja competitiva, constituye una explotación abusiva de la posición dominante».

Precisamente, porque:

«[...] una empresa que dispone de posición dominante para la distribución de un producto que se beneficia del prestigio de una marca conocida y apreciada por los consumidores, no puede paralizar sus entregas a un cliente antiguo y respetuoso de los usos comerciales, si los pedidos de ese cliente no presentan ningún carácter anormal»³¹⁵.

Posteriormente, el 13 de febrero de 1979 el TJCE se vuelve a pronunciar en el asunto «Hoffmann-La Roche c. Comisión» en relación con un supuesto de trato discriminatorio en el sector de ciertas vitaminas por una empresa con posición de dominio, así como de concluir contratos de fidelidad que entrañaban un tratamiento discriminatorio. Un asunto en el que la Comisión ya se había pronunciado sancionando a la empresa «Hoffmann» el 9 de julio de 1976³¹⁶.

Precisamente desde esa posición de dominio la empresa realiza el comportamiento desleal de precios discriminatorios. En este sentido el 3 de octubre de 1991 el TJCE se pronunciaba en el asunto «AKZO Chemie BV c. Comisión». Se trataba de la impugnación por «AKZO» de la Decisión de la Comisión de 3 de julio de 1991 en el que se la sancionaba por infracción del artículo 86 del TCE (*actual artículo 81 TCE*) tras una denuncia presentada por «Engineering and Chemical Supplies Ltd.» —ECS—. Empresa dedicada en el Reino Unido a la producción de un blanqueador orgánico utilizado en la fabricación de la harina y plásticos. Un mercado en el que también participaba «Diaflex». La empresa denunciante se dirige al mercado de plásticos a ofrecer su producto. Ante esto, «AKZO» con una gran cuota de mercado a nivel europeo reacciona primero coaccionando a «ECS» y posteriormente realizando prácticas desleales. Dicha conducta se desarrollaba en el mercado británico ya que «AKZO» participaba en ambos mercados, en el de blanqueadores para harinas y en el de blanqueadores para plásticos, aunque era en este último donde tenía posición de dominio.

³¹⁵ Vid. STJCE en «United Brands c. Comisión», de 14 de febrero de 1978, *Rec.*, 1978, p. 207, *CMLR*, 1/1978, p. 429.

³¹⁶ Vid. STJCE en «Hoffmann-La Roche c. Comisión», de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, *Rec.*, p. 461. Y en el que define la posición de dominio del artículo 86 del TCE (*actual artículo 81 del TCE*) como: «[...] una situación de fuerza económica de la que disfruta una empresa que le da poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva sobre el mercado en causa y le permite actuar con una considerable independencia frente a los competidores, sus clientes y por último frente a los consumidores. Tal posición a diferencia de lo que ocurre en un situación de monopolio o de cuasimonopolio, no excluye la existencia de cierta competencia pero permite a la empresa que la ocupa, si no determinar, al menos influenciar de forma considerable las condiciones en las que la competencia va a desarrollarse y, en cualquier caso, comportarse sin tener que tomarla en consideración y sin que esta actitud le sea perjudicial».

Precisamente utiliza su poder para llevar a cabo una política comercial de precios predatorios y discriminatorios con la intención de eliminar a su competidor. Resultó que «AKZO» realizaba ofertas selectivas a los clientes de «ECS» en aditivos para la harina, en concreto en el bromato de potasio y en una mezcla de vitaminas mientras mantenía precios superiores hasta en un 60 por ciento para sus clientes habituales³¹⁷. Y como se observa, los precios discriminatorios están muy próximos a la venta a pérdida.

Otro interesante asunto en el jurisprudencia comunitaria es el de «Tetra Pak International c. Comisión», de 6 de octubre de 1994³¹⁸. Se dedicaba a la fabricación de envases asépticos y no asépticos para productos alimenticios líquidos y semilíquidos. En el mercado de envases asépticos y de las máquinas de llenado disponía en 1983 de una cuota de mercado del 90 por ciento produciendo el denominado sistema «Tetra Brik». Una tecnología destinada principalmente al envasado de leche UHT, siendo su única competencia la empresa «PKL». Mientras que en el mercado de envases no asépticos «Tetra Pak» dispone del sistema «Tetra Rex», menos sofisticado y que compite directamente con el envase de cartón de la empresa «Eulopak International» llamado «Pure-Pak». En el asunto en cuestión se acusaba a la empresa de realizar en Italia varias conductas desleales como la práctica de precios predatorios, contratos con cláusulas cuyo objeto era obligar a los clientes de la empresa a aceptar condiciones comerciales a las que de otro modo no hubieran accedido y finalmente una política comercial discriminatoria para limitar la competencia. Básicamente a través «Eulopak Italia» en el mercado de los envases no asépticos puesto que en los asépticos no tiene competencia. En relación con este último supuesto la Comisión y el TPI llegaron a la misma conclusión, que «Tetra Pak» había realizado desde su posición de dominio una política de precios discriminatoria para los envases de cartón y las máquinas de llenado a través de los contratos de exclusiva entre los diferentes usuarios de los Estados miembros.

Un supuesto similar de precios discriminatorios es el que conoce el TJCE en casación, el 4 de marzo de 1999 en el asunto «Union française de l'express — UFEX— anteriormente «Syndicat français de l'express international —SFEI—, DHL International & Service CRIE c. Comisión». En él se respondía al recurso de contra la STPI de 15 de enero de 1997 «SFEI y otros c. Comisión»³¹⁹. Los demandantes denunciaban la asistencia logística y comercial que «La Poste» facilitaba a una filial suya, la «Société Française de Messageries Internationales», convertida en «GDEW France» a partir de 1992, que ejercía su actividad en el

³¹⁷ Finalmente, el TJCE en el punto 159 llega la conclusión de que los precios discriminatorios no se dan porque no son comparables los descuentos realizados a fábricas de harina individual del Grupo Allied, clientes de «ECS» y los grandes fabricantes de harina independiente.

³¹⁸ Un asunto que al igual que el anterior será objeto de un estudio detenido en el capítulo III, precisamente por la estrecha relación existente entre los precios discriminatorios y los precios predatorios.

³¹⁹ El recurso de casación trae causa de la Decisión de la Comisión, de 30 de diciembre de 1994 —C-39/93, *Rec.*, p.I-2681—, por la que se desestima la denuncia presentada por infracción del artículo 86 del TR (*actual artículo 81 del TCE*). Posteriormente se recurre esta Decisión ante el TPI y se pronuncia el Tribunal el 15 de enero de 1997, asunto T-77/95, *Rec.*, 1995, p. II-1.

sector del correo rápido internacional. Según los denunciantes, el abuso consistió en que «La Poste» había dispuesto que «SFMI» se beneficiara de su infraestructura, en condiciones anormalmente ventajosas y discriminatorias, a fin de que la posición dominante que tenía en el mercado de los servicios postales básicos se extendiera al mercado conexo de los servicios de correo rápido internacional. Por ello, la Comisión con buen criterio restringió la posibilidad de subcontratación y beneficios legales que tenía «La Poste». Desaparece así la discriminación y se trata a partir de estos momentos en igualdad de condiciones a «SFMI» y a cualquier otro operador de correo urgente, de modo que los precios estarán en función de los servicios ofrecidos.

Posteriormente y en este mismo sentido es de interés la sentencia del TPI en el asunto de 7 de octubre de 1999, «Irish Sugar, plc c. Comisión». Tenía por objeto la impugnación de la Decisión 97/524/CE de la Comisión de 14 de mayo de 1997, relativa a un procedimiento por infracción del artículo artículo 81 del TCE por el que se impuso a «Irish Sugar» una sanción. Esta empresa era el único procesador de remolacha azucarera y el principal proveedor de azúcar de Irlanda. La Comisión sanciona a «Irish Sugar» por realizar «prácticas de precios discriminatorias frente a categorías concretas de consumidores», diferenciando entre los descuentos en el azúcar destinada a la exportación y la destinada a los envasadores de azúcar competidores³²⁰. Llegando a la conclusión de que las prácticas denunciadas formaban parte de una estrategia duradera y global de protección de la posición dominante de la demandante en el mercado del azúcar. Sigue el Tribunal la aplicación de dichos descuentos a la exportación ocasionaba una desventaja competitiva económicamente injustificada a los competidores de la demandante establecidos fuera de Irlanda y a los envasadores de azúcar competidores de la demandante en el mercado del azúcar destinado a la venta al por menor en Irlanda. Por dicho comportamiento, confirma en parte la sanción de la Comisión calificándolo como la realización de una conducta discriminatoria en precios contrarias al artículo 81 del TCE³²¹.

Finalmente, el último supuesto de precios discriminatorios que se analizará es el que se sanciona en la STPI, de 6 de julio de 2000, que tiene por objeto un recurso de anulación de la Decisión 98/273/CE de la Comisión, de 28 de enero de 1998, relativa a un procedimiento por infracción del artículo 85 del TCE (*actual artículo 81 del TCE*)³²². En este asunto el TPI sanciona a «Volkswagen» por producir y distribuir los componentes y piezas de algunas de sus marcas de automóvil a través de una política comercial de compartimentación de mercados realizando para ello conductas desleales consistentes en la práctica de precios discriminatorios³²³. Para ello, y debido al hecho de que Italia estaba fuera del

³²⁰ Vid. puntos 136 a 154 de los considerandos.

³²¹ Vid. STPI en «Irish Sugar plc. c. Comisión», de 7 de octubre de 1999, Asunto T-228/97.

³²² Vid. STPI en «Volkswagen c. Comisión», de 28 de enero de 1998, DOCE, L-124, p. 60; Y en un sentido similar la Decisión de la Comisión en el asunto «Opel Nederland BV/ General Motors Nederland BV», de 20 de septiembre de 2000, DOCE, L-59, de 28 de febrero de 2001.

³²³ En los puntos 26 y 28 de la sentencia el Tribunal reitera la opinión de la Comisión, para quien: «[...] dichas medidas, [que] se insertan todas en el marco de la relación contractual entre los constructores, a través de

Sistema Monetario Europeo «Volkswagen» mantuvo entre 1993 a 1996 un sistema de primas a sus concesionarios italianos para restringir las ventas a los ciudadanos extranjeros; básicamente dirigidas a evitar que los compradores de Alemania y Austria compraran los vehículos en el mercado italiano donde se estaban más baratos. Dicha conducta es calificada como discriminatoria y contraria al principio del mercado interior por lo que fue sancionada por la Comisión y por el Tribunal.

B) En el ordenamiento de los EE.UU.

La normativa comunitaria en materia *antitrust* nació fuertemente influenciada por la experiencia de EE.UU. En concreto, en la *Robinson Patman Act* de 1936 y que se incorporó en el párrafo segundo de la *Clayton Act* de 1914³²⁴. Una regulación que tenía su origen en la protección del pequeño

Autogerma [filial de la demandante], y los concesionarios italianos de su red de distribución selectiva, tienen su origen en un acuerdo o en una práctica concertada, y constituyen una infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado, pues reflejan la aplicación de una política de compartimentación de mercado [...]» La Comisión señala que «Volkswagen» junto con sus filiales: «[...] ha infringido lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 85 del TCE, al haber suscrito acuerdos con los concesionarios italianos de su red de distribución para prohibir o restringir las ventas a usuarios finales de otros Estados miembros, independientemente del hecho de que los pedidos se hagan personalmente o a través de un intermediario autorizado, así como de otros concesionarios de la red de distribución de otro Estado miembro».

³²⁴ Esta norma se inserta en el párrafo segundo de la Clayton Act de 1914. Está dividida en nueve apartados donde se enuncian los supuestos más interesantes en los que se ha procedido a su aplicación. Los diferentes apartados son a) Que la práctica comprometa al comercio interestatal *This generally means that least one of the sales at issue must be made across a state line*; b) Que afecte a productos del mercado pero no a los servicios *The Robinson-Patman Act applies only to sales, not to leases or offers to sell. Furthermore, the statute applies only to the sales of commodities, not of services*; c) Que se comparen productos idénticos en cuanto a calidad y cantidad. Así la Corte Suprema declaró que se producía discriminación en precios cuando un vendedor «Borden Co.» vendía la leche en polvo a escala nacional por una doble vía, por un lado a través de su propia línea de distribución indicando su marca y luego a través de pequeños vendedores, a un precio mayor sin indicar que procedían del mismo productor. En este supuesto el problema se planteaba en determinar la comparación entre la calidad y la cantidad de un producto como la leche en polvo cuya venta, cantidad y procedencia eran aparentemente diferentes, incluso la calidad, porque no había posibilidad de proceder a la comparación porque en apariencia no eran productos homogéneos pareciendo justificada la diferencia en precios. La Corte declaró que se había violado la norma en «FTC c. Borden Co.», 383, U.S. 637, 86 S.Ct. 1092, 1966; d) En la línea de segunda fase, en relación con la lesión de los derechos de los consumidores, que con la práctica se perjudique la competencia efectiva en la adquisición del bien al no poder optar. *This means that in order for a private plaintiff-disfavored purchaser to succeed in a private antitrust suit, the plaintiff must show that it competed with the favored purchaser*. Lo que se puede observar en «National Distillers & Chen Corp. c. Brad's Machine Prods. Inc.», 666 F.2d 492, 11th Cir. 1982; e) La discriminación puede ser directa e indirecta. Directamente en cuanto afecte a los productos que se vendan, e indirectamente en cuanto a los beneficios que recibe el consumidor como el traslado de la compra al domicilio del cliente sin coste alguno, la mejora del servicio, el pago con tarjeta o las condiciones de financiación, entre otras. Estas mejoras son aparentemente legales pero de hecho cuando no se fundamentan en condiciones objetivas que fundamenten la discriminación en precios, se estará ante una práctica desleal de precios discriminatorios por una vía indirecta. Así se pronunció la Corte Suprema en el asunto «Texaco Inc. c. Hasbrouck», 496 U.S. 543, 110 S. Ct. 2535, 1990, en la que se producía un tratamiento discriminatorio en los precios a través de los descuentos de los que se beneficiaban unos distribuidores de combustibles en relación con otros. *It shall be unlawful for any person to discriminate in favor of one purchaser against another purchaser or purchaser against another purchaser or purchasers of a commodity bought for resale, with or without processing, by contracting to furnish or furnishing, or by contributing to the furnishing of, any services or facilities connected with the processing, handling, sale, or offering for sale of such commodity so purchase upon terms nor accorded to al purchasers on proportionality equal terms* [15 U.S.C.A. § 13. (e)]; f) Queda prohibido que los vendedores concedan a los compradores descuentos o comisiones que no

comerciante tras la Gran Depresión conocida como la *chain-store revolution*. Cuando los pequeños comerciantes reclaman protección ante la imposibilidad de beneficiarse de los descuentos por volumen de ventas a los que sí tenían accesos los grandes minoristas, y que los colocaba a ellos en una situación desventajosa frente a las empresas que sí disponían de esa capacidad de compra. Esta norma diferencia entre dos tipos de violaciones. Por un lado, la denominada *primary-line violations* en la que el supuesto el agresor realiza una práctica predatoria consistente en precios discriminatorios en un mercado para financiar los precios predatorios de otro mercado. Una práctica que está más próxima a la venta a pérdida con intencionalidad predatoria y que necesariamente entraña precios discriminatorios cuando la empresa procede a realizar subvenciones cruzadas utilizando su participación en diferentes mercados. En Derecho comunitario cabría citar los asuntos de «AKZO Chemie BV c. la Comisión», «Tetra Pak II», «Volkswagen c. Comisión», y en mercado español en el asunto «BT c. Telefónica»³²⁵.

La segunda infracción recogida en la citada norma aparece cuando como consecuencia de los precios discriminatorios se perjudica a los consumidores y competidores indirectos a los que se les traslada el incremento diferencial en precios. La denominada *secondary line violations* que tiene efectos tanto en las ventas directas del que discrimina, como en las venta indirectas del que vende a otros vendedores, cuyo coste por el incremento en precios es trasladado finalmente al consumidor. La discriminación se produce tanto en el mercado directamente afectado, como en los mercados conectados donde los consumidores

obedezcan a justa causa e impliquen un tratamiento discriminatorio de los consumidores. Lo que recoge bajo la frase *on proportionality equal terms*. g) La violación de las normas también se pueden producir por los compradores que a sabiendas induce o recibe una discriminación en precio que está prohibida por la Ley al establecer que *knowingly to induce or receive a discrimination in price which is prohibited*. En relación con este punto es de interés «Great Atlantic & Pacific Tea Co. c. FTC», 440 U.S. 69, 99 S.Ct. 925, 1979; h) Desde un punto de vista procesal la norma establece la presunción de inocencia a favor del demandado una vez que el demandante presente la correspondiente demanda, con base en dos presunciones. Por un lado, el vendedor que hace descuentos en sus productos a los pequeños negocios y grandes descuentos a los grandes negocios puede justificar precios altos. Y por otro lado, porque un vendedor puede establecer un precio diferente cuando trata de adaptar sus precios a los de la competencia. En ambos caso, la discriminación en precios viene justificada por una justa causa, la primera en el volumen de ventas, y la segunda en una adaptación de los precios propios a los de la competencia. En relación con estas excepciones a la discriminación *vid.* «FTC c. A.E. Staley Mfg. Co.», 324 U.S. 746, 65 S.Ct. 971, 1945, y «U.S. c. United States Gypsum Co.», 438, U.S. 422, 98 S.Ct. 2864, 1978; i) En relación con la indemnización, ésta deberá cubrir los daños que la práctica pueda ocasionar, más la cantidad que habrá de pagar al demandante y que asciende al triple de la cantidad que este compró. Al objeto de profundizar en este análisis del Derecho norteamericano *vid.* HOVENKAMP, H., *Antitrust*, 2.º ed. West Publishing Co. St. Paul. Minnesota, 1993, pp. 261-266; GELLHORN, E., y KOVACIC, W. E., *Antitrust law and economics*, op. cit., pp. 431-448 y 507-510; POSNER, A. R., *The Robinson Patman Act: Federal regulation of price differences*, 1976; SCHERER, F. M., y ROSS, D., *Industrial market structure and economic performance*, 3.ª ed., Boston, 1993, pp. 499-502.

³²⁵ *Vid.* SSTJCE en los asuntos «AKZO Chemie BV c. Comisión», de 3 de julio de 1991, 1, p. 3359; «Tetra Pak II», de 24 de julio de 1991, DOCE, L-72, de 18 de marzo de 1992, y la STJPICE en el asunto «Volkswagen c. Comisión». En estos asuntos las empresas practicaron no sólo precios predatorios, sino también precios discriminatorios al utilizar subvenciones cruzadas entre mercados diferentes al objeto de financiar las pérdidas. Un caso reciente y similar ha sido la resolución del TDC en el asunto «BT c. Telefónica», de 21 de enero de 1999 —expt. 412/97—, aunque el Tribunal entro a analizar pero no sancionó por falta de pruebas la existencia de una venta a pérdida con intención predatoria dirigida a expulsar o impedir la entrada de un nuevo competidor al mercado.

financian el coste de la práctica discriminatoria. Aunque más que hablar de *primary-line violations* desde el Derecho *antitrust* comunitario y español, o en la disciplina de la competencia desleal habría que hablar de una delimitación del mercado relevante, con lo que quedarían al descubierto tanto los precios discriminatorios como la venta a pérdida. Evidentemente, los afectados en segunda línea por la discriminación serán tanto los que compran a quien previamente ha sido discriminado y traslada el coste, o los que no compran por discriminación y no pueden ofertar.

2.4. Los precios discriminatorios en el Derecho español

En el Derecho español de la libre y leal competencia se dispone de una regulación específica de los precios discriminatorios. Aunque en la jurisprudencia no parece clara la diferenciación entre los precios discriminatorios y la venta a pérdida, cuando la primera es una consecuencia de la segunda y se utilizan subvenciones cruzadas y precios discriminatorios para compensar las pérdidas en un mercado con los beneficios de otro. De modo que para la correcta definición del mercado relevante deberá tenerse en cuenta tanto el mercado en el que se realiza la venta a pérdida como el mercado en el que se practican precios discriminatorios y que coadyuvan a compensar las pérdidas de uno con el otro.

A) En la Ley de Defensa de la Competencia

La normativa de defensa de la competencia recoge expresamente la prohibición de comportamientos discriminatorio cuando se realice por una empresa con posición de dominio en el artículo 6. Incluso cuando dicha posición haya sido establecida por una disposición legal que pueda afectar al mercado nacional, y en particular:

«[...] a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios y otras condiciones comerciales o servicios equitativos», y b) «La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en una situación desventajosa frente a otros.»

La represión de estos comportamientos persigue evitar aquellas prácticas que puedan falsear la competencia aunque sólo los supuestos más graves de falseamiento. Entendiendo por tal, aquellos que sean susceptibles de afectar al interés general. Una exigencia procedimental que se venía repitiendo y que se incorpora por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre a través del artículo 7.1. a) y b) Por ello, cuando la práctica discriminatoria no tenga entidad suficiente para que entre a instruir el SDC, y en su caso el TDC, el particular cuyos intereses legítimos se hayan visto lesionados por la conducta desleal, podrá acudir a la jurisdicción ordinaria al amparo de las previsiones de la competencia desleal por la vía del artículo 16.1. de la LCD.

B) En la Ley de competencia desleal

Los precios discriminatorios se configuran como acto de competencia desleal y es objeto de una regulación específica. Sin embargo, las posibilidades interpretativas y técnicas que ofrece este precepto ha sido escasamente desarrollado por la jurisprudencia. Por un lado, se observan dificultades técnicas a la hora de determinar el mercado relevante cuando coincide con la venta a pérdida, y por otro, la posibilidad de extender la interpretación de la prohibición de discriminación por dependencia a los supuestos de subordinación o dependencia tecnológica.

a) Precios discriminatorios

El régimen jurídico de la figura se encuentra regulada en el artículo 16.1. de la LDC que recientemente ha sido modificado por la Disposición Transitoria de la citada Ley 52/1999. Una Ley que viene a modificar el título del artículo quedando como «discriminación y dependencia». Precisamente porque el artículo 16.1. hacía referencia únicamente a los supuestos de discriminación, mientras que el segundo recogía una práctica diferente, que no implica un acto de discriminación, la explotación de la situación de dependencia económica. El apartado primero del artículo 16 establece la prohibición de las prácticas desleales que consistan en «[...] el tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta se reputará desleal, a no ser que medie causa justificada.» Un precepto que recoge un amplio abanico de las diferentes posibilidades de discriminación basada en precios. Además, habrá que sumar todos aquellos supuestos de discriminación indirecta que tengan lugar en las «demás condiciones de venta». Y concluye dejando abierta la posibilidad de que se practiquen precios discriminatorios cuando medie una «causa justificada.»³²⁶

En este precepto y dentro de los supuestos de discriminación se incluye no sólo la discriminación basada en precios, sino también, la discriminación derivada de la no aceptación o modificación de las demás condiciones de venta. Entre ellas se pueden encontrar, a título de ejemplo, la actitud activa o pasiva que implique la negativa a establecer relaciones comerciales. O, ya entabladas dichas relaciones, la negativa a suministrar o vender, a comprar, a prorrogar el contrato o a conceder el uso de derechos de exclusiva, entre otras posibilidades. Bien sea para perjudicar directamente al que no se le concede dicho uso o bien a otras empresas sin cuya, por ejemplo licencia, no pueden producir de un modo competitivo. Así como cualquier otra conducta que afecte a las demás condiciones de venta y no obedezcan a una justa causa³²⁷.

³²⁶ Un precepto que parece coincidir con el régimen jurídico norteamericano expuesto en el estudio de la *Robinson Patman Act*, 1914, Sec. 13. (a). Discrimination in price, services, or facilities —§ 2 of the Clayton Act—.

³²⁷ La experiencia norteamericana expuesta y contenida en la *Clayton Antitrust Act*, 1914, ya incluía una regulación específica incluyendo la excepción con base en justa causa. Sec. 13. (a). «Discrimination in rebates, discounts, or advertising service charges; underselling in particular localities; penalties. It shall be

Sin embargo, el análisis de esta última conducta desleal consistente en la explotación de la situación de dependencia económica, también es objeto de regulación en el párrafo segundo del artículo 16 de la LCD. Y ante la ausencia en nuestra jurisprudencia ordinaria de supuestos en los que se haya aplicado el artículo 16 de la LCD se podría utilizar las resoluciones del TDC en relación con la aplicación del artículo 6.2. a) y d)³²⁸.

Recientemente la resolución del TDC en materia de Propiedad Intelectual Audiovisual —EGEDA, AISGE y AIE—, de 27 de julio de 2000 —expte. 465/99—, donde las citadas sociedades han explotado abusivamente su posición de dominio en la gestión de los derechos de propiedad intelectual audiovisual de productores, actores e interpretes por la existencia de aparatos de TV y radio en las habitaciones de los hoteles. La sanción se impone por vulnerar los artículos 6 de la LDC y 81 del TCE. Una situación con la que pretendió acabar la LPI de 1987 al eliminar el monopolio legal de la SGADE, pero que en la práctica no pudo evitar la coexistencia de diferentes monopolios de hecho. El TDC reconoce en la resolución que: «[...] la competencia en esta materia se ha visto frustrada por una realidad en la que la pléyade de nuevas entidades de gestión autorizadas está constituida por numerosas instituciones, pero en la que cada una sólo gestiona derechos de un único sector, con lo que la competencia en la gestión de los diversos derechos de propiedad intelectual sigue brillando por su ausencia, aunque con un coste para el usuario ahora notoriamente ha crecido porque se han multiplicado los derechos reconocidos y también los monopolios gestores de los mismos, que convergen aspirando cada uno a su exacción, recayendo todas éstas en unos operadores económicos que no tiene ninguna seguridad de que alguna nueva entidad les demande un nuevo pago.»³²⁹ Así pues, las tarifas que exigían a los hoteles no eran equitativas en cuanto a su importe, haciendo una doble diferenciación. Por un lado, entre los hoteles cumplidores y los no cumplidores, aplicando a estos últimos una tarifa penalizadora. Y por otro, diferenciando entre los hoteles cumplidores y los operadores por cable, a los que se les ofrecía una tarifa significativamente más baja, lo que a juicio del TDC. «[...] además de ser contrario a la Ley, carece de toda lógica económica porque la comunicación pública es para estas empresas operadoras la esencia de su negocio, mientras que disponer de televisión en las habitaciones para un hotel es una exigencia legal en los de elevada categoría y un mero extra en los demás.»³³⁰

unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, to be a party to, or assist in, any transaction of sale, or contract to sell, which discriminates to his knowledge against competitors of the purchaser, in that, any discount, rebate, allowance, or advertising service charge is granted to the purchaser over and above any discount, rebate, allowance, or advertising service charge available at the time of such transaction to said competitors in respect of a sale of goods of like grade, quality, and quantity; to sell, or contract to sell, goods in any part of the United States at prices lower than those exacted by said person elsewhere in the United States for the purpose of destroying competition, or eliminating a competitor in such part of the United States; or, to sell, or contract to sell, goods at unreasonably low prices for the purpose of destroying competition or eliminating a competitor. Any person violating any of the provisions of this section shall, upon conviction thereof, be fined not more than \$5,000 or imprisoned not more than one year, or both. Sec. 13 (c). Exemption of non-profit institutions from price discrimination provisions. Nothing in the Act approved June 19, 1936, known as the Robinson-Patman Antidiscrimination Act, shall apply to purchases of their supplies for their own use by schools, colleges, universities, public libraries, churches, hospitals, and charitable institutions not operated for profit.» En relación con la discriminación que afecte a «... las demás condiciones de venta» en nuestra doctrina *vid.* MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal ...*, ob. cit., pp. 484-494.

³²⁸ Entre ellas cabe citar la resolución del TDC en el asunto «AENOR», de 4 de septiembre de 2000 —expte. 469/99—, por discriminación y abuso de la entidad de normalización y certificación AENOR al exigir para proceder a la homologación de las mallas electrosoldadas para hormigón, que el alambón también estuviera certificado. Lo que a juicio del SDC y confirmado por el TDC produce: «[...] una utilización discriminatoria de las facultades públicas que tiene AENOR a favor de quienes están en posesión de su marca, incurriéndose en una infracción del artículo 6.2. de la Ley 16/1989, de 17 de julio, al exigirse condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, colocando a unos competidores en situación de desventaja.»

³²⁹ *Vid.* punto 3 *in fine*.

³³⁰ *Vid.* punto 12.

Con similar criterio el asunto «BT c. Telefónica», de 21 de enero de 1999 —expte. 412/97—, en la que la empresa Telefónica ofrecía unos precios diferentes a la Asociación de Mediadores del Mercado Monetario Internacional a unos precios muy bajos calificados de discriminatorios y predatorios. Dicho descuento estaba entre un 30 y 33 por ciento en relación con las tarifas oficiales, lo que impedía a empresas como BT ofrecer un servicio de *Primes* porque necesitaba para ello alquilar circuitos a «Telefónica», quien se los ofrece pero a un precio más caro³³¹. Una situación que se agrava al ser «Telefónica», en sus múltiples actividades de negocio la única empresa que queda tras la privatización del monopolio público³³². Por todo ello el TDC acuerda imponer a «Telefónica» una multa por la realización de dos conductas prohibidas en el artículo 6.2. d) y e) de la LDC, y 81. c) y d) del TCE. Dicha conducta ha consistido en:

«[...] por una parte, en un abuso de posición de dominio consistente en aplicar en sus relaciones de servicio condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que colocan a BT en situación desventajosa frente a la propia Telefónica, dado que, respecto del servicio de alquiler de circuitos, aplicaba las tarifas oficiales a BT, mientras que ofertaba a los miembros de la AMMI (potenciales clientes propios o de sus competidores) condiciones económicas más ventajosas, lo que infringe el apartado 2.d. de dicho artículo y, por otra, una infracción del artículo 6.2. e. de dicha Ley, pues en el contrato con la AMMI condicionaba su eficacia a la aceptación de condiciones de exclusividad y competencia era mucho más difícil [...]» (punto primero del fallo).»

La misma empresa ya había realizado una práctica similar en el asunto «Telefónica c. Ibertex», de 27 de julio de 1999 —expte. 394/97—. En él «Telefónica» modificó unilateralmente los contratos de adhesión a los que incorpora condiciones muy onerosas. Ello implica un menoscabo de los intereses de los centros de servicio de Ibertex que se veían por ello obligados a alquilar los servicios básicos a «Telefónica». Unas condiciones que como el TDC recoge en el punto 5 de la resolución, «[...] difícilmente sería consentida por las partes que no se encontrasen en clara situación de inferioridad; su imposición por Telefónica debe, pues, considerarse claramente abusiva [...]». Un comportamiento consistente en la imposición de condiciones comerciales y de servicio no equitativas. Conducta que ya se había analizado por el TDC en la resolución «Telefónica c. Esprit Telecom de España, S.A.», de 18 de julio de 1997 —expte. 382/96—, en el que denunció a «Telefónica» por descuentos discriminatorios en las llamadas internacionales.

En el mercado español de la distribución de carburantes han tenido lugar precios discriminatorios en la resolución «Campsa», de 31 de mayo de 1995 —r.100/1994—. En este asunto, la Federación Española de Armadores de Buques de Pesca denunció a Campsa, actual Compañía Logística de Hidrocarburos, S.A. por precios y trato discriminatorio en la venta de gasóleo tipo B —que es el empleado para barcos de pesca—, entre los barcos españoles y los

³³¹ Este servicio consiste en que está dirigido a empresas con necesidades significativas de comunicaciones de voz internacional. Este servicio consiste en lo siguiente: «[...] La comunicación internacional se efectúa a través de líneas digitales internacionales privadas alquiladas (LDI) que facilitan la capacidad de transmisión desde el equipo multiplexor de las oficinas del cliente en España hasta otro punto de la red situado en Londres donde se encuentra otro equipo multiplexor del cliente. Estos equipos multiplexores mejoran la utilización de las redes ya que permiten que un número de señales de mensajes compartan el mismo canal físico de transmisión. El tráfico de llamada directa internacional desde España se realiza por medio de la red privada a Londres y se canaliza a través de la red pública conmutada del Reino Unido a las distintas partes del mundo, con lo que las llamadas a Londres se cobran a la tarifa local y las llamadas directas internacionales a Europa y Estados Unidos se realizan desde Londres, con lo que se aplican tarifas británicas, que eran sustancialmente más baratas que las españolas.»

³³² En relación con el citado asunto *vid.* Díez Estella, F., «Precios discriminatorios en el sector de las telecomunicaciones (Comentario a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 21 de enero de 1999, en el asunto BT c. Telefónica)». Asimismo, aunque el TDC no sanciona por precios predatorios es de interés el trabajo de Fernández de Araóz y Gómez Acebo, A., y Hernández Rodríguez, F., «Precios predatorios y abuso de posición de dominante: análisis crítico de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia a la luz de las resoluciones en los asuntos «BT c. Telefónica» y «Tabacos de Canarias», *GJ de la CE y de la Competencia*, núm. 201, junio-julio 1999, pp. 9-34.

extranjeros. CAMPSA, se negaba a facilitar dicho gasóleo a los buques españoles sin que las compañías petrolíferas extranjeras pudieran hacer nada por evitarlo. Fruto, a juicio de los demandantes, de un cartel dirigido a repartirse el mercado. Especialmente interesante es el voto particular que critica en el apartado segundo de su exposición el hecho de la permisividad *sine die* del periodo de adaptación de un sector monopolizado a las condiciones de competencia. Y sin que sea posible esbozar argumento alguno basado en razones comerciales o logísticas que justifiquen dicha permisividad tras el periodo de adaptación.

Una conducta similar a la anterior se repite en el asunto «Repsol/BP España/Cepsa», de 22 de noviembre de 1995 —expte. r.118/95—. La Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio denunció a las anteriores empresas por la realización de prácticas restrictivas de la competencia y competencia desleal. Consistente en otorgar a los distribuidores y a los titulares de instalaciones fijas mejores condiciones económicas que las que conceden a las estaciones de servicio con las que las citadas empresas tienen suscritos contratos de compra en exclusiva de productos. Sin embargo, en atención a la excepción fundamentada en condiciones desiguales el Tribunal considera en el FD. 5.º, apartado b) que;

«[...] no cabe hablar de discriminación en materia de precios o comisiones por cuanto se puede afirmar que se aplica un tratamiento desigual a situaciones idénticas. En este caso las comisiones económicas aplicadas a las estaciones de servicio son diferentes a las aplicadas a los mayoristas y a los suministradores de instalaciones fijas y las comisiones pagadas a estos últimos superiores a las establecidas para aquéllas; pero estas diferencias se justifican porque las inversiones que los operadores petrolíferos realizan en las estaciones de servicio son muy elevadas y no tienen correspondencia con los otros sistemas de distribución.»

b) Discriminación que afecte a las «demás condiciones de venta»

Los supuestos de la discriminación desleal que afecten a las «[...] demás condiciones de venta» se extiende a las condiciones de venta, pago, entrega, transporte, servicios, garantías, instalación a domicilio, cursos de instrucción o monitorización, entre otros. Y estarán plenamente justificados el trato diferencial siempre que medie justa causa, precisamente porque no sólo no entraña deslealtad, sino porque mejora la competencia y la eficiencia. Lo que redundará en el bienestar que posteriormente se traslada al consumidor. En el caso contrario, cuando no medie una causa justificativa el comportamiento discriminatorio será calificado de desleal.

c) Excepción a la discriminación en precios

Y finalmente, los supuestos de discriminación ya sea en precios o en las demás condiciones de venta, en tanto cuanto, medie causa justificada en la que se fundamente el trato diferencial entre consumidores. En estos supuestos no podrá hablarse de trato discriminatorio en sentido estricto, sino en todo caso de un trato desigual con base en causas objetivas. Ya que las condiciones para proceder a la comparación de ambas ventas son diferentes, o si se prefiere, no homogéneas. A título de ejemplo, de la existencia de una causa justificativa de un tratamiento diferencial de las condiciones de una venta o del precio se puede observar en los supuestos relacionados con el descuento por volumen de ventas, en los requerimientos exigidos por un fabricante, productor o distribuidor para la venta o

comercialización de su producto o de un servicio entre otros. En el primer supuesto, se considerará causas justificadas las relativas a las condiciones innatas a la propia relación comercial como los medios de pago. Primando el pago al contado con descuento frente al pago con tarjeta, cheque o cualquier otro título valor que permita al vendedor evitar el diferimiento temporal en el pago por la entidad bancaria o de crédito, el riesgo de cobro en su caso y la comisión que estos cobran por ello. Ya sea a través de la tarjeta de crédito o débito o por la vía del contrato de descuento. Y en el segundo supuesto, también podría ser considerada como una causa el descuento por volumen de compras que justificaría un trato diferencial no sólo en el precio sino también en las condiciones de entrega, garantía y servicio, entre otros³³³. Finalmente, también podría justificarse dicho trato diferencial cuando el comprador no disponga ni de la red de distribución, ni de servicio o garantía exigida por el fabricante, productor o distribuidor de un producto o servicio. Una exigencia dirigida a garantizar objetivamente la prestación o entrega con unos determinados niveles de calidad y seguridad, al tiempo que se protege la imagen de marca.

Consciente de la limitación a la competencia que entraña la prohibición de los precios discriminatorios con carácter general al incrementar la integración vertical el Legislador sólo reprime las conductas más graves de discriminación. Aquellos que tengan entidad suficiente para falsear la competencia, tanto desde la libre competencia como desde la competencia desleal. Sin embargo, en algunos supuestos establece excepciones en atención a motivos no estrictamente económicos, sino de carácter social. Este es el caso de las «ventas con precios reducidos para colectivos especiales» regulado en el artículo 15 de la LOCM, siempre que cumplan una serie de condiciones: que se trate de «establecimientos comerciales creados para suministrar productos a colectivos determinados»; «que reciban para esta finalidad cualquier tipo de ayuda o subvención»; Y que «no podrán ofertar dichos productos al público en general ni a personas distintas a los referidos beneficiarios». Se establece un régimen jurídico para el acceso a determinados productos a un precio inferior al del mercado. Esta diferencia entre el precio ventajoso al que lo reciben y el precio de mercado reviste las características de una «subvención»³³⁴. Que además no es contraria al Derecho de

³³³ En este sentido *vid.* STJCE en el asunto «Michelin», de 9 de febrero de 1983, 322/81, *Rec.* 3461, donde el Tribunal recoge los supuestos de rebajas cuantitativas, diferenciándolas de los supuestos de las rebajas de fidelidad.

³³⁴ Los conceptos de «ayuda o subvención pública» a la que hace referencia el artículo 15 no son conceptos sinónimos. El concepto de ayuda es más amplio que el concepto de subvención, siendo ésta última una forma de ayuda, o si se prefiere, siendo la primera el género y la segunda una especie. El concepto legal de ayuda viene recogido en el artículo 19 de la LDC que la define como «[...] las aportaciones de recursos a operadores económicos y a empresas públicas y privadas, así como a producciones, con cargo a fondos públicos o cualquier otra ventaja concedida por los poderes o entidades públicas que supongan una reducción de las cargas a las que deberían hacer frente los operadores económicos y las empresas en condiciones de mercado o que no lleven implícita una contraprestación en condiciones de mercado. También se considerarán ayudas cualesquiera otras medidas de efecto equivalente al de las anteriores que distorsionen la libre competencia.» Una definición elaborada por la Comisión partiendo de la jurisprudencia del TJCE y que publica el 17 de agosto de 1963 en respuesta a una pregunta escrita número 48/1963 —DOCE, núm. 125, de 17 de agosto—. Sin entrar en la formulación de un concepto, elabora una casuística sobre la misma y delimita las formas que puede revestir la ayuda como las «[...] subvenciones, exoneraciones de impuestos, tasas, exoneraciones de tasas parafiscales, bonificaciones de intereses, garantías de préstamo en condiciones puramente favorables,

la competencia al contar con la cobertura legal que le proporciona el artículo analizado y el artículo 2.1. de la LDC³³⁵. Por tanto, el beneficio derivado de este tratamiento, en cierto modo benévolo en relación con las empresas que no pueden recibir ayudas, sólo es extensible a los sujetos que formen parte de los citados colectivos especiales. Esta excepción va dirigida a la protección entre otros de los economatos sociales, a colectivos de consumidores y usuarios o a otros colectivos especiales cuya finalidad es precisamente el suministro a precios reducidos de determinados productos³³⁶.

Llegados a este punto, hay dos cuestiones que merecen ser aclaradas. Por un lado, la referencia al precio reducido. Y por otro, cómo opera la norma cuando se vende a personas distintas de los colectivos especiales citados. En relación con la primera, los precios reducidos a los que hace referencia el precepto vendrán determinados por un marco en el que el precio deberá ser inferior al precio de mercado, y no podrá ser inferior al límite establecido en el artículo 14.2. de la LOCM para la venta con pérdida. Mientras que en la segunda, cuando se vende a una persona distinta a la de los citados colectivos, se estaría cometiendo una infracción grave en los términos del artículo 65.1. d) de la LOCM.

C) Recapitulación

A la vista de las precedentes consideraciones, las prácticas predatorias consistentes en política de precios discriminatorios no son en sí mismas consideradas desleales, precisamente porque contribuyen a incrementar la competencia entre las diferentes empresas. La prohibición radical de las mismas daría lugar a un incremento de la integración vertical de las empresas, a una reducción de la competencia y al incremento de los precios cuyo coste social sería finalmente repercutido sobre los consumidores y usuarios. Por ello, sólo los supuestos más graves son objeto de represión desde la legislación *antitrust* y desde la disciplina de la competencia desleal. Sin embargo, en nuestro ordenamiento se carece de una enumeración que describa las diferentes conductas

cesión de inmuebles o terrenos de forma gratuita o en condiciones particularmente favorables, suministro de bienes o servicios en condiciones preferentes, cobertura de pérdidas de explotación o cualquier otra medida de efecto equivalente.»

³³⁵ Al establecer que: «[...] sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del artículo 1.º no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una Ley.»

³³⁶ Entre nuestra doctrina *vid.* MARTÍN LÓPEZ, J. J., «Comentarios a las Leyes de ordenación del comercio minorista», en AA.VV., dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., y LEGUINA VILLA, J., Tecnos, Madrid, 1997, p. 303, quien mantiene que el artículo 15 de la LOCM que analizado no sólo es aplicable a los economatos y a las cooperativas de consumidores y usuarios, sino también se extiende a otros supuestos como el de las cafeterías de las Facultades de las Universidades y los comedores laborales, que se puede extender como ejemplo a los comedores universitarios, donde los precios aparecen controlados y se ofrece alguna ayuda o subvención para que poder ofrecer a los miembros de la comunidad universitaria unos precios menores a los del mercado. En un sentido similar *vid.* PEGUERA POCH, M. «Ordenación del comercio minorista», (Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 27/1996, ambas de 15 de enero), (dir. TORNOS, J., MARÍN, J. J., CASES, L., ARIMANY, E., MANUBENS, C.), 1996, y GONZÁLEZ QUINZA, A. *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista* (dirs. PIÑAR, J. L., y BELTRAN, E.), 1997, pp. 143-144.

discriminatorias. Esta deficiencia justificada por la propia naturaleza de la materia esta siendo complementada por la jurisprudencia y por las resoluciones administrativas. En los que habrá de incluirse como prácticas discriminatorias, la negativa de venta o de compra³³⁷.

El actual proceso de liberalización económica con la privatización de empresas públicas y el control de las autoridades dirigidas a incrementar el nivel de competencia está llevando en la práctica a un incremento de la agresividad empresarial. La posibilidad de que estas prácticas tengan lugar con mayor frecuencia aumenta. Precisamente porque las empresas, sobre todo las antiguas monopolistas recientemente privatizadas pero con grandes cuotas de mercado, pueden verse tentadas de realizar este tipo de conductas al objeto de eliminar, disciplinar, impedir o disuadir de entrar o salir a competidores reales o potenciales. Una conducta que no se basa en los méritos propios, sino en el ejercicio abusivo de su posición, lo que puede llevar a expulsar a competidores más eficientes. Una práctica que resulta aparentemente lícita si se parte del principio absoluto de libertad de precios. Libertad que sufre restricciones cuando la práctica desleal es susceptible de falsear la competencia de manera sensible en el mercado nacional. O cuando la conducta resulta contraria a la disciplina de la competencia desleal al encontrarse en el catálogo de actos allí descritos.

3. La oferta de precios superiores a los de mercado

En un mercado en competencia perfecta el precio de mercado de un bien debería venir determinado por la relación entre la oferta y la demanda. Sin embargo, en un modelo económico sometido a los vaivenes de la competencia imperfecta, el valor de un bien no viene determinado exactamente por el valor de uso o por el valor de utilidad, sino que concurren otras variables. En el presente epígrafe, la figura será analizada desde la óptica del Derecho de la competencia *antitrust* en su doble vertiente, en el ordenamiento español y comunitario, y desde la disciplina de la competencia desleal.

3.1. Introducción

En el tráfico mercantil, múltiples pueden ser las formas que adopten las prácticas anticompetitivas y desleales. La que en este epígrafe se pretende analizar son los supuestos de oferta de precios superiores a los del mercado en relación con los que normalmente viene teniendo para un determinado producto o para la

³³⁷ Un comportamiento que no parece ser novedoso a la luz de algunas sentencias TJCE en los asuntos expuestos: «United Brands c. Comisión», «Hoffmann-La Roche c. Comisión», «AKZO Chemie BV c. Comisión», «Tetra Pak International c. Comisión», «Union française de l'express (Ufex) anteriormente Syndicat français de l'express international (SFEL), DHL International & Service CRIE c. Comisión». Del TPI en, «Irish Sugar c. Comisión» y «Volkswagen c. Comisión», entre otras. Así como las resoluciones del TDC en «AENOR», «Propiedad Intelectual Audiovisual EGEDA, AISEG, AIE», «BT c. Telefónica», «Telefónica c. Ibertex» y «Campesa», «Repsol/BPEspaña/Cepsa», ya analizadas.

prestación de un servicio. La racionalidad que parece perseguirse con éste comportamiento es la de acaparar la oferta de un proveedor, distribuidor, fabricante o prestador de servicio. Y pese a la aparente licitud de un comportamiento que manifiesta un mayor deseo de adquirir un determinado producto o servicio con preferencia a otro concurrente, lo cierto es que oculta una estrategia que más allá del capricho individual en realidad podría producir efectos jurídicos nocivos para los concurrentes en el mercado. Manifestando un comportamiento desleal ya que su conducta no obedece a racionalidad económica o a criterios de eficiencia. Pudiendo tener como resultado la efectiva acaparación de un determinado producto o servicio, lo que podría acabar expulsando a competidores más eficientes. Simplemente, por no disponer de medios alternativos necesarios para su proceso productivo.

La empresa que consigue acaparar un producto o servicio en el mercado, bien sea por el incremento del precio por encima del de mercado o por otras vías, está en realidad alcanzando una posición monopolista o cuasimonopolista. Cuando esta situación se fundamenta en los méritos propios, el monopolio de hecho al que da lugar no es sino el justo premio al éxito de una determinada actividad de negocio. Sin embargo, cuando no responde a los méritos propios, sino a la capacidad financiera o al ejercicio abusivo de la posición de una o varias empresas el comportamiento se dirige a alcanzar y consolidar una situación de poder. Y en un mercado en competencia, aunque sea imperfecta pero con los controles normativos pertinentes, ninguno de los oferentes debería estar en condiciones objetivas de abusar de su posición. Las prácticas predatorias constituyen un género en el que el incremento del precio para acaparar la oferta y modificar al alza los precios de un producto o de la prestación de un servicio es una especie. Y en ella el incremento del precio de la oferta es un medio, la acaparación el resultado y el incremento del precio y el desabastecimiento, la consecuencia.

La acaparación con la finalidad de afectar al nivel de precios ya es objeto de regulación desde diferentes vías³³⁸. Desde la disciplina de la libre competencia es

³³⁸ En efecto, varias son los regímenes jurídicos aplicables aunque el estudio se centrará en sede de Derecho de libre y leal competencia. En cualquier caso resulta también relevante que la regulación que se realiza en el artículo 281 del CP «alteración de los precios» cuando se detrajere del mercado materias primas o productos de primera necesidad. El objeto de la diferenciación entre los productos o servicios de que se trate y el nivel de uso y sustituibilidad de los mismos, no es una cuestión baladí. De ello depende la mayor o menor eficacia de la práctica y los efectos de ésta sobre el mercado, y por ende, del nivel de deslealtad y reproche de la conducta. La afectación sobre el nivel general de precios de un modo artificial como consecuencia de una conducta desleal produce una disminución del bienestar social cuyo coste es finalmente repercutido y soportado por los consumidores y usuarios. En las rentas de estos se produce una afectación inmediata que determina la adquisición del producto o servicio al nuevo precio, o bien, la adquisición de otros porque hay productos sustitutivos. A este respecto es interesante el estudio de las «leyes de ERNEST ENGEL», un estadístico prusiano que analiza el cambio en el gasto o consumo en relación con la renta que obtiene cada familia. En los distintos niveles de renta hay dispersión en el gasto, pero los insumos básicos son siempre adquiridos. Siguiendo este criterio el mayor reproche de deslealtad viene dado cuando la acaparación se realiza de productos básicos sin la existencia de alternativas viables o productos sustitutivos. Por ello, dicha conducta es objeto de reproche penal en el artículo 281 del CP. El bien jurídico protegido gira en torno a los intereses de los consumidores, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 51 de la CE. Por consiguiente, la defensa se confía a la libre y leal competencia. Un principio también presente en el artículo

doble. En el ordenamiento comunitario en aplicación del artículo 81.1. b) del TCE. Y en el mercado español en aplicación de la LDC en sus artículos 1.1. b), 6 y 7. Y desde la disciplina de la competencia desleal en aplicación de la cláusula general del artículo 5 de la LCD, cuando el comportamiento «[...] resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe». Siempre que la acaparamiento no diera lugar a la infracción del artículo 281 del CP.

En este análisis de los precios predatorios al alza, el resultado sirve para determinar la objetiva idoneidad de la conducta, el grado de deslealtad, el nivel de falseamiento de la competencia y en su caso la indemnización por daños y perjuicios. Pero en modo alguno debe ser un requisito para determinar la existencia y en su caso la deslealtad de la conducta. Precisamente porque el resultado no es un elemento inherente al juicio de deslealtad sobre la objetiva idoneidad de un comportamiento anticompetitivo o desleal. Entre estos elementos cabría citar el hecho de que la conducta aparezca revestida de intencionalidad predatoria, que se realice en el mercado con fines concurrenciales, que para ello su autor abuse de posición de dominio individual o conjunta, que la demanda se encuentre dispersa y que la oferta se hubiera atomizado como consecuencia de la estrategia, entre otras cuestiones. Cuando concurren estos supuestos es cuando cabría entender que el comportamiento podría producir el resultado lesivo, con independencia repito, de que éste acaezca o no. De hecho, el resultado de acaparamiento puede alcanzarse no sólo por una política de precios predatorios, sino por multitud de vías debiendo quedar el estudio circunscrito en esta parte, a las prácticas predatorias instrumentalizadas en precios. La conducta en sí misma o la amenaza de realizarla puede afectar también al nivel general de precios para dicho producto o servicio, sin que el resultado sea una condición necesaria para calificar la concurrencia desleal y grave que puede producir una modificación artificial de los precios.

3.2. La lógica de la práctica

La realización de estas comportamientos produce, de tener éxito, tanto en el proceso de acaparamiento como en el resultado de la acaparamiento, una variación de los precios al alza. Lo que podría implicar bajo ciertas circunstancias que competidores más eficientes se vieran obligados a aceptar condiciones comerciales a las que otro modo no hubieran accedido, a disuadirlos de entrar o salir, e incluso a expulsarlos del mercado. Una estrategia que como se comprenderá parece sólo al alcance de empresas con posición dominante, que tras el proceso de acaparamiento tratarán de recuperar las pérdidas en las que pudiera haber incurrido durante el desarrollo de su estrategia. Pero para que sea posible han de concurrir unos requisitos muy similares a los que se viene exigiendo cuando se realiza una venta a pérdida con finalidad predatoria.

1.1. de la LDC en materia *antitrust* y por el artículo 15 en la normativa de competencia desleal. Con similar criterio *vid.* VALLE MUÑIZ, J. M., «Artículo 281», en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (Direct. QUINTERO OLIVARES, G., Coord. MORALES PRATS, F.), Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 663-665.

3.3. Encuadre legal

En cuanto al posible encuadre legal de la figura al objeto de proceder a su represión y con carácter previo deberá diferenciarse entre la normativa *antitrust* en su doble vertiente, en el ordenamiento comunitario y en el nacional, así como en la normativa de competencia desleal. En el primero, en el ordenamiento comunitario a la práctica desleal se le podrían aplicar los artículos 81 y 82 del TCE. En el segundo, en el ordenamiento nacional por infracción de la normativa de la defensa de la competencia podrían ser objeto de aplicación los artículos 1.1. a), 6 y 7. Y finalmente, en tercer lugar y desde la disciplina de la competencia desleal por infracción de la cláusula general del artículo 5 de la LCD.

3.4. Jurisprudencia

Resulta difícil demostrar que una empresa ha procedido a acaparar un determinado producto o servicio y que ello produce una alteración del nivel general de precios. Sobre todo si se tiene en cuenta que ésta lo hace bajo la apariencia del ejercicio legítimo de un derecho y lo instrumenta a través de un complejo entramado de sociedades participadas. A continuación se procederá al estudio de dos interesantes supuestos que han tenido lugar en el mercado español y que parecen acercarse bastante a la figura que aquí se estudia, para posteriormente analizar la figura en el Derecho comunitario.

En el primer supuesto (A) se utiliza el instrumento de una subasta para acaparar el aceite de oliva. Originariamente su adquisición estaba limitada en dicha subasta. Sin embargo, se realiza un comportamiento dirigido al acaparamiento para posteriormente venderlo. Lo que afecta no sólo al nivel de precios sino también, como consecuencia de la primera, a la modificación de la oferta y demanda artificialmente. Mientras que en el segundo supuesto (B) se incrementa el número de concurrentes artificialmente al objeto de participar en el turno de reparto en el servicio de funerarias. Y finalmente en tercer lugar (C) en el ordenamiento comunitario se analizarán algunas sentencias del TJCE al respecto. En todos los casos se produce un incremento del coste vía abuso explotativo que repercute finalmente sobre los usuarios del servicio, ya sea a través del incremento del aceite en el primer supuesto o del incremento del importe de los correspondientes seguros de decesos o sobre los familiares de estos.

A) Subasta de aceite de oliva

Se trata de una operación de concentración de la demanda para posteriormente influir en la oferta. Un comportamiento que se consigue al vulnerar las condiciones exigidas en la subasta pública, tanto en los requisitos y número de licitadores como en el precio que se ofrece. Al respecto se pronuncia la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia de 24 de marzo de 1997, en respuesta a un recurso contra la resolución del TDC, de 8 de julio de 1992. En dicha sentencia se viene a confirmar la resolución anterior del TDC en la que se condena a la recurrente como autora de una práctica prohibida por el artículo 7 de la LDC

consistentes en realizar conductas desleales encaminadas a impedir la libre competencia en perjuicio del interés público. Los hechos parten de dos licitaciones acordadas por la Comisión de las Comunidades Europeas en aplicación de los Reglamentos 2373/1989 y 2727/1989, en cuyo marco, ante la falta de aceite de oliva en el mercado comunitario, acuerdan que el organismo comunitario encargado — la Dirección General del SEMPA— ponga a la venta aceite por la vía de subasta pública, en concreto, el aceite de oliva virgen y el aceite de oliva virgen lampante. Para ello, la Comisión en el pliego de condiciones y al objeto de evitar la concentración del aceite ofertada establece un límite a la adquisición de aceite por subasta a 500 toneladas de aceite de oliva virgen y a 1500 toneladas para el aceite de oliva lampante por cada empresa interesada. Sin embargo, al realizarse la subasta —con el objeto de abastecer al mercado comunitario y reducir el precio del aceite de oliva—, no sólo no baja sino que sube en perjuicio del mercado, del resto de concurrentes y de los consumidores y usuarios. Quedó acreditado que la libre concurrencia formal no se produjo en la práctica. Además, las empresas que participaron en la subasta con el límite antes expuesto pertenecían al mismo grupo. Y adquirieron en la subasta el aceite por encima del límite establecido sin que en realidad hubiesen competido en la licitación de las correspondientes partidas de aceite. Posteriormente lo comercializó con la empresa «Frint España, S.A.» por lo que al afectar y falsear la libre concurrencia en el mercado español era competente el TDC. Participaron en la subasta varias empresas adquiriendo hasta el límite permitido a cada una de ellas, pero todas estaban vinculadas y conformaban una unidad de acción, de modo que como mantiene el tribunal

«[...] la apariencia de personalidad jurídica ha de ceder, no sólo en la subsunción de la conducta en el tipo infractor, sino también la imposición de una sanción, de suerte que se sanciona al grupo como tal, si bien la empresa que, en apariencia, realizó por sí todas las actuaciones constitutivas de infracción».

El conjunto de empresas licitantes forman parte de un entramado compuesto por la empresa «Farahuil» y «Huileiries Reunies» domiciliadas en Marsella son de una familia que a su vez controla las empresas «Frint Limited» y «EG Cornelius and Co. Ltd», domiciliadas en Italia y la «Societa Anonima Raffinazione Olii» domiciliadas en el Reino Unido. Además a través de una sociedad de cartera controla las empresas «Frint España, S.A.» y «Frint Luso». De ellas, sólo la empresa «Frint España S.A.» vende las cantidades procedentes de la subasta con lo que el precio de aceite de oliva virgen para cada 100 Kg. pasó de 26.389 pesetas a 29.100 pesetas en agosto de 1989. Mientras que los 100 Kg. de aceite de oliva virgen lampante pasó de 24.133 a 27.300.

Es precisamente la unidad de acción de todas las empresas que concurren en la subasta, todas ellas controladas por una familia, lo que falsea la competencia en el mercado español de aceite de oliva virgen y oliva virgen lampante. En el FD. 3.º la AN comparte el razonamiento del TDC al mantener que:

«[...] la concurrencia de empresas de un grupo, sometidas a una misma voluntad, a las licitaciones adquiriendo aceite en cantidades superiores a las permitidas —cuando la existencia de un grupo hace que las empresas que lo integran actúen en el mercado como si de una sola se tratara—; supone una actuación contraria a la buena fe y usos comerciales de leal competencia. Que además, el grupo empresarial adquiere gran cantidad de aceite en un momento en el que se observa el desabastecimiento del mercado —tal fue la razón de poner a la venta distintas partidas de aceite—, con lo que restringe la competencia en el mismo, al controlar la oferta del producto en el mercado [...] Es acertada la afirmación del TDC, en cuanto que, ante la existencia de un grupo empresarial, que actúa en el mercado bajo la voluntad única, no puede nunca prevalecer la personalidad jurídica de cada una de las empresas integrantes del grupo, porque en la realidad no actúan en la independencia que dicha personalidad supone, y ante comportamientos unitariamente decididos no puede prevalecer lo que es una mera apariencia jurídica.»

En el FD. 4.º el Tribunal rechaza la argumentación empleada por «Frint España, S.A.», de que la práctica por la que se la sanciona es «usual en el tráfico mercantil». Sin embargo, este carácter usual de la práctica en el tráfico, de ser cierto, no puede en modo alguno convalidar su

ilicitud, pero si conviene apuntar que son muchas más las veces que estos comportamientos tienen lugar en el tráfico mercantil. Por consiguiente cabría aquí sumarse a la conclusión a la que llega la AN en el FD citado, al mantener que,

«[...] el hecho de que en otras ocasiones —no se señala la identidad de las mismas, ni cuáles son—, el SEMPA haya asumido comportamientos análogos, en absoluto convierte en lícitos los que analizamos, sino bien al contrario, resultaría la existencia de comportamientos contrarios a Derecho, que si bien no obtuvieron la correspondiente sanción debieron ser reprimidos.»

B) Funerarias Ampordanesas

En segundo lugar, es de interés la RTDC de 20 de mayo de 1994 —expt. 338/1993—, «Funerarias Ampordanesas», en la que se pone de manifiesto en una situación tan delicada como la muerte la picardía de varias funerarias al acaparar los turnos hospitalarios para suministrar el servicio en el Hospital de Figueres, con la anuencia además de dicho centro hospitalario. En concreto, «Funeraria J. Satre» y «Funeraria Vicens» que crearon dos nuevas funerarias ficticias con el nombre de «Funerarias de Figueres Reunidas, S.A.» y «Serveis Funeraris Alt Ampordá». Nuevas funerarias que participaban en el régimen de turnos pero que carecían de sustancia ya que no disponían de la correspondiente licencia municipal, ni de domicilio, ni de personal, ni de vehículos, siendo sus servicios prestados por las otras dos funerarias que las habían creado, «Funeraria J. Satre» y «Funeraria Vicens». Aunque la denunciante «Funeraria Ampordanesa» de Figueres desiste, el SDC continúa el expediente de oficio, remitiéndolo al TDC quien resuelve estableciendo una sanción para el «Centre Hospitalari de L'Alt Ampordá» y para las empresas «Funerarias Ampordanesa», «Funerarias de Figueres Reunidas, S.A.», «Serveis Funeraris Alt Ampordá», «Funeraria J. Satre», «Funeraria Antonio Vicens Salleras» y «Pompes Funebres y Funeraria Alt Ampordá, S.A.»

Todo ello constituye una curiosa práctica en tan delicado momento por el que las funerarias se repartían el mercado y controlaban el servicio en régimen de monopolio por periodos de dos meses al año cada una. El mayor coste del servicio en relación a un régimen de competencia era sufrido por los usuarios, o más bien por el patrimonio de los difuntos o de sus descendientes, y en su caso por las entidades aseguradoras, en tan macabra, picaresca e interesante práctica. La conducta predatoria consistía en una práctica colusoria para repartirse el mercado y operar en régimen de monopolio frente a otros posibles concurrentes. Con lo que el incremento del precio sólo es una consecuencia derivada de la renta monopolística. Un supuesto de práctica predatoria al alza en cuanto que la creación y puesta en funcionamiento de las funerarias ficticias con la anuencia del Centro Hospitalario tiene un coste en forma de precio pagado para poder realizar dicha práctica. Posteriormente el coste se reparte por una doble vía, por un lado, por el aumento de los turnos, lo que incrementa el servicio y disminuye la competencia, y por otro, como consecuencia de la primera, por las rentas monopolísticas derivadas de tal control.

Evidentemente, si la Dirección del Centro Hospitalario permite dicha práctica sin las correspondientes autorizaciones por parte de las ficticias funerarias puede ser debido a diferentes motivos. Por un lado, a la falta de la diligencia más elemental que más que rayar la ilicitud por negligencia es una manifestación de incapacidad manifiesta por parte de los responsables del citado centro. O bien, por otro lado, que la práctica se realizara con el conocimiento de los responsables del centro, en cuyo caso se estaría ante la concurrencia de varios tipos penales.

C) La experiencia comunitaria

Por su parte, a nivel comunitario la conducta desleal de carácter explotativo y prohibida en el marco de los supuestos abuso anticompetitivo de una posición dominante consistente en precios anormalmente altos se ha planteado entre otras, en las SSTJCE en los asuntos «General Motors»,

«United Brands», «British Leland», «Deutsche Grammophon c. Metro», «Ministerio Público c. Jean Louis Tournier», «François Lucazeau c. SACEM y otros», «Sterling Airways», y el *Décimo Informe sobre política de la competencia* de 1981³³⁹.

3.5. Las subastas públicas como una excepción

Las subastas públicas constituyen un ejemplo de libre competencia capaz de modificar el precio al alza si hay competencia y a la baja en caso contrario. Recientemente hemos asistido en varios países europeos y entre ellos España a la subasta vía licencia por concesión administrativa del espacio radio eléctrico para los móviles de tercera generación UMTS³⁴⁰. La opción por este sistema ha desatado voces críticas al mantener que son un auténtico regalo a las empresas que acuden a la licitación administrativa³⁴¹. De cualquier manera es pronto para aventurar una opinión a favor de un sistema u otro, pero lo evidente es que haya o no competencia, el coste de la licitación será repercutido por las empresas a través de sus productos o servicios a los consumidores y usuarios. Lo que no ocurre cuando las subastas no implican una modificación artificial del precio. En estos casos, el incremento del precio de oferta pública o el pago de un precio superior al del mercado por la libre configuración de la oferta y la demanda es un medio lícito para obtener la correspondiente licencia. Salvo que ello oculte una estrategia de oferta de precios altos con finalidad de acaparar las licencias y reordenar la oferta. Desapareciendo con ello el objetivo buscado con la subasta. Así pues, en la segunda parte de la estrategia el incremento del precio tras la oferta con finalidad predatoria es el medio, la acaparación del producto o servicio el resultado y el incremento del precio y el posible daño para el resto de concurrentes, consumidores y usuarios y el mercado por el desabasteciendo, la consecuencia.

³³⁹ SSTJCE en «General Motors», 1975, *Rep.*1367; «United Brands», 1978, *Rep.*, 1978, p. 207; «British Leland», 1986, *Rep.*, 1986, p. 3263; «Deutsche Grammophon c. Metro», 1971, asunto 78/70, *Rep.*, 1970, p. 487, punto 19, p. 501; «Ministerio Público c. Jean Louis Tournier», de 13 de julio de 1989, asunto 394/87; «François Lucazeau c. SACEM y otros», de 13 de julio de 1989, asuntos 110/88, 241/88 y 242/88, «Sterling Airways», y el *Décimo Informe sobre política de la competencia*, 1981, puntos 136-138.

³⁴⁰ Esta abreviatura significa *Universal Mobile Telecommunications System*.

³⁴¹ En este sentido *vid.* KLEMPERER, P., «Son las subastas lo mejor», *El País Digital*, lunes 20 de noviembre de 2000, núm. 1662, <http://www.elpais.es/p/d/20001120/economia/mejor/htm>, al mantener que «[...] esto sería en parte cierto en una subasta pública en la que las empresas puján por los derechos de patente. Pero el argumento es equivocado para una subasta en las que las empresas deben hacer un único pago de cantidades globales. Como las demás empresas, las empresas de comunicación cobrarán los precios que maximicen sus beneficios, independientemente de lo que la frecuencia les haya costado en el pasado... Por supuesto, las empresas de telecomunicaciones ... tienen enormes incentivos en argumentar lo contrario, porque obtienen grandes beneficios caídos del cielo si consiguen obtener gratuitamente un bien escaso. Y es cierto que los precios al consumidor se podrían ver afectados (incluso por pasados pagos o montos totales) si, por ejemplo, una subasta permite de alguna manera que las empresas coordinen tácitamente precios más elevados, o si los argumentos corporativos de los empresarios engañan a los políticos y reguladores para que acepten que la subasta es una razón para permitir precios artificialmente elevados, por ejemplo, permitiendo la connivencia desleal. Pero con una regulación inteligente, el impacto debería ser pequeño.»

3.6. Relación con el Derecho de marcas

Esta modificación artificial de los precios, con independencia de las consecuencias de los preceptos correspondientes de la LDC y del CP, también podría dar lugar a la entrada del Derecho de marcas. Precisamente porque la conducta predatoria podría afectar a la imagen de marca. Resulta evidente que un precio controlado monopolísticamente de un producto o servicio puede afectar a la política de marca de su titular. Por ejemplo, alejándolo del segmento de mercado al que desea destinar el producto o servicio al tratarse de un precio elevado, o bien, como consecuencia de la anterior, al quedar el mercado sin el nivel óptimo de distribución. En este supuesto parece evidente que debería primar los intereses del titular de la marca frente a los intereses del agresor. No obstante, parece difícil que pueda ejercitar acciones realmente efectivas, como no sea el negarse a suministrar el producto de marca. En cualquier caso, y en el marco del análisis del artículo 17.2. b) de la LCD se procederá al estudio de la relación entre determinadas modalidades de venta a pérdida y el Derecho de marcas en el capítulo V. Debiendo tenerse presente el enorme abanico de posibilidades que el Derecho de marcas ofrece a sus titulares.

4. Las ofertas de precios inferiores a los del mercado

Al utilizar la expresión «ofertas a precios inferiores a los del mercado», al igual que se hizo anteriormente con el estudio de «las ofertas a precios superiores a los del mercado», se continua con la delimitación de las conductas predatorias en relación con el nivel de precios normal de un producto o servicio para un concreto mercado. Éstas ofertas a la baja se encuentran en un espectro que va desde el precio de venta al público para un producto o la prestación de servicio normal en dicho mercado y el precio inferior al que realmente se oferta. En él se encuentran los precios límite y la venta a pérdida en sus diferentes variantes, las ventas en saldos, las ventas en liquidación, las ventas en promoción y los precios predatorios, entre otras. De las citadas modalidades de venta el estudio se centrará en estos momentos, y sin perjuicio de volver sobre ellas cuando se analicen los supuestos de ventas a pérdida autorizadas, en aquéllas que revelan un mayor grado de intencionalidad competitiva instrumentalizada en precios, los precios límite y la venta a pérdida. Así pues, no se procederá en este apartado al estudio de las ventas de saldos, liquidación y promoción porque no se revelan como instrumentos realmente anticompetitivos tras la regulación contenida en la LOCM y las ordenaciones de las CC.AA. Las dos primeras, saldos y liquidaciones tratan de facilitar al comerciante la venta de un género que de otro modo no podría colocar en el mercado, mientras que la tercera, las promociones, tras su regulación y su limitada duración, parecen ser incapaces de alterar las relaciones de competencia en el mercado³⁴².

³⁴² A este respecto, sobre la posibilidad de que regulaciones nacionales desfasadas y anticompetitivas sobre determinadas modalidades de venta promocionales, a saldo o liquidación puedan estar ocultando ventas a pérdida es de interés la Comunicación del a Comisión sobre las promociones de ventas en el mercado interior.

4.1. Los precios próximos al coste —*soft predation*—

Los precios próximos al coste o precios límite —*limit pricing*— constituyen un supuesto de depredación blanda —*soft predation*— que siempre que no supere la barrera del coste marginal, es una conducta lícita. Se encuentran en un espectro de precios por encima del coste marginal pero por debajo del precio normal para el producto o servicio en ese mercado. En la medida en la que la diferencia entre el precio normal o usual de mercado y el precio límite sea mayor, o si se prefiere, se acerque más a la venta a pérdida pero sin rebasarla mayor será la agresividad o incremento de la competencia. El oferente que realiza esta práctica se mueve entre el límite legal que le impone la obligación bajo sanción de no realizar ventas a pérdida y el precio de mercado de dicho producto o servicio. Un comportamiento anticompetitivo en el que el oferente está renunciando a una parte del margen comercial que obtendría de no realizar esa conducta. La lógica de la práctica es simple, a igualdad de tecnología y ante la ausencia de ventajas comparativas que lo justifiquen, en la medida en que no quede demanda residual suficiente, ningún otro competidor entrará en ese mercado. Incluso extensible a los supuestos en los que hay en dicho mercado ventajas competitivas y comparativas pero insuficientes para justificar el coste de entrada con la demanda existente. De este modo, el oferente a largo plazo recuperará la inversión y obtendrá unos beneficios razonables, al tiempo que los consumidores y usuarios se benefician de precios próximos al coste. Finalmente, y para un estudio más detenido de este comportamiento deberá procederse al análisis de la cuota de mercado y de la finalidad perseguida. Lo que permitirá disponer de elementos de juicio para calificar la conducta.

4.2. Condiciones del mercado

Estrategias de precios como éstas sólo son posibles en mercados con determinadas características. Es necesario que la oferta esté concentrada ya sea en forma de monopolio u oligopolio, y que la demanda se encuentre dispersa con escasa elasticidad de manera que no puedan los consumidores o usuarios de un producto o de un servicio imponer ningún tipo de condición. En estos supuestos, la política de precios límite no implicará precios similares a los que se fijarían en un monopolio u oligopolio, pero sí alejados de los que habría en una situación de competencia efectiva. Una situación que tiende a producirse en mercados en proceso de liberalización. En este contexto los monopolios y oligopolios han tratado y tratan de utilizar todos los medios a su alcance para mantener su

Propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las promociones de ventas en el mercado interior. Bruselas, 2 de octubre de 2001, COM (2001), 546 final. Así como las enmiendas de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios, de 2 de abril de 2002, a la citada Comunicación. PE, 307.508/ 27-31. En la que parecen recogerse las demandas de las asociaciones de pequeños comerciantes que se hubieran visto seriamente afectados si la propuesta de Reglamento para la promoción de ventas no hubiera sancionado estas modalidades. No obstante, las restringe bastante, y de aprobarse en estos momentos supondría la derogación de los artículos 14 y 26.1 de la LOCM y 8.2 de la LCD. En este sentido *vid.* PALAU RAMÍREZ, F., «La propuesta de Reglamento Europeo y del Consejo relativo a las promociones de ventas en el mercado interior», *ADI*, XXII, pp.1505-1513.

posición, y no basadas siempre en sus propios méritos, sino en el abuso de la posición que tienen en el mercado. Unas prácticas que más que por desconocimiento responden a una estrategia perfectamente coordinada y dirigida a retrasar la entrada en el mercado de sus competidores, aceptando las posibles sanciones de unas autoridades aparentemente débiles en materia de competencia, y con un coste que compensa sobradamente los beneficios derivados del retraso en el acceso al mercado de dichos competidores.

Es en este marco, al incrementarse la competencia es donde pueden producirse los supuestos de depredación blanda con la finalidad de disciplinar, impedir, expulsar, disuadir, y generar barreras de entrada o salida, entre otros fines. Un comportamiento que puede estar motivado en muchas causas, pero básicamente en el intento de mantener su cuota de mercado y con ella sus beneficios, para lo que desde el punto de vista del agresor todo vale. Sin embargo, al menos en principio su realización no sólo es lícita, sino que indirectamente beneficia a los consumidores y usuarios a través de la reducción de los precios. Aunque si se profundiza un poco más, la realización de estos comportamientos por empresas con posición de dominio podría excluir o impedir la entrada o salida a competidores más eficientes. Pudiendo constituir, bajo ciertas condiciones, un abuso de posición dominante.

4.3. Finalidad

Como cabe imaginar este comportamiento de precios muy ajustados a corto plazo es una situación por la que difícilmente optará un monopolista o un oligopolista a no ser que se vea obligado a ello. Aún cuando en pura lógica éste es una de las políticas comerciales más racionales a medio y largo plazo. Los beneficios derivados de este tipo de prácticas son dos: por un lado, optimiza la producción al máximo reduciendo el coste marginal al mínimo posible en su proceso productivo; y por otro lado, al abastecer las demandas del mercado reduce la demanda residual y no deja cuota suficiente para que un nuevo competidor entre, cubra los costes de su masa crítica y obtenga beneficios. Sin embargo, la tendencia natural de los monopolistas y los oligopolistas es la de maximizar el beneficio a corto plazo. Básicamente dos razones pueden hacer que cambien su política de precios, por un lado, por imperativo legal con las dificultades que entrañan las medidas políticas, y por otro lado, por la vía de la competencia. En este último supuesto y con ocasión de la apertura de mercados los monopolistas u oligopolistas de siempre, bien sea de derecho o de hecho se ven tentados y realizan multitud de prácticas predatorias en una especie de huida hacia delante. En un intento de evitar que los competidores reales o potenciales entren en dicho mercado y entre ellas, los precios límite.

4.4. Calificación de la conducta

La mayor parte de la doctrina mantiene que los precios límite implican una renuncia legítima del oferente-concurrente a una parte del margen, del beneficio que hay entre el precio de venta al público y el coste marginal³⁴³. Los precios límite se fundamentan en los méritos propios no pudiendo ser calificados como actos desleales. Precisamente porque al tratar de optimizar su sistema productivo a largo plazo, también se está beneficiando a los consumidores y usuarios quienes disponen de mayor cantidad de productos y en su caso servicios a menor precio, mientras que el oferente optimiza su resultado y reduce al mínimo su coste marginal. Ante la falta en la jurisprudencia española y comunitaria de criterios para delimitar los contornos de esta figura resulta interesante la evolución que ha experimentado en el Derecho norteamericano. En su dilatada experiencia han tenido la oportunidad de conocer algunos asuntos de precios límite que generaban barreras de entrada e implicaban una infracción de la *Sherman Act*, —sección 1.^a actos de colusión, la sección 2.^a los monopolios— y la *Clayton Act*, —que va dirigida a reprimir las barreras de entrada—³⁴⁴. En este sentido cabe citar los supuestos de represión de prácticas colusorias por la vía de la sección 1.^a en lo que parecen supuestos de *soft predation* en los asuntos «Hanson c. Shell Oil Co.», «California Computer Products c. International Business Machines Corp.», «Arizona c. Maricopa County Medical Society», «Transamerica Computer Co. c. International Business Mashines Corp.» y «William Inglis & Son Baking Co. c. ITT Continental Baking Co.», entre otros³⁴⁵. En relación con la infracción de la *Clayton Act* por prácticas concertadas que generan barreras de entrada son de interés los asuntos «United States c. Trenton Potteties Co.», «United States c. Socony-Vacuum Oil Co.», «Interstate Circuit, Inc. c. United States» y «Theater

³⁴³ En este sentido *vid.* HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., *Precios predatorios y Derecho ...*; *ob. cit.*, p. 41, al indicar que: «Mientras los costes del monopolista le permitan mantener con rentabilidad un nivel de precios suficientemente bajo como para desincentivar la entrada al mercado, aquél estará, simplemente, rentabilizando su mayor eficiencia y, aunque no sea lo mejor para los consumidores, el Derecho de la competencia debe abstenerse de intervenir» Un planteamiento similar al mantenido en la doctrina norteamericana por autores como OSBORNE, D. K., «On the rationality of the limit pricing», *Jourl. of Ind. Econ.*, v. 22, núm.1, September, 1973, pp. 71-80; POSNER, R., *Antitrust Law: and economics ...*, *ob. cit.*, pp. 115-120; AREEDA, P., TURNER, D., *Antitrust: An Analysis of antitrust principles and their application*, 1978, p. 714; SCHERER, F., *Industrial market structure and economic performance*, 1990, pp. 235 y ss; SAANAN, J., «Adoption of limit pricing by the Courts, paradoxical inferences», *Antitrust Bull.*, núm. 3, 1981, pp. 541-565; SEE, H. y GUNTHER, W. D., «Limit pricing and predation in the antitrust laws: economic and legal aspects», *Alabama Law Review*, núm.2, 1984, pp. 211-239; STEVENS, J. P., «Immunizing conspiracies that threaten liberty: The use of subcompetitive but 'nonpredatory' prices to eliminate independent competitors», *Antitrust L. & Econ. Rev.*, v.23, núm. 3, 1992, pp. 59-63.

³⁴⁴ *Vid.* Sherman Act, 15 U.S.C. §§ 1-7, 1976 «every contract, combination [...] or conspiracy, in restraint of trade or commerce [...]» § 1.

³⁴⁵ *Vid.* «Hanson c. Shell Oil Co.», 541 F.2d 1352, (9th Cir. 1976), *cert. denied*, 429 U.S. 1074, 1977; «California Computer Products c. International Business Machines Corp.», 613 F. 2d 727 (9th Cir.) 1979; «Arizona c. Maricopa County Medical Society», 643 F.2d 553 (9th Cir. 1980), *rev'd on other grounds*, 457, U.S. 332, 1982; «Transamerica Computer Co. c. International Business Machines Corp.», 698 F. 2d 1377 (9th Cir.), *cert. denied*, 104 S. Ct. 370, 1983; «William English & Son Baking Co. c. ITT Continental Baking Co.», 668 F.2d 1014 (9th Cir. 1981), *cert. denied*, 103 S. Ct. 57, 1982.

Enterprises c. Paramount Film Distributing Corp.», entre otros³⁴⁶. Y finalmente, como una práctica monopolista encuadrable en la sección 2.^a de la *Sherman Act* los asuntos «United States c. Aluminum Co. of America» y «United States c. E.I. DuPont de Nemours & Co» como más representativos³⁴⁷.

En «United States c. Aluminum Co. of America», la empresa demandada fue acusada de monopolizar el comercio del aluminio a nivel nacional interestatal e internacional desde su fundación. Para ello realizaba múltiples esfuerzos dirigidos a impedir el acceso de sus rivales tanto de las fuentes de aprovisionamiento de aluminio virgen como de los productos manufacturados. Un control que llegó al 90 por ciento de las ventas entre 1929 y 1938. «Alcoa» había estado abusando de su posición de dominio incrementando la producción y reduciendo el precio cuando se producía la amenaza de entrada de nuevos competidores³⁴⁸. Entre las diferentes prácticas desleales que realizó se encuentra la de *soft predation* dirigidas a incrementar los costes de los competidores al reducir la demanda residual. Además, consciente de que la electricidad es un *input* básico en el proceso de producción del aluminio diversificó su actividad empresarial hacia la generación y distribución de dicha materia prima. Así que una vez introducida en el mercado de la energía eléctrica procedió a incrementar los precios de la misma a otras competidoras de modo que las pérdidas que sufría por un lado, las compensa por otro. En definitiva siempre ganaba y de ahí que el monopolio durara tantos años. De este modo generaba barreras de entrada ante los competidores potenciales impidiendo que entraran nuevos, concentrando la oferta y por tanto controlando el mercado y los precios de las materias primas y de los productos manufacturados. «Alcoa» alegó en su defensa que con ello trataba de optimizar su producción a largo plazo reduciendo el coste marginal al mínimo ya que sólo tenía un beneficio del 10 por ciento en cada lingote de aluminio. Finalmente el Tribunal Supremo calificó la conducta de la empresa como un intento de monopolizar el mercado del aluminio contrario a la *Sherman Act*.

Un comportamiento muy similar a la anterior aparece en el asunto «United States c. E.I. DuPont de Nemours & Co» en el que la empresa demanda controlaba el mercado de dióxido de titanio³⁴⁹. A finales de la década de los sesenta por razones políticas y de medio ambiente la materia prima escasea. Los competidores de «Dupont» no cuentan con la tecnología necesaria para producir de un modo eficiente por el método del cloruro con titanífero. En este contexto «Dupont» realiza una política de precios límites reduciendo los beneficios a corto plazo, de modo que sus competidores no tenían margen suficiente para competir y adquirir los conocimientos necesarios para producir. Finalmente la conducta de precios límite de la empresa es calificada de culpable de un intento de monopolizar el mercado. La estrategia de la empresa se basaba en tres puntos:

«[...] 1. Una política de precios diseñada para asegurar que el precio del dióxido de titanio era lo suficientemente alto para asegurar la expansión de Du Pont y lo suficientemente bajo para

³⁴⁶ Vid. «United States c. Trenton Potteries Co.», 273 U.S. 392, 1927; «United States c. Socony-Vacuum Oil Co.», 310 U.S. 150, 1940; «Interstate Circuit, Inc. c. United States», 306 U.S. 208, 1939; «Theater Enterprises c. Paramount Film Distributing Corp.», 346 U.S. 537, 1954.

³⁴⁷ Vid. «United States c. Aluminum Co. of America» 148 F.2d 416, 428-29 (2d Cir.), 1945; y «FTC c. E.I. DuPont de Nemours & Co», 96, F.T.C. 653, 1980.

³⁴⁸ Para un visión en español del asunto vid. VILLEGAS CAYÓN, J., *Monopolio y competencia. Las Leyes antitrust de los Estados Unidos, base de la libertad económica*, Librería Jurídica Villegas, Madrid, 1970, pp. 418-429.

³⁴⁹ Es un producto que en aquellos momentos carecía de sustitutivos, de modo que la única forma de competir es en costes y precios. Hay dos formas de producirlo, uno mezclando cloruro con titanífero de bajo grado o con rutilo, y otra, mezclando ácido sulfúrico con titanífero de bajo grado. La primera requiere un mayor nivel de desarrollo técnico y fue introducida por la «Dupont» en 1941 ante la escasez de rutilo y la existencia de titanífero de bajo grado en Florida, de fácil acceso para «Dupont». Con esta tecnología, las economías de escala, alcance y experiencia «Dupont» consigue producir aproximadamente, y en 1964, unas 100 millones de toneladas año de dióxido de titanio. Sin embargo, ante la aparición de minas de rutilo en Australia, los competidores que pueden usar el método de «Dupont» reducen el coste del producto pudiendo competir en precios.

desalentar la expansión de la capacidad de los competidores e impedir la entrada. 2. Una campaña cuidadosamente preparada de aumentos de capacidad junto al anuncio de nuevos planes de expansión con la intención de influir negativamente en los planes de expansión de los competidores, y 3. No conceder licencias para su tecnología.»³⁵⁰

Por consiguiente, bajo la apariencia de competencia y siempre que no se supere un determinado nivel de costes la conducta consistente en precios límite puede constituir una práctica predatoria. Pero de difícil calificación y prueba en la medida en que se presenta como un comportamiento competitivo que parece beneficiar a los consumidores, a los usuarios y al propio mercado. Y que luego se traduce en una reducción de la competencia, de la variedad, de la calidad y en un incremento del precio. De ahí que aún cuando cabe reconocer la legitimidad del comportamiento, también habría que determinar cuál es la barrera entre una conducta competitiva lícita y una conducta no lícita en relación con los precios límite³⁵¹. De lo expuesto, resulta evidente que determinados supuestos de precios límites encubren en realidad una práctica predatoria con efectos negativos sobre el mercado con un evidente coste para el bienestar social³⁵². No todos los precios límite están revestidos de carácter predatorio, sino sólo aquellos que en atención a sus circunstancias persiguen generar barreras cuyo coste para el bienestar social no quede justificado por la reducción de precios. Esto ocurre cuando la reducción de precios o la amenaza de realizarlos se muestra objetivamente idónea para conseguir el resultado, se instrumentan a partir de la amenaza potencial de un competidor, y la consecución de dicho resultado implique un mayor coste social que el beneficio derivado de la reducción de precios³⁵³.

³⁵⁰ En este punto *vid.* VENTURA VICTORIA, J., *Análisis competitivo de la empresa: Un enfoque estratégico*, Civitas, 1994, p. 137. Especialmente resultan interesantes los puntos segundo y tercero de la exposición, un comportamiento conocido en la doctrina y la jurisprudencia norteamericana con el nombre de *vapourware* o preanuncios de carácter predatorio. Para un estudio más detallado de la figura *vid.* ACUÑA QUIROGA, C., «Innovación predatoria y política de la competencia ...», *ob. cit.*, pp. 47-50. En la doctrina norteamericana *vid.* PETTY, R. D., «Antitrust and innovation: are product modifications ever predatory?», *Suffolk Univ. L. Rev.*, núm. 22, pp. 1012-1013; AZCUENAGA, M. L., «Technological innovation, international trade and competition policy», <http://www.tfc.gov/speeches/azcuenaga/japan97.htm>, p. 6, entre otros.

³⁵¹ Este tipo de estrategias, basada en la capacidad de la empresa que realiza la práctica predatoria podría excluir a competidores más eficientes. Por ejemplo, si el competidor potencial dispone de mejoras tecnológicas pero no de la suficiente demanda residual para recuperar el coste de recuperación, acabará desistiendo en su empeño. Es precisamente en este punto, en la oportunidad de los precios límite donde radica la deslealtad de la conducta del monopolista y oligopolista cuando ante una situación de competencia potencial cambian su estrategia comercial hacia precios límite para generar artificialmente barreras de entrada. El análisis no debe quedarse circunscrito a los precios y deben de tenerse en cuenta otros valores como la pérdida de bienestar social por retraso en la incorporación a las innovaciones tecnológicas y la disminución de la variedad, tanto del producto o servicio como de los oferentes ante la falta de competencia entre otros valores.

³⁵² En efecto, un planteamiento que se acerca al ya realizado tempranamente por SULLIVAN, T., *Handbook of the law of antitrust*, 1977, p. 120. Para este autor, la frontera entre la licitud o ilicitud de estos comportamientos se encuentra en el bienestar social. De este modo, incluso en un modelo como el norteamericano, se acepta la limitación del principio de libertad de empresa y por ende libertad de fijación de precios cuando estos impliquen una limitación no aceptable del concepto de coste social. Es lo que se ha venido calificando como la función social que está llamada a cumplir tanto la libre y leal competencia como el Derecho de la propiedad industrial e intelectual.

³⁵³ Esta situación se da en mercados de telefonía móvil o en el de acceso a Internet, en el que no puede quedar justificado una disminución en el precio sino va seguido de la disponibilidad de acceso a dicha tecnología para la población. Precisamente porque el retraso general implica una dinámica degenerativa que se extiende a todo el proceso productivo no admisible e irreal en una economía de mercado de corte social.

El Derecho comunitario no ha contemplado específicamente supuestos de precios límite precisamente porque se parte del principio general de libertad de precios. No parece ser objeto de una prohibición específica debiendo acudir para proceder a su represión al Derecho *antitrust* comunitario y español. El primero, por infracción del artículo 81 del TCE. En el Derecho de la libre competencia y partiendo del principio general de libertad de precios, sólo serán objeto de represión aquellas prácticas que impliquen un atentado más grave contra la libre y leal competencia, y los precios límite no se encuentran entre ellos. Aunque podría ser objeto de represión una práctica concertada cuando se instrumente en cualesquiera de las prácticas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, o por realizar el comportamiento abusando de posición dominante del artículo 6 de la LDC. Incluso podría procederse a la represión de estos comportamientos por la vía del artículo 7 de la LDC cuando los precios límites resulten contrarios al interés general y produzcan un falseamiento de la libre competencia que afecte al interés general. Precisamente, y ante la ausencia de su prohibición en el catálogo de actos contenido en la LCD, por infracción de la cláusula general del artículo 5 de la LCD. Lo que permitiría la prohibición de los precios límites cuando impliquen un acto de competencia desleal³⁵⁴.

³⁵⁴ Los precios límite siempre han estado ahí, pero parecen cobrar especial actualidad ante la reciente liberalización de determinados sectores como las telecomunicaciones, entre otras. En este contexto los nuevos oferentes no pueden competir si el precio al que subarrienda el antiguo monopolista no le deja margen de beneficios suficientes en relación con el precio al que el antiguo monopolista ofrece el producto o servicio para el mismo mercado en el que entran ahora en competencia. De ahí los múltiples esfuerzos a nivel comunitario y mundial al objeto de garantizar una red abierta donde los criterios de interconectividad y acceso no operen como barreras de entrada que ayuden a consolidar las posiciones de los monopolistas conduciendo a tratos discriminatorios. Por ejemplo, en el mercado de las telecomunicaciones se han realizado múltiples esfuerzos como la aprobación el 15 de febrero de 1997 del Acuerdo Mundial de Comercio por el que sesenta y nueve países se obligan a permitir el acceso a sus mercados de telecomunicaciones en condiciones no discriminatorias a todos los países de la Organización Mundial del Comercio —OMC—. Un acuerdo que toma la forma de IV Protocolo del Acuerdo General del Comercio de Servicios —GATS— que incluye un documento suscrito por 57 de los 69 países en el que establecen los principios aplicables en materia de interconexión en condiciones razonables y no discriminatorias de los servicios, instalaciones y redes de telecomunicaciones. Siguiendo este acuerdo se aprueba la Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones con el fin de garantizar un servicio y la interoperabilidad universales mediante la aplicación de los principios de la oferta de una red abierta —ONP—, DOCE, L-199, de 26 de julio de 1997, p. 32. Un elemento fundamental si se desea una red abierta donde la interconexión no se utilice como una barrera de entrada; KWOKA, J., y WHITE, L., (editors.) *The antitrust revolution: The role of Economics*, 2.^a ed., Oxford University Press, Nueva York, 1994, p. 329. En este mismo sentido *La consulta pública sobre la competencia en el mercado de los servicios de telefonía móvil disponible al público*, Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, de 15 de septiembre de 2000, no sólo por la limitación de un recurso escaso como es el uso del espacio radioeléctrico, la interconexión entre los diferentes operadores y el monopolista y el escaso margen —*roaming*— para que los nuevos operadores ofrezcan paquetes de servicios a precios competitivos, pp. 3-26. Precisamente por ello, desde la Comisión se ha tratado de establecer los criterios para determinar el precio del arrendamiento de la estructura o canalización básica del servicio a los nuevos concurrentes en un mercado liberalizado. En concreto, «[...] la Comisión Europea se da cuenta de que la simple aplicación de la normativa sobre libre competencia es insuficiente para la creación de mercados competitivos e innovadores en los servicios multimedia» A este respecto *vid.* BARTOSCH, A., «E. C. Telecommunications law: the new draft Directive on the legal separation of networks», *ECLR*, v.19, núm.8, octubre 1998, p. 515. Siguiendo este criterio, la Comisión trata de establecer un mercado interior en materia de telecomunicaciones con la Directiva Marco 90/387/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones mediante la realización de la oferta de una red abierta de telecomunicaciones, DOCE, L-192, de 24 de julio de 1990, p. 1. En el marco de esta se desarrolla la Directiva de líneas arrendadas 92/44/CEE del Consejo, de 5 de junio de 1992, relativa a la aplicación de la oferta de una red abierta a las líneas arrendadas. Un esfuerzo que obedece al hecho incuestionable de que en el proceso

Finalmente, tampoco resulta necesaria la presencia de un elemento intencional. De hecho «[...] la intencionalidad es un elemento indiferente para la existencia o no de precios límite», precisamente porque el comportamiento resulta aparentemente lícito y basado en criterios de competencia, eficiencia y méritos propios. Lo verdaderamente importante en esta práctica no viene dada por la diferencia en el precio, cantidad, calidad de las prestaciones entre otras, «[...] sino en el número de empresas que pueden entrar en el mercado [...]»³⁵⁵.

5. La venta a pérdida

5.1. Introducción

La venta a pérdida es otra de las prácticas instrumentalizadas en precios y el principal objeto de este estudio. Dicha conducta, al igual que las estudiadas hasta el momento se fundamenta en el ejercicio legítimo de un Derecho amparado constitucionalmente en el artículo 38 de la CE. El principio de libertad de empresa en cuyo campo gravitatorio orbita la libertad de competencia y la libertad de precios. Una conducta instrumentada en dos fases claramente diferenciadas. En un primer momento, la empresa procede a reducir los precios de determinados productos o servicios con unos beneficios directos e inmediatos sobre los consumidores y usuarios sin que se vean afectados otros parámetros como calidad, servicios accesorios, garantías, financiación o servicios postventa, entre otras prestaciones. En un segundo momento, ahora probablemente con rentas muy próximas a las de un monopolio, la empresa que ha realizado el comportamiento tratará de recuperar las pérdidas en las que hubiera incurrido. Con este comportamiento la empresa agresora puede perseguir múltiples fines. Entre ellos impedir la entrada o salida de competidores, expulsarlos del mercado, disciplinarlos, disuadirlos, obligarlos a aceptar condiciones comerciales que de otro modo no hubieran aceptado o generar barreras de entrada o de salida, entre otras. Y es precisamente ésta finalidad oculta de la estrategia predatoria lo que trata de reprimir la normativa en materia de libre y leal competencia, porque al no basarse en principios de eficiencia o racionalidad económica podría limitar el desarrollo, la entrada e incluso expulsar a competidores más eficientes.

de apertura de mercados y liberalización de sectores a la competencia, con los efectos positivos que ello entraña, no es coherente, ni rentable económicamente exigir a los nuevos concurrentes que construyan las instalaciones de electricidad, telecomunicaciones y gas, entre otras. Esta exigencia desmotivaría a los concurrentes potenciales y la competencia nunca entraría en esos mercados. De ahí que el Legislador deba realizar esfuerzos para garantizar que el acceso al mercado se hace en condiciones de igualdad, y que el arrendamiento de las redes básicas no está limitado por criterios técnicos o por el precio al que se arrienda, en cuyo caso operan como barreras de entrada.

³⁵⁵ Vid. SEE, H. y GUNTER, W. D., «Limit pricing and predation in the antitrust laws: economic and legal ob. cit., p. 225, «If the market will be the same regardless of the existence or nonexistence of limit pricing, why should one care about it all? The presence or absence of intentional limit pricing will make one important difference in the market. In the absence of effective limit pricing, other firms will enter the market. In the presence of effective limit pricing, they will not. In other words, the significant difference caused by limit pricing is not a difference in price or quantity but a difference in the number of firms in the market.»

5.2. Aproximación al concepto de venta a pérdida

El artículo 17.2. de la LCD recoge la definición legal de venta a pérdida, calificando como tal

«[...] la venta realizada bajo coste o bajo precio de adquisición [...] a) cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento; b) cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o establecimiento ajeno; y c) cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.»

Por tanto, el umbral de legalidad de este comportamiento se encuentra en la diferencia entre el mayor valor del «coste de producción» o en su caso «precio de adquisición» de un producto o servicio y su menor precio de reventa al público, sin que se encuentre en cualquiera de los supuestos excepcionados o autorizados³⁵⁶. En la primera acepción, «la venta realizada bajo coste», se trataría de un supuesto realizado por un fabricante, industrial o productor de bienes, o en su caso, de un oferente de servicios. Mientras que en la segunda, «la venta realizada bajo precio de adquisición», se estaría refiriendo a una conducta realizada por un comerciante, ya sea mayorista o minorista³⁵⁷. La falta de un concepto unívoco de costes ha obligado a la jurisprudencia y a la doctrina a construirlo, pero aún así, muchas son las dificultades de orden práctico que ello implica.

³⁵⁶ Partiendo de una interpretación amplia de producto extensiva a los servicios de los profesionales liberales bien sea con la exigencia de titulación obligatoria o no, o con la exigencia de colegiación o no a partir de una interpretación amplia de «producto». En este sentido *vid.* la exposición de motivos de la LCD en el apartado II. 2. 2.º párrf. Punto 3.º establece que «[...] (La Ley también resulta aplicable a otros sectores del mercado: artesanía, agricultura, profesiones liberales, etc.)», y el artículo 3.1. de la LCD que establece en relación con el ámbito subjetivo que «La Ley será de aplicación a los empresarios y cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado». La cuestión queda aclarada por el TDC en el *Informe sobre el Libre Ejercicio de las Profesiones*, Madrid, junio, 1992, así como en las resoluciones del TDC de 16 de octubre de 1990, «Colegio Oficial de Médicos de Sevilla» —expt. A 4/90—; 12 de noviembre de 1990, «Colegio Oficial de Médicos de Valencia» —expt. A 7/90—; 28 de julio de 1992, «Igualatorio Médico Colegial de Pontevedra» —expt. 305/91—; 20 de noviembre de 1992, «Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro» —expt. 313/92—; 23 de julio de 1994 «Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid» —expt. 339/93—; 30 de diciembre de 1993, PLACONSA —expt. 333/93—; 28 de julio de 1994, «COAM» —expt. 339/93—; 26 de julio de 1995, «Cirujanos Taurinos» —expt. r. 122/95—; 25 de junio de 1997, «Arquitectos de Madrid» —expt. 372/96—; de 8 de mayo de 1998, «Arquitectos de Asturias» —expt. 390/96—; 23 de noviembre de 1999, «Colegio de Ingenieros Técnicos Industriales de Burgos» —expt. 445/98—; y recientemente la resolución del TDC contra el acuerdo del Consejo General de la Abogacía por el que se dictan normas sobre publicidad de abogados de 18 de enero de 2000. En este mismo sentido VICENT CHULIAT, F., «Otra opinión sobre la Ley ...», *ob. cit.* p. 9.995; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Competencia desleal por infracción de normas», *RDM*, núm. 202, 1991, pp. 724-725; MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal ...*, *ob. cit.*, p. 131.

³⁵⁷ Con similares criterios de interpretación del artículo *vid.* CRUZ ROCHE, I., «La venta pérdida en las relaciones fabricante-distribuidor», *Distr. y Cons.*, 102, abril-mayo, 1997, p. 5; ALONSO SOTO, A., voz «Venta a pérdida», en *EJB*, IV, Madrid, 1995, p. 6.825.

5.3. Concepto de venta a pérdida en la doctrina y en la jurisprudencia

Como se observa, el concepto de venta a pérdida es un concepto más amplio que el de precios predatorios. La primera entraña un todo, compuesto de dos supuestos más, los actos de confusión, engaño y denigración instrumentalizados en el marco de una estrategia de venta a pérdida, y la segunda, los precios predatorios en sentido estricto. Éste concepto ha venido siendo utilizado erróneamente como sinónimo por una parte de nuestra doctrina. Una confusión que parece proceder de la traducción literal del término anglosajón *predatory pricing*. De ahí que parte de la doctrina y el propio TDC hayan optado por el homónimo francés de precios de evicción, o bien, precios ruinosos, precios de rapiña o prácticas de evicción. Todos ellos, términos utilizados para describir la realidad de una práctica más próxima a los precios predatorios que a la venta a pérdida³⁵⁸. El concepto legal de venta a pérdida, calificado por algunos autores como precios predatorios ha sido criticado por la doctrina por constituir un precepto confuso, asistemático e indeterminado³⁵⁹. Sobre él confluyen todos los intereses concurrentes en el mercado, tanto desde la perspectiva de la libre competencia como desde la competencia desleal³⁶⁰. Dificultad que se acrecienta en economías desarrolladas, dinámicas y evolucionadas donde no parece claro cuándo el acto de competencia se encuentra dentro de los parámetros de lealtad, o bien, sale fuera al convertirse en un exceso de agresividad competitiva. Por tanto, junto a la interpretación restrictiva de las ventas a pérdida habrá que sumar la dificultad para determinar su existencia y la idea tradicional de que las prácticas predatorias basadas en precios son poco frecuentes. Una idea que carece de razón de ser tal y como se ha venido exponiendo en el presente trabajo³⁶¹. Por tanto, la

³⁵⁸ Así se observa en los siguientes supuestos: 1. «Precios de evicción» ha sido utilizado por el TDC en caso de la «Asociación Española de Torrefactores de Café c. Nestlé, S.A., Marcilla, S.A., Saimaza, S.A.», de 17 de julio de 1989 —expt. 245/89—; 2. En nuestra doctrina, el concepto de «precios ruinosos» ha sido empleado por PICAÑOL en la traducción del libro de Vid. BELLAMY, C., y CHILD, G., *Derecho de la competencia en el ...*, ob. cit., p. 537.; 3. «Precios de rapiña» ha sido citado por el TJCE como sinónimo de precios predatorios en la Decisión de la Comisión en el asunto «ECS c. AKZO», de 14 de diciembre de 1985, y en asunto «Tetra Pak II», de 24 de julio de 1991, *DOCE*, L-72, de 18 de marzo de 1992; «ECS c. AKZO», de 14 de diciembre de 1985, *DOCE*, L-374, *CMLR*, 1972, D-11. Un término también empleado, entre otros autores, por FERNÁNDEZ-LERGA, CARRALDA, C., *Derecho de la competencia en la ...*, op. cit., pp. 44-45 y 214-215; WALELBROECK, M., y FRIGLIANI, A., *Derecho europeo de la competencia*, en la traducción española de SÁENZ-CORTABARRÍA FERNÁNDEZ, I., y MORALES ISASI, M., Bosch, Barcelona, 1998.; y finalmente, 4. En nuestra doctrina, el primero que exporta la expresión norteamericana de precios predatorios es SALA FUMAS y YAGÜE, G., «Competencia normal y predación en industrias con economías de experiencia», *ICE*, octubre, 1987, p. 117. Posteriormente el término es empleado por FERNÁNDEZ DE ARAÓZ y GÓMEZ ACEBO, A., «Libre competencia y precios predatorios: análisis jurídico del problema ...», ob. cit., pp. 1098 y ss.; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., «Precios predatorios y Derecho ...», ob. cit., pp. 1 y ss.

³⁵⁹ Vid. BARONET ALDABÓ, C., «Venta a pérdida y libertad de precios», *CJ*, año 3, núm. 23, octubre, 1994, p. 20.

³⁶⁰ En un sentido similar en relación con la venta con pérdida vid. OTERO LASTRES, J. M., «La venta con pérdida tras la entrada en vigor de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de 15 de enero de 1996», D-114, *La Ley*, de 28 de marzo de 1996, p. 4.005, «[...] La venta con pérdida puede ser calificada como una figura «imán», porque tiene la propiedad de atraer hacia sí todos los intereses que tienen presencia en el mercado y porque sobre la misma inciden los dos grandes sectores del Derecho de la Competencia: el Derecho de la Libre Competencia y el Derecho sobre la Competencia Desleal»

³⁶¹ A esta conclusión llega el autor tras revisar la jurisprudencia norteamericana y comunitaria al respecto vid. PHILIPS, C. L., *Predatory pricing ...*, ob. cit. En el que en coherencia con el modelo desarrollado por el TJCE

falta de un concepto claro de venta a pérdida y la falta de construcción de la figura doctrinal y jurisprudencialmente unívoca es lo que viene a justificar, si es que ello puede tener alguna justificación, la dificultad en la elaboración y aplicación de un concepto unívoco de costes. Ha de tenerse presente que se utilizan criterios como el coste medio total, coste medio variable, coste marginal, así como los conceptos de corto plazo, largo plazo y las partidas que conforman todos y cada uno de los posteriores elementos, incluyendo los criterios de imputación de costes fijos y variables. Todos ellos elementos que ayudarán a realizar el juicio de deslealtad sobre la intencionalidad o no, en función de la empresa —cuota de mercado, capacidad financiera, posibilidad de recuperación o existencia de subvenciones cruzadas, entre otras—, y las características del mercado para que pueda tener lugar con éxito una práctica predatoria —escasez de oferentes monopolista u oligopolista, pocos productos alternativos que determinan la escasa elasticidad de la demanda, la existencia de barreras de entrada por las características del propio mercado, por la actuación de la empresa predatoria o por ambas, entre otras variables.—

No obstante, estos conceptos procedentes de la economía y con una redacción poco clara más que aportar una solución, lo que hacen es contribuir a con mayor oscuridad. Una situación, que se complica con la concurrencia para un mismo supuesto de venta a pérdida de varias disciplinas como el Derecho de libre competencia no sólo nacional sino también comunitario, de la disciplina de competencia desleal, y finalmente, por la vía normativa ordenadora del comercio interior.

Así pues, la venta a pérdida puede constituir un acto de infracción de la normativa *antitrust* en el ordenamiento comunitario y nacional. La primera, cuando implique un falseamiento de las condiciones de competencia en todo o en parte del mercado comunitario por infracción de los artículos 81 y 82 del TCE. La segunda, por infracción de los artículos 1, 6 y 7 de la LDC. También podrá constituir un ilícito de la disciplina de competencia desleal por infracción del artículo 17.2. de la LCD cuando la venta a pérdida produzca o pueda producir los efectos que trata e evitar el precepto en los apartados a), b) y c). Y finalmente, la venta a pérdida también podrá constituir una infracción del artículo 14 de la normativa ordenadora del comercio interior. Esta pluralidad normativa concurrente sobre un único acto de venta a pérdida responde, al menos aparentemente, a la protección de diferentes bienes jurídicos. Cada normativa presta especial atención al ámbito de competencia que tiene atribuido contribuyendo a crear un panorama confuso que en cierta medida viene a dificultar la aplicación del precepto por nuestros tribunales y órganos administrativos. Una situación que genera inseguridad jurídica e impide la

mantiene que efectivamente estas comportamientos son frecuentes, debiendo proceder a su represión para evitar los efectos negativos que producen.

ordenación de unas prácticas que cada vez, con más frecuencia tienen lugar en el mercado español y comunitario³⁶².

El artículo 17.2. de la LCD define como venta a pérdida «[...] la venta realizada bajo coste o bajo precio de adquisición:

- a) «Cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento»;
- b) «Cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o establecimiento ajeno»; y c) «Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.»

Estas y no otras son las modalidades de venta a pérdida desleales. Y tienen lugar por la diferencia entre el mayor valor del «coste de producción» o «precio de adquisición» de un producto o servicio y su menor precio de venta al público³⁶³. Por lo que la deslealtad viene determinada por la objetiva idoneidad de

³⁶² En sentido contrario, parece orientar el informe de la OCDE, *Predatory pricing*, París, 1989, pp. 14-18 al indicar que los precios predatorios son irracionales y hay mejores estrategias para monopolizar un mercado, como por ejemplo adquirir al competidor, en vez de entrar en guerra de precios, lo que implicaría costes elevados. Como dato estadístico aporta que «[...] entre 1973-1983 sólo el 7.3% de las alegaciones de precios predatorios resultaron favorables para el demandante». En un sentido similar *vid.* MCGEE, J., «Predatory price cutting: the Standard Oil (N.J.) case» *J. L. & Econ.*, 1958, pp. 137 y ss.; BAKER, J. B., «Predatory pricing after Brooke Group: an economic perspective», *Antitrust L. J.*, 62, pp. 585-603. No obstante, aunque la conducta es aparentemente irracional, en realidad no lo es y obedece a una estrategia extraordinariamente calculada, anticompetitiva y desleal. De ahí que sea objeto de regulación, tanto desde el Derecho *antitrust*, desde la perspectiva de la competencia desleal e incluso administrativamente, desde la normativa ordenadora del comercio minorista. Sin embargo, la falta de un método eficaz para delimitar y perseguir los precios predatorios desleales, diferenciándola claramente de lo que son conductas competitivas basadas en los méritos propios, es lo que impide que se asista con mayor frecuencia a la sanción de este tipo de conductas. Lo que podría justificar las cifras del citado informe de la OCDE. Una situación que de seguro cambiará en atención a la evolución del mercado español, comunitario e internacional, donde cada día se produce un incremento de la eficiencia y de la competencia por incorporación de mejoras competitivas y comparativas. De hecho ya se observa un cambio en el número de resoluciones del TDC al respecto. Sobre todo si se tiene en cuenta los escasos medios materiales y humanos de los que dispone.

³⁶³ Parece lógico partir de una interpretación amplia de producto extensiva a los servicios que prestan los profesionales liberales, bien sea con la exigencia de titulación obligatoria o no, o con la exigencia de colegiación o no a partir de una interpretación amplia de «producto». En este mismo sentido se pronuncia el Legislador en la exposición de motivos de la LCD en el apartado II, 2, 2 párrf. Punto 3 «[...] —La Ley también resulta aplicable a otros sectores del mercado: artesanía, agricultura, profesiones liberales, etc.—, y el artículo 3.1. de la LCD que establece en relación con el ámbito subjetivo que «La Ley será de aplicación a los empresarios y cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado». La cuestión queda resuelta por el TDC en el *Informe sobre el Libre Ejercicio de las Profesiones*, Madrid, junio, 1992, así como en las resoluciones del TDC de 16 de octubre de 1990, «Colegio Oficial de Médicos de Sevilla» —expt. A 4/90—; 12 de noviembre de 1990, «Colegio Oficial de Médicos de Valencia» —expt. A 7/90—; 28 de julio de 1992, «Iguatorial Médico Colegial de Pontevedra» —expt. 305/91—; 20 de noviembre de 1992, «Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro» —expt. 313/92—; 28 de julio de 1994 «Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid» —expt. 339/93—; 30 de diciembre de 1993, PLACONSA —expt. 333/93—; 26 de julio de 1995 «Cirujanos Taurinos» —expt. r. 122/95—; 25 de junio de 1997, «Arquitectos de Madrid» —expt. 372/96—; 8 de mayo de 1998, «Arquitectos de Asturias» —expt. 390/96—; 23 de noviembre de 1999, «Colegio de Ingenieros Técnicos Industriales de Burgos» —expt. 445/98—; y recientemente la resolución del TDC contra el acuerdo del Consejo General de la Abogacía por el que se dictan normas sobre publicidad de abogados de 18 de enero de 2000 —Resoluciones a la que puede accederse en la siguiente dirección de Internet <http://www.mineco.es>— Con similar criterio *vid.*, entre otros, VICENT CHULIAT, F., «Otra opinión sobre la Ley ..., ob. cit., p. 9.995; ALFARO AGUILA-REAL, J., «Competencia desleal por infracción de normas»,

la conducta para producir el resultado lesivo descrito en los tres apartados anteriores³⁶⁴. Sin que sea necesario que el resultado efectivamente se produzca. En la primera acepción, «la venta realizada bajo coste», se estará ante un supuesto realizado por un fabricante, industrial o productor de bienes o servicios, mientras que en la segunda, «la venta realizada bajo precio de adquisición», se estará ante una conducta realizada por un comerciante, ya sea mayorista o minorista³⁶⁵. Para que dicha práctica tenga lugar es necesaria la concurrencia de una determinada estructura del mercado, tales como la existencia de

«[...] un mercado con barreras de entrada y fragmentado por el lado de la demanda, por una empresa con poder financiero en el mismo y con capacidad productiva suficiente para poder absorber el incremento de la demanda. Es esta, por tanto, la estrategia apropiada para provocar, en el mercado, la expulsión o el ingreso de un rival igual o más eficiente [...]»³⁶⁶

5.4. Aproximación al concepto de costes en la jurisprudencia comparada y nacional

Llegados a este punto, metodológicamente procede pasar al estudio del concepto de costes. Constará de dos partes, en primer lugar el estudio de los elementos objetivos necesarios para que la práctica pueda tener lugar, y en segundo lugar, la determinación del elemento subjetivo, que como se observará, se trata de objetivizar. En el primero, en relación con los costes resulta evidente la necesidad de exponer con claridad los requisitos objetivos necesarios para que una venta a pérdida tenga lugar. Unos requisitos que salvo excepciones, son básicos y comunes a las diferentes regulaciones a los efectos de calificar objetivamente una conducta como venta a pérdida. Y en segundo lugar, se hace necesario delimitar con claridad los requisitos que deben concurrir para la apreciación de la existencia del elemento subjetivo del artículo 17.2. en sus tres apartados, aún cuando en los

RDM, núm. 202, 1991, pp. 724-725; MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal* ..., ob. cit., p. 131.

³⁶⁴ Vid. ALONSO SOTO, R., «Supuestos de competencia desleal por venta a pérdida y discriminación», en *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, p. 83, en el que autor mantiene que se exige «[...] para que estemos en presencia de un acto de competencia desleal: de un lado, la existencia de una venta a precio inferior al de coste o de adquisición. De otro, la presencia de una intencionalidad o la producción de un resultado anticompetitivos [...]»

³⁶⁵ Con similares criterios de interpretación del artículo vid. CRUZ ROCHE, I., «La venta a pérdida en las relaciones ...», ob. cit., p. 5; ALONSO SOTO, R., voz «Venta a ...», ob. cit., p. 6.825; CRUZ ROCHE, I., «La venta a pérdida en las relaciones fabricante-distribuidor», *Distr. y Cons.*, 102, abril-mayo, 1997, p. 5.

³⁶⁶ En este sentido vid. TRONCOSO y REIGADA, M., voz «prácticas predatorias», ob. cit., p. 4.985. Recientemente la figura ha sido definida GUNNAR, N., «El consenso internacional sobre el análisis de predación de precios», *B. L. C.*, núm. 2. Septiembre, 1997, p. 30. <http://europa.eu.int/comm/competition/international/others/>, pero lamentablemente sigue la inercia anterior, pues en la definición no especifica lo que se entiende por «precios por debajo del coste», ni las características que debe reunir el predador, el predado, ni el contexto en el que esta práctica tiene lugar, el mercado. Simplemente se limita a exponer la conducta. No obstante, realiza una definición interesante, que aunque dirigida a la figura de los precios predatorios es extensible a los apartados a) y b) del artículo 17.2. de la LCD al indicar que «[...] la predación de precios consiste en que una empresa fija precios por debajo del costo para desplazar a sus competidores y recuperar sus pérdidas mediante futuros precios monopolísticos.»

dos primeros, la presencia del elemento subjetivo no es un requisito imprescindible. La regulación contenida en esos preceptos no es sino la suma de una serie de conductas con identidad propia y tipos específicos. Tales como la inducción a error, la confusión sobre el nivel de precios del mismo establecimiento o sobre la imagen de marca del producto o del establecimiento ajeno. Con la particularidad de instrumentarse en una venta a pérdida con finalidad predatoria y por tanto anticompetitiva y desleal. Una intención cuya presencia ha venido exigiendo la doctrina y jurisprudencia comunitaria y nacional en relación con los precios predatorios al definirlos

«[...] como la actitud esgrimida por una o varias empresas en aparente posición de dominio, de utilizar precios excepcionalmente bajos que, si bien carecería de rentabilidad en circunstancias normales, se lleva a cabo como medio para destruir la competencia y aumentar la propia cuota de mercado, con la idea de que ello conducirá a la obtención de mayores beneficios a largo plazo [...]»³⁶⁷

Y es por ello, por lo que se ha venido exigiendo la prueba del elemento subjetivo. A la que también puede llegarse sin la necesidad de que el predador confiese que ha realizado dicho comportamiento. Lo que podría realizarse a través de indicios que demuestren que el predador únicamente mantenía dicho nivel de precios en atención a un resultado concreto. Así pues, el análisis del contexto del mercado y de la competencia, de la estructura de costes y la política de precios de la empresa predatoria puede permitir llegar a la conclusión de que no cabe ninguna otra explicación lógica que no sea la de una estrategia empresarial de venta a pérdida³⁶⁸.

³⁶⁷ En la doctrina norteamericana la figura ha sido ampliamente tratada doctrinal y jurisprudencialmente, moviéndose básicamente entre dos planteamientos, el de los profesores AREEDA y TURNER de la Escuela de Harvard y el del profesor POSNER, de la Escuela de Chicago. No obstante, para realizar un estudio detallado y comprobar la evolución de los dos planteamientos *vid.* MCGEE, J., «Predatory price cutting: The Standard Oil ...», *ob. cit.*, pp. 150 y ss.; POSNER, R., *Antitrust Law: and economic ...*, *ob. cit.* pp. 184-196; SCHERER, F., «Predatory pricing and the Sherman Act: a comment», 89, *Harv. L. R.*, 869, 1976, pp. 880-883; WILLIAMSON, O., «Predatory pricing: a strategic and ...», *ob. cit.*, pp. 284 y ss.; JOSKOW, P., y KLEVORIC, A., «A framework for analyzing predatory pricing policy», 89, (2), *Yale L. J.*, 1979; BAUMOL, W., «Quasi-permanence of price reductions: a policy ...», *ob. cit.*, pp. 1 y ss.; AREEDA, P., y TURNER, D., «Predatory pricing and related practices ...», *ob. cit.*, pp. 697 y ss.; GREER, F., «A critique of Areeda and Turner's standard for predatory practices», *Antitrust Bull.*, 1979, pp. 233-261; BRODLEY y HAY, «Predatory pricing: competing Economic Theories and the Evolution of legal Standards», 66, *Cornell L. Rev.*, 738, 1981; ORDOVER, J., y WILLIG, P., «An economic definition of predation: pricing and product innovation», *Yale L.J.*, 91, 1981; DIRLAM, J., «Marginal cost pricing test for predation: naive welfare economics and public policy», *Antitrust Bull.*, 1989, pp. 709-814; AREEDA, P., y KAPLOW, L., *Antitrust Analysis*, Boston, 1992, pp. 927 y ss.; recientemente la cuestión ha sido tratada por LOTT, J. R., *Are predatory commitments credible?: who should the courts believe?*, Chicago University, 1999.

³⁶⁸ En el análisis de los costes habrán de incluirse todas las partidas directas y las razonablemente indirectas en las que incurra la empresa, incluyendo el coste del capital y un margen comercial que estará en función del producto y del servicio en el sector o actividad en el que se este produciendo. A este respecto *vid.* AREEDA, P., y TURNER, D., «Predatory pricing and related practices ...», *ob. cit.*, pp. 697 y ss.; entre nuestra doctrina este ha sido el criterio seguido por FERNÁNDEZ DE ARAÓZ y GÓMEZ ACEBO, A., «Libre competencia y precios predatorios: análisis jurídico ...», *ob. cit.*, p. 11; y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., *Precios predatorios y Derecho ...*, *ob. cit.*, p. 94.

No existe en la LDC, ni en la LCD ninguna delimitación de lo que se debe entender por «venta realizada bajo coste o bajo precio de adquisición», y tanto nuestra jurisprudencia como las resoluciones del TDC han tratado de determinar el concepto³⁶⁹. Salvo la referencia que en el artículo 14 de la LOCM se hace al precio según factura y que por motivos evidente resulta del todo punto insuficiente a los efectos de definir los conceptos anteriores. Así, en la SAP de Cádiz de 12 de junio de 1992, «Publicitario de Andalucía, S.A. c. Escaparate, S.L.» se acude al concepto de costes variables medios como criterio para determinar cuando se está ante una venta a pérdida desleal o cuando ante una simple estrategia comercial agresiva pero lícita. Tras analizar la estructura de costes en el FD. 4.º establece que:

³⁶⁹ Se entiende por *coste total* —CT— el representado por el gasto monetario total mínimo necesario para obtener cada nivel de producción —q—. CT aumenta cuando aumenta q. El coste total se compone de los costes fijos más los costes variables. Los *costes fijos* representa el gasto monetario total en que se incurre aunque no se produzca nada; no resulta afectado por las variaciones de la cantidad de producción. El *coste variable* representa los gastos que varían con el nivel de producción —como las materias primas, los salarios, los salarios y el combustible— y comprende todos los costes que no son fijos. El *coste total medio* es el cociente de dividir esta cantidad entre el número total de unidades producidas entre los que debe incluirse el coste de capital y un margen de beneficios en función del producto o servicio en función del mercado en el que se produzca. Entre los juristas, este criterio ha sido mantenido por AREEDA y TURNER en su exposición y seguido entre nosotros, por HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y FERNÁNDEZ DE ARAÓZ y GÓMEZ DE ACEBO. El *coste variable medio* es igual al coste variable dividido por las unidades producidas. El *coste marginal* es el coste adicional en que se incurre al producir una unidad más. En unas empresas puede ser muy bajo como en el caso de las compañías aéreas que vuelan con un 60% de ocupación y son rentables, de modo que el coste marginal de 60% a 100% de ocupación del avión se traduce en un coste muy pequeño en combustible, asistencia técnica, comida, etc., y un margen de beneficio marginal alto porque los costes e incluso beneficios ya se cubren con una ocupación del 60%. Lo mismo ocurre con el transporte de mercancías en trailer, en tren o en barco cuando se ha cubierto los costes y hay una capacidad mayor de llevar más mercancías o pasajeros que no se esté ocupando. Esta no utilización de una parte de la capacidad productiva de la empresa, por ejemplo, las características del mercado no permiten una ocupación superior al 60%, pero la empresa es rentable con un 40% porque cubre costes, y del 40% al 60% son beneficios. Un concepto que no debe confundirse con la capacidad productiva no utilizada por la empresa predatoria que tras expulsar al competidor del mercado procede a incrementar los precios por lo que la demanda se reduce, y se movería en un margen comprendido entre el 60% de ocupación media y el 40% necesario para cubrir costes. En este supuesto, la capacidad antes utilizada y que ahora no se utiliza se denomina coste de subactividad, que también forma parte del análisis de costes que se debe realizar para determinar si una venta se realiza a pérdida o no. En otras ocasiones, el coste marginal puede ser muy elevado cuando la nueva demanda no cubre los costes de una nueva producción. Las relaciones entre el coste marginal y el coste medio pueden ser menor, igual o mayor. Así, cuando el coste marginal se reduce en relación al coste medio, este último también será menor, precisamente porque son más las unidades producidas a menor coste. Cuando ambos sean iguales el coste medio ni aumenta ni disminuye. Y cuando el coste marginal es mayor al coste medio este último se incrementa, precisamente porque cada nueva unidad vale más que las anteriormente producidas. Finalmente, este tipo de análisis de costes, fundamentales para este estudio tienen lugar en un espacio temporal, que puede ser a *corto o largo plazo*. Se entiende por *corto plazo* «[...] el periodo de tiempo suficientemente largo para poder ajustar los factores variables, como las materias primas y el trabajo, pero demasiado breve para alterar todos los factores. A corto plazo, los factores fijos o generales, como la planta y el equipo, no pueden modificarse o ajustarse totalmente [...]» En cambio, «[...] a *largo plazo* pueden ajustarse todos los factores, incluido el trabajo, las materias primas y el capital [...]». Es un concepto relativo, donde todas las partidas pueden ser ajustadas y valoradas en función del momento espacio temporal en el que se produce la práctica desleal, con independencia de que tenga lugar o no, el mercado y la situación de competencia en el mismo para valorar la intencionalidad en el artículo 17.2. c) de la LCD y la conducta, con independencia de su resultado en los apartados a) y b) del citado artículo. Para la sistematización de estos conceptos, aun cuando se encuentran recogidos como se observará en el estudio que se realiza del PGC por la simplicidad con la que es tratado. *Vid.* también SAMUELSON, P., y NORDHAUS, W., *Economía*, ob. cit., pp. 118 y ss.

«[...] no existe competencia desleal en la edición y venta de la revista «Escaparate» que, de un lado, no costa vende a precios inferiores a la media de los costes variables, ni induce a error a los consumidores, ni desacredita la imagen de producto ajenos, ni forma parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor [...] la referencia precio a bajo coste no puede hacerse exclusivamente sobre la relación coste de impresión del ejemplar y precio de venta, ya que en este apartado inciden otros componentes, singularmente los ingresos por publicidad altamente significativos para compensar los costes de producción [...]»

En la interpretación que hace la AP de Cádiz se acude a la doctrina elaborada por el TJCE en el asunto «AKZO Chemie BV c. Comisión», de 3 de julio de 1991. En la que el establecimiento de un precio menor al coste variable medio es predatorio, y el precio menor al coste total medio pero mayor al coste variable medio es predatorio si hay un elemento intencional dirigido a eliminar a un competidor del mercado. Aplicando estos criterios en la SAP se llega a la conclusión de que:

«[...] sólo son ilegítimos los «precios anormalmente bajos», y «deben considerarse abusivos aquellos precios inferiores a la media de los costes variables, mediante los cuales una empresa dominante pretende eliminar a un competidor», «los precios inferiores a la media de los costes totales, que comprenden costes fijos y costes variables, deben considerarse abusivos cuando se fijan en el marco de un plan que tenga por objeto la eliminación de un competidor [...]»

En estos casos se procede a realizar un análisis de los costes de la empresa predatoria, tanto de los fijos como de los variables a hora de determinar si se está o no ante una venta a pérdida. En este mismo sentido se pronuncia cierta jurisprudencia menor como la sentencia de 6 de junio de 1995, del Juzgado de 1.^a Instancia número 38 de Barcelona, «Confederación de Comercio de Cataluña c. Hipercor, S.A.» que en relación con la venta a pérdida de juguetes durante la campaña de Navidad establece en el FD. 4.º que:

«[...] El precio de adquisición de un bien es el pago al que lo vende y puede equipararse al precio de factura, impuestos incluidos, mientras que el coste es mucho más relativo y objeto de amplios estudios como consecuencia de su aplicación en la normativa de defensa de la competencia. Podemos añadir que en el precio de coste deberán incluirse como componentes los costes directos y los gastos generales [...]»

Con este mismo criterio la sentencia de 22 de diciembre de 1995, del Juzgado número 6 de Sabadell, «Confederación del Comercio de Cataluña c. Alcampo, S.A.» En este asunto no quedó acreditada por el informe pericial cuáles fueron los precios de costo para «Alcampo, S.A.» No obstante, los descuentos mayores a los que figuraban los juguetes en los catálogos obedecían a acuerdos comerciales entre «Famosa Comercial, S.A.»; «Playmobil, S.A.», y «Mattel España, S.A.» con «Alcampo, S.A.» que implicaban una venta por debajo del

costo tras analizar los *rappels* que se concedían en virtud de tales acuerdos. Así manifiesta el tribunal que:

«[...] Tales ventas a pérdida pueden ser englobadas en el apartado a) del artículo 17. 2. de la Ley de Competencia Desleal, toda vez que respecto de los restantes juguetes ofertados en dicho catálogo, se pueden inducir a error a los consumidores respecto al nivel de precio de otros productos o servicios del mismo establecimiento, cumpliendo una clara manifestación de reclamo, actos que, sin duda, merecen el calificativo de desleales.»³⁷⁰

Similar criterio se ha venido apuntando en las resoluciones del TDC, fundamentadas unas en el antiguo artículo 3. d) de la LPRC y otras en la LDC en los artículos 1, 6 y 7. Y este último en aplicación del artículo 17.2. de la LCD³⁷¹.

Para el cálculo de los costes el TDC parece haber sido reacio a acudir al estudio de las diferentes partidas de ingresos y gastos, tal vez por las dificultades técnicas y probatorias que ello entraña. Así, en aplicación del artículo 3. d) de la LPRC en la resolución de 17 de julio de 1989, «Asociación Española de Torrefactores de Café c. Nestlé, S.A., Marcilla, S.A., y Saimaza S.A.» —expt. 245/89—, el tribunal procede a determinar las condiciones objetivas necesarias para que puedan tener lugar las prácticas predatorias, por lo que realiza un detallado estudio del nivel de costes. El análisis se concentra en la determinación de si la venta realizada está o no por debajo del coste variable medio:

«[...] Procede, pues, para la resolución del caso presente, comprobar primero si, en efecto, en el mercado de café, español se ha desarrollado por parte de algunas empresas una política comercial tendente a la eliminación de competidores, valiéndose para ello de la desleal forma de competencia consistente en vender por debajo de los costes de elaboración, con lo cual se

³⁷⁰ En este mismo sentido y en relación con el análisis de los costes de la empresa predatora son de interés las siguientes sentencias: AP de Cantabria de 12 de mayo de 1993, FD. 3.º; AP de Asturias de 4 de octubre de 1995, FD. 5.º; AP Alicante de 26 de diciembre de 1996, FD. 4.º; AP de Badajoz de 11 de noviembre de 1997, FD. 2.º; AP de Alicante de 25 de septiembre de 1998, FD. 3.º Y en relación con el precio de adquisición, y que ha implicado un análisis de los costes del producto que se vende es de interés la STSJCIV, de 15 de enero de 1999.

³⁷¹ Así se observa en las resoluciones del TDC: de 17 de julio de 1989, «Asociación Española de Torrefactores de Café c. Nestlé, S.A., Marcilla, S.A., y Saimaza, S.A.» —expt. 245/89—; resolución 25 de julio de 1990, «Sociedad Cooperativa Andaluza Laboratorio de Análisis Industriales c. el Ilustre Colegio Oficial de Farmacéuticos de Málaga»; 22 de mayo de 1992, «Indas, S.A. c. Abora Holding S.A., y Laboratorios Ausonia, S.A.» —expt. 291/1990—; 16 de abril de 1993, «AVADECO c. Continente, S.A.», —A.47/93—; resolución de 26 de septiembre de 1994, «Asociación de Navieros Españoles c. Banco Exterior de España y la Compañía Contenemar, S.A.»; resolución de 20 de julio de 1997, «Agrupación de Escuelas de Formación Aeronáutica c. Sociedad Estatal para las Enseñanzas Aeronáuticas, S.A.» —expt. 124/95—; resolución de 3 de noviembre de 1995, «Ángel Font c. Manuart, S.A.» —expt. 120/95—; 28 de octubre de 1994, «Compañía Canariense de Tabacos, S.A., y la Asociación de Fabricantes de Cigarrillos de Canarias, S.A., c. Tabacalera, S.A., CITA y Tabacos de Canarias, S.A.» —expt. 168/96—; 16 de enero de 1997, «AENICRE c. Instituto Catalán de Inspección y Control», —expt. 173/96—; resolución 29 de enero de 1999, «Wilkinson Sword, S.A.E., c. Gillette Española, S.A.» —expt. 313/98—; aunque no sanciona por precios predatorios es interesante la resolución de 21 de enero de 1999 en el que responde a una posible conducta basada en precios predatorios, «BT Telecomunicaciones, S.A. c. Telefónica España, S.A.»; y finalmente, la resolución de 16 de febrero de 1999, «Asociación de Fabricantes de Cigarrillos y Cigarros de Canarias y la Compañía Canariense de Tabacos, S.A. c. Tabacalera, S.A.» —expt. 375/96—.

logra la marginación de los competidores sin solidez suficiente para seguir compitiendo en el mercado, que se ven, pues, en la necesidad de abandonar a los que maliciosamente han usado de esa práctica sin que estos, por su fortaleza económica se vean, en definitiva, afectados por su propia práctica. Pero, aun en el caso de que esta práctica no pudiera comprobarse, aun procede averiguar si se han realizado conductas determinadas por acuerdos colusorios o conscientemente paralelas con finalidad o efecto de afectar negativamente a la totalidad o a parte del mercado español de café, y si ha tenido lugar el abuso de una posición de dominio en el mismo mercado».

Tras este análisis elabora una interesante construcción de la figura de la venta a pérdida cuando forma parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado y que se puede extrapolar a los supuestos a) y b) del artículo 17 de la LCD:

«[...] La ocurrencia de prácticas de venta a precios inferiores a los costes, los llamados en algunos países precios de evicción con finalidad de desanimar y, en definitiva, eliminar a los competidores, parece ser poco frecuente. La venta a pérdida no suele ser posible de forma duradera. Los que la practican, si no es de forma breve o esporádica con una finalidad de eliminar stocks excesivos de productos perecederos o que se pasan de moda, como puede ocurrir en las ventas de saldos o rebajas, pueden verse ellos mismos más o menos pronto gravemente afectados económicamente por su propia conducta, sin que sea seguro que puedan eliminar a competidores juzgados más débiles y vulnerables. En algunas ocasiones estos últimos pueden defenderse sin sufrir grandes inconvenientes suspendiendo su actividad mientras los fuertes se dedican a vender bajo costes, pudiendo luego reanudar su actividad cuando termine dicha práctica de precios inferiores a costes que, mientras, ha debilitado a quienes la han llevado a efecto. En otras ocasiones, es factible que empresas en situación monopolística o de fuerte dominación en el mercado puedan recurrir a rebajar los precios de sus productos hasta por debajo de sus costes con la finalidad de hacer más difícil o imposible el acceso y la implantación en el mercado de competidores potenciales. Pero en todo caso la adopción y puesta en práctica de una política comercial de precios por debajo de los costes obliga a las empresas que los adopten a un arriesgado y difícil cálculo de sus efectos para conseguir no autodañarse. La realidad pues de tales situaciones no puede ser estimada como un fenómeno normal ni frecuente en su incidencia. De ello se sigue el que sea preciso una rigurosa prueba de su efectiva ocurrencia, que contrarreste la vigencia normal de situaciones en que las empresas oferentes en un mercado pretendan la obtención de ganancias.»

Asimismo, es de interés el reciente análisis que realiza el TDC en la resolución «BT Telecomunicaciones, S.A. c. Telefónica España, S.A.», que sin sancionar por precios predatorios por falta de pruebas procede al análisis de esta posibilidad³⁷². Básicamente porque:

³⁷² En la resolución «BT Telecomunicaciones S.A., c. Telefónica S.A.», de 21 de enero de 1999, —expt. 412/97—, el TDC hace un interesante análisis de la figura de las prácticas predatorias instrumentalizadas en precios y la define en los siguientes términos: «[...] La conducta de una empresa se puede calificar de

«[...] conocer con exactitud los costes y su descomposición entre fijos y variables en el sector de la telecomunicaciones es tarea, sin duda, muy difícil, con lo que es más que complejo el aplicar criterios como el test AREEDA-TURNER, frecuentemente utilizado por los Tribunales norteamericanos y usado también por el TJCE (STJCE 3 de junio de 1991, Asunto AKZO) que aunque introduce la intencionalidad como nuevos factores en este análisis, lo aplica al considerar prácticamente una presunción *iuri et de iure* de predación para los precios inferiores al coste variable medio y una presunción *iuris tantum*, para los precios superiores al coste variable medio, pero inferiores al coste total medio. Este criterio es ratificado por la STJCE de 14 de noviembre de 1996, asunto Tetra Pak [...]»³⁷³

Finalmente, los requisitos necesarios para apreciar la existencia de una venta a pérdida en el derecho español. Ha de hacerse referencia a la resolución del TDC de 16 de febrero de 1999, «Asociación de Fabricantes de Cigarrillos y Cigarros de Canarias y la Compañía Canariense de Tabacos, S.A. c. Tabacalera, S.A.» —expt. 375/96—, por el que se condena a «Tabacalera, S.A.» por prácticas predatorias. Son especialmente interesantes los FD. 4.º y 5.º En el primero —FD. 4.º— se trata la delicada cuestión del cálculo de los costes y entre ellos el coste de subactividad³⁷⁴. Concediendo una especial eficacia probatoria a los «Ranking de operaciones internos de Tabacalera», algo a lo que evidentemente se opone la demandada proponiendo el cálculo del coste que realmente se ha producido a través de los «Estados demostrativos de resultados». El Tribunal responde a estas cuestiones en los siguientes términos:

predatoria cuando está orientada de forma directa a perjudicar significativamente a uno o varios competidores mediante el empleo de medios, de apariencia competitiva, pero no basados en su mayor eficiencia empresarial, con el objeto de mantener o reforzar una posición de dominio que permita que el sacrificio de beneficios a corto plazo suponga mayores ganancias a medio y largo plazo. La experiencia muestra que la mayoría de los casos de prácticas predatorias se refieren a predación basada en los precios y, en ocasiones, aparece conjuntamente con discriminaciones de precios, puesto que, cuando un operador dominante intenta dañar a un competidor que opera en un mercado bien delimitado mediante una estrategia de precios predatorios, reducirá los precios específicamente en el mercado en que opera el competidor, pero no tiene por qué hacerlo en otros mercados. De hecho, el mantenimiento de precios elevados donde no actúa el competidor le ayudará a financiar su estrategia predatoria. En estos casos, los precios predatorios y la discriminación se producen conjuntamente, pero ambas conductas tienen sustantividad propia y la empresa que las realiza puede ser acusada de ambas. Para considerar acreditada la existencia de precios predatorios es necesario analizar tanto el mercado y las características de las empresas involucradas como los precios y costes del supuesto predador. En este sentido, es sabido que uno de los elementos clave de los que depende el éxito de una estrategia de precios predatorios es el de la existencia de barreras de entrada al mercado, puesto que en un mercado de fácil acceso la eliminación de competidores no permitirá disfrutar por mucho tiempo de rentas monopolísticas, ya que éstas atraerán rápidamente a nuevos operadores, resultando imposible explotar una posición de dominio. Por ello, es conveniente analizar ante todo si la práctica de precios predatorios resulta factible en el mercado de que se trate y si la empresa imputada tiene posición de dominio y está capacitada para llevarla a cabo con éxito, antes de estudiar los precios y costes de supuesto predador, que es el verdadero núcleo del problema, pues la relación costes-precio de la empresa es la que permitirá calificar los precios como predatorios.»

³⁷³ Vid. «Tetra Pak II», de 24 de julio de 1991, DOCE, L-72, de 18 de marzo de 1992.

³⁷⁴ Vid. FERNÁNDEZ DE ARAÓZ GÓMEZ-ACEBO, A., y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., «Precios predatorios y abuso de posición dominante: análisis crítico ...», ob. cit., p. 25, «[...] la parte relativa a la sobrecapacidad de producción instalada y a la mano de obra productiva en el momento en que se reduce la producción a consecuencia de la fuerte caída de las ventas [...]»

«[...] FD. 4º. Frente a estas argumentaciones, el Tribunal, de conformidad con lo afirmado por el Servicio de Defensa de la Competencia, entiende que, con independencia de las distintas teorías y metodologías existentes para el cálculo de los costes, los "Ranking de operaciones" de Tabacalera son documentos suficientemente indicativos del margen real de cada producto, en este caso de los "Farias", ya que la subactividad puede ser también considerada como un coste más de producción que varía de manera inversa al volumen de ventas del producto y que, por consiguiente, ha de computarse, al igual que sucede con otros gastos, como el consumo excesivo de factores productivos. A estos efectos, hay que tener en cuenta que, por lo general, el coste de la subactividad sólo puede mantenerse de manera prolongada en el tiempo por quien tiene una posición de dominio en el mercado y puede imputarlo a otra actividad que resulta rentable [...] Asimismo, el Tribunal considera que también ha de ser contabilizado el coste de comercialización que está integrado por los gastos de publicidad y promoción directa, la publicidad institucional, el tabaco regalado con carácter promocional y los gastos del personal relacionado con actividades promocionales y publicitarias. Finalmente, el Tribunal estima que, aunque puede resultar discutible computar una tarifa teórica de distribución en lugar de contabilizar el coste que realmente se ha producido, como hacen los "Estados demostrativos de resultados", sin embargo, como se ha señalado con anterioridad, los resultados con respecto a la existencia de márgenes negativos no varían sustancialmente de uno a otro, a los efectos de acreditar que, en algunos casos, se vendió por debajo de coste.»

En el segundo —FD. 5.º—, resulta especialmente interesante los criterios seguidos por el Tribunal en relación a los precios predatorios como cuota de mercado, posición de dominio, costes, incluyendo los de subactividad y subvenciones cruzadas, capacidad de recuperación de la empresa y cuota de participación en el mercado relevante. En el citado FD siguiendo los criterios fijados por el TJCE en el asunto «AKZO» para los precios predatorios que:

«[...] la aplicación de la norma de competencia no puede depender exclusivamente de un criterio automático basado en los costes, pues dicho criterio no permite apreciar la intencionalidad del autor o las estrategias a largo plazo y, de otro, que la existencia de un precio inferior a la media de los costes totales (fijos + variables), pero superior a la media de los costes variables, será predatoria cuando exista intención de eliminar a un competidor o disuadirlo de que actúe en el mercado, habrá que analizar también la presencia en este caso de estos dos últimos elementos.

A este respecto, considerando los siguientes factores: que Tabacalera tiene una posición privilegiada, no sólo en el mercado relevante definido, sino en todo el sector del tabaco altamente monopolizado; que, desde esa situación monopolística o de fuerte dominio del mercado, Tabacalera puede rebajar los precios de algunos productos por debajo de los costes con la finalidad de hacer más difícil o imposible la implantación en el mercado de los potenciales competidores, sin asumir graves riesgos; que Tabacalera, durante los años 1990 a 1993, ha estado vendiendo los cigarros "Farias" por debajo de los costes de producción; que dos marcas competidoras desaparecieron

del mercado en el año 1993; que en ese mismo año Tabacalera incrementó sustancialmente el precio de los cigarros "Farias"; que prácticamente no han entrado competidores en el mercado definido como relevante; y que, si bien es cierto que la marca "Farias" ha perdido cuota de mercado entre los años 1990 y 1993, hay que considerar que tal pérdida, de un lado, se debe en buena medida a la regresión del mercado y, de otro, que podría haber sido mucho mayor si los precios se hubieran fijado conforme a criterios de costes, se llega a la conclusión de la existencia de una estrategia predatoria.

El abuso se produciría en este caso por la intención de mantener una marca y una posición en el mercado a base de fijar unos precios que producen unos ingresos por debajo de los costes, esto es, abundantes pérdidas. Esta política sólo puede ser seguida por Tabacalera dada su posición en el sector, su extraordinaria capacidad financiera y la posibilidad de practicar subsidios cruzados entre productos que pertenecen a mercados diferentes, de modo que las pérdidas que se generan con la venta de aquellos en los que la competencia real o potencial puede ser mayor, se compensan con los beneficios de otras actividades en las que la competencia es menor o inexistente. Así pues, la política de precios de Tabacalera con respecto a la marca "Farias" no puede calificarse de competencia agresiva que lleva a que los productores ineficientes desaparezcan del mercado, sino de estrategia que busca la eliminación de éstos, sean eficientes o no, y que, sobre todo, sirve de aviso a los competidores potenciales para que se abstengan de introducirse en el mercado [...]»

Finalmente, de lo expuesto hasta el momento cabe extraer algunas notas para la interpretación del artículo 17.2. a), b) y c) de la LCD, en relación con el cálculo de costes necesario y previo para determinar objetivamente una venta a pérdida y posteriormente inferir su intencionalidad. El TDC sigue la jurisprudencia del TJCE en el asunto «AKZO», y la presencia de éste elemento lo han deducido, entre otros factores, del análisis de los costes y del *ranking* de operaciones³⁷⁵. Y resulta especialmente interesante, porque aunque dice seguir la jurisprudencia el TJCE, en realidad ha sido el estudio de los costes el que ha servido para calificar objetivamente la práctica como una práctica de venta por debajo del coste y subjetivamente como un acto desleal al probar, a través del elemento objetivo, la intencionalidad subjetiva de eliminar a uno o varios competidores del mercado. Un planteamiento que parece alejarse de la búsqueda del elemento intencional, por otra parte muy difícil de demostrar, al acudir a un test objetivo que permita determinar la intencionalidad.

Por su parte, en EE.UU. la delimitación de la intención en relación a un test objetivo cuenta con una mayor trayectoria. Y aunque su desarrollo choca con las dificultades para la determinación de los elementos con base en los cuales se

³⁷⁵ Vid. RTDC de 16 de febrero de 1999, «Asociación de Fabricantes de Cigarrillos y Cigarros de Canarias y la Compañía Canariense de Tabacos, S.A. c. Tabacalera, S.A.» —expt. 375/96—, en relación con la no aplicación automática del test objetivo «[...] pues dicho criterio no permite apreciar la intencionalidad del autor o las estrategias a largo plazo y, de otro, que la existencia de un precio inferior a la media de los costes totales (fijos + variables), pero superior a la media de los costes variables, será predatoria cuando exista intención de eliminar a un competidor o disuadirlo de que actúe en el mercado [...]»

realiza el cálculo. Debido fundamentalmente a la enorme amplitud de estrategias instrumentadas y no instrumentadas en precios³⁷⁶. En algunos supuestos, la aplicación del test permite acudir a otros signos externos de estas prácticas y para subsanar las dificultades de prueba y represión³⁷⁷. El elemento común a todas ellas viene dado por el ejercicio abusivo de derechos. Lo que se manifiesta cuando:

«[...] una empresa baja sus precios hasta un nivel que le produce pérdidas, o gasta en publicidad mucho más de lo que pueda considerarse razonablemente necesario para competir, o inunda el mercado con nuevos productos que apenas aportan nada en relación a los anteriores productos de la misma compañía, es probable que no pretenda más que perjudicar a sus competidores para forzarlos a abandonar el mercado y elevar después sus precios a niveles monopolísticos. En estos casos el predador estaría autoinfligiéndose unas pérdidas que espera compensar posteriormente si su estrategia da resultado y sus competidores, incapaces de soportar ese nivel de pérdidas, tienen que dejar el mercado³⁷⁸».

La dificultad para elaborar un concepto unitario de venta a pérdida viene dada por la propia naturaleza de la realidad económica en la que se asienta. La sutileza del comportamiento desleal descansa en el abuso de competencia no basada en méritos propios, sino en las prerrogativas que el agresor tiene en ese mercado y que utiliza para eliminar la competencia. La jurisprudencia norteamericana, consciente de la dificultad probatoria que entraña la prueba del elemento intencional, ha acudido a la elaboración de tests objetivos que permitan delimitar sin lugar a dudas que se ha realizado una práctica predatoria desleal. Precisamente porque de la respuesta objetiva a las preguntas del test, no cabe inferir ninguna otra lógica que no sea la predatoria. Un requisito esencial tanto desde el Derecho *antitrust* como por la disciplina de la competencia desleal para la represión de una modalidad de venta a pérdida, los precios predatorios. Pero no así para la represión de los apartados a) y b) del artículo 17.2. de la LCD en la que la intencionalidad no es un requisito esencial. No así en la represión de la venta con pérdida del artículo 14 de la LOCM, que parece obedecer a una concesión legislativa a un importante grupo, el formado por el comercio minorista³⁷⁹. Estas

³⁷⁶ Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., *Precios predatorios y Derecho ...*, ob. cit., p. 36.

En un sentido similar en relación con la dificultad para determinar cuando la expulsión del mercado de un competidor es fruto de una competencia leal basada en los propios méritos y cuando no, lo que dificulta la elaboración de un concepto de venta a pérdida tanto desde la LDC como de la LCD, vid. PALAU RAMÍREZ, F., *Descuentos promocionales. Un análisis desde el Derecho contra la competencia desleal y la normativa de ordenación del comercio*, Madrid, 1998, p. 135, «Son tantas las circunstancias que pueden justificar la venta bajo coste que resulta altamente complicado determinar cuándo la reducción de precios responde a intereses contrarios a la libre competencia. Estas razones, junto a la creencia en la ineficiencia de los precios predatorios como estrategia para eliminar del mercado a operadores empresariales competitivos, salvo que se den determinadas circunstancias estructurales —dimensión de la empresa predatoria o fuertes barreras de entrada al mercado, entre otras—, hace que el Derecho *antitrust* adopte una posición muy permisiva en relación con los precios predatorios.»

³⁷⁷ Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., *Precios predatorios y Derecho ...*, ob. cit., p. 34.

³⁷⁸ Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., *Precios predatorios y Derecho ...*, ob. cit., pp. 31 a 61.

³⁷⁹ Al ceder a este tipo de pretensiones para facilitar el cálculo cuando se está ante una venta con pérdida con base en el precio según factura y no en los costes reales que tiene la empresa. Ello implica restar competitividad a nuestra economía y por ende a ese sector del comercio minorista, pues la prohibición se sustenta en una limitación de esas prácticas a corto plazo, sin tener en cuenta la competitividad derivada de

limitaciones a las estrategias de precios consiguen precisamente lo que se trata de evitar con la prohibición de estas prácticas, una economía más competitiva, eficiente donde primen los méritos propios frente a los abusos de poder. Por el contrario, estas limitaciones del control a corto plazo suponen una disminución de la competencia y de la eficiencia en economías desarrolladas y dinámicas, lo que puede dar lugar a consecuencias indeseadas³⁸⁰. La idea que se maneja para la definición de los precios predatorios en la doctrina de los EE.UU. es precisamente un exceso de competencia que elimina la propia competencia como institución. No se basa en los propios méritos sino que el disfraz con el que aparece el exceso de competencia se fundamenta en las ventajas que en ese o en otro mercado tenga el agresor, perjudicando al competidor por medios no leales³⁸¹. AREEDA y TURNER estudian diferentes relaciones de los costes con los precios hasta proponer un test que establece unos parámetros con los que se facilita el reconocimiento de la existencia o no de precios predatorios. Un planteamiento que parte de una premisa errónea donde el coste marginal es igual al ingreso marginal. Básicamente porque la experiencia demuestra que el mercado no es perfecto, que las asimetrías distorsionan la situación ideal de optimización en competencia perfecta, más aún en los análisis a corto plazo³⁸². No obstante, el test ha tenido una gran influencia

economías de alcance y experiencia a largo plazo. *Vid.* SALAS FUMAS, V., y YAGÜE GUILLÉN, M.^a, J., «Competencia «normal» y «predación» en ...» ob. cit., pp. 113-114. «De acuerdo con ella —economías de experiencia— la repetición de tareas y procesos que van unidas a la acumulación de mayores volúmenes de producción a lo largo del tiempo, favorece el aprendizaje, aumenta la productividad y reduce los costes. Puesto que la empresa acumula más producción tiene un menor coste y la producción va unida a la cuota de mercado, esta última se ha convertido en una variable estratégica para las empresas dando lugar a nuevas formas de competir que exigen un horizonte temporal de decisión a largo plazo. Otros estudios han demostrado que la experiencia puede afectar a la demanda, además de a los costes de producción, a través, por ejemplo, de la reputación y el mejor conocimiento del producto entre compradores potenciales». Recientemente y con base en argumentos similares parece ir dirigido el Proyecto sobre la propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las promociones de ventas en el mercado interior (COM (2001) 546 – C5-0475/2001 –2001/0227 (COD))

³⁸⁰ Para un mejor análisis de las consecuencias indeseadas del corto plazo en las propuestas de AREEDA-TURNER *vid.* la crítica realizada por SCHERER, F. M., «Predatory pricing and the Sherman Act: a comment», *Harv. L. Rev.*, 89, March, 1976, núm. 5, p. 869, «[...] Unfortunately, perhaps because prose is a poor substitute for the rigorous application of price theory, the authors' analysis of what it means to set a price below marginal cost is imprecise and incompletely developed. At critical points they— fail —para Areeda-Turner— to examine how the quantity supplied by the monopolist and its rivals must vary with price changes to clear market. Nor do they consider fully how the monopolist's pricing decisions will affect the rate of capacity utilization, which plays a key role in their analysis. Also, the analysis leaves out important variables that determine whether proper resource allocation, or economic efficiency, has been achieved.»

³⁸¹ Con términos similares la figura de los precios predatorios ha sido definida por PETTY, R «Antitrust and innovation: are product modifications ever predatory?», *Suffolk Univ. L. Rev.*, 22, 1988, p. 999 «The idea behind predation is relatively straightforward: it is conduct which seeks a firm's advancement in the market through the limitation of competition rather than superior performance. The classic example is a firm that reduces its prices, not because of lowered costs, but rather in order to induce the exit of rivals so that it may later recoup the costs of its price cutting through monopoly profits. In order to recoup its costs of predation, the firm must be able to keep all others from entering the market during its recoupment period.» Resulta también de interés la definición recogida por PETTY siguiendo a SULIVAN, L. *Handbook of the law of antitrust*, 1977, 108., quien define la predación como «[...] as a conduct which has the purpose and effect of advancing the actor's competitive position, not by improving the actor's market, or actually injuring potential competitors, so as to drive to keep them out of the market, or force them to compete less effectively».

³⁸² *Vid.* HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., *Precios predatorios y Derecho ...*, ob. cit., p. 95; AREEDA, P., y TURNER, D., «Predatory pricing and related practices ...», ob. cit., pp. 697 y ss. Las conclusiones a las que llegan son las siguientes: (1) A price above "full cost" is non predatory, and therefore legal. (2) A price at or above average variable cost is presumed to be nonpredatory, and therefore legal. (3) A price lower than average variable cost is conclusively presumed to be predatory, and therefore unlawful.»

en la jurisprudencia norteamericana, y con ciertos matices ha sido aplicado por el TJCE y por los tribunales de los Estados miembros³⁸³. Parámetros de análisis que pueden resumirse en las siguientes tres apartados: la primera, inspirada en principios de eficiencia en la gestión, o si se prefiere en el sentido común de un buen empresario. Así, un precio que mejore los beneficios de la empresa a corto plazo y limite sus pérdidas no es predatorio, aunque sea inferior al coste total medio —es lo que ocurre en los supuestos de venta a pérdida autorizados por el TDC, los supuestos en los que la jurisprudencia ordinaria no ha apreciado precios predatorios y en los recogidos en el artículo 14 de la LOCM—. La segunda, establece dos parámetros por encima de los cuales la conducta no puede ser calificada de predatoria: los costes totales medios y el coste marginal. Así los precios iguales o mayores al coste total medio no son predatorios, aunque no limite las pérdidas ni optimice el resultado. Y el precio menor al coste marginal sólo resultará predatorio a no ser que se pruebe que es igual o mayor al coste total medio³⁸⁴. Dando así respuesta a los supuestos de economías de escala, alcance y eficiencia en procesos dinámicos. En los que el incremento de la producción lleva aparejada una reducción del coste marginal, de modo que descuentos mayores a los habituales, que entre otros objetivos persiguen reactivar la demanda, no pueden ser calificados de predatorios, si se tiene en cuenta el ciclo productivo. El límite al incremento de producción vendrá dado por el límite de la capacidad productiva instalada en la empresa. La tercera viene determinada por las características del marco en el que puede tener lugar los precios predatorios, tales como condiciones objetivas del mercado, poder y cuota de mercado del agresor y de la competencia, existencia de barreras de entrada y salida, características del producto o servicio y nivel de elasticidad de la oferta y de la demanda, existencia de demanda residual y coste de oportunidad de competidores reales y potenciales, y la existencia de subsidios cruzados entre otras variables a tener en cuenta.

Finalmente, ante la dificultad para calcular el coste marginal, acude al coste variable medio como límite. El precio menor a dicho nivel de coste es predatorio y el superior no. La jurisprudencia norteamericana ha seguido el test de AREEDA y TURNER con mayor o menor rigor, pero en líneas generales, la influencia ha sido significativa, especialmente en los asuntos «Standard Oil Co. of New Jersey v.

³⁸³ Vid. «AKZO Chemie BV c. Comisión», de 3 de julio de 1991 —*Rec.*, 1991, 1, p. 3.359—; «Tetra Pak II», de 24 de julio de 1991, *DOCE*, L-72, de 18 de marzo de 1992.

³⁸⁴ Una empresa dedicada a la producción de botellas tiene una línea de producción con una máquina que cuesta 100 y produce 500 botellas. Optimiza el coste con una producción superior a 300. En un primer momento la demanda del mercado absorbe bien 400 botellas y la máquina está prácticamente optimizada, cubre gastos y deja margen de beneficios, de modo que producir las 100 botellas restantes tiene un coste mínimo. Sin embargo, la demanda del mercado aumenta a 600 botellas. La empresa se plantea cubrir esa demanda produciendo otras 200 botellas para lo que deberá incorporar una nueva máquina cuya producción sólo contribuirá con 100 botellas que es la demanda del mercado sin cubrir. De modo que no cubre su coste mínimo de 300 para que pueda ser optimizado el gasto de la segunda máquina. En este caso el coste marginal es superior al ingreso marginal, o lo que es lo mismo, el coste de producir las 100 unidades es mucho mayor que el coste medio de las primeras 500. Dicha variación de costes pueden ser progresivos o degresivos tal y como se observó con anterioridad. De modo que la decisión aparentemente más acertada con los datos que se dispone podría ser el incrementar la producción de la línea instalada hasta las 500 botellas y simplemente no cubrir la demanda restante de 100.

US»³⁸⁵, «Northeastern Telephone Co. v. US»³⁸⁶, «Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.»³⁸⁷ y finalmente «Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.»³⁸⁸, entre otras.

5.5. Las ventas a pérdida desleales

El Legislador parece partir de dos premisas básicas, la excepcionalidad de la limitación del principio de libertad de precios y la excepcionalidad de las ventas a pérdida. De ahí que sólo prohíba los supuestos de venta a pérdida más graves en los tres apartados del artículo 17.2. de la LCD. Por tanto, será objeto de reproche la venta realizada bajo coste, o bajo precio de adquisición: a) «Cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento.»; b) «Cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos.»; y c) «Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.»

Los bienes jurídicos protegidos en esta norma no son autónomos, sino que se construye sobre la base de otros preceptos de la propia Ley como los actos de confusión y engaño de los artículos 6 y 7 de la LCD en el artículo 17.2. a) de la LCD, los actos de denigración, comparación o explotación de la reputación ajena de los artículos 9, 10 y 12 de la LCD en relación con el artículo 17.2. b) de la LCD. Y finalmente hay que indicar que el artículo 17.2. c) de la LCD reúne notas más próximas al Derecho *antitrust* que de la disciplina de la competencia desleal.

Tal vez la estructura del régimen jurídico de la prohibición de realizar determinadas modalidades de venta a pérdida y la utilización de conceptos jurídicos indeterminados como «precio de adquisición» o «coste de producción» hayan contribuido a la escasa aplicación de esta normativa³⁸⁹.

³⁸⁵ «Standard Oil Co. of New Jersey v. US», 221 US, 1, 1991.

³⁸⁶ «Northeastern Telephone Co. v. US», 651, F. 2d 76, 2.º Cir., 1981.

³⁸⁷ «Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.», 475, US, 574, 1986.

³⁸⁸ «Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.», 92, US, 466, 1993.

³⁸⁹ En los últimos diez años la jurisdicción ordinaria se ha pronunciado únicamente en las siguientes sentencias SAP de Cádiz, de 12 de junio de 1992, «Publicitarios de Andalucía c. Escapate, S.L.»; SAP de Cantabria, de 12 de mayo de 1993, «Unión Cántabra de Empresarios Detallistas de Alimentación c. Centros Comerciales Pryca»; Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, de 6 de junio de 1995, «Confederación de Comercio de Cataluña c. Hipercor, S.A.»; SAP de Asturias, de 4 de octubre de 1995, «Centro Asesor Asturiano, S.L. c. Malui, S.L.»; Sentencia del Juzgado número 6 de Sabadell, de 22 de diciembre de 1995, «Confederación de Comercio de Cataluña c. Alcampo, S.A.»; SAP de Alicante, de 26 de diciembre de 1996, «Electro Bazar Ernesto, S. A., c. Mercantil Celsa, Electrodomésticos Electro 2000, Electrodomésticos Sonido y Don Ramón S.A.»; SAP de Badajoz, de 11 de noviembre de 1997, «Industrias Panaderas Extremeñas, S.A. c. Antonio M. B. y otros».

5.6. La lógica de la práctica comercial

El fundamento de esta práctica son los mismos que los perseguidos por el resto de las prácticas estudiadas hasta el momento. Básicamente y hasta el resultado de expulsión definitiva la conducta puede generar barreras de entrada y de salida, disuadirlo de realizar o no determinados comportamientos, obligarlos a aceptar condiciones comerciales a las que de otro modo no hubieran accedido, impedir la entrada o salida de competidores más eficientes, o expulsarlos. El coste de la estrategia en forma de pérdida que sufre la empresa agresora será recuperado más tarde por una triple vía. En primer lugar, al expulsar o disciplinar a otros competidores, a través de las rentas monopolísticas u oligopolísticas. En segundo lugar, al incrementar la producción para hacer frente a la demanda optimiza su producción reduciendo en gran medida el coste marginal, con lo que las pérdidas serán menores. Y finalmente, en tercer lugar, al operar como barrera de entrada o salida del mercado se está asegurando durante el tiempo en el que realiza la práctica el control del mercado. Pero no porque siempre tenga que realizarla, lo que la conduciría a su autodestrucción por dilapidación de los recursos propios, sino porque al estar en condiciones objetivas y con la predisposición para realizarla, aunque sólo sea esporádicamente esta conducta despliega efectos disuasorios frente al resto de los competidores potenciales.

5.7. Requisitos objetivos y subjetivos

Para que dicha práctica tenga lugar es necesario la presencia de una serie de elementos objetivos, sin los cuales difícilmente podría hablarse de venta a pérdida con finalidad excluyente. Y para la represión de la misma será necesario la presencia de un elemento subjetivo, la intencionalidad inherente al ilícito concurrencial, ya sea por acción o por omisión. Objetivamente desde el planteamiento tradicional en la doctrina *antitrust*, y que será objeto de estudio detallado en el marco de la primera hipótesis de trabajo en el siguiente capítulo, se exige la presencia de dos requisitos. Por un lado, que el mercado tenga una morfología determinada. Para ello, la oferta debe estar atomizada en forma de monopolio o en un oligopolio ya sea de hecho o de derecho. O bien, que confluyan intereses comunes en un mercado para que varios de los concurrentes se coaliguen para realizar esta práctica. Lo fundamental es alcanzar una posición de dominio individual o conjunta, absoluta o relativa que determine una cuota de mercado, recursos financieros o derechos de exclusiva, que le permitan obtener la capacidad necesaria para llevar a cabo la práctica. No debe olvidarse que para ello necesita de grandes recursos financieros y de un exceso o sobredimensión de capacidad al objeto de satisfacer el incremento de la demanda que previsiblemente tendrá lugar como consecuencia de la reducción del precio. Y la segunda, junto a los anteriores elementos habrá de realizarse la venta o ventas por debajo del coste marginal de modo tal que se encuentren dentro de los supuestos calificados como ilícito concurrencial. O en su defecto y ante las dificultades que entraña su cálculo —el del coste marginal—, a través del coste variable medio. Por consiguiente,

estando presente los elementos objetivos procederá al análisis del elemento subjetivo y en el que se observará la notas inherentes al ilícito concurrencial. La finalidad confusoria, denigratoria o excluyente de la venta a pérdida y donde reside la deslealtad del acto.

Básicamente, tres son los supuestos de venta a pérdida que el Legislador califica de ilegales. El primero, la confusoria que tiene lugar cuando la conducta tenga por objetivo inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos —o servicios— del mismo establecimiento. La segunda, la denigratoria cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto —también la prestación de un servicio— o establecimientos ajenos. Y la tercera, la predatoria cuando forme parte de una estrategia —comprende la amenaza objetivamente idónea— encaminada —también generar barreras de entrada-salida— a eliminar —también disciplinar, retrasar y disuadir entre otros posibles supuestos— a un competidor o grupo de competidores del mercado.

5.8. Encuadre legal de la figura

Como se ha venido indicando, sólo los supuestos más graves serán objeto de represión. Por un lado, por la disciplina de la libre competencia circunscrito a la venta a pérdida con finalidad predatoria, concretamente los precios predatorios. Pero no directamente el comportamiento, sino por la forma que adopta, una práctica concertada de artículo 1 de la LDC, un abuso de posición dominante del artículo 6 de la LDC, o un acto de falseamiento de la libre competencia contraria al interés general del artículo 7 de la LDC. Y en el Derecho comunitario *antitrust* en aplicación de los artículos 81 y 82 del TCE para los comportamientos que sean susceptibles de falsear la competencia en el mercado común. Y por otro lado, por la vía de la disciplina de la competencia desleal será de aplicación el artículo 17.2. a) b) y c), cuando con independencia de la forma que adopte el acto de venta a pérdida pueda tener los resultados prohibidos en la norma y ya citados, confusorios, denigratorios o excluyentes. Lo que obligará a bucear por otros preceptos de la disciplina de dicha normativa. No debe olvidarse que el artículo 17.2. de la LCD se construye sobre otros ilícitos de la misma disciplina como la represión de los actos de competencia desleal contra los consumidores, contra los competidores, y contra el propio mercado. El precepto en cuestión, en un intento de proteger todos los intereses en juego está cumpliendo una función de defensa de la libre y leal competencia, más propio de la disciplina de la libre competencia que de la competencia desleal. Así pues, sólo será objeto de represión los supuestos más graves. En relación con el primer supuesto los artículos 6, 7, 11 y 12 de la LCD. Y relacionados con el segundo, los artículos 6, 7, 9, 11 de la LCD.

Asimismo, deberán ser objeto de estudio los supuestos de venta a pérdida excepcionados. Actos que objetivamente se configuran como una venta a pérdida, pero que subjetivamente carecen de finalidad predatoria, por lo que su realización no está prohibida por la normativa de libre competencia, competencia desleal u

ordenadora del comercio interior. En dicha categoría se encuentran las ventas de productos obsoletos, aunque más bien ésta entraría dentro de los supuestos de liquidación o saldos, la venta de productos perecederos y los supuestos de realineación con la competencia. Finalmente el estudio unitario de la venta a pérdida como un ilícito concurrencial debe ser completado con el análisis de un híbrido intermedio entre la libre competencia y la competencia desleal, la venta con pérdida recogida en el artículo 14 de la LOCM.

5.9. Planteamiento del estudio

Sirva aquí, tras esbozar algunas de sus notas en la clasificación, poner de manifiesto que se trata de una práctica predatoria instrumentalizada en precios y cuyo régimen jurídico ha sido calificado por parte de nuestra doctrina como confusa y asistemática, más propia de la libre competencia que de la competencia desleal. De ahí su escasa aplicación por nuestros tribunales, no sólo en el ordenamiento español, sino también en el comunitario. La falta de un concepto unívoco de coste, unido a la dificultad para su cálculo y prueba, determina que en la práctica las partes y los tribunales encuentren no pocas dificultades de índole técnico y probatorio. Ante esta situación, el presente estudio pretende ser una aportación más al estado de la cuestión. Sobre todo en atención a un contexto socioeconómico en el que la liberalización y la privatización de determinados sectores ha incrementado la competencia en el mercado comunitario y español. Aunque todavía muy por debajo de los niveles deseados, los mercados en crecimiento y con mayor competencia constituyen el caldo de cultivo óptimo para que estas y otras prácticas desleales tengan lugar.

La venta a pérdida constituye el objeto de análisis del presente trabajo y tras el desarrollo del marco económico, constitucional y conceptual en el que se desarrolla se procederá al estudio en dos fases claramente diferenciadas. Por un lado, la tradicionalmente seguida en el Derecho *antitrust* y conforme a la cual los precios predatorios sólo pueden ser realizados desde una posición dominante. Y la segunda, mucho más amplia y conforme a la cual, las ventas a pérdida con finalidad confusoria, denigratoria o excluyente puede ser realizada por cualquier empresa que tenga una posición de poder, sin que sea necesaria como exigencia de procedibilidad que ésta tenga una posición de domino.

Y posteriormente, se procederá al estudio y verificación de la plasmación de esta segunda hipótesis en el ordenamiento español, así como los supuestos excepcionados por falta de finalidad concurrencial confusoria, denigratoria o excluyente. Y en especial los supuestos expresamente autorizados por la normativa ordenadora del comercio interior como las ventas en saldos, las ventas en liquidación y las ventas en promoción para evitar que por esta vía se oculte la realización de ventas a pérdida desleales o anticompetitivas.

CAPÍTULO IV

EXIGENCIA DE POSICIÓN DOMINANTE

PRIMERA HIPÓTESIS DE TRABAJO

1. Introducción

Como se ha venido apuntando, la represión de la venta a pérdida desde el Derecho *antitrust* tradicionalmente ha exigido la presencia de determinados requisitos objetivos y subjetivos. Básicamente que el comportamiento contrario a la libre y leal competencia se realice desde una posición dominante individual o colectiva. Lo que podría dejar sin reproche comportamientos que siendo igualmente desleales y anticompetitivos que los anteriores fueren realizados por empresas sin posición dominante, aunque sí con una posición de fuerza relativa.

Además, la represión de estos comportamientos se ha venido realizando a través de un análisis en dos fases. En la primera, junto a la exigencia de que la empresa agresora tenga posición de dominio y a los efectos de determinar la idoneidad objetiva de la conducta para producir el resultado lesivo, se analizan elementos como cuota de mercado del agresor y de la competencia, tipo de producto o servicio y estructura de la demanda y de la oferta, entre otros. Y supera esta fase llegando a la conclusión de que el agresor está en condiciones de realizar ese comportamiento, se pasa a la siguiente en la que se procedería al estudio de los costes del agresor. Con el objeto de poder inferir de ellos la intencionalidad depredatoria del comportamiento, valga la redundancia, para producir el resultado lesivo. Y es en la segunda fase donde se procede a realizar el juicio de lealtad.

Como se observa, la aplicación de este test, probablemente motivado por la naturaleza de la disciplina *antitrust* dirigida a reprimir sólo los comportamientos más graves, ha venido manteniendo erróneamente que dichos actos de venta a pérdida sólo pueden ser realizados por empresas con posición de dominio. Porque de lo contrario, el agresor no podría recuperar las pérdidas en las que incurrió durante la primera fase de la estrategia de venta a pérdida.

Pero nuevamente, de seguir este planteamiento comportamientos realizados por empresas sin posición de dominio, y por ende, sin capacidad para superar la

primera fase del análisis podría tener como resultado que su conducta no fuera objeto de represión. Por todo ello, el citado planteamiento parece olvidar tres importantes cuestiones. La primera, que la exigencia de posición dominante no debe convertirse en un requisito de perseguibilidad y reproche. La segunda, que no resulta necesario la presencia de un resultado lesivo, siendo suficiente con que la conducta del concurrente, en cualquiera de sus formas se manifieste objetivamente idónea para producir el resultado lesivo. Y finalmente, la tercera, que la deslealtad de la conducta por su gravedad y efectos puede ser igual o más negativa para los intereses concurrentes que si se realizara por una empresa con posición de dominio.

Por tanto, aun cuando la venta a pérdida es un supuesto más próximo a la normativa *antitrust* que a la disciplina de la competencia desleal deberá ser analizada desde una doble perspectiva. Desde la tradicional, que ha venido exigiendo la presencia de un posición dominante como requisito de perseguibilidad y los que desde una posición minoritaria no la exigen expresamente. Y que forman las dos hipótesis de trabajo desde las que se abordará el régimen jurídico de la venta a pérdida como ilícito concurrencial. Lo que necesariamente implica el estudio desde la normativa *antitrust* nacional y comunitaria, desde la competencia desleal y desde la ordenadora del mercado interior. Por tanto, en el presente capítulo se procederá al estudio de los requisitos que tradicionalmente se ha venido exigiendo en el Derecho *antitrust* para proceder a la represión de estos comportamientos. Y finalmente, en los capítulos V y VI se estudia y desarrolla la segunda hipótesis y su refrendo y plasmación en el ordenamientos español.

Por tanto, a continuación se analizan los presupuestos objetivos en la oferta para el agresor y en la demanda para el agredido, los elementos inherentes a la estrategia predatoria desde una posición dominante, la necesaria exigencia de la manifestación de abuso y de relación causal entre ambos, las subvenciones cruzadas y el exceso de capacidad, los costes de subactividad y las barreras de entrada y salida. Elementos cuyo estudio podrán ser extrapolables a la segunda hipótesis de trabajo.

2. Presupuesto objetivo

Los fines perseguidos con esta estrategia son los inherentes a un intento de monopolizar el mercado, destruyendo la competencia, debilitándola, expulsando a competidores, incluso más eficientes, y persuadir o dejar fuera a competidores reales o potenciales. Pero para ello habrán de estar presentes determinadas condiciones en cuanto al mercado, a los concurrentes y al propio agresor, porque de lo contrario difícilmente la conducta alcanzará un resultado lesivo. Y como se

ha indicado, tanto desde la normativa *antitrust* como desde la competencia desleal no se procederá a su represión³⁹⁰.

Entre estos elementos habrá de analizarse en primer, lugar el mercado desde la oferta y desde la demanda. En segundo lugar, las características del agresor en el mercado de referencia y las del producto o servicio. Y finalmente, en tercer lugar, las características del afectado o afectados en relación también con dicho mercado.

2.1. Para el agresor

La concurrencia de estos elementos permiten determinar objetivamente las posibilidades reales que tiene el agresor de realizar ventas a pérdida con éxito. En un mercado en competencia perfecta el número de concurrentes es infinito y ninguno de ellos tiene capacidad real de influir en el precio. Porque sea cual sea la cantidad que se produzca, ésta será absorbida. Quedando el precio fijado a través de la relación entre la oferta y la demanda. Sin embargo, en un mercado en régimen de competencia imperfecta la configuración del precio no se produce de igual modo porque tanto la oferta como la demanda aparecen condicionadas. Factores como la información asimétrica o exceso o insuficiencia de producción influyen sobre el modelo teórico de competencia perfecta en la conformación de los precios. Por ello, un concurrente en régimen de competencia imperfecta no ofertará por encima del precio al que el mercado está dispuesto a pagar por dicho producto o servicio, porque difícilmente podría venderla. Ni tampoco muy por debajo del mismo —salvo que disponga de una ventaja tecnológica o comparativa que se lo permita—, porque se colocaría por debajo del precio óptimo, racional y eficiente ya que los costes para un concreto mercado tienden a ser similares.

Los mercados en régimen de competencia imperfecta tienen una tendencia hacia el monopolio, el oligopolio y la competencia monopolística³⁹¹. En éstos, la evolución del mercado tiende a concentrarse desde la oferta, de modo que sólo unos pocos oferentes están en condiciones de influir en el precio y por ende en la

³⁹⁰ Ello implica un error de concepción importante, porque aunque de las condiciones del mercado, de los concurrentes o del agresor pueda inferirse sin lugar a dudas la imposibilidad real de que se alcance en resultado lesivo buscado por el agresor, ello no es causa suficiente para que no se proceda a su represión. Evidentemente, no por el resultado, sino por los efectos que ésta conducta pueda producir tanto en el mercado como en el resto de los concurrentes.

³⁹¹ Vid. SAMUELSON, P. A., y NORDHAUS, W. D., *Economía*, ob. cit., p. 163. Mientras que el concepto de monopolio y el oligopolio aparecen claros, no resulta así con los supuestos de competencia monopolística. Los citados autores las definen como una estructura de mercado que «[...] se parece a la competencia perfecta en que hay muchos vendedores, ninguno de los cuales posee una gran cuota de mercado. Se diferencia de ella en que los productos que venden las distintas empresas no son idénticos. Son productos diferenciados aquellos cuyas características importantes varían; por ejemplo, en el caso de los automóviles, entre las características importantes se encuentran el tamaño, el rendimiento, el ahorro de combustible y la seguridad. Como las compañías venden productos algo diferentes, pueden vender a precios distintos.». Luego, ésta última situación de competencia se aproxima mucho a la del oligopolio, con la diferencia de que la competencia no reside sobre los mismos productos o servicios, sino sobre productos o servicios diferentes, pero necesarios o accesorios de la misma línea. En definitiva, sobre partes de un conjunto llamado producto o servicio.

calidad, cantidad y variedad de lo ofertado. Tanto directamente en lo que oferta como en lo que ofertan el resto de los concurrentes. En estos supuestos, aun cuando se encuentran en régimen de competencia, la variación del precio al alza de productos o servicios homogéneos implicará una reducción de las ventas. Ya que los consumidores no pueden reorientar su demanda hacia productos o servicios sustitutivos a menor precio. En otros términos, ante la imposibilidad de reorientar su consumo hacia otros bienes o servicios sustitutivos —por la poca elasticidad de la oferta y de la demanda— el consumidor se encuentra en la disyuntiva de aceptar el nuevo precio —lo que incrementará sus costes—, o aceptar las nuevas condiciones y reducir su consumo.

Por tanto, en relación con la oferta, para que la práctica predatoria pueda tener lugar será necesario la concurrencia de dos condiciones. La primera, que el mercado se encuentre fuertemente concentrado, ya sea en régimen de monopolio o de oligopolio, situación a la que se habrá llegado por una vía legal o de hecho. Y en segundo lugar, que alguno de dichos oferentes, ya sea de un modo individual o colectivo, dispongan de una posición de dominio que les permita realizar ventas a pérdida.

La configuración morfológica de un mercado vendrá determinada por una multitud de factores, pero básicamente podrían reconducirse a dos supuestos, por vía de derecho o por vía de hecho. En el primero, a instancia del Legislador o de cualquier órgano administrativo que determine la configuración del mercado en atención a criterios de política económica³⁹². Y en el segundo, que los monopolios o los oligopolios sean el fruto de un proceso evolutivo normal de selección natural basada en los propios méritos³⁹³.

Cualquiera que sea la evolución experimentada por un determinado mercado en su configuración morfológica —actual o futura—, lo cierto es que para que una venta a pérdida pueda alcanzar objetivamente un resultado satisfactorio para el agresor será necesario que éste, ya sea de un modo individual o colectivo, tenga una posición de dominio. Y factores como la cuota de mercado, la capacidad financiera, la estructura de distribución y los costes de subactividad, entre otros, adquieren un especial significado al ponerla en relación con las características del mercado en el que la práctica tiene lugar. Todos ellos, elementos que permiten afirmar si una empresa tiene o no una determinada posición y sus efectos.

Como se observa, muchas pueden ser las causas que motiven la concentración de determinados mercados por el lado de la oferta, pero básicamente tres son las que se han tratado de exponer: (i.). que dicho mercado se encuentre con pocos oferentes a causa del correspondiente proceso de evolución natural en régimen de competencia que ha ido seleccionando a los más eficientes.

³⁹² En este supuesto podrían encuadrarse los derecho de exclusiva industriales, intelectuales y gubernativos — p.e. las subastas públicas o las concesiones administrativas—.

³⁹³ Aquí encajarían aquellos supuestos que son el resultado de un proceso evolutivo en régimen de sana competencia en el mercado que determinan el derecho al acceso único o privilegiado a determinadas fuentes de aprovisionamiento, materias primas o a un determinado espectro de radio.

(ii.) Los supuestos de empresas titulares de derechos de exclusiva ya sea a través de los monopolios legales en materia de propiedad industrial e intelectual que también han alcanzado su posición por sus propios méritos³⁹⁴. Y finalmente, (iii.) las características del producto o servicio que determina la imposibilidad real de que coexistan más oferentes, lo que daría lugar a un mercado en régimen de monopolio u oligopolio de hecho³⁹⁵.

2.2. Para el agredido

Como se ha indicado en el estudio del concepto de venta a pérdida esta estrategia comercial se estructura en dos fases. En una primera etapa el agresor baja sus precios por debajo de un determinado nivel de costes. Y una vez alcanzado su objetivo —disuadiéndolos, disciplinándolos, impidiendo la entrada o salida de competidores, obligándolos a aceptar condiciones comerciales o de servicio que de otro modo no hubieran aceptado, expulsándolos—, el agresor tratará de recuperar sus pérdidas a través de rentas monopolísticas con el correspondiente incremento de precios. Para que tenga lugar esta segunda fase de la estrategia con éxito el mercado deberá reunir una serie de condiciones³⁹⁶. Entre ellos, que la demanda se encuentre fuertemente fragmentada, que su elasticidad sea pequeña, que el producto o servicio resulte necesario, que carezca de productos sustitutivos y existan barreras de entrada o de salida³⁹⁷.

Desde este planteamiento, para que la oportunidad de realización de la conducta sea tenida en cuenta por el agresor es necesario que concurren dos circunstancias.

³⁹⁴ En estos supuestos también se encuentran las subastas públicas y concesiones administrativas tras el correspondiente concurso.

³⁹⁵ Este puede ser el caso del servicio de telefonía móvil cuando el espacio radioeléctrico es limitado, la declaración de utilidad pública de un servicio donde coexisten líneas rentables con otras que no lo son, o cuando se tiene el derecho de acceso en exclusiva a determinadas fuentes de aprovisionamiento.

³⁹⁶ Salvo en el caso de empresas con exceso de capacidad instalada, hasta el límite de dicha capacidad. En estos supuestos, una estrategia de reducción del margen, incluso por debajo del coste marginal en un primer momento, puede llevar aparejada una reducción efectiva del coste como consecuencia del incremento de la producción y reducción del coste unitario. A mayor producción, mayores serán el número de unidades entre las que repartir los costes, por lo que el coste marginal desciende. Siempre que el agresor sea capaz de vender lo producido, lo que parece factible porque al reducir el precio desvía la demanda hacia sus productos. Pero sólo hasta el límite de su capacidad productiva.

³⁹⁷ Sobre las ventajas derivadas de la existencia de economías de alcance y experiencia, así como la existencia de barreras de entrada en relación con las prácticas predatorias *vid.* SALAS FUMÁS, V., y YAGÜE GUILLÉN, M.^a J., «Competencia normal y predación en ...», *ob. cit.*, pp. 113-122. Para un estudio más detallado de la figura *vid.* VENTURA VICTORIA, J., *Análisis competitivo de la empresa: Un enfoque estratégico*, ... *ob. cit.*, pp. 59-66 y 123-130. En relación a las condiciones de entrada a un mercado para realizar una política de precios predatorios *vid.* entre nosotros FERNÁNDEZ DE ARAÓZ y GÓMEZ-ACEBO, A., «Libre competencia y precios predatorios: análisis jurídico ...», *ob. cit.*, pp. 6-7; y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., *Precios predatorios y Derecho ...*; *ob. cit.*, pp. 72-79. Asimismo, para un estudio de los comportamientos de mercados en competencia imperfecta en régimen de monopolio *vid.* SAMUELSON, P. A., y NORDHAUS, W. D., *Economía*, *ob. cit.*, pp. 159-192; STIGLITZ, J. E., *Economía*, Ariel Economía, Barcelona, 1994, pp. 439-492. Y para un estudio de los efectos en régimen de oligopolio como configuración morfológica más común *vid.*, entre otros, FERNÁNDEZ DE ARAÓZ GÓMEZ-ACEBO, A., «El problema del oligopolio en el Derecho de la competencia: reflexiones en torno al mercado, ...», *ob. cit.*, pp. 10051-10131; JIMÉNEZ DE LA IGLESIA, J. M., «Derecho de la competencia y oligopolio», *GJ*, D-23, 1995, pp. 119-172.

a) En primer lugar, cuando el mercado se encuentre fuertemente concentrado por el lado de la oferta. Un mercado con esta morfología dará lugar a la existencia de una pluralidad de competidores sin posición de dominio y sin capacidad para evitar los efectos negativos derivados de la venta a pérdida realizada por otro de los concurrentes que sí tenga posición de dominio. Precisamente porque los concurrentes que sufren el ataque no dispondrán ni de los recursos económicos necesarios para responder a una bajada irracional de precios de la competencia. Y entre sus efectos, la incapacidad de soportar por mucho tiempo el incremento que se produce en sus costes al no vender³⁹⁸.

b) En segundo lugar, la existencia de un mercado fuertemente fragmentado por el lado de la demanda, implica la existencia de una pluralidad de demandantes del bien o servicio. Sin que ninguno tenga capacidad para imponer condiciones de compra. La estrategia tiene escasa relevancia en la primera fase del ataque porque los demandantes podrían adquirir la oferta a un precio muy ventajoso. En concreto, a un precio inferior al del mercado de modo que el vendedor estaría sufriendo pérdidas cada vez que vende. Sin embargo, esa incapacidad de los consumidores para imponer condiciones en sus compras adquiere especial significado en la segunda fase de la estrategia del agresor, cuando sube los precios por encima de los que hubiera fijado en un mercado en competencia, precisamente para recuperar las pérdidas que sufrió durante la primera etapa de la estrategia comercial³⁹⁹.

En ambas fases de la estrategia — a) y b)— reviste especial importancia la naturaleza del producto o servicio en el que se ha instrumentado la venta a pérdida. Así que cuando la utilidad del mismo sea mayor para el consumidor o para los usuarios, y éste no disponga de alternativas —inelasticidad de la demanda—, mayor será la posición de fuerza del agresor para imponer sus condiciones. Tales como incremento de precios, reducción de cantidad o calidad, y cualquier otro comportamiento que forme parte o sea consecuencia de la agresión.

³⁹⁸ Entre ellos, y a título de ejemplo, junto a los costes fijos normales en los que incurre la empresa en el devenir normal de su proceso productivo, habría que sumarle aquéllos incrementos de costes en los que incurre durante el ataque del agresor. Se compone de los incrementos de costes derivados de la disminución e incluso no venta de su stock, del encarecimiento del coste por su mantenimiento y almacenaje, el encarecimiento o pérdidas derivadas de la obsolescencia de los productos tecnológicos, o las pérdidas directas por la no comercialización de productos percederos o próximos a su fecha de caducidad, los costes fijos de personal, los de capital, los de inmovilizado material e inmaterial y cualesquiera otros que incurra el agredido al no vender. Todos ellos, elementos que se analizarán con detalle en el capítulo siguiente.

³⁹⁹ Unos objetivos que serán objeto de estudio en los epígrafes siguientes. La venta a pérdida podrá perseguir inducir a los consumidores a error acerca del nivel de precios del mismo establecimiento, alcance o no el resultado, porque la Ley utiliza la expresión «sea susceptible» —como podría ser el caso de las grandes superficies—, tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o establecimientos ajenos, o bien, cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado, se alcance o no dicho resultado. Y en el que habrá que incluir aquellos supuestos de venta a pérdida en los que dicha venta opera como una barrera de entrada o salida para competidores reales y potenciales.

3. Elementos de la estrategia predatoria

Como se ha indicado anteriormente, el planteamiento tradicional en la normativa *antitrust* en relación con los precios predatorios ha venido exigiendo que el agresor que vende a pérdida tenga posición dominante. Porque de lo contrario, no estaría ni en condiciones objetivas de realizar su comportamiento con éxito, lo que beneficiaría a los consumidores y usuarios, ni se aventuraría a realizar una estrategia comercial tan arriesgada⁴⁰⁰. Lo que metodológicamente obliga a proceder al estudio de los presupuestos del planteamiento, y entre ellos la posición dominante.

3.1. Existencia de posición dominante

Ni el artículo 82 del TCE, ni el artículo 6 de la LDC definen lo que se entiende por «posición de dominio»⁴⁰¹. Todo lo más establece un catálogo de actos que realizados desde esa posición se consideran fruto del ejercicio abusivo de una posición dominante⁴⁰². La razón es evidente, las posibilidades de combinaciones diversas que den lugar a una posición de dominio y a posibles abusos son enormes. Por ello, habrá de acudir a la jurisprudencia para determinar el concepto de posición dominante.

⁴⁰⁰ Se ha empleado la expresión «creer que cuenta», porque los mismos resultados lesivos podrían derivarse de una empresa que realice una práctica predatoria consistente en una política de precios de venta a pérdida, aún cuando quien la realice no tenga posición de dominio. Un comportamiento que de realizarse infligiría daños no justificados en los méritos propios. Por ello, se ha apuntado la posibilidad de que la simple realización de una empresa de dicha estrategia comercial, aun cuando carezca de poder de mercado, es un requisito suficiente para extender el reproche de deslealtad a una empresa que venda a pérdida, fuera de los supuestos excepcionados, sin estar en posición de dominio. En relación con la posibilidad de extender el reproche de deslealtad por prácticas predatorias sin que ésta tenga posición dominante, se debería tener presente, por su claridad en el Derecho norteamericano el asunto «A. A. Poultry Farms v. Rose Acre Farms», 881, F.2d., 1396, 7.º Cir., 1989. Un supuesto en el que una empresa realizó una práctica de precios predatorios con intención excluyente pero en la creencia errónea de que su posición dominante le permitiría alcanzarla con éxito. Un especie de tentativa inidónea, cuyos efectos sobre el mercado pueden ser los mismos que sí la empresa efectivamente tuviese posición de dominio. Sin embargo, en algunas ocasiones, en atención a criterios estratégicos empresas sin posición dominante significativa podrían tener éxito. En este sentido *vid.*, entre otros, NEWTON, C., «Do predators need to be dominant», Editorial, *ECLR*, 1999, pp. 127-132; BAKER, J. B., «Unilateral competitive effects theories in merger analysis», *Antitrust*, 1997, pp. 21-22; UMBECK, J. R., «Entry, recoupment, and higher prices: Irrelevance of high market shares in predatory pricing (I)», *Antitrust L. & Econ. Rev.*, v. 21, núm. 3, 1989, pp. 89-110; *idem.* «Entry, recoupment, and higher prices: Irrelevance of high market shares in predatory pricing (II)», *Antitrust L. & Econ. Rev.*, 1990, pp. 37-48; *idem.* Editors note «Entry, recoupment, and higher prices: Irrelevance of high market shares in predatory pricing (III)», *Antitrust L. & Econ. Rev.*, v. 22, núm. 1, 1991, pp. 51-60.

⁴⁰¹ Por su parte, el artículo 66.2. del Tratado de la CECA define la posición dominante como aquella que le permite a la empresa «[...] sustraerse a una competencia efectiva»

⁴⁰² Sobre el concepto de posición dominante *vid.* RODRÍGUEZ ARTÍGAS, F., «Abuso de posición dominante», en *EJB*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 39-42; MATILLA ALEGRE, R., «Sobre las nociones de posición dominante y de abuso de posición dominante en el artículo 86 del Tratado de Roma», en *Derecho Mercantil de la CEE* (Estudios homenaje a JOSÉ GIRÓN TENA, I, Madrid, 1991, pp. 687 a 701.

Las líneas que delimitan el concepto de posición dominante han sido construidas por la doctrina de la Comisión y por la jurisprudencia del TJCE⁴⁰³. Y de su estudio cabe afirmar que la nota fundamental del concepto de posición de dominio es la autonomía e independencia de la empresa dominante en la toma de sus decisiones pudiendo actuar sin tener en cuenta la competencia en el mercado, al resto de concurrentes o a los consumidores y usuarios⁴⁰⁴.

Por consiguiente, la delimitación objetiva de la posición de dominio de una empresa vendrá determinada por el análisis comparativo de dos variables. Por un lado, la delimitación o acotamiento geográfico del mercado de producto o servicio de referencia. Y por otro, por la delimitación de las cuotas de mercado de las diferentes empresas que concurren en el mismo, para posteriormente poder ponerlas en relación⁴⁰⁵. En definitiva por la determinación de la posición relativa en el mercado de referencia de los oferentes del producto o servicio.

3.2. Individual

El Derecho de la competencia viene estableciendo un concepto amplio de empresa. Ni la normativa comunitaria ni nacional establece con claridad el concepto unívoco. Básicamente se parte de que el concepto de empresa y empresario es independiente de la forma jurídica que tome. Luego la calificación de la empresa vendrá determinada en función de la actividad que desarrolle.

La regulación legal omite la elaboración de un concepto amplio de empresa. Las razones que pueden justificar la ausencia de esta definición legal son dos: i.)

⁴⁰³ Resulta de interés la Decisión de la Comisión en el asunto «Continental Can», de 9 de diciembre de 1971, en el que se califica como posición dominante la que tiene una empresa «[...] cuando tiene la posibilidad de determinar sus comportamientos con independencia que les permite actuar sin tomar en consideración a los competidores, compradores o proveedores». *Vid.* Punto II, tercer párrafo de la Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 1972, *DOCE*, L-7, de 8 de enero de 1972, *CMLR*, 1972, D-11, p. 196. Un criterio también seguido por el TJCE en el asunto «Metro SB-GroMmäfte GmbH & Co. KG c. Comisión», de 25 de octubre de 1977, en la que define la posición dominante como la que tiene una empresa y le permite «[...] actuar sin tener que tomar en consideración la actitud de los competidores»⁴⁰³. Un concepto sobre el que el mismo Tribunal tiene la oportunidad de pronunciarse en el asunto «United Brands Company et United Brands Continental BC c. Comisión», de 14 de febrero de 1978, en el que profundiza en el concepto objetivo de posición de dominio al definirla como: «[...] la situación de orden económico que ostenta una empresa que le da la facultad de oponerse al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, permitiéndole actuar, en gran medida, de manera independiente con respecto a sus competidores, a sus clientes y, en definitiva, a los consumidores [...]». STJCE en «United Brands Company et United Brands Continental BC c. Comisión», de 14 de febrero de 1978, asunto C-27/76, *Rec.*, 1978, p. 207, considerando 65.

⁴⁰⁴ Como se observa, una especie de impunidad de actuación derivada del poder económico que tiene en un determinado mercado. Notas que el TJCE ha seguido destacando como relevantes para la definición de la posición de dominio en la jurisprudencia posterior en las SSTJCE «Hoffmann-La Roche c. Comisión», de 13 de febrero de 1979; «L'Oreal c. PBVA de Nieuwe AMCK», de 11 de diciembre de 1980; «NV Nederlandsche Baden-Industrie Michelin c. Comisión», de 9 de noviembre de 1983; y «Asatel c. Novasam», de 5 de octubre de 1988, entre otros⁴⁰⁴.

⁴⁰⁵ En relación con estas dos variables para el análisis objetivo de la posición de dominio *vid.* BELLAMY, C., y CHILD, G., *Derecho de la competencia en ...*, ob. cit., p. 516, han de tenerse en cuenta dos criterios «resultado» y «capacidad». La primera, en relación con las cuotas de mercado del producto o servicio en causa o relevante. Y la segunda, en relación con los medios de los que dispone dicha empresa en relación con el resto de los concurrentes en dicho mercado.

la propia naturaleza del tráfico mercantil impide la elaboración de un concepto de empresa restringido. Y ii) «[...] el carácter pragmático de esta noción, más preocupada por atender a los supuestos concretos que se han presentado, que por elaborar un concepto abstracto, con validez general [...]»⁴⁰⁶. De este modo se ha evitado elaborar un concepto apegado a la construcción doctrinal de la personalidad jurídica, que hubiera supuesto la no aplicación de la normativa de la competencia a aquellas empresas que no tuvieran dicha personalidad⁴⁰⁷. De modo que en el concepto entran tanto las empresas con personalidad jurídica y las personas físicas como las entidades carentes de personalidad⁴⁰⁸.

Por tanto, a efectos del Derecho de la competencia el concepto de empresario ha de ser entendido en sentido amplio y comprensivo tanto del:

«[...] sujeto agente del comportamiento colusorio como el destinatario y responsable del cumplimiento de las medidas jurídicas o económicas que por la constatación de la infracción puedan adoptarse [...] Lo que es, por tanto, determinante es buscar el elemento de imputabilidad de una conducta cuyo objetivo o cuyo resultado es distorsionar la competencia y afectar al comercio intracomunitario » [o nacional]⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ Vid. VELASCO SAN PEDRO, L. A., «Prácticas colusorias y abuso de posición dominante», en *La integración económica europea: curso básico* (Coord. VEGA MOCORA, I.), 2.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 1998, p. 564.

⁴⁰⁷ Vid. la Decisión de la Comisión en el asunto «ECS c. AKZO», de 14 de diciembre de 1985, *DOCE*, L-374, de 31 de diciembre de 1985, *CMLR*, 3/1986, p. 273., al establecer que «Las prohibiciones enunciadas en los artículos 85 y 86 se refieren a las empresas, noción que no está limitada por la aplicación estricta de la doctrina de la personalidad jurídica».

⁴⁰⁸ También mantiene este criterio el XXI Informe sobre la Política de la Competencia de 1991 al establecer un concepto amplio de empresa definiendo como tal a «[...] cualquier entidad que ejerza actividades económicas, independientemente de su naturaleza jurídica y de su modo de financiación [...]». Vid. *XXI Informe sobre la Política de la Competencia*, 1991, p. 116. En este mismo sentido, en relación con el concepto de empresa podría aportar algo de luz el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que se firmó el 2 de mayo de 1992 entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros y los Estados de la Asociación Europea de Libre Cambio —Austria, Finlandia, Liechtenstein, Noruega y Suecia conocida como AELC o EFTA—, y que entró en vigor el 1 de enero de 1994. En los Protocolos 21 a 26 se recogen las disposiciones para la aplicación de los principios establecidos en los artículos 53 a 60 del acuerdo que llevan por título «Disposiciones aplicables a las empresas». El Protocolo 22 relativo a la definición de empresa y volumen de negocio en relación con el artículo 56 establece que se entenderá por empresa «[...] cualquier entidad que lleve a cabo actividades de naturaleza comercial o económica».

⁴⁰⁹ Vid. FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, C., *Derecho de la competencia en la ...*, ob. cit., p. 92. Como se observa, la jurisprudencia ha tenido la oportunidad de interpretarlo en múltiples ocasiones orientándose hacia un concepto amplio y comprensivo de cualquier manifestación de la actividad constitutiva de empresa sin la exigencia de que estén dotadas de personalidad jurídica. Así lo hizo el TJCE en el asunto «Höfner y Elser c. Macroton GmbH», de 23 de abril de 1991, al establecer que encaja en el concepto legal «[...] cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación [...]». Vid. STJCE «Höfner y Elser c. Macroton GmbH», de 23 de abril de 1991, asunto C-41/90, *Rec.*, 1991, I-1979, en el que se discutía si una Oficina Pública de Empleo podía entrar en el concepto jurídico de empresa contemplado en los artículos 85 y 86 (*actuales 81 y 82*). Un concepto que se extiende a empresas públicas, privadas y de economía mixta, a una asociación profesional, a un inventor o a un interprete musical, entre otras. La extensión de la aplicación del concepto de empresas a empresas públicas o privadas es evidente. En relación con la consideración como empresa a una asociación profesional vid. la Decisión de la Comisión, de 29 de septiembre de 1974, en el asunto «Entente franco-japonesa sobre rodamientos por bolas»; sobre la consideración como empresa a un inventor vid. la Decisión de la Comisión, de 2 de diciembre de 1975, en el asunto «AOPI c. Beyrard»; para la consideración como empresa de un interprete musical vid. la Decisión de la Comisión, de 26 de mayo de 1978, en el asunto «RAI c. Unitel», en el que lo fundamental e inherente a la calificación de empresa como se ha venido indicando es la característica de la independencia en el mercado o autonomía económica en el comportamiento. Una independencia que no concurre ni en los

3.3. Colectiva

Hasta el momento, en el marco del estudio de la primera hipótesis, se han analizado los diferentes supuestos objetivos que han de concurrir en la realización de una venta a pérdida para que ésta sea calificada como ilícito *antitrust* por abuso de posición dominante⁴¹⁰. Aunque sin especificar si es individual o colectiva⁴¹¹. Resulta evidente que ambas posibilidades son factibles y permiten realizar conductas abusivas, aunque en las colectivas se exige un plus, al necesitar del

agentes comerciales ni en los grupos de empresas. Para profundizar sobre esta materia *vid.* CAIRÓS BARRETO, D. M., *Contrato de mediación laboral y contrato de agencia mercantil: un estudio sobre el objeto del contrato de trabajo*, Tesis doctoral, La Laguna, marzo, 2001, pp. 188-193; LLOBREGAT HURTADO, M.^a L., *El contrato de agencia mercantil*, Bosch Editor, Barcelona, 1994, pp. 59-74; HUERTAS BARTOLOMÉ, T., *Mediación mercantil en el ordenamiento laboral*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 99-10. En el asunto «Hydroterm Gertebau GmbH c. Firma Compact del Dott. Ing. Mario Andreolu & C. SAS» el TJCE establece una interesante definición de empresa para los grupos de empresas con base en el principio de unidad de acción, al mantener que: «[...] la noción de empresa en el contexto del Derecho de la competencia debe entenderse designando una unidad económica aunque desde el punto de vista jurídico esa unidad económica esté constituida por diversas personas físicas o morales [...]». En la medida en que el grupo de empresas actúa con una unidad de acción sin que cada una de las empresas de las que se compone tenga independencia para actuar, el concepto de empresa a través del análisis del principio de autonomía económica no podrá quedar limitado a una empresa sino al grupo en su conjunto. Con similar criterio *vid.* la STJCE en «Hydroterm Gertebau GmbH c. Firma Compact del Dott. Ing. Mario Andreolu & C. sas», de 12 de julio de 1984, asunto C-170/83, *Rec.*, 1984, p. 2999. Asimismo, en el derecho *antitrust* español resulta de interés el artículo 8 de la LDC al establecer bajo el principio de unidad de acción la «Corresponsabilidad de las empresas controladoras que ejercen influencia dominante [...] y se entiende que las conductas de una empresa previstas en la misma, son también imputables a la empresa que la controla cuando el comportamiento económico de aquélla es determinado por ésta.» Precisamente porque no se trata de un grupo de empresas como empresas independientes. Una característica que desapareció en el mismo momento en que pasó a ser controlada.

⁴¹⁰ A este respecto *vid.* HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., «La posición dominante conjunta en el Derecho comunitario de la competencia», *ADI*, XXI, 2001, Madrid-Barcelona, 2001, pp. 91-106. Especialmente interesante es el trabajo de KORAH, V., *EC Competition Law and Practice*, 7.^a ed., Oxford-Portland Oregón, 2000, pp. 98-101.

⁴¹¹ El concepto de posición dominante colectiva aparece por primera vez en la Decisión de la Comisión de 7 de diciembre de 1988, en el asunto «Vidrio Plano», *DOCE*, L-33, de 4 de febrero de 1989, punto 84 a) del TCE, al mantener que operaban como un cartel con posición dominante colectiva —punto 79— que se autocontrolaban —punto 79— con reuniones que infringían los apartados a y b del artículo 82 del TCE —punto 83—, dirigidas a «[...] privar a los clientes de la posibilidad de poner a los proveedores en condiciones de venta y en limitar los mercados mediante la fijación de cuotas para el vidrio automóvil» —artículo 2 de la Decisión—, manifestando así «[...] un comportamiento uniforme» —punto 64—. Además, al participar en un oligopolio restringido «[...] disponen de un grado de independencia tal, respecto de las presiones competitivas, que están en situación de impedir la existencia de un sistema auténtico, sin que se vean obligados a tener en cuenta el comportamiento de los otros participantes en el mercado» —punto 78—. En este mismo sentido las SSTJPL, de 27 de abril de 1994, «Almelo», C-393/92, *Rec.*, 1994, p. I-1477, apartado 42; de 5 de octubre de 1995, «Centro Servizi Spediporto», C-96/94, *Rec.*, 1995, p. I-2883, apartados 32 y 33; de 17 de octubre de 1995, «DIP y otros», asuntos acumulados C-140/94, C-141/94 y C-142/94, *Rec.*, 1994, p. I-3257, apartado 26; de 17 de junio de 1997, «Sodemare y otros», C-70/95, *Rec.*, 1995, p. I-3395, apartados 45 y 46; «SIV y otros c. Comisión», de 10 de marzo de 1992, asuntos acumulados T-68/89, T-77/89 y T-78/89, *Rec.*, 1989, p. II-1403, apartado 358; y de 8 de octubre de 1996, «Compagnie maritime belge transports y otros c. Comisión», asuntos acumulados T-24/93, T-25/93, T-26/93 y T-28/93, *Rec.*, 1993, p. II-1201, apartados 62 en los que se confirma que una posición dominante colectiva consiste en que varias empresas tengan, conjuntamente, debido especialmente a factores de correlación existentes entre ellas, la facultad de adoptar una misma línea de acción en el mercado y de actuar en gran medida con independencia de los demás competidores, de su clientela y, por último, de los consumidores —STJCE de 31 de marzo de 1998, «Francia y otros c. Comisión», asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95, *Rec.*, 1995, p. I-1375, apartado 221—. Asimismo, en el Derecho español es de destacar el asunto «Abora Holding, S.A. y Laboratorios Ausonia, S.A.», de 7 de enero de 1992, asunto 291/90 como un supuesto de abuso de posición dominante colectiva y práctica de precios predatorios en aplicación de la Ley 110/1963, de 20 de julio, sobre Represión Prácticas Restrictivas Competencia, artículos 2.1., 2.2., y 3.d.

acuerdo en la estrategia entre competidores con intereses diversos. El control de estas posiciones puede ser doble, *ex ante* y *ex post*. En las primeras, el control resulta relativamente más fácil en la medida en que se dispone de normativa comunitaria y nacional al respecto. En cambio, en las segundas la dificultad estriba en la prueba de la existencia, primero de la posición dominante, segundo del abuso y tercero, de la relación entre la posición dominante y el abuso. De ahí que se proponga analizar primero el control de las posiciones dominantes conjuntas *ex ante* y utilizar el aparato dogmático para la determinación *ex post*, de posiciones dominantes colectivas, primero en el plano comunitario y a continuación en el ordenamiento nacional.

Por tanto, el control de las operaciones de concentración permiten *ex ante* determinar la existencia o no de una posición dominante, individual o colectiva, así como sus efectos sobre el mercado. Quedando al margen de aplicación del Reglamento tanto las excepciones por categorías como los supuestos que entren dentro del marco *de minimis*.

En el plano comunitario, el control se realiza a través del Reglamento 4064/89, de 21 de diciembre de 1989, posteriormente modificado por el Reglamento 1310/97, de 30 de junio de 1997⁴¹². De este modo se evitan posibles abusos derivados de prácticas reorganizativas como fusiones, adquisiciones, OPAs, arrendamientos de activos y en definitiva, todas aquellas que afecten a la estructura de la competencia. A la hora de reprimir las posiciones dominantes individuales el Reglamento es claro, sin embargo, no es así a la hora de perseguir las posiciones dominantes colectivas. La discusión no es en modo alguno baladí, ya que el artículo 2.3. del Reglamento debería ser interpretado de un modo extensivo y comprensivo de las posiciones dominantes colectivas. Unas posiciones desde las que poder realizar prácticas predatorias y, entre ellas, la amenaza e incluso realización de ventas a pérdida⁴¹³.

El citado precepto del Reglamento declara incompatibles «[...] las operaciones de concentración que supongan un obstáculo significativo para la competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.» Luego en estas categorías deberían estar comprendidas las posiciones dominantes colectivas. Sin embargo, la norma no aporta claridad sobre si el precepto debe ser de aplicación a los supuestos de concentración comunitaria en los que empresas con cuotas de mercado individuales adquieren tras la concentración una cuota conjunta superior. Y por ello, el debate doctrinal ha sido amplio. Desde un primer momento la Comisión ha sido partidaria de que el citado artículo 2.3. del Reglamento sea de aplicación a las

⁴¹² Vid. Reglamento 4064/89, de 21 de diciembre de 1989 es publicado en el *DOCE*, L-395, y es objeto de rectificaciones en el *DOCE*, L-257, de 21 de septiembre de 1990. Posteriormente el Reglamento 1310/97, de 30 de junio de 1997, *DOCE*, L-180, de 9 de julio de 1997 introduce importantes modificaciones.

⁴¹³ En relación con la importancia del debate doctrinal interpretativo del precepto y sus consecuencias sobre el mercado *vid.* MIRANDA SERRANO, L. M.^a, «La entrada definitiva de las posiciones dominantes colectivas en el sistema comunitario europeo de control de concentraciones (STJCE *Francia y otros c. Comisión*, de 31 de marzo de 1998)», *DN*, año 11, núm. 113, febrero 2000, p. 21.

posiciones dominantes individuales y conjuntas. Así, en la Decisión de la Comisión en el asunto «Nestlé c. Perrier», de 22 de julio de 1992 —punto 110—, establece que:

«[...] Se trata de saber si esta disposición sólo es aplicable a situaciones en que la competencia efectiva en un mercado se vea seriamente obstaculizada por una empresa que, por sí sola, disponga del poder de actuar en buena medida con independencia de sus competidores, clientes y consumidores o si también abarca las situaciones en que sean varias las empresas que conjuntamente obstaculizan la competencia efectiva mediante tal poder de actuar al margen de los intereses de los demás competidores, clientes y, en definitiva, de los consumidores»⁴¹⁴.

De no contemplar el criterio seguido por la Comisión en la interpretación del artículo 2.3. podrían tener lugar en el plano comunitario posiciones dominantes colectivas al margen del control del Reglamento. Ello implicaría no sólo infringir la finalidad perseguida por el Reglamento, sino además una infracción del artículo 3. f) del Tratado pudiendo quedar en «entredicho el objetivo fundamental del Tratado, consistente en el mantenimiento permanente de una competencia efectiva [...]» —punto 114—.

Y en el caso de las empresas que realizaran la operación de concentración evitaran los efectos del artículo 2.3. podría tener como consecuencia la formación de una situación oligopolística. Como se observa, el TJCE ha corroborado el planteamiento de la Comisión en orden a la extensión de la aplicación del artículo 2.3. del Reglamento al control de las operaciones de concentración que den lugar a posiciones de dominio colectivas cuanto afectan a la estructura de la competencia, aunque exigiendo que la prohibición se encuentre debidamente fundamentada. Este planteamiento, desde el análisis de la figura de la venta a pérdida reviste trascendencia en la medida en que con ella se prevé la formación de posiciones dominantes colectivas que permitan realizar estos comportamientos. Y que básicamente son tres. El primero, que todos los miembros del oligopolio conozcan y adopten la misma línea de actuación. El segundo, que los componentes de dicho oligopolio sean disuadidos de no romper la relación conjunta. Y tercero, que la posición conjunta efectivamente le atribuya posición dominante colectiva sin que los consumidores o usuarios puedan oponerse.

De este modo, en el marco de exposición y desarrollo de la primera hipótesis del trabajo se han establecido las líneas para la identificación y control de las posiciones dominantes colectivas. Se podría concluir diciendo que el control *ex ante* que puede realizar la Comisión tendrá un doble y beneficioso efecto. Por un lado, porque vela por el mantenimiento de la estructura competitiva en el mercado. Y por otro, como consecuencia de lo anterior, porque con ello se

⁴¹⁴ Vid. Decisión de la Comisión, de 22 de julio de 1992, relativa a un procedimiento de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo en el asunto «Nestlé c. Perrier» núm. IV/M.190, DOCE, L-356, de 5 de diciembre de 1992 (92/553/CEE), pp. 1-31.

contribuye a evitar la consolidación de estructuras que de facto puedan dar lugar a prácticas desleales, y entre ellas, de venta a pérdida constitutivas de ilícito concurrencial. Por esta vía se procede al control de las operaciones de concentración de posiciones dominantes colectivas a partir de una interpretación extensiva, analógica e integradora del artículo 2.3. del Reglamento. Y en cualquier caso, su Decisión deberá ir debidamente fundamentada.

No obstante, tal y como se observará en la casuística del presente epígrafe, las posibilidades de que se realicen en la práctica actos de venta a pérdida anticompetitivos en su doble vertiente, como ilícito *antitrust* y como acto de competencia desleal es remota. Precisamente por la dificultad que entraña el reparto de las cargas y costes derivados de realizar ese tipo de conductas, tanto si se realizasen con posterioridad a un acuerdo concentrativo horizontal o vertical que confiriese una posición dominante individual o colectiva. Las dificultades de realización y probatorias no suponen que prácticas de éste tipo no puedan tener lugar. Tanto si se trata de empresas con o sin vínculos. Así pues, el control *ex ante* y los criterios seguidos permiten determinar la existencia de posición dominante colectiva y en su caso el abuso.

Por todo lo dicho, habrán de tenerse en cuenta los supuestos de posiciones dominantes colectivas cuando se analicen los supuestos de ventas a pérdida, ya sea porque hay acuerdo expreso o porque hay una conducta paralela. En cualquier caso, estos comportamientos podrían ser objeto de represión, tanto desde la normativa *antitrust* —*ex ante* y *ex post*— como desde la disciplina de la competencia desleal.

3.4. En un mercado relevante

En relación con el tercer elemento, la delimitación del mercado relevante resulta necesario acudir a diferentes conceptos para relacionar el producto o servicio con el ámbito geográfico en el que la conducta tiene lugar. Múltiples pueden ser las dificultades que entraña la definición del concepto de mercado, por lo que resulta recomendable acudir a la Comunicación de la Comisión publicada el 9 de diciembre de 1997 ya indicada. Sin perjuicio de la interpretación que puedan realizar el TJCE y el TPI, especialmente de la sección 6 del formulario A/B relativo al Reglamento número 17 y la sección 6 del formulario CO relativo al Reglamento (CEE), núm. 4064/89 sobre el control de las operaciones de concentración de dimensión comunitaria⁴¹⁵. En la norma se define como mercado

⁴¹⁵ Una modificación que supone un cambio revolucionario en el Derecho de la competencia y que a juicio de MARIO MONTI es «[...] la más importante iniciativa legislativa en el campo de la competencia desde que en 1990 se aprobó el reglamento sobre concentraciones», y que a juicio de MARTÍNEZ LAGUE, S., «¿Próximo *Big Bang* en el Derecho Comunitario de la Competencia?», Editorial, *GJ*, núm. 210, noviembre-diciembre, 2000, pp. 3-10, quien cita a MONTI cuando mantiene que «[...] si la propuesta es aprobada en sus términos actuales no parece aventurado decir que será la más importante modificación legislativa en este ámbito desde que en 1969 se aprobó el Reglamento 17, al que viene a reemplazar, y que representará un auténtico *big bang* en la aplicación del Derecho Comunitario de la Competencia.

de producto «[...] la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos.» Y como mercado de referencia la zona geográfica en la que las empresas suministran los productos o prestan los servicios y que tienen unas características propias que lo permiten diferenciar de otros mercados.

A los efectos de poder relacionar ambos conceptos, mercado de producto y mercado de referencia es necesario tener presente tres principios básicos en el Derecho de la competencia: a) la sustituibilidad de la demanda, b) la sustituibilidad de la oferta y c) la competencia potencial.

a) Para el análisis de la sustituibilidad de la demanda habrá de estudiarse la sustituibilidad funcional, el uso y características de otros productos, las preferencias del consumidor, las barreras o costes que limiten la sustitución efectiva, la evolución de precios y el volumen de ventas como criterios cuantitativos, y la segmentación de la clientela como elemento cualitativo.

b) Por su parte, el estudio de la sustituibilidad de la oferta llevará aparejada el análisis de variables como el mercado geográfico de referencia, desvíos de pedidos en el pasado, opiniones, preferencias de clientes y competidores, localización geográfica de las compras, flujos comerciales, estructura de las compras, la existencia de barreras, y finalmente, los costes asociados al desvío hacia otras zonas.

c) Y finalmente, para el estudio de la competencia potencial se tendrá en cuenta tanto los competidores existente directamente en ese mercado como competidores reales y potenciales interesados en entrar en caso de que cambien las circunstancias. Entre estos posibles cambios se encuentra todos aquellos que supongan una modificación sustancial en las condiciones de competencia para el mercado de referencia. Sobre todo los periodos cortos que disuadan a las empresas de explotar su posición⁴¹⁶.

En cualquier caso, para determinar el mercado relevante no resulta necesario que concurren todos los elementos expuestos, pudiendo delimitarse sólo con algunos de ellos. Lo que permitirá inferir la sustituibilidad de la demanda, la de la oferta y la competencia potencial a los efectos de concretar la posición que ocupa cada empresa en dicho mercado. Debiendo tener en cuenta que el dato numérico o porcentual no es sino un dato relativo que por sí sólo no dice nada. La relevancia desde el punto de vista jurídico vendrá dada por la significación relativa que tenga

⁴¹⁶ Entre los tipos de competencia potencial habrá de tenerse en cuenta la posibilidad real de ampliar la capacidad de producción de las empresas ante cambios, el que entren productos idénticos de otros mercados, posibilidad de que competidores de otros mercados entren con productos o servicios sustitutivos y por último, la derivación de productos dirigidos a mercados vecinos hacia el mercado en causa. Del estudio de estos elementos se podrá inferir las características y alcance de la competencia potencial en un mercado. Para profundizar *vid.* BRIONES, J., FOLGUERA, J., FONT, A., y NAVARRO, E., *El control de concentraciones en la ...*, ob. cit., pp. 234-242.

la realización de una determinada conducta comercial desde dicha posición. Bien es sabido, que el Derecho de la competencia no castiga la existencia de posiciones de dominio, ni la existencia de monopolios u oligopolios cuando a ellos se ha llegado por los propios méritos. Es más, este parece ser el justo premio para quien ha arriesgado recursos y esfuerzos en la actividad empresarial. Sin embargo, una vez alcanzada dicha posición la empresa debe seguir concurrendo en el mercado y fundamentar su éxito en sus méritos propios. Por ello, y en atención a criterios de política económica tanto el Legislador comunitario como el nacional han regulado toda una serie de supuestos en los que el ejercicio de determinadas conductas por una o varias empresas con posición de dominio es calificada como anticompetitiva.

3.5. Elementos delimitadores

Ante la falta de una normativa que delimite el concepto de posición dominante —precisamente por las dificultades innatas a la elaboración de este concepto—, y en atención a las múltiples variables que entran en juego, es por lo que hay que acudir a la jurisprudencia. Ésta ha tratado de determinar el concepto desde una posición objetiva acotando un producto o servicio a un mercado determinado a través de tres variables. La primera, la cuota de mercado ya sea absoluta o relativa expresada en un porcentaje⁴¹⁷. La segunda, el periodo en el que se ha tenido dicha posición. Y finalmente, en tercer lugar, la existencia de barreras de entrada o salida que contribuyan a consolidar la posición de un empresa.

A) La cuota de mercado; excepciones

En relación con éste primer elemento, la expresión «relativo» hay que ponerla en contraposición con los diferentes factores antes indicados al objeto de definir correctamente el mercado y la cuota de participación. Los porcentajes así elaborados no dicen nada por sí mismos, debiendo relacionarlos con otros elementos⁴¹⁸.

Por consiguiente, una cuota de mercado del 47 por ciento la posición podría considerarse dominante si el resto de sus competidores tienen cuotas del 27, 18,7

⁴¹⁷ La expresión absoluta será utilizada para hacer referencia a aquellas cuotas de mercado que por sus propias características implican que las empresas que las tienen puedan realizar sus comportamientos sin tener en cuenta al resto de la competencia. El término «relativa» será utilizada para hacer referencia a aquellas cuotas de mercado que por sí mismas son insuficientes para actuar sin tener en cuenta a la competencia, a no ser que concurran otras circunstancias. Con similar criterio *vid.* PELLISÉ CAPELL, J., *La "explotación abusiva" de una posición dominante (art. 82 TCE y 6 LEDC)*, Civitas, Madrid.

⁴¹⁸ En este sentido se ha pronunciado el TJCE en el asunto «Hoffmann-La Roche c. Comisión», de 13 de febrero de 1979 —considerando 56—, al mantener que unas cuotas de mercado entre el 75 y el 87 por ciento en un periodo de 3 años son «[...] tan grandes que eran en sí mismas prueba de una posición dominante». Manifestación en la que reincide en el considerando 60 al indicar que cuotas entre el 84 y el 90 por ciento son «tan grandes que probarán por sí mismas la existencia de la posición dominante [...]» *Vid.* STJCE en «Hoffmann-La Roche c. Comisión», de 13 de febrero de 1979, *Rec.*, 1979, p. 461, *CMLR*, 3/1979, pp. 527-529.

y 1 por ciento. De modo que una cuota del 47 por ciento es suficiente para actuar de modo independiente frente al resto de los competidores. Un criterio que se vuelve a repetir por el Tribunal en el asunto «AKZO Chemie BV c. Comisión», de 3 de julio de 1991, al establecer que unas cuotas de mercado superior al 50 % constituye, por sí misma, la prueba de la existencia de una posición dominante en el mercado de referencia⁴¹⁹.

Por su parte la Comisión sigue el criterio establecido por el Tribunal en las sentencias antes citadas. Así en la Decisión de la Comisión «Tetra Pak», de 26 de julio de 1988, en el que una cuota de mercado oscilaba entre el 63 y 66 por ciento en un periodo de tres años, constituía prueba por sí sola de la existencia de una posición de dominio. Teniendo en cuenta que las cuotas de mercado del resto de los concurrentes directos para el mismo periodo era del 14,8 y 6,3 por ciento⁴²⁰. Por tanto, para calificar la posición de una empresa en un mercado como de dominante habrá que tener en cuenta su cuota en relación con la del resto de sus competidores. Unas cuotas menores al 30 por ciento no podrían *per se* considerarse abusivas. Mientras que cuotas entre el 30 y el 40 por ciento más otros elementos darán lugar a una posición dominante. Y cuotas por encima del 40 por ciento pueden calificarse *iuris tantum* como una posición de dominio⁴²¹.

Siguiendo con esta idea, resulta evidente que cuotas de mercados inferiores a las expuestas también permiten posiciones dominantes que podrían calificar como de relativas absolutas⁴²². No pueden calificarse como de posición dominante en los términos descritos, pero si concurren otros elementos puede permitir a la empresa desarrollar estrategias inherentes a la posición de dominio. Por tanto, los porcentajes citados operan como fronteras indicativas entre lo que es una posición dominante y lo que no lo es, por lo que deben ser tomados con cautela.

En este apartado y bajo el título excepciones caben aquellos supuestos en los que cuotas de mercado relativas pueden dar lugar a posiciones de dominio

⁴¹⁹ Vid. STJCE en «AKZO Chemie BV c. Comisión», de 3 de julio de 1991, *Rec.*, 1991, p. I-3359, asunto C-62/86. Similar criterio vuelve a utilizar el Tribunal en el asunto «NV Nederlandsche Baden-Industrie Michelin c. Comisión», de 9 de noviembre de 1983, en el que unas cuotas del 57 al 65 por ciento en un mercado segmentado, concretamente, en el de neumáticos de recambio para vehículos pesados, es suficientemente significativa de la existencia de una posición de dominio en atención a que el resto de competidores sólo disponen de cuotas de entre el 4 y el 8 por ciento. Vid. STJCE en «Michelin c. Comisión», de 9 de noviembre de 1983, *Rec.*, 1983, pp. 3461-3509. Y lo mismo ocurre en «United Brands Company et United Brands Continental BC c. Comisión», de 14 de febrero de 1978, el Tribunal mantiene que una cuota de mercado de United Brands superior en una o dos veces sobre su competidor inmediato, unido a otros factores es prueba suficiente de su posición de dominio. Vid. STJCE en «United Brands Company et United Brands Continental BC c. Comisión», de 14 de febrero de 1978, asunto C-27/76, *Rec.*, 1978, p. 207.

⁴²⁰ Vid. «Tetra Pak», Decisión 88/501/CEE, de 26 de julio de 1988, en el asunto IV/31043, *DOCE*, L-272, de 4 de octubre de 1988, p. 27.

⁴²¹ Vid. BELLAMY, C., y CHILD, G., *Derecho de la competencia en ...*, ob. cit., p. 519.

⁴²² El concepto de relativas absolutas hace referencia a las cuotas de mercado de empresas que sin tener posición dominante en el mercado en causa sí disponen de una importante cuota que le permiten cierto grado de autonomía. Pero sin llegar a al nivel de una empresa con posición dominante. Por tanto, la relatividad de la posición se determina en relación con la posición absoluta. De modo que conforme a este planteamiento cabe afirmar que las posiciones relativamente absolutas son aquellas que se encuentran muy próximas a la situación de posición dominante para el mercado en causa.

efectivas por empresas con pequeñas cuotas. Unos niveles de participación que por sí mismos no son significativos pero que bajo ciertas circunstancias pueden consolidarse como auténticas posiciones dominantes. Así, en un mercado fuertemente fragmentado en el lado de la oferta podría darse el caso de que una empresa con una cuota de mercado inferior al 30 por ciento pueda ser considerada como abusiva.

Un ejemplo bastante significativo en relación con este planteamiento tiene lugar en la jurisprudencia norteamericana en el asunto «Brooke Group Ltd. c. Brown & Williamson Tobacco Corp.», de 22 de junio de 1993⁴²³. La demandante «Brooke Group Ltd.» también conocida como «Liggett», observó una oportunidad de negocio en el mercado de cigarrillos de segmento bajo. Sobre todo a raíz de las enormes pérdidas que sufrió como consecuencia de la reducción de su cuota de mercado en los cigarrillos de marca. Ha de recordarse que el precio de la materia prima y del manufacturado para el tabaco es un porcentaje mínimo en relación al precio final. En éste influyen en gran medida partidas como impuestos y gastos de publicidad que le vienen a atribuir un cierto estatus a través de la imagen de marca de quien los consume. El mercado de cigarrillos de marca se encontraba en manos de seis empresas. En dicho mercado en 1988 habían dos grandes productores «Philip Morris» y «R.J. Reynolds» con una cuota de mercado del 39,3 por ciento la primera y el 31,8 por ciento la segunda. El resto de las empresas tenían cuotas inferiores, como «Brown & Williamson» con 10,9 por ciento, «Lorillard» con el 8,2 por ciento y «American Brans» con el 9,2 por ciento. A su vez, estas cuotas de mercado están compuestas por dos partes bien diferenciadas, por un lado, el mercado de cigarrillos de gama alta *branded cigarettes* en la que se encuentran marcas como «Newport», «Pall Mall», «Kool», «Winston» y «Malboro», y por otro lado, los cigarrillos de gama inferior o genéricos con precios significativamente más bajos. La empresa «Brooke Group Ltd.» observa un nicho de mercado de gran potencial, el de los consumidores de cigarrillos que no están dispuestos a pagar ese sobre precio. Y ante la caída

⁴²³ Vid. «Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.», 92, US, 466, 1993. La empresa «Brooke Group Ltd.» era conocida anteriormente con el nombre de «Liggett», por lo que algunos autores se refieren al asunto como «Liggett c. B&W». La empresa demandada con tan sólo un 12 por ciento del mercado norteamericano de cigarrillos especialmente en los de la gama alta, entra en el mercado de cigarrillos genéricos con una estrategia predatoria en precios dirigida a primero expulsar del mercado a «Brooke Group Ltd.» para recuperar posteriormente las pérdidas en las que hubiera incurrido vía precios monopolísticos. Para un estudio más detenido del impacto que supuso dicho asunto en la doctrina *vid.*, entre otros, BAUMER, W. J., «Predatory pricing and maximum RPM in the 7th Circuit: post-predation oligopoly/duopoly no unlawful», *Antitrust L. & Econ. Rev.*, v. 23, núm. 4, 1991, pp. 49-58; JORDAN, W. H., «Predatory after Brooke Group: The problem of State “sales below cost” statutes», *Emory L. Jounl.*, v.38, 1991, pp. 489-511; BUERNET, W. B., «Predatory pricing with 12% market share: Recoupment via tacit collusion in the cigarette oligopoly [I, II, III, IV y V]» *ANTITRUST L. & ECON. REV.*, 1991; BULLOCK, F. W., «Court’s final jury instructions in the cigarette oligopoly-predation case: competitive injury requires supra competitive prices via ‘market power’», *Antitrust L. & Econ. Rev.*, v.22, 1991, pp. 57-83; *idem.* «No ‘tacit collusion’ in the U.S. cigarette industry: lack of market power, predation, or supra competitive prices», *Antitrust L. & Econ. Rev.*, 1991, pp. 75-90; AREEDA, P., «Predatory pricing in the cigarette oligopoly: ...», *ob. cit.*, pp. 81 y ss; KENNEDY, A. M., «Predation and ‘recoupment’ in the cigarette oligopoly: It’s still ‘implausible’ but we still can’t define it (I)», 1993, pp. 95-110; *id.* «Predation and ‘recoupment’ in the cigarette oligopoly: It’s still ‘implausible’ but we still can’t define it (II)», *Antitrust L. & Econ. Rev.*, 1994, pp. 81-98; EDITOR’S NOTE, «Symposium: Predatory pricing after Brook Group», *Antitrust L. Jounl.*, v. 62, 1994, pp. 537-540; DINGER, M. L. & HERFORD, J. A., «Predatory pricing claims after Brook Group», *Antitrust L. Jounl.*, v. 62, 1994, pp. 541-558; ELZINGA, K. G. & MILLS, D. E., «Trumping the AREEDA-TURNER test: The recoupment standard in Brook Group», *Antitrust L. Jounl.*, v. 62, 1994, pp. 559-584; BAKER, J. B., «Predatory pricing after Brook Group: An economic perspective», v. 62, 1994, pp. 585-603; GLAZER, K. L., «Predatory pricing and beyond: Life after Brook Group», *Antitrust L. Jounl.*, v. 62, 1994, pp. 605-633; FREEMAN, M. L., «Predatory pricing after Brook Group: Economic goals prevail», *Alab. L. Rev.*, v.58, 1994, pp. 243-260; FOX, K. J., «Brooke Group, Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.: taking the predator out of predatory pricing», *Cap. Univ. L. Rev.*, v. 23, 1994, pp. 581-610; ZERBE, R., & MUNFORD, M., «Does predatory pricing exist? Economic theory and the courts after Brooke Group», *The Antitrust Bull.*, winter, 1996, pp. 949-985; ADAMS, W., & BROCK, J. M., «Predation, “rationality” and judicial somnambulance», *Univ. of Cincinn. L. Rev.*, v. 64, 1996, pp. 811-879.

fulminante que habían experimentado sus ventas lanza en 1980 una campaña comercial completa y dirigida a la venta de cigarrillos de segmento bajo con el nombre de «*black and white*». Unos cigarrillos que no sólo tenían un precio inferior en un margen de entre el 30 al 45 por ciento, sino que además combinó su venta con otras estrategias como precios especiales para los militares y estudiantes, entre otros. Dicha estrategia tiene éxito y tan sólo cuatro años después ya tenían una cuota de mercado nacional del 4,1 por ciento en el mercado de cigarrillos global —marca y genéricos—, lo que implicaba casi el 97 por ciento del submercado de cigarrillos genéricos a nivel nacional. Ello había supuesto, por la diferencia de precios, un ahorro para los consumidores de unos 300 millones de dólares pero al mismo tiempo, había generado grandes beneficios para «Brooke Group Ltd.» Ante este espectacular avance algunos de sus competidores también lanzaron cigarrillos genéricos. En 1983 «Brown & Williamson» con una cuota de mercado del 11,3 por ciento lanza «*Twenty-five's*», una cajetilla con 25 cigarrillos frente a los tradicionales 20 que lanzaban sus rivales y en marzo de 1984 «R. J. Reynolds» lanza «*Doral*». Todos ellos dirigidos al mismo segmento que «Brook Group» a un precio que según la demandante eran inferiores a sus costes variables medios, pero superiores a los costes totales medios y básicamente dirigidos a expulsarlos del mercado.

Para que dicha estrategia tuviera éxito era necesario una conducta colusiva dirigida a eliminar el mercado de genéricos en una estrategia de precios predatorios contra «Brown & Williamson» desde julio de 1984, hasta finales de 1985. Y para ello se sirvieron de subvenciones cruzadas procedentes del mercado de cigarrillos del segmento alto con la finalidad eliminar a la demandante, recuperar las pérdidas a través de rentas monopolísticas, y finalmente, reorientar la demanda hacia los cigarrillos de segmento alto a los que les ganaban un mayor margen.

Sin embargo, el asunto se desestimó porque el cuarto circuito entendió que con un nivel de costes inferiores al coste variable medio realizado colectivamente no era posible que tuviera éxito. Un planteamiento que vino a confirmarse por el hecho de que todos los concurrentes habían incrementado sus cuotas de mercado en el submercado de cigarrillos genéricos, con lo que los consumidores han recibido vía descuento, un importante ahorro en sus respectivos gastos en tabaco⁴²⁴. Además el Tribunal desestimó la posibilidad de que la conducta realizada colectivamente contra «Brown & Williamson» en atención a la imposibilidad de un pacto colusivo entre tantas empresas siguiendo la jurisprudencia en el asunto «Matsushita Electric Industrial Co. c. Zenith Radio Corp.»⁴²⁵. Y al mismo tiempo, este asunto puso de manifiesto la posibilidad real de que una empresa con una cuota de tan sólo el 12 por ciento tenga una posición de dominio. Precisamente porque se definió mal el mercado relevante de producto, que no era el de cigarrillos general, sino el submercado de cigarrillos genéricos.

Por consiguiente y en atención a los supuestos expuestos, se ha podido comprobar como cuotas de mercado pequeñas unidas a determinadas características de la oferta y la demanda pueden constituir posición dominante. Básicamente en mercados altamente fragmentados en la oferta y en la demanda con poca elasticidad. Cuando concurren estos elementos no cabe afirmar taxativamente que estas empresas no pueden influir en el mercado de un modo anticompetitivo a través de precios predatorios —susceptibles de alcanzar el resultado desleal—, por tener pequeñas cuotas de mercado. En el asunto analizado la estrategia del demandado parece que no funcionó

⁴²⁴ Básicamente el Tribunal parece seguir el planteamiento realizado por el profesor AREEDA al concluir que «[...] predation has impossible here because (1) B&W, with at most 12% of the market, had no “market power” and hence no hope of recouping; (2) plaintiff’s own executives had denied on the stand that their “branded” prices were anything but “fair” to the consumer; (3) entry by the majors into branded-generics proved that they had no “alignment of interest” in terms of killing off (or slowing the growth of) the generics; and (4) the relevant market being all cigarettes, B&W’s handsome profits “overall” during the alleged predatory period —on generics and “premium” —brandeds— established that its “prices” had been no only above AVC but above ATC as well!»

⁴²⁵ Vid. «Matsushita Electric Industrial Co. c. Zenith Radio Corp.», 475, US, 574, 1986, en el que el Tribunal desestimó la pretensiones del demandante en atención a la dificultad que entrañaba la realización de una práctica predatoria por empresas japonesas durante un periodo de casi veinte años. El motivo a su reducción de precios no procedía de una práctica concertada, sino de una reducción de los costes de producción

debido a la buena acogida que tuvo el mercado de los cigarrillos genéricos, que a la poca idoneidad de la práctica colusiva —consistente en vender por debajo del coste variable medio pero por encima del coste medio total—. Lo que pudo hacer gracias a la existencia de subvenciones cruzadas procedentes de la venta de los cigarrillos de marca.

Sin embargo, este criterio no parece a juicio del TJCE ni de la Comisión, determinar la existencia de una posición de dominio. El primero, en el asunto «Metro SB-GroBmärkte GmbH & Co. KG. c. Comisión», de 22 de octubre de 1986. Al entender que salvo circunstancias excepcionales, una cuota de mercado del 10 por ciento es por sí misma insuficiente como para calificar una posición de dominante⁴²⁶. La segunda, en el asunto «Metaleurop, S.A.» ha señalado que unas cuotas de mercado entre el 12 y el 18 por ciento no dan lugar a una posición dominante, y que incluso tras una fusión, unas cuotas de mercado de entre el 20 y el 30 por ciento tampoco, mientras no restrinjan la competencia⁴²⁷. En cualquier caso, parece que los niveles de cuota de mercado exigidos para apreciar la existencia de una posición dominante se han rebajado a tenor de los *Informes Noveno* —1980, punto 22— y *Décimo* —1981, punto 150— en los se aceptan que cuotas de mercado entre el 20 y el 40 por ciento puedan ser calificadas como dominantes cuando concurren otros elementos⁴²⁸.

B) Periodo de mantenimiento de las cuotas

Una vez analizada la cuota de mercado con la prudencia de quien analiza un concepto de carácter relativo en atención a las diferentes variables, procede en estos momentos analizar el segundo elemento que necesariamente ha de concurrir para concluir objetivamente si hay o ha habido posición de dominio, estos es, la duración temporal de la cuota de mercado⁴²⁹. Nuevamente, ni la normativa comunitaria, ni la nacional establecen unos parámetros temporales objetivos conforme a los cuales se pueda determinar, en relación con su cuota de mercado si una empresa tiene, ha tenido o tendrá una posición de dominio. A excepción, como se ha observado de cuotas de mercado superiores al 50 por ciento. Por tanto, en la mayoría de los supuestos, las cuotas de mercado por sí mismas, aún cuando objetivamente estén bien determinadas, son insuficientes para concluir si una empresa tiene o no posición de dominio. Parece aceptado que una posición dominante durante un corto periodo de tiempo no permite calificar una conducta

⁴²⁶ Vid. STJCE «Metro SB-GroBmärkte GmbH & Co. KG. c. Comisión», de 22 de octubre de 1986, *Rep.* 1986, asunto 75/84, p. 3021.

⁴²⁷ Vid. «Metaleurop, S.A.», Decisión de la Comisión de 26 de junio de 1990, 90/363/CEE, asunto IV/32846, *DOCE*, L-179, de 12 de julio de 1990, p. 41.

⁴²⁸ Un planteamiento, el de la posibilidad real de que una empresa con escasa cuota de mercado pueda tener una posición de dominio ya aparecía en el Memorándum de 1 de diciembre de 1965 bajo el título «Le problème des concentrations dans le marché commun», *Etudes, Série Concurrence*, Bruselas, 1966, núm. 22, al mantener que «Una empresa que puede eliminar, en el momento en el que lo desee, a las demás empresas competidoras del mercado puede ya disponer de una posición dominante y determinar de manera decisiva el comportamiento de las otras empresas, aun cuando su propia cuota de mercado no sea todavía relativamente significativa.»

⁴²⁹ Este elemento temporal esencial en relación con la cuota de mercado es lo que WAELBROECK, M. M. y FRIGNANI, A., *Derecho europeo de la competencia*, v. 1, (versión española por SÁENZ-CORTABARRÍA FERNÁNDEZ, I. & MORALES ISASI, M.), Bosch, Barcelona, 1997, denominan «perspectiva dinámica», en la medida en que «[...] la posesión de una cuota de mercado elevada no coloca a la empresa que la tiene en una situación de fuerza si no tiene un carácter duradero». Tras analizar la STJCE en el asunto «Hoffmann-La Roche c. Comisión», de 13 de febrero de 1979, considerando 41, *Rec.*, 1979, p. 461, *CMLR*, 3/1979, p. 211, FRIGNANI mantiene que la cuota de mercado por sí misma considerada puede llevar a resultados aberrantes si su utilización no se combina con otros factores.

como dominante. Ni realizar ningún tipo de reproche de deslealtad, ya que esta posición puede ser el fruto de una situación coyuntural —como promociones, liquidaciones, una ventaja competitiva, una innovación tecnológica o una ventaja comparativa, entre otras—. Aunque no obstante, este planteamiento también debe ser tomado con cautela. Precisamente porque cuotas de mercado de corta duración permiten por sí mismas, durante el periodo en el que se tiene dicha posición realizar comportamientos anticompetitivos o desleales.

Por tanto, la contraposición del concepto de posición dominante ya sea absoluta o relativa con el periodo de tiempo en el que se ha realizado dicha práctica permitirá determinar objetivamente si hay o no posición dominante y su situación en el contexto. Llegados a este punto, aceptada la necesidad del elemento temporal como un «elemento dinámico», procede indicar cuál debe ser la duración temporal de la cuota de mercado para calificar como dominante la posición de una empresa⁴³⁰. Para ello, y ante la imposibilidad de acudir a un criterio que permita delimitar el periodo temporal es por lo que nuevamente se deberá acudir a la jurisprudencia.

Así pues, el TJCE en el citado asunto «Hoffmann-La Rôche c. Comisión», de 13 de febrero de 1979, el Tribunal califica como posición dominante unas cuotas de mercado entre el 75 y el 80 por ciento en un periodo de tres años⁴³¹. En «Tetra Pak International S.A. c. Comisión», de 14 de noviembre de 1996, el Tribunal analiza las cuotas de mercado de Tetra Pak entre 1983 y 1987, un periodo de unos tres años y medio⁴³². Mismo periodo que el transcurrido en el asunto «Michelin» donde el Tribunal analiza la existencia de posición de dominio en un periodo que va desde 1975 a 1980⁴³³. Y similar en «United Brands Company et United Brands Continental BC c. Comisión», de 14 de febrero de 1978, donde analiza las cuotas de mercado entre 1971 y 1974⁴³⁴. Aunque un periodo más amplio se analizó en «Irish Sugar plc. c. Comisión», de 7 de octubre de 1999, con el estudio de cuotas de mercado entre 1985 a 1995⁴³⁵. Y finalmente, en el asunto «AKZO Chemie BV c. Comisión», de 3 de julio de 1991, se analizaron cuotas de mercado entre los años 1979 y 1982, entre otros⁴³⁶.

⁴³⁰ Esta calificación del elemento temporal como «elemento dinámico» ha sido empleada por FRIGNANI en WAELBROECK, M. M. y FRIGNANI, A., *Derecho europeo de la competencia*, v. 1, (versión española por SAENZ-CORTABARRÍA FERNÁNDEZ, I. & MORALES ISASI, M.), Bosch, Barcelona, 1997, pp. 211 y ss.

⁴³¹ STJCE en «Hoffmann-La Rôche c. Comisión», de 13 de febrero de 1979, *Rec.*, 1979, 461, *CMLR*, 3/1979, punto 60, pp. 529 y ss.

⁴³² STJCE en «Tetra Pak International c. Comisión», de 14 de noviembre de 1996, asunto C-333/94, p. I-5951.

⁴³³ STJCE en «Michelin c. Comisión», de 9 de noviembre de 1983, *Rep.*, pp. 3461-3509.

⁴³⁴ STJCE en «United Brands Company et United Brands Continental BC c. Comisión», de 14 de febrero de 1978, asunto C-27/76, *Rec.*, 1978, p. 207.

⁴³⁵ STJCE en «Irish Sugar plc c. Comisión», de 7 de octubre de 1999, asunto T-228/97, considerando 70, en el que «Irish Sugar plc» niega el considerando 108 de la Decisión objeto de recurso en el que se le atribuía una cuota de mercado del 90 por ciento. Un dato que como expone el tribunal, en sí mismo no significa nada, y es el resultado de la suma de unos factores que considerados aisladamente no significan nada, aunque determinadas cuotas por sí mismas, constituyen prueba a existencia de una posición dominante.

⁴³⁶ STJCE en «AKZO Chemie BV c. Comisión», de 3 de julio de 1991, *Rec.*, 1991, p. I-3359, asunto C-62/86.

Por tanto, con base en lo expuesto y aunque no se haya señalado un periodo de tiempo mínimo para calificar una cuota de mercado como estable, alta y dominante hay autores que mantienen que un periodo de cinco años sería suficiente, pero cualquiera inferior a tres años podría ser considerado demasiado corto⁴³⁷. El TJCE mantiene que una cuota de mercado del 40 por ciento, salvo circunstancias excepcionales, pueda ser calificada de posición dominante, siempre que dicha posición la ocupe por un periodo no inferior a tres años. Un criterio muy similar al seguido por la doctrina del TDC, sobre todo porque cuando ha calificado la posición de una empresa como de dominante, éstas tenían altas cuotas. Pero, sin embargo, parece evidente que es una exigencia elevada, sobre todo en atención a la naturaleza y evolución de los actuales mercados. Una empresa en ese mismo periodo puede haber tenido una o varias veces posición de dominio, haber abusado de ella restringiendo la competencia en incluso desaparecer del mercado. Especialmente en sectores relacionados con las nuevas tecnologías.

C) Barreras de entrada y salida

La existencia de éstas en el mercado en causa sin duda alguna coadyuva a consolidar y reforzar la posición de dominio individual o colectiva en el mercado de la empresa que la tenga. De ahí, que este sea el tercer elemento a tener en cuenta a la hora de realizar el análisis sobre la existencia o no de una posición de dominio. Pueden definirse como el conjunto de obstáculos o impedimentos que encuentren las empresas en su acceso o salida del mercado. Múltiples pueden ser las razones que motiven la existencia de dichas barreras como el control de las fuentes de aprovisionamiento, tanto de materias primas como de los productos o servicios, de los canales de distribución, la configuración morfológica de dicho mercado, las diferencias en los parámetros estándar, la necesidad de autorizaciones administrativas o legales, la existencia de economías de escala y experiencia, los excesos de capacidad instalados, las preferencias de los consumidores y el comportamiento de los competidores, reales o potenciales, entre otros⁴³⁸.

⁴³⁷ Vid. BELLAMY, C., y CHILD, G., *Derecho de la competencia en ...*, ob. cit., p. 521.

⁴³⁸ En relación con la necesidad de tener en cuenta en el análisis de la existencia o no de barreras de entrada, no sólo de los competidores reales sino también de los potenciales vid. WELBROECK, M. M. y FRIGNANI, A., *Derecho europeo de la ...*, ob. cit., p. 314; quien a su vez parece seguir el planteamiento de GYSELEN, L. y KYRIAZIS, N., «Article 86 EEC: The monopoly power measurement Issue Revised», *ELR*, 1986, pp. 134-141; WILLIAMSON, O., *Markets and hierarchies*, Nueva York, 1975, pp. 11 y ss., y BORCK, R., *The antitrust paradox: the policy at war...*, Nueva York, 1978, p. 329. El concepto es definido en relación con la producción y distribución de plátanos, en la STJCE en el asunto «United Brands Company et United Brands Continental BC c. Comisión», de 14 de febrero de 1978, asunto C-27/76, *Rec.*, 1978, p. 207, como las que «[...] resultan de la competencia sobre todo las inversiones excepcionalmente importantes que exigen la creación y explotación de plantaciones, de la necesidad de multiplicar las fuentes de aprovisionamiento para evitar las consecuencias de las enfermedades de las frutas y de las intemperies —huracanes, inundaciones—, del establecimiento de una logística apremiante que la distribución de una normativa muy perecedera necesita, de las economías de dimensión de las cuales el recién llegado sobre el mercado no puede beneficiarse inmediatamente y de los costes absolutos de entrada que constituyen sobre todo, todos los gastos fijos de penetración en un mercado, tales como la implantación de una red comercial adecuada, el monto de las campañas publicitarias de gran envergadura, y todos los riesgos financieros [...]»⁴³⁸.

3.6. Otros elementos inherentes a la posición dominante

Llegados a este punto, y una vez más analizados los requisitos objetivos que han de concurrir para calificar la posición de una o varias empresas en el mercado como dominante, procede examinar los otros elementos inherentes⁴³⁹. Que aunque integrados en el concepto de poder de mercado encuentran acomodo en los supuestos anteriormente analizados, conviene estudiarlos de modo individual. Entre ellos, la capacidad financiera —propia de la posición de dominio y de la que se deriva la posibilidad de utilizar subvenciones cruzadas— y el exceso de capacidad instalada, de la que se puede inferir la existencia de unos elevados costes de subactividad.

De concurrir los requisitos analizados, la posición de dominio no prejuzga la existencia o no de competencia suficiente. No obstante, dicha posición le permite a la empresa actuar de un modo independiente sin tener en cuenta a su competencia. Pero tampoco ello prejuzga que las conductas realizadas desde dicha posición de dominio sean o no leales. Es más, en principio y salvo prueba en contrario, dicha conducta ha de reputarse lícita.

La calificación y significación jurídica de la situación de una empresa en el mercado como «dominante» en atención a las diferentes variables analizadas es una opción de política económica. Tal y como se ha expuesto, al igual que lo que ocurría en relación con los conceptos de mercado y de empresa, tampoco existen en Derecho comunitario ni en nuestro Derecho, una norma que establezca una clara frontera entre lo que se considera una posición dominante y lo que no. De ahí que la jurisprudencia haya tenido que ir llenando de contenido la referencia al concepto de posición dominante. Múltiples son las variables que convergen como para establecer una regla que establezca con claridad la frontera entre lo que se considera una posición dominante y lo que no es en atención a un porcentaje. Lo que podría conllevar soluciones desproporcionadas e injustas. Sin embargo, dicho porcentaje relacionado con otros elementos como la duración y la configuración morfológica del mercado permiten determinar la existencia o no de barreras de entrada o salida. Y por ende, la posibilidad real de realizar o no el abuso⁴⁴⁰.

⁴³⁹ Los elementos que la jurisprudencia ha venido exigiendo para la determinación de la cuota de mercado como elemento objetivo-relativo son el periodo de mantenimiento como elemento dinámico y la existencia de barreras de entrada o salida como elementos que contribuyen a determinar la existencia o reforzamiento de una posición dominante.

⁴⁴⁰ En materia de concentraciones económicas tanto el Legislador comunitario como el nacional establecen umbrales conforme a las cuales las empresas deberán preceptivamente solicitar la autorización de la concentración por las autoridades correspondientes. Dicha exigencia obedece al hecho incuestionable de que la operación de concentración dará lugar a una empresa con posición dominante, o bien reforzará la posición de una o de ambas. De ahí que el Legislador sea cauto estableciendo un control previo al obligar a que dicha concentración, salvo los supuestos excepcionados o *de minimis*, proceda a la solicitud de la autorización correspondiente. En este sentido, la normativa establece unos límites que ayudan a determinar con claridad los márgenes de lo que se considera que puede dar lugar a una posición dominante individual o colectiva. Sería deseable establecer un criterio similar también aplicable a otros supuestos y no sólo a las operaciones de concentración, a los efectos de determinar con claridad y objetivamente lo que se considera que es una posición dominante, ya sea individual o colectiva y lo que no, lo que contribuiría a dotar de mayor seguridad jurídica al ordenamiento jurídico.

3.7. Concepto de abuso

Ante la ausencia de un concepto legal de posición dominante se ha de acudir a la jurisprudencia, que en la sentencia «Hoffmann-La Rôche c. Comisión» la define como aquella conducta que:

«[...] se refiere a una situación de fuerza económica de la que disfruta una empresa sobre el mercado en causa y le permite actuar con una considerable independencia frente a sus competidores, sus clientes y por último, frente a los consumidores. Tal posición a diferencia de lo que ocurre en una situación de monopolio o de cuasimonopolio, no excluye la existencia de cierta competencia pero permite a la empresa que la ocupa, si no determinar, al menos influenciar de forma considerable las condiciones en las que la competencia va a desarrollarse y, en cualquier caso, comportarse sin tener que tomarla en consideración y sin que esta actitud le sea perjudicial [...]»⁴⁴¹.

Llegados a este punto, una vez determinada objetivamente la posición dominante de una empresa, metodológicamente procede pasar a realizar el juicio de deslealtad de ciertas conductas realizadas desde dicha posición. El reproche de deslealtad es una cuestión jurídica con base en criterios de política económica, por lo que la deslealtad vendrá determinada por la calificación de ésta como de abusiva con respecto a un determinado juicio de lealtad y comportamiento.

3.8. Manifestaciones del abuso

Las manifestaciones y formas que puede adoptar el ejercicio abusivo de posición dominante son múltiples. De ahí que careciendo de una definición legal la jurisprudencia haya ido completando el concepto, de modo tal que el catálogo de actos contenido en la norma es de *numerus apertus*.

⁴⁴¹ STJCE en «Hoffmann-La Rôche c. Comisión», de 13 de febrero de 1979, *Rec.*, 1979, p. 461, *CMLR*, 3/1979, p. 211. Asimismo, el elemento de la independencia en la actuación se puso de manifiesto posteriormente en la STJCE en «Hugin Kassaregister AV y Hugin Cash Registers Ltd. c. Comisión», de 31 de mayo de 1979, asunto C-22/78, *Rec.*, 1979, p. 1879, al mantener el Tribunal que «[...] el fabricante de un producto está en posición dominante cuando está en medida de determinar su comportamiento sin tomar en consideración las fuentes de aprovisionamiento competidoras». Posteriormente en la STJCE en «Michélin c. Comisión», de 9 de noviembre de 1983, *CMLR*, 1/1985, p. 282, como: «[...] posición poco vulnerable a la competencia». Dicho concepto ha sido completado en 1986 por la jurisprudencia del TJCE en «British Leyland Public Limited Company c. Comisión», de 11 de noviembre de 1986, asunto C-226/84, *Rec.*, 1986, p. 3263, en el que declara como posición dominante el monopolio legal de la empresa en la expedición de certificados de conformidad. También resulta interesante la STJCE en «United Brands Company et United Brands Continental BC c. Comisión», de 14 de febrero de 1978, asunto C-27/76, *Rec.*, 1978, p. 207, al establecer que una posición dominante es «[...] el resultado de la reunión de una serie de factores que, tomados aisladamente, no serían necesariamente determinantes». Un criterio que el Reglamento 4064/89, siguiendo la línea marcada por el TJCE «[...] ha llegado a considerar como abusivo el mero reforzamiento de una posición de dominio en el mercado [...]». *Vid.* VELASCO SAN PEDRO, L. A., «Prácticas colusorias y abuso de posición dominante», en *La integración económica ...*, ob. cit., p. 564. Un planteamiento, tanto el realizado por el autor como el contenido en el Reglamento 4064/89 que parecen seguir los criterios expuestos por el TJCE en el asunto «Continental Can c. Comisión», de 21 de febrero de 1973, en cuyo considerando 26 establece que «[...] el grado de dominación así alcanzado obstaculizaría sustancialmente la competencia». Por tanto, el grado de dominación que se pueda alcanzar, incluso a través de una operación de concentración podrá limitar de modo sustancial la competencia eficiente y de ahí la necesidad de proceder a su control.

El artículo 82 del TCE declara incompatibles con el mercado común y por tanto prohíbe «[...] la explotación abusiva por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en un parte sustancial del mismo.» Y como no determina lo que ha de entenderse como abusiva procede a citar algunos ejemplos. Entre ellos, en el párrafo segundo califica como tales:

«a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; b) limitar la producción, en el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva.; d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.»

Un criterio muy similar, al seguido por el Legislador comunitario ha sido, como no podía ser de otro modo, el que ha realizado por el Legislador español en el artículo 6 de la LDC. Un precepto aparentemente más completo que el citado artículo 82 del TCE. Aunque la realidad es bien distinta, porque la norma *antitrust* española se limita a exponer los diferentes supuestos que la jurisprudencia comunitaria ha ido calificando de abuso de posición dominante. Establece que «Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas» —artículo 6.1. de la LDC—, incluso cuando dicha posición individual o conjunta «haya sido establecida por disposición legal» —artículo 6.3. de la LCD—, siempre que tengan lugar en el «mercado español» —artículo 6.1. a) de la LDC—. La primera, contenida en el apartado a) de dicho precepto. Y la segunda, contenida en el apartado segundo, como una variante de la explotación abusiva de la posición de dominio por una o varias empresas de «[...] la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus proveedores y clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad» —artículo 6.1. b) de la LDC—. Posteriormente la disposición establece una lista ejemplificativa de hasta siete supuestos en los que puede concretarse el ejercicio abusivo de una posición dominante como:

«a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios y otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.; b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las Empresas o de los consumidores.; c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestaciones de servicios.; d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación de desventajosa frente a otros.; e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.; f) La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses,

salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas por el proveedor o en caso de fuerza mayor.; g) Obtener o intentar obtener bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas».

Por tanto, tras analizar los diferentes preceptos resulta evidente que el concepto de abuso es un concepto objetivo⁴⁴². Compuesto por dos importantes elementos. En primer lugar, por una posición dominante objetiva que por sí misma, por su sólo existencia no pueda ser calificada como anticompetitiva o desleal. A las empresas en estas condiciones cabe exigirles un plus en su actuación en el mercado⁴⁴³. Y en segundo lugar, la realización de conductas comerciales contrarias a lo que se considera competencia normal o racional y que por sí misma afecta a la competencia existente y a la posibilidad de incremento de ésta. Unas conductas que ya sea por acción u omisión persiguen una finalidad que puede ir dirigida a expulsar, disciplinar a los competidores para que acepten condiciones comerciales a las que de otro modo no hubieran accedido, a generar barreras de entrada o salida que impidan o retrasen la entrada de competidores reales o potenciales⁴⁴⁴.

En este contexto, partiendo de esta primera hipótesis de trabajo, el abuso consistente en una venta a pérdida, salvo excepciones, sólo es posible por empresas con poder de mercado. De lo contrario, y según este planteamiento, dicha empresa sería incapaz de soportar las pérdidas y el incremento de la demanda posterior. Por ello y antes de proceder al estudio de la venta a pérdida se deberá analizar la relación entre los dos conceptos objetivos expuestos hasta el momento, la posición de dominio y la necesidad del abuso.

⁴⁴² Con términos similares ha sido definido por el STJCE en el asunto «Hoffmann-La Roche c. Comisión», de 13 de febrero de 1979, *Rec.*, 1979, p. 461, *CMLR*, 3/1979, punto 6: «[...] El concepto de abuso en un concepto objetivo que se refiere a la conducta de una empresa en posición dominante que influye en la estructura de un mercado cuando, como resultado de la propia presencia de la empresa en cuestión, el nivel de competencia se debilita y que, recurriendo a métodos distintos de los que configuran la competencia normal en las transacciones comerciales de bienes o servicios, tiene el efecto de amenazar el mantenimiento del grado de competencia aun existente en el mercado o el incremento de esa competencia.»

⁴⁴³ Como acertadamente han señalado BELLAMY, C., y CHILD, G., *Derecho de la competencia en ...*, ob. cit., p. 532, dichas conductas serían perfectamente lícitas —desde la óptica de este precepto— de no ser realizadas por empresas con posición de dominio. Precisamente porque al no ostentar posición de dominio no afectará a la estructura del mercado, ni debilitará la competencia, de modo que cuando una empresa sin posición dominante realice conductas que se aparten de la competencia normal, la conducta no podrán incluirse dentro de estos supuestos.

⁴⁴⁴ Las simples amenazas o la intimidación, siempre que resulten objetivamente idóneas, caerán en el marco de la prohibición del artículo 82 del TCE. En este sentido *vid.* Waelbroeck, M. M., y Frignani, A., *Derecho europeo de la ...*, ob. cit., pp. 359-360, al mantener que «[...] La tentativa de abuso no es punible como tal. Ello no significa que en un comportamiento objetivamente susceptible de explotar a los consumidores o de obstaculizar a los competidores sólo sea condenable si consigue el efecto deseado. Tal comportamiento, incluso interrumpido antes de dar sus frutos, puede producir efectos perjudiciales, principalmente, intimidando a los terceros o debilitando su capacidad de resistencia. Así pues, las amenazas, las tácticas de acoso o de intimidación podrán constituir infracciones al artículo 86 del TCE [*actual artículo 82*], aunque no consigan el efecto deseado [...]»

3.9. Dificil clasificación

Las posibilidades de manifestación de abuso de posición de dominio son múltiples, pudiendo resultar un esfuerzo pírrico la elaboración de una clasificación. Tan variadas como capacidad e ingenio puedan tener los concurrentes al mercado. De ahí las dificultades e incluso escasa operatividad de los intentos por realizar una clasificación⁴⁴⁵. El artículo 82 del TCE en su segundo párrafo establece un catálogo de actos calificables de abusivos. La redacción del precepto tiene dos notas especialmente significativas. Por un lado, los supuestos de abusos enumerados no pueden ser considerados como una lista de *numerus clausus* sino de *numerus apertus*. Y por otro, como consecuencia del primero, los términos en los que está redactado permiten incluir un gran número de actos calificables de «prácticas abusivas»⁴⁴⁶.

En la doctrina se han realizado intentos por establecer una clasificación de actos anticompetitivos y desleales en el marco del artículo 82 del TCE y 6 de la LDC. En el citado artículo encajarían comportamientos relacionados con los precios como precios excesivos, precios de fidelidad o cuantitativos, precios desiguales, precios predatorios o de rapiña, eliminación de competidores o precios de evicción, cese de suministro o rechazo de venta, refuerzo de posición dominante o prácticas monopolísticas, compartimentación de mercados, reserva de actividad auxiliar, restricciones de uso, negativa a participar en acuerdos, retirada de acuerdos existentes y utilización excesiva de derechos de propiedad industrial e intelectual, entre otros⁴⁴⁷.

Como se observa, una enumeración mucho más amplia que la contemplada en los preceptos que regulan la prohibición de abuso de posición dominante. La clasificación debe recoger tanto las primeras como las segundas. Ya sea porque efectivamente la conducta se encuentre en cualquiera de los cuatro apartados del artículo, o bien, porque sin estarlo puedan calificarse como prácticas abusivas, a lo que ha contribuido en gran medida la doctrina y la jurisprudencia⁴⁴⁸. Una

⁴⁴⁵ Vid. FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, C., *Derecho de la competencia. Comunidad ...*, ob. cit., pp. 283-295.

⁴⁴⁶ Con ello parece pretenderse poner ejemplos de conductas abusivas y reducir el coste de error en la calificación de aquéllas que no encontrándose en el catálogo de actos puedan constituir un abuso.

⁴⁴⁷ Vid. FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, C., *Derecho de la competencia. Comunidad ...*, ob. cit., pp. 283-295; VELASCO SAN PEDRO, L. A., «Prácticas colusorias y abuso de posición dominante», en *La integración económica ...*, ob. cit., p. 584 y ss., quien diferencia en relación a las posiciones dominantes entre explotativas y abusivas, desde las que evidentemente podrán realizarse las prácticas abusivas. Con similar criterio vid. KORAH, V., *Introducción al Derecho y práctica de la competencia en la CEE*, traducción de FERNÁNDEZ DE ARAÓZ y GÓMEZ-ACEBO, A., Barcelona, 1988, pp. 216 y ss., quien diferencia entre conductas restrictivas de la competencia, como p.e., el reforzamiento de la posición de dominio a través de supuestos de concentración de empresas, y las conductas desleales en sentido amplio, aunque remitidas a las prácticas abusivas del Derecho *antitrust*. Recientemente la misma autora en la 7.ª ed., *EC Competition Law and Practice*, OXFORD-Portland Oregón, 2000, pp. 106 y ss.

⁴⁴⁸ Un catálogo de actos, propio de la disciplina *antitrust* pero con notas traídas de la disciplina de la competencia desleal. Aunque ambas normativas están perfectamente diferenciadas desde el planteamiento dualista de FIKENTSCHER, *Wettbewerb und Gewerblicher Rechtsschutz*, Munich, Berlin, 1958, citado por PAZ-AREZ, C., «El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust (Un ensayo sobre el Derecho alemán de la Competencia desleal)», *RDM*, 1981, p. 105, parece que sus contornos delimitadores cada vez aparecen más difuminados. Precisamente porque los actos de competencia desleal adquieren

clasificación que parece haber sido utilizada por el Legislador español en el artículo 6 de la LDC, en el que se incluye un grupo de conductas que han venido siendo calificadas como abusivas tanto por el Legislador comunitario como por el nacional. En este contexto, y sin ánimo de abarcar la tarea de realizar una clasificación exhaustiva de actos calificables como prácticas abusivas derivadas de una posición dominante podría emplearse la diferenciación entre abusos de posición dominante de carácter explotativos y abusos anticompetitivos⁴⁴⁹. Entre los primeros, los abusos explotativos —artículos 82. a), c), y d) del TCE, y 6.2. a), d) y e) de la LDC—se encuentran

«[...] las conductas en las que la empresa en posición de dominio aprovecha su poder de mercado para apropiarse de la renta de sus clientes mediante la fijación de precios excesivamente altos, la discriminación entre clientes no basada en criterios objetivos, pagar sus suministros a precios demasiado bajos o imponer condiciones no equitativas.»⁴⁵⁰

A los que hay que sumar los abusos competitivos como

«[...] precios y condiciones desleales [precios deslealmente bajos, como por ejemplo, reducciones de precios limitadas en el tiempo o en el espacio destinadas a eliminar al competidor, precios deslealmente altos, discriminación, abuso de derechos de propiedad industrial e intelectual y la vida fácil]»⁴⁵¹.

Debiendo incluir también en esta clasificación la explotación abusiva de la situación de dependencia económica y la explotación de la situación de dependencia tecnológica. Y entre los segundos, los abusos anticompetitivos se encuentran

«[...] aquellos en los que la firma dominante trata de limitar la competencia en el mercado con el objeto de mantener y/o aumentar su poder de mercado. Normalmente, dicho tipo de conductas no tiene por qué constituir un fin en sí mismo, sino un medio para garantizar la futura explotación de sus clientes o suministradores.»⁴⁵²

relevancia *antitrust* cuando se convierten por esta vía en prácticas abusivas. No obstante, la normativa *antitrust* a nivel comunitario tiene por objeto velar por la defensa de los principios y criterios de política económica que inspiraron su redacción. Lo mismo que la normativa *antitrust* de los diferentes Estados miembros en sus respectivos ámbitos. Mientras que la disciplina de la competencia desleal en aplicación y desarrollo será realizada por cada uno de los Estados miembros.

⁴⁴⁹ Como ya se ha indicado en WAELBROECK, M. M. y FRIGNANI, A., *Derecho europeo de la ...*, ob. cit., p. 361.

⁴⁵⁰ Vid. PRIETO KESSLER, E., «Principales problemas de la regulación del abuso de posición de dominio», *GJ*, núm. 205, enero-febrero, 2000, p. 25.

⁴⁵¹ En relación con este último concepto vid. BELLAMY, C., y CHILD, G., *Derecho de la competencia en ...*, ob. cit., p. 554 han puesto de manifiesto que el artículo 82 del TCE prohíbe «limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores» planteando que bajo este precepto, calificado como de «vida fácil» podrían perseguirse los supuestos de «ineficiencia, pereza, falta de dirección o negligencia voluntaria», pudiendo ser considerados como actos de abuso de posición dominante. Aunque, perseguir este tipo de conductas parece exceder con creces a la función que ha de cumplir el Derecho *antitrust*.

⁴⁵² Vid. BELLAMY, C., y CHILD, G., *Derecho de la competencia en ...*, ob. cit., p. 533.

En esta categoría de actos habrá de incluirse la negativa de suministro, los denominados precios ruinosos, las primas de fidelidad y prácticas similares, la discriminación de precios, y otras conductas anticompetitivas como determinadas modalidades de concentración de empresas. Y también cabría incluir el ejercicio abusivo de acciones judiciales, que podría encajar tanto en los supuestos de los abusos de posición dominante explotativos, como de los anticompetitivos. Lo mismo que ocurre con los supuestos de explotación abusiva de la situación de dependencia tecnológica y la modificación de los estándares de compatibilidad.

3.10. Necesidad de relación entre la posición y el abuso

Parece evidente que la posición de dominio se configura como justo premio a quien ha concurrido en el mercado con base en sus propios méritos. Por tanto y en pura lógica el abuso es un paso más y necesita de la existencia de una posición previa de dominio. Sin que además se exija la presencia de una relación causal, en el sentido de intención dañosa, entre la posición dominante y el abuso⁴⁵³.

⁴⁵³ En este sentido se ha pronunciado el TJCE al mantener que «[...] el Tribunal de Justicia considera que no es necesario que exista una relación causal entre la posición dominante y su abuso. Un comportamiento puede ser contrario al artículo 86 (*actual artículo 82*) aunque no suponga el ejercicio de un poder de mercado por parte de su autor [...]» *Vid.* WAELBROECK, M. M. y FRIGNANI, A., *Derecho europeo de la ...*, ob. cit., p. 363. Un planteamiento que parece seguir la STS de los EE.UU. en el asunto «United States v. Grinnell Corp.», 384 US, 563, 1966, p. 570. Se trata de una conclusión que vuelve a repetirse en la página 371 al mantener que «[...] Tanto en la sentencia *Continental Can* —considerando 27: «[...] attendu que, tels étant le sens et la portée de l'article 86 du traité, le problème, évoqué par les requérants, du lien de causalité qu, à leur avis, devrait exister entre la position dominante et son exploitation abusive, ne revêt pas d'intérêt, le renforcement de la position détenue par l'entreprise pouvant être abusif et interdit par l'article 86 du traité, quels que soient les moyens ou procédés utilisés à cet effet, dès lors qu'il aurait les effets ci-dessus décrits ;»— como en la sentencia *Hoffmann-La Roche* (Vitaminas) —considerando 91 «attendu qu'on ne saurait, pour écarter la qualification d'exploitation abusive de position dominante, accepter l'interprétation proposée par la requérante selon laquelle l'exploitation abusive impliquerait que l'utilisation de la puissance économique conférée par une position dominante soit le moyen grâce auquel l'abus a été réalisé; que la notion d'exploitation abusive est une notion objective qui vise les comportements d'un marché au, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition économique, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence;»—, el Tribunal de Justicia ha negado la necesidad de todo nexo causal entre la posición dominante y el abuso. De ello se deduce que el artículo 86 (*actual artículo 82 del TCE*) no sólo prohíbe los comportamientos que, por naturaleza, únicamente pueden ser adoptados por una empresa en posición dominante, sino también aquellos que pueden ser adoptados por cualquier empresa, pero que producen un efecto contrario a la competencia dado que su autor tiene una posición dominante. Incluso cuando el efecto anticoncurrencial no guarda ninguna relación con la posición dominante, ello no le impide que se halle prohibido por el artículo 86». Lamentablemente, el autor parece confundir la interpretación que el TJCE hace del artículo 86 (*actual artículo 82 del TCE*), por dos motivos. En primer lugar, porque en la medida en que el TJCE está prohibiendo los acuerdos adoptados por cualquier empresa que produzcan un efecto contrario a la competencia cuando la empresa tiene posición dominante, está aceptando y reproduciendo lo dicho por el Tribunal en relación con el hecho de que el abuso sólo podrá ser realizado desde dicha posición. Que como se observa es una premisa previa, y luego el TJCE viene exigiendo, como no podía ser de otro modo, un nexo causal entre la posición de dominio determinada objetivamente y el acto concurrencial anticompetitivo e intencional en el que se concreta el abuso. Y en segundo lugar, porque «[...] si el efecto concurrencial no guarda ninguna relación con la posición dominante [...]», en modo alguno podrá encuadrarse en el marco del artículo 82 del TCE —o en su caso el artículo 6 de la LDC—, concebidos para la represión de los abusos de posición dominante, sino, en todo caso en cualquier otro supuesto, pero no en el de abuso de posición dominante.

Así pues, la posición dominante de una empresa es legítima cuando a esa situación haya llegado por sus propios méritos. Luego la posición de dominio es un hecho objetivo, cuya deslealtad, el abuso en cuestión aparecerá al realizarse cualquiera de las conductas previstas en los apartados a), b), c). y d) del artículo 82 del TCE. O bien, otras que sin estar comprendidas en los anteriores apartados «[...] puedan afectar al comercio entre los Estados miembros». Por tanto, la conducta anticompetitiva recogida en dicho precepto no es la prohibición de la posición dominante, sino el ejercicio abusivo de dicha posición. De modo que resulta evidente la necesidad de relación causal entre la posición dominante y el abuso, se haya buscado o no.

En esta posibilidad encajan los supuestos de concentraciones empresariales, en donde la posición de dominio, ya sea individual o conjunta produce niveles de concentración que por sí mismos afectan a la estructura de la competencia en el mercado en el que operan. De ahí que el Reglamento sobre concentraciones económicas trate de controlar y evitar aquellas concentraciones que den lugar a posiciones dominantes. Pero el resultado de la concentración, se realice o no, no podrá calificarse de abuso de posición dominante, sino en todo caso de posición dominante. El abuso exige un plus, una conducta intencionada y dirigida a utilizar y beneficiarse de las prerrogativas que confiere la posición de dominio. Una conducta abusiva que expresa una actuación independiente y autónoma que implica perjuicios contra otros concurrentes, contra el mercado y contra los consumidores y usuarios. Por todo ello, para la aplicación del artículo 82 del TCE —y en su caso, del artículo 6 de la LDC en el ámbito nacional— ha de existir una relación causal objetiva entre la posición dominante y el abuso de la misma.

4. Otros elementos de la estrategia predatoria

4.1. Subvenciones cruzadas y exceso de capacidad

Éste es otro de los elementos que obligatoriamente habrán de analizarse a los efectos de complementar el estudio en el marco de la primera hipótesis y de cuya existencia unida a elementos estructurales de la oferta, de la demanda y del mercado que permiten inferir objetivamente la existencia de una posición dominante. Por tanto, la concurrencia de alguno de estos elementos o de ambos, junto a otras condiciones son fundamentales para que el agresor vía venta a pérdida pueda realizarse con visos de éxito. La primera (A), las subvenciones cruzadas, tienen lugar cuando la empresa agresora no cuenta con los recursos financieros necesarios en un determinado mercado, pero sí dispone de dichos recursos en otro y los utiliza para realizar su conducta, derivando los recursos del segundo hacia el primero. Y la segunda (B), el exceso de capacidad, cuando como consecuencia de la reducción del precio el agresor tenga que hacer frente al incremento de la demanda del producto o servicio en cuestión o de otro sustitutivo, siendo condición indispensable disponer de capacidad de producción instalada y dispuesta para ser usada sin incurrir en costes elevados. De lo

contrario, en esta fase de la estrategia, al vender a pérdida sólo podrá cubrir parte del incremento de la demanda, siendo satisfecho el resto por los otros concurrentes. De modo que el exceso de capacidad coadyuva a alcanzar su objetivo. Unos incrementos en los costes que finalmente son trasladados a los destinatarios finales⁴⁵⁴.

Para valorar las posibles consecuencias negativas derivadas del primer supuesto habrá que delimitar correctamente el mercado geográfico de producto o servicio. En cambio, para el segundo, habrá que determinar con claridad la razonabilidad del exceso de capacidad instalada, los costes que ello genera y la utilización que de la misma se hace por la empresa.

A) Subvenciones cruzadas en la jurisprudencia comunitaria

Se entiende por subvenciones cruzadas cualquier tipo de ayuda que una empresa pueda recibir procedente del mismo grupo de empresas del mismo mercado o de otro diferente. De ahí la importancia de la correcta definición de mercado de referencia que necesariamente deberá contener ambos segmentos. Precisamente porque las ventas a pérdidas realizadas en un mercado sólo son viables técnicamente, siempre que se compensen con los beneficios que obtiene en el otro mercado. La licitud o no de estas conductas ha sido debatida en atención a la determinación del contenido esencial de determinados servicios en la UE⁴⁵⁵.

La existencia de subvenciones cruzadas permite a la empresa que las recibe compensar las pérdidas procedentes de una estrategia de venta a pérdida con los beneficios que genera la misma empresa o el grupo en otro mercado. Mantenga o no un precio superior o inferior al precio de mercado. Lo relevante es que con dichas ventas genere beneficios suficientes para no sólo cubrir los costes en el

⁴⁵⁴ Para un estudio detallado de los costes de subactividad y sus efectos sobre la imputación general de los gastos *vid.* GONZÁLEZ PINO, L., *Costes 9. Sistema práctico*, v.1, Ediciones Analíticas Europeas, Madrid, 1989, pp. 22-26.

⁴⁵⁵ En este marco, el debate se centraba en determinar si las líneas deficitarias podrían ser compensadas por las líneas más beneficiosas en sectores reservados. Y parece quedar resuelto, al menos en lo referente a los servicios postales tras la aprobación de la Directiva 97/67/CE. Con ella se trata de impedir la existencia de subvenciones cruzadas del sector reservado al no reservado. *Vid.* Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio —DOCE, L-15, de 21 de enero de 1998, pp. 14-25—. *Vid.* CAMPBELL JR, J. I., «Overview of the International Postal Reform Movement», 1998, p. 10 del documento dactilografiado, http://www.jcampbell.com/rowland/jc_98cat.pdf, quien expone que con ello se marcan las pautas para el abandono del principio según el cual la financiación del servicio universal debe asegurarse mediante subvenciones cruzadas gracias a los excedentes generados en los sectores reservados. En este mismo sentido la STJCE, de 19 de junio de 1997, en el asunto «Air Inter c. Comisión», asuntos T-260/94, *Rec.*, 1997, II, p. 997, apartado 139 relativo al acceso de las compañías aéreas de la Comunidad a las rutas intracomunitarias —DOCE, L-240, p. 8—; así como las SSTPI, «Union française de l'express —UFEX— y otros c. Comisión», de 25 de mayo de 2000, asunto T-77/95 RV, puntos 5, 26, 28; «UPS Europe S.A., c. Comisión», de 9 de septiembre de 1999, asunto T-127/98, punto 2. Una solución que coincide con la realizada en sectores como la privatización de las telecomunicaciones. Al respecto, en relación con el Derecho español y con la obligatoriedad de llevar contabilidades separadas por ramas de actividad *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, «Obligación legal de separación de cuentas o ramas de actividad. El ejemplo de los operadores de telecomunicaciones», *RDM*, núm. 23, julio-septiembre, 1999, pp. 1103 y ss.

segundo mercado, sino también las pérdidas en el primero. Evidentemente es una estrategia muy agresiva sólo al alcance de empresas con posición de dominio, pudiendo además calificar la conducta de abuso de posición dominante vía precios discriminatorios, al mantener precios diferentes en los mercados implicados, tanto a nivel vertical como horizontal.

En la jurisprudencia comunitaria

El TPI en el asunto «United Parcel Service Europe S.A. c. Comisión», de 9 de septiembre de 1999, conoce de la demanda que tenía por objeto que la Comisión declarase desleales determinadas prácticas de «Deutsche Bundespost AG» —DB— en el mercado del servicio postal y la existencia de subvenciones cruzadas sobre dicho servicio contrarias a los artículos 86 del TCE (*actualmente, artículo 82 TCE*), 90 del TCE (*actualmente, artículo 86 TCE*), 92 del TCE (*actualmente, artículo 87 TCE*, tras su modificación) y 93 del TCE (*actualmente, artículo 88 TCE*)⁴⁵⁶. La demandante, «United Parcel Service» —UPS—, se dedica a prestar el servicio de distribución de paquetes en todo el mundo, con oficinas en todos los Estados miembros de la UE, en particular en Alemania. La demandante alega que «DB» utiliza los ingresos procedentes de su monopolio en el mercado alemán en la correspondencia básica para subvencionar de forma cruzada los servicios de transporte de paquetes. Finalmente, la Comisión es condenada por el TPI por omisión, pero debido a su falta de competencia no la conmina a que tome una Decisión en el plazo de un mes, tal y como solicita la demandante⁴⁵⁷. No obstante, resulta interesante la fundamentación de la demanda, precisamente en la utilización por parte de «DB» de subvenciones cruzadas del servicio básico para primar el servicio de paquetería. Y parece evidente que la Comisión debería haber utilizado los correspondientes estudios económicos para determinar si efectivamente «DB» realizó o no prácticas contrarias al artículo 86 del TCE (*actualmente, artículo 81 del TCE*) al emplear subvenciones cruzadas.

Posteriormente el mismo Tribunal se pronuncia el 25 de mayo de 2000 en «Union française de l'express y otros c. Comisión» en relación con el recurso de anulación de la Decisión SG (94) D/19144 de la Comisión, de 30 de diciembre de 1994, por la que se desestima la denuncia de la demandante, de 21 de diciembre de 1990⁴⁵⁸. En esta denuncia el «Syndicat français de l'express international» —SFEI—, actual «Union française de l'express» —UFEX— compuesto por «DHL International», «Service CRIE» y «May Courier», denuncian ante la Comisión al Estado francés y al servicio francés de correos en la empresa «La Poste». La denuncia tiene por objeto que la Comisión declare que la empresa «La Poste» ha infringido el Tratado CEE en materia de

⁴⁵⁶ Vid. «United Parcel Service Europe S.A., c. Comisión», de 9 de septiembre de 1999, *DOCE*, L-13, p. 204; EE 08/01, p. 22.

⁴⁵⁷ El punto 1.º del fallo del Tribunal declara que «[...] la Comisión ha incumplido las obligaciones en virtud del Tratado CE, al abstenerse o bien de iniciar un procedimiento contra la persona a quien se refiere la denuncia presentada por la demandante de 7 de julio de 1994 o bien de adoptar una Decisión definitiva de archivo de dicha denuncia [...]» Además, la pretensión de la demandante de que a la Comisión, una vez sea declarada su omisión, se la obligue a actuar en el plazo de un mes excede con creces a las competencias del TPI en atención al auto del mismo Tribunal, de 12 de noviembre de 1996, en «SDDDA c. Comisión», asunto T-47/96, *Rec.*, 1996, p. II-1559, apartado 45. Por ello, el Tribunal, de acuerdo con el artículo 175 del Tratado, sólo puede declarar la existencia de una omisión contraria al Derecho. Posteriormente, conforme al artículo 176 del Tratado, corresponde a la Comisión tomar las medidas necesarias para ejecutar la sentencia del TJCE —punto 50—.

⁴⁵⁸ Vid. la STPI «Union française de l'express y otros c. Comisión», de 25 de mayo de 2000, asunto T-77/95 RV, que se dicta a raíz de la devolución del asunto en virtud de la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de marzo de 1999, «UFEX y otros c. Comisión» (C-119/97), *Rec.*, 1999, p. I-1341, por el que se anuló la sentencia del TPI, de 15 de enero de 1997, «SFEI y otros c. Comisión», T-77/95, *Rec.*, 1997, p. II-1. Posteriormente los demandantes denunciaron la falta de acción de la Comisión en los términos del artículo 175 del TCE, pero sus pretensiones tampoco fueron atendidas.

competencia, en concreto el artículo 86 del TCE (*actualmente, artículo 82 del TCE*). Básicamente por utilizar subvenciones cruzadas vía asistencia logística y comercial derivada de su posición de dominio en beneficio de su filial la «Société française de messageries internationales» —SFMI—. Una empresa que se beneficiaba de unas condiciones anormalmente ventajosas y que operaba en el mercado conexo de correo rápido a nivel internacional. La asistencia logística consistía en la utilización de las infraestructuras de «La Poste» para la recogida, selección, transporte, distribución, entrega al cliente, tratamiento aduanero privilegiado de la principal extendido a su filial y la concesión de condiciones financieras privilegiadas. La asistencia comercial a juicio de los demandantes viene dada por la transferencia de parte del fondo de comercio de la clientela actual y potencial, así como la realización de operaciones de promoción de publicidad de «La Poste» a favor de «SFMI». La tramitación de la denuncia pasó por diferentes vicisitudes pero finalmente a diferencia del supuesto anteriormente analizado, los denunciados primero y demandantes después aportaron los correspondientes estudios económicos. Aunque finalmente la Comisión no apreció infracción del artículo 82 del TCE ya que los demandantes no consiguieron aportar pruebas que justificasen la investigación de la Comisión⁴⁵⁹.

No obstante, resulta interesante las alegaciones realizadas por las partes en relación con la existencia de subvenciones cruzadas, tanto en lo referente a la logística como a la comercialización. Precisamente, porque gracias a la cobertura de «La Poste», su filial «SFMI» consiguió en tan sólo dos años un crecimiento enorme. Y ello porque sus costes básicamente eran soportados por la estructura de la matriz ofreciendo en el mercado unos precios muy competitivos con los que ninguno de los miembros de «UFEX» podía hacer frente. De ahí que la Directiva citada en su artículo 9, apartados 2, 3 y 4 establezca los requisitos para garantizar la racionalidad y eficiencia del servicio universal pero sin que se puedan utilizar subvenciones cruzadas entre sectores excepcionados y no excepcionados⁴⁶⁰. Por ello establece la obligación de que en un plano no superior a dos años los Estados miembros procedan a establecer un sistema de contabilidad separado entre los sectores excepcionados y no excepcionados⁴⁶¹.

B) Subvenciones cruzadas y ventas a pérdida

En el ámbito comunitario la utilización de subvenciones cruzadas en estrategia de ventas a pérdida han tenido lugar en dos asuntos que sin perjuicio de

⁴⁵⁹ Vid el auto del TJPI de 30 de noviembre de 1992, «SFEI y otros c. Comisión», asunto T-36/92, *Rec.*, 1992, p. II-2479. Posteriormente fue anulado por el TJCE quien lo devolvió al TPI en sentencia de 16 de junio de 1994, «SFEI y otros c. Comisión», C-39/93, *Rec.*, 1994, p. I-2681.

⁴⁶⁰ Vid. Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio, *DOCE*, L-15, de 21 de enero de 1998, pp. 14-25. En cuyo artículo 9.4. «Para garantizar la salvaguardia del servicio universal, cuando un Estado miembro determine que las obligaciones de servicio universal, conforme establece la presente Directiva, representan una carga financiera injusta para el proveedor del servicio universal, dicho Estado podrá constituir un fondo de compensación administrado con tal fin por una entidad independiente del beneficiario o beneficiarios. En tal caso, podrá supeditar la concesión de las autorizaciones a la obligación de contribuir financieramente a dicho fondo. El Estado miembro deberá garantizar que se observan los principios de transparencia, no discriminación y proporcionalidad al establecer el fondo de compensación y fijar el nivel de las contribuciones financieras. Sólo podrán financiarse de esta forma los servicios a que hace referencia el artículo 3.

⁴⁶¹ En este sentido, el artículo 14 de la citada Directiva, apartados 1.º y 2.º establecen que: «1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que dentro del plazo de dos años a partir de la fecha de entrada en vigor de la presente Directiva, la contabilidad de los proveedores del servicio universal responda a lo dispuesto en el presente artículo. 2. Los proveedores del servicio universal mantendrán en sus sistemas de contabilidad interna cuentas separadas, como mínimo para cada servicio correspondiente al sector reservado, por un lado, y para los servicios no reservados, por otro. Las cuentas correspondientes a los servicios no reservados deberán establecer una distinción clara entre los servicios que formen parte del servicio universal y los que no formen parte del mismo. Dichos sistemas de contabilidad interna se basarán en principios contables coherentemente aplicados y objetivamente justificables.»

su posterior estudio individualizado conviene en estos momentos esbozar algunas de sus características. Estos fueron a) «AKZO Chemie V c. Comisión», de 3 de julio de 1991 y b) «Tetra Pak International c. Comisión», de 14 de noviembre de 1996⁴⁶².

a) «AKZO Chemie BV c. Comisión»

Este es el primer asunto que llega a la Comisión «ECS c. AKZO», de 14 de diciembre de 1985, y posteriormente al TJCE «AKZO Chemie BV c. Comisión», de 3 de julio de 1991, en relación con la figura de los precios predatorios⁴⁶³. Aunque en puridad, y como se expuesto en el capítulo III, habría que hablar de venta a pérdida, un concepto más amplio que el anterior⁴⁶⁴.

El mercado británico e irlandés del agente blanqueador para harinas, un peróxido orgánico conocido como peróxido de benzoilo, estaba controlado por las empresas «Engineering and Chemical Supplies Ltd.», «Diaflex» y «AKZO UK» con unas cuotas de mercado muy similares⁴⁶⁵. La empresa «AKZO UK» es una filial totalmente participada por «AKZO Chemie», que junto a sus filiales constituyen la división de especialidades químicas del grupo neerlandés «AKZO NV». En dicho contexto, la empresa «ECS» decide ampliar sus actividades hacia el mercado de agentes blanqueadores para el mercado de la industria del plástico. Tanto «ECS» como «AKZO» participan en dos mercados perfectamente diferenciados, por un lado, el de blanqueadores para la harina, y por otro, el de blanqueadores para plásticos en el que «AKZO» tenía una posición dominante. Desde dicha posición y a raíz de la Decisión de «ECS» de participar en el segundo mercado, el de blanqueadores para plásticos, «AKZO» amenaza y procede a reducir progresivamente sus precios en el primer mercado, el de blanqueadores para harinas. La gravedad para «ECS» de la amenaza y de su potencial realización era capital, porque:

«[...] mientras que el mercado de aditivos para harinas resultaba vital para ECS, sólo tenía importancia limitada para AKZO, mucho más interesada en el mercado de peróxidos orgánicos para su aplicación en la industria del plástico»⁴⁶⁶.

A denuncia de «ECS», la Comisión investiga y practica registros en las oficinas de «AKZO» encontrando documentos en los que se contenía información

⁴⁶² STJCE en «AKZO Chemie BV c. Comisión», de 3 de julio de 1991, *Rec.*, 1991, 1, p. 3359, y «Tetra Pak International c. Comisión», de 14 de noviembre de 1996, *Rec.*, 1996, p. I-5951.

⁴⁶³ STJCE en «AKZO Chemie BV c. Comisión», de 3 de julio de 1991, *Rec.*, 1991, 1, p. 3359.

⁴⁶⁴ Decisión 85/609/CEE de la Comisión en «ECS c. AKZO Chemie», de 14 de diciembre de 1985, en el asunto IV/30.698, *DOCE*, L 374, de 31 de diciembre de 1985, p. 1; y posteriormente la STJCE en «AKZO Chemie BV c. Comisión», de 3 de julio de 1991, asunto C-62/86, *Rec.*, 1991, 1, p. 3359.

⁴⁶⁵ Punto 17 de la Decisión.

⁴⁶⁶ *Vid.* HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., «La aplicación del artículo 86 del Tratado de Roma a los precios predatorios: el caso AKZO», *ADI*, XIV, 1991-1992, p. 251; *idem*. *Precios predatorios y Derecho ...*, ob. cit., p. 147.

referente a la estrategia a seguir para eliminar a «ECS»⁴⁶⁷. Como consecuencia de ello y del correspondiente expediente sanciona a «AKZO» con una multa millonaria. En el fallo, salvo el inciso iii) de la Decisión de la Comisión —ofertas selectivas para clientes de «ECS»— y el párrafo 5 del artículo 3.º —prohibición de establecer condiciones de venta discriminatorias entre los clientes de «ECS» para atraerlos y los de «AKZO»—, el Tribunal vino a confirmar la Decisión de la Comisión. Concretamente en el punto v) del artículo 1 de dicha Decisión donde la Comisión mantiene que esta conducta sólo ha sido posible durante un periodo de tiempo prolongado gracias a que sus medios económicos eran superiores a los de «ECS», y a la existencia de subvenciones cruzadas entre la matriz y sus filiales. En concreto, entre el mercado de peróxidos blanqueadores para plásticos y los peróxidos blanqueadores para las harinas⁴⁶⁸. Una vez que «AKZO» consiguió eliminar a competidores potencialmente peligrosos como «SCADO», entre otros, «pudo subir el precio del producto sobre el cual se apreciaba la competencia»⁴⁶⁹.

El asunto «AKZO» es un claro ejemplo de practicas anticompetitiva instrumentalizadas en estrategias de precios anormalmente bajos en relación a un determinado nivel de costes. Lo que implica «[...] un comportamiento irrazonable o injusto, dirigido a eliminar o a perjudicar a algún competidor»⁴⁷⁰. La empresa abusó de su posición de dominio, utilizando entre otras estrategias, las subvenciones cruzadas para cubrir las pérdidas que sufría en un mercado con los beneficios de otros. En estos casos, la capacidad financiera derivada de la posición de dominio constituye el medio, mientras que las subvenciones cruzadas, el instrumento de la estrategia anticompetitiva. Por lo que en la definición del

⁴⁶⁷ En el artículo 1 de la Decisión de la Comisión se hace constar que «AKZO»: «i) Había proferido amenazas directas contra «ECS», en el transcurso de reuniones celebradas a finales de 1979, con el objeto de conseguir que se retirase del mercado de peróxidos orgánicos aplicables a los «plásticos»; ii) Había ofrecido y suministrado sistemáticamente a partir de diciembre de 1980 —*grosso modo*— aditivos de la harina a Provincial Merchants, Allied Mills y a la clientela de ECS en el sector de «grandes fabricantes de harina independientes» a precios anormalmente bajos, con objeto de dañar la viabilidad comercial de ECS, obligándola a abandonar su clientela a AKZO o a bajar sus precios hasta vender con pérdidas para poder conservarla.; iii) Había ofrecido ofertas selectivas a los clientes de ECS por los aditivos de la harina, manteniendo lo precios considerablemente superiores (hasta el 60%) que practicaba frente a compradores comparables que ya formaban parte de su clientela habitual.; iv) había ofrecido a los clientes de ECS bromato de potasio y una mezcla de vitaminas a precio de reclamo [cuando normalmente no suministraba este último producto al resto de compradores], en el marco de un contrato global que comprendía el peróxido de benzoilo, con el fin de atraer a su clientela hacia la gama completa de aditivos de la harina, eliminando de este modo a ECS.; v) había mantenido, dentro del plan cuyo objetivo era dañar a ECS, los precios de los aditivos de la harina en el Reino Unido a un nivel artificialmente bajo durante un periodo prolongado, situación que podía soportar gracias a que sus medios económicos eran superiores a los de ECS.; vi) Había seguido una política comercial eliminadora respecto a los proveedores de RHM y de Spillers, obteniendo de dichos clientes detalles precisos sobre ofertas que les hacían otros proveedores de aditivos de la harina (incluida ECS) y realizando seguidamente una oferta a un precio ligeramente inferior a la oferta más baja de la competencia, con el fin de conseguir el pedido, a lo cual debe añadirse (en el caso de Spillers) la obligación impuesta al cliente de comprar a AKZO todas sus provisiones de aditivos de harinas.»

⁴⁶⁸ Punto 43 de la STJCE.

⁴⁶⁹ Punto 56, apartado vii) de la STJCE.

⁴⁷⁰ A este respecto *vid. Décimo Informe sobre Política de la Competencia*, Comisión de las Comunidades Europeas, 1985, p. 85. Una opinión que ya se había manifestado con anterioridad en el *Memorandum de 1966* en materia de concentración en Europa, en relación con este tipo de abusos y poder económico vía «[...] competencia basada en los precios en la que una empresa se involucra para eliminar del mercado a un competidor que no tenga capacidad financiera para resistir durante un período largo las ventas a un precio inferior al coste», *Le problème des concentrations dans le Marché Commun*, Bruselas, 1966.

mercado relevante deberá contemplarse también el mercado del que procede la subvención.

b) «Tetra Pak International c. Comisión»

En este supuesto también se da estrecha relación entre los precios predatorios y la existencia, entre otras estrategias anticompetitivas como la utilización de subvenciones cruzadas⁴⁷¹. El asunto comienza por denuncia presentada por «Eulopak Italia», el 27 de septiembre de 1993, contra la empresa «Tetra Pak Italiana» y sus empresas asociadas en Italia por prácticas comerciales contrarias al artículo 82 del TCE, al explotar abusivamente su posición dominante⁴⁷². Según la denuncia el abuso consistía en la venta de envases de cartón a precios predatorios, la imposición de condiciones desleales para el suministro de máquinas de llenado y, en algunos casos, la venta de este material a precios también predatorios.

La empresa «Tetra Pak International» es una multinacional de origen sueco especializada en la fabricación de máquinas de llenado y de los envases de cartón de productos alimenticios líquidos y semilíquidos, tanto en envasado aséptico como en el no aséptico a nivel comunitario⁴⁷³. En su sector tiene posición de dominio en ambos mercados, en las máquinas de llenado utilizando subvenciones cruzadas para vender a precios predatorios a su filial en Italia, estrategia restrictiva de la oferta y vinculación contractual abusiva de clientes⁴⁷⁴.

En un primer momento la Comisión se pronuncia en la Decisión «Tetra Pak II», de 24 de julio de 1991, sancionándola⁴⁷⁵. Posteriormente es recurrida por la empresa ante el TPI, quien en sentencia de 6 de octubre de 1994 confirma en su mayor parte la Decisión⁴⁷⁶. Finalmente «Tetra Pak» recurre, en casación ante el TJCE quien se pronuncia el 14 de noviembre de 1996 confirmando en lo esencial a la Comisión⁴⁷⁷. A juicio de la esta primero, y del TPI y TJCE después, la empresa «Tetra Pak» vendió el envase «Rex» a un precio inferior a su coste

⁴⁷¹ Es evidente que las subvenciones cruzadas por sí mismas no constituyen una práctica desleal. Es más, su uso es muy frecuente entre la empresas, pertenezcan o no al mismo grupo. Sin embargo, cuando se realizan desde una posición de dominio en el marco de una estrategia de venta a pérdida, se convierten en un elemento necesario para la realización de la conducta, se haya realizado o no, de modo que su existencia, junto a otros elementos, presenta indicios objetivos y racionales de la existencia de precios predatorios.

⁴⁷² Vid. STJCE «Tetra Pak International c. Comisión», de 14 de noviembre de 1996, *Rec.*, 1996, p. I-5951.

⁴⁷³ En el mercado de envases asépticos la estructura era cuasimonopolista, en el que «Tetra Pak» tenía cuotas que oscilaban entre el 90 y el 95 por ciento, mientras que el resto, entre el 5 y 10 por ciento restante estaba en manos de «PKL». A la vez y en el mercado de envases no asépticos la estructura era oligopolista ya que «Tetra Pak» tenía una cuota entre el 50 y el 55 por ciento, «Eulopak» el 27 por ciento y «PKL» un 11 por ciento.

⁴⁷⁴ Puntos 24 a 45 de la Decisión.

⁴⁷⁵ Decisión 92/163/CEE de la Comisión, IV/31.043, «Tetra Pak II», *DOCE*, L. 72/1, de 18 de marzo de 1992.

⁴⁷⁶ La Decisión se recurre ante el TPI quien se pronuncia el 6 de octubre de 1994, «Tetra Pak c. Comisión», asunto T-83/91, *Rec.*, 1991, p. II-755.

⁴⁷⁷ STJCE de 14 de noviembre de 1996, «Tetra Pak International c. Comisión», asunto C-333/94, *Rec.*, 1996, p. I-5951.

variable directo medio, entre el 10 y el 34 por ciento, durante un periodo de unos siete años⁴⁷⁸. Para ello, «Tetra Pak Italia» desde su posición de dominio, casi de monopolio, utilizó subvenciones cruzadas procedentes del mercado de envases no asépticos «Brick» con las que compensaba las pérdidas que sufría en el mercado de envases asépticos. Las pérdidas en las que «Tetra Pak Italia» incurrió durante estos siete años no venían producidas por vender a un precio inferior al coste de fabricación, sino por vender por debajo del precio de adquisición entre 1971 y 1991. Lo que realiza no produciendo directamente dichos envases, sino comprándolos a otras sociedades del grupo fuera de Italia. Con esta estrategia «Tetra Pak» incrementó su cuota de mercado para el envase «Rex» y su competidor «Eulopak» se vio avocado a cerrar una fábrica de reciente creación.

Llegados a este punto, habiendo analizado las subvenciones cruzadas como manifestaciones sintomáticas y objetivamente necesarias para la determinación de la idoneidad de una venta a pérdida como ilícito concurrencial, corresponde continuar el análisis con el estudio de otro de los elementos también necesarios. Se trata del exceso de capacidad instalado, ya que eleva los costes generales por encima de lo racionalmente adecuado, conocidos también como costes de subactividad. Una situación a la que puede llegarse, tanto de un modo activo como pasivo.

4.2. Exceso de capacidad y costes de subactividad

Desde el planteamiento tradicional, para que una empresa pueda llevar a cabo una estrategia de ventas a pérdida deberá tener instalado el exceso de capacidad que le permita responder, en un determinado momento, al incremento de la demanda motivada por la reducción de precios. La fabricación de productos, la puesta a disposición de los mismos y la prestación de servicios son el resultado de un proceso organizativo, de la combinación de dos factores fundamentales; el capital y el trabajo. La suma de toda la producción en un determinado período de tiempo y bajo condiciones normales podrá ser calificada como capacidad de producción, debiendo diferenciar entre el concepto técnico y la producción que realmente se hace⁴⁷⁹. La primera, vendrá determinada por las características

⁴⁷⁸ La determinación del coste variable directo medio es tal vez uno de los mejores instrumentos para poder inferir si efectivamente una empresa ha realizado ventas a unos precios inferiores a un determinado nivel de costes. Para ello habrá de acudir a criterios, en muchos casos discutibles, sobre la imputación y proporción de determinadas partidas de gastos —punto 49 de la Decisión—. De este forma, la investigación sobre los costes se centrará única y exclusivamente sobre los gastos en los que ha incurrido en la producción del producto investigado. Aunque este método facilita el cálculo no parece el más adecuado en la medida en que con él se pierde la visión de conjunto de la estrategia y política de costes de la empresa. No obstante, al quedar el análisis de los costes circunscrito a un producto en concreto, es evidente que el coste variable directo medio será inferior al coste variable medio, luego aparece con mayor claridad que la política de precios de Tetra Pak para el envase «Rex» no sólo fue inferior a sus costes, sino que claramente perseguía una finalidad predatoria.

⁴⁷⁹ Vid. COSTAS COMESAÑA, J., *Los cárteles de crisis. Crisis económica y defensa de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 359-360, quien la define como «[...] la posibilidad de producción de una empresa referida a un producto o servicio determinado en un periodo de tiempo concreto y en condiciones normales. Así entendida, la capacidad no es lo máximo que puede producir una empresa, sino el nivel de producción que permite obtener el coste total medio mínimo [...]».

técnicas del proceso, entendida como producción máxima o potencial que puede alcanzar la instalación productiva bajo unas determinadas condiciones. Y la segunda, vendrá condicionada por la producción efectivamente realizada, que básicamente depende de la relación oferta-demanda en dicho mercado y de la estrategia de la empresa. Precisamente porque permite a cada una de ellas optimizar su dimensión en atención a criterios de eficiencia. La configuración teórica óptima de la capacidad productiva de una empresa vendrá determinada por aquella cuya producción sea capaz de alcanzar, en cada momento, que el coste marginal sea igual al ingreso marginal. O si se prefiere, por que permite hacer frente a la demanda cubriendo los costes totales medios. Evidentemente

«[...] desde el punto de vista económico, existen excesos de capacidad cuando el «coste marginal» (incremento del coste total que resulta de aumentar en una unidad la tasa de producción) es inferior al «coste medio» (aquel que se obtiene de la división de los costes totales por las cantidades producidas) y continúa siendo posible bajar el coste (unitario) medio mediante la producción de más bienes o servicios»⁴⁸⁰.

Sin embargo, esta situación óptima no es fácil de alcanzar ya que los cambios en la capacidad productiva y por ende en la capacidad instalada están sometidas a las vicisitudes de la relación entre la oferta y la demanda. Y como no, a las propias características del proceso productivo, en una lucha constante para que el volumen real de la producción se realice con el menor coste unitario posible⁴⁸¹.

Todas estas variables contribuyen a producir desajustes temporales en la capacidad productiva. En la medida en que las empresas tarden más, o simplemente no reorganicen su capacidad productiva rápidamente, se devengarán costes con cargo a beneficios. Así que la parte restante de la capacidad técnica instalada e inactiva genera unos costes calificados como costes de subactividad. Por ello, la situación teórico ideal de readaptación constante al objeto de optimizar costes bajo criterios de eficiencia en condiciones de competencia se ven afectados por otros elementos. Tales como valores estratégicos en previsión de un incremento de la demanda, estructurales por la disminución la misma o por las propias características de los productos o servicios, entre otros. Todas las

⁴⁸⁰ Vid. *Glosario de Economía Industrial y Derecho de la competencia*, OCDE, 1995, pp. 30-51; COSTAS COMESAÑA, J., *Los cárteles de crisis. Crisis económica y defensa de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 360.

⁴⁸¹ En algunas ocasiones el incremento de la demanda puede no ser suficiente para justificar los costes derivados del incremento de la capacidad productiva de una empresa. En estos casos, la relación oferta-demanda no deja suficiente demanda residual para instalar más capacidad. Por ejemplo, un mercado en el que una empresa responde perfectamente a su demanda con una sola línea de producción que opera al 70 por ciento con un coste de 50. El incremento de la demanda en 40 unidades no justificaría la instalación de una segunda línea en la medida en que el incremento de las ventas no podría cubrir los costes fijos de producción —50+50—. En este caso, la solución más adecuada sería que la empresa incrementara su capacidad actual de producción —70— hasta su capacidad técnica —100—, dejando sin cubrir una demanda de 10. Este exceso de demanda no cubierta simplemente quedaría como demanda residual.

conductas son fruto de una situación de competencia y perfectamente compatibles con el Derecho *antitrust*⁴⁸².

A) Política de costes de subactividad

La existencia de estos costes de inactividad con cargo a los beneficios se aleja de la situación teórica óptima en un mercado en competencia. Reflejan una estructura organizativa cuya inadaptación temporal parece no obedecer a criterios competitivos de eficiencia y cuyo coste social es finalmente repercutido a los consumidores y usuarios y al propio mercado. Esta situación por sí misma no puede ser objeto de reproche alguno, siendo el mercado el que acaba por seleccionar a los concurrentes y los niveles óptimos de capacidad productiva instalada. Sin embargo, en un modelo de competencia imperfecta, no siempre el mercado selecciona bien y el coste de la sobrecapacidad instalada puede convertirse en una forma antieconómica de gestión. Ni siquiera en estos supuestos el Derecho de la competencia debería entrar a valorar en un sentido o en otro. Salvo que en atención a criterios de política económica, tal y como establece el artículo 3.1. y 2. de la LDC —antiguo artículo 5.2. b) de la LPRC—, se trate de permitir no sólo la existencia de estas empresas, sino también la autorización de acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiere el artículo 1. O en su caso, categorías de los mismos, en la medida en que contribuyan a mejorar la producción o comercialización de bienes y servicios, a promover el progreso técnico o económico y siempre que encuentren justificación en la situación económica general. En esta tesitura se encuentran los denominados «cárteles en crisis» que aparecen cuando disminuye la demanda de un modo sostenido y se produce un exceso de capacidad productiva claramente antieconómico⁴⁸³. Por tanto, dichos supuestos de autorizaciones singular, incluso cuando se revelen objetivamente como antieconómicos, se permitirán siempre que los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a las que se refiere el artículo 1 de la LDC, o categoría de los mismos, cumplan con las condiciones establecidas en los cuatro apartados del artículo 3.2. de la LDC⁴⁸⁴.

⁴⁸² Vid. COSTAS COMESAÑA, J., *Los cárteles de crisis. Crisis económica y defensa de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 366, citando el *Glosario de la OCDE*, p. 51, quien mantiene que «[...] las sobrecapacidades son consecuencia más de las condiciones de competencia del mercado que de una estrategia deliberada y dirigida a excluir o disuadir la entrada de nuevos competidores. En este último supuesto, es incluso posible que no todas las empresas del sector sean responsables de la creación deliberada de sobrecapacidades de producción, pero todas, diligentes e irresponsables, pueden sufrir las consecuencias del establecimiento de una competencia destructiva: precios de ruina, descenso de los ingresos, pérdida de competitividad, [...]».

⁴⁸³ Vid. artículo 3.2. b. LDC. También, en un sentido similar el Duodécimo Informe sobre política de la competencia de la Comisión Europea, 1982, párrafo. 38.

⁴⁸⁴ El precepto recoge tres supuestos cuando: «a) Tengan por objeto defender y promover las exportaciones, siempre que no alteren la competencia en el mercado interno y sean compatibles con las obligaciones que resulten de los Convenios internacionales ratificados por España, o; b) Produzcan una elevación suficientemente importante del nivel social y económico de zonas o sectores deprimidos, o; c) Atendiendo a su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia.»

B) Costes de subactividad como manifestación de poder de mercado

Sólo una empresa con poder de mercado puede permitirse el coste económico derivado de la irracionalidad que implica tener un exceso de capacidad instalado y mantenerlo al margen de la competencia. La anticompetitividad de la conducta viene dada por el hecho de que los costes de subactividad se sostienen en una posición dominante y en la ausencia de alternativas sólidas de otros fabricantes u oferentes. Lo que le permite aplicar un precio superior al que habría en un mercado en libre competencia y con competidores sin exceso de capacidad.

En estos casos, bien sea porque se trata de una empresa o sector en crisis y autorizado, o bien, porque no estando en crisis por reducción de la demanda —cuando vende—, o de la oferta —cuando compra—, la empresa ha de encontrarse en una posición de dominio que le permita imponer unos precios superiores a los que podría tener en un mercado en libre competencia.

C) Costes de subactividad en la jurisprudencia comunitaria

En múltiples ocasiones la Comisión y el TJCE se han pronunciado en relación con los costes de subactividad. Normalmente en procedimientos relacionados con ayudas dirigidas a reducirlos. De modo que a continuación se expondrán algunas de los supuestos más relevantes en; a) STJCE de 15 de junio de 2000, en el asunto «Alzetta Mauro y otros c. Comisión»; b) STJCE en el asunto «Elf Atochem, S.A. y otros c. Comisión», de 20 de abril de 1999; y c) en la STJCE en el asunto «República Francesa y otros c. Comisión, de 31 de marzo de 1988.

a) En la STJCE de 15 de junio de 2000, en el asunto «Alzetta Mauro y otros c. Comisión», se impugna la Decisión de la Comisión 98/182/CE, de 30 de julio de 1997, que declara incompatible las ayudas concedidas por la Región de Friuli-Venezia Giulia, Italia, a las empresas de transporte de mercancías por las carreteras de la región⁴⁸⁵. En la Decisión recurrida la Comisión declara ilegales dichas ayudas porque tenían por objeto eliminar el exceso de capacidad productiva que entrañe graves dificultades estructurales, contribuyendo así a una mejor satisfacción de las necesidades del mercado del transporte —artículo 3. 1. d) del Reglamento núm. 1107/70—. A juicio de la Comisión no pueden otorgarse las ayudas ya que no se dan dos de las condiciones básicas que se exigen. La primera, que exista un exceso de capacidad. Y la segunda, que haya un plan de saneamiento. No obstante, las ayudas en cuestión se acaban calificando de ayudas existentes y no son objeto de represión. Lo relevante de esta Decisión es que las ayudas van dirigidas a la reducción del exceso de capacidad instalada, consciente la Comisión que de no hacerlo la estructura de la competencia podría verse seriamente afectada.

b) En la STJCE en el asunto «Elf Atochem, S.A. y otros c. Comisión», de 20 de abril de 1999, en respuesta a un recurso de anulación de la Decisión 94/599/CE de la Comisión, de 27 de julio de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 del TCE⁴⁸⁶. La Decisión

⁴⁸⁵ DOCE, L-66, 1998, p. 18.

⁴⁸⁶ STJCE en «Elf Atochem, S.A. y otros c. Comisión», de 20 de abril de 1999, en respuesta a un recurso de anulación de la Decisión 94/599/CE de la Comisión, de 27 de julio de 1994, IV/31.865, DOCE, 1994, L-239,

de la Comisión es fruto de las investigaciones realizadas los días 13 y 14 de octubre de 1983 en el sector del polipropileno de vinilo —PVC—, en aplicación del artículo 14 del Reglamento número 17 del Consejo⁴⁸⁷. Con base en sus investigaciones la Comisión abrió el 24 de marzo de 1988 un expediente contra catorce fabricantes de PVC. Tras su investigación la Comisión adoptó el 21 de diciembre de 1988 una Decisión relativa a la aplicación del artículo 81 del TCE, y sancionó a determinados fabricantes de PVC por la realización de un acuerdo iniciado en agosto de 1980. Con base en estos acuerdos los productores que suministraban PVC en la Comunidad fijaron precios, cuotas, actividades concertadas para elevar los precios, así como instrumentos de supervisión de dichos acuerdos⁴⁸⁸. Tanto en las investigaciones realizadas por la Comisión, como las referencias que realiza el TJCE se tiene en cuenta el estudio de los excesos de capacidad instalada. Ya que de ello depende la posibilidad de realizar las prácticas concertadas por los fabricantes de PVC introduciendo fragilidad en los precios. Finalmente, el TJCE confirmó la Decisión de la Comisión y la amplió a la empresa «Société artésienne de vnyile» a la que considera participe en la conducta reprochada después del segundo semestre de 1981 —punto 2.º del fallo—.

La conducta concertada nació en un intento de las empresas sancionadas de aprovechar su exceso de capacidad para afectar al nivel general de precios del PVC en la UE en beneficio propio.

c) También es analizado el exceso de capacidad en la STJCE en el asunto «República Francesa y otros c. Comisión», de 31 de marzo de 1988, en los asuntos acumulados C-68/94 —puntos 217 y 247—; en «International Potash Company c. Consejo de la Unión Europea», apoyado por la Comisión y por la «Asociación de los Productores Europeos de Potasa», de 29 de septiembre de 2000, en el asunto T-87/98 —puntos 5 y 45—⁴⁸⁹; «Irish Sugar plc, c. Comisión», de 7 de octubre de 1999, asunto T-228/97 —punto 174 y 241—; «Montecatini SpA c. Comisión», de 8 de julio de 1999, asunto C-235-92 P —punto 114—; y finalmente, entre los más significativos «Weyl Beef Products BV y otros c. Comisión», de 31 de enero de 2001, asuntos acumulados T-197/97 y T-198/97 —puntos 4, 57, 82 y 85—.

Como se observa, cualquiera que sea el motivo por el que se ha llegado a tener exceso de capacidad, la situación puede ser objeto de un doble tratamiento.

p. 14. Asuntos acumulados T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 y T-335/94.

⁴⁸⁷ El Reglamento núm. 17 del Consejo de 16 de febrero de 1962, es el primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado, *DOCE*, 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22.

⁴⁸⁸ Los fabricantes sancionados fueron «Atochem SA», «BASF AG», «DSM NV», «Enichem SpA», «Hoechst AG», «Hüls AG», «Imperial Chemical Industries plc», «Limburgse Vinyl Maatschappij NV», «Montedison SpA», «Norsk Hydro AS», «Société artésienne de vnyile», «Shell International Chemical Company Ltd», «Solvay et Cie» y «Wacker-Chemie GMBH».

⁴⁸⁹ Especialmente interesante es el punto 5 de la STJCE en el que se reproduce el considerando 42 del Reglamento núm. 643/94 que llevó al Consejo a modificar la forma del Derecho impuesto exponiendo lo siguiente: «Habida cuenta de los importantes indicios que indican elusión de los precios mínimos fijados previamente, así como el potencial de acuerdos compensatorios que existe en este sector, es necesario imponer un derecho basado en una cantidad fija por tonelada de potasa importada, correspondiente al margen de dumping calculado [...] Además, habida cuenta, por una parte, del gran exceso de capacidad en la producción de potasa por parte de los países exportadores concernidos, la escasez de compradores locales y la correspondiente existencia de grandes cantidades para la exportación y, por otra parte, de la relativa atracción ofrecida por el mercado comunitario en comparación con otros mercados de exportación, a causa del alto nivel de precios y del nivel adquisitivo de los usuarios, su proximidad y el desarrollo de su infraestructura de transporte, existe la posibilidad de que los exportadores respondan a la imposición de los derechos bajando aún más sus precios de exportación. Este peligro se agrava aún más por el hecho de que se pueden obtener precios muy bajos en las exportaciones a causa de problemas monetarios en los países exportadores afectados y por el hecho de que los contratos de abastecimiento a largo plazo prevalecen en la Comunidad, lo cual puede incitar a los exportadores a ofrecer la potasa a muy bajo precio. Además, para prevenir tal aumento del dumping, se considera necesario establecer que si el precio de los productos importados desciende por debajo de un precio mínimo fijado de acuerdo con el valor normal, el derecho que se imponga debe ser la diferencia entre el precio de importación y el precio mínimo. Tal sistema queda justificado en vista del riesgo patente de un incremento del margen del dumping [...]»

Por un lado, consciente la Comisión de los efectos negativos que produce sobre los precios, el abastecimiento y la competencia en el mercado interior, se articulan ayudas dirigidas a favorecer el saneamiento de estos sectores reduciendo dichos excesos, y cuyo estudio excedería con creces el objeto del presente trabajo. Y por otro lado, desde el Derecho de la competencia en el que el exceso de capacidad técnica de una empresa en relación con su capacidad real puede contribuir a determinar con claridad la existencia de una posición dominante. Debiendo ponderarse entre lo que sería un exceso de capacidad con finalidad defensiva o con finalidad abusiva.

Una situación que faculta a quien la tiene de los medios para llevar a cabo una política de venta a pérdida objetivamente idónea para alcanzar resultados tales como; eliminar a competidores, expulsarlos del mercado, disciplinarlos u obligarles a aceptar condiciones a las que de otro modo no hubieran accedido, o generar barreras de entrada, o en su caso, de salida. A lo que podrá llegar a través de una política de ventas a pérdida que afecte a la imagen de marca, a la imagen de un establecimiento ajeno, o a través de las que causen engaño en los consumidores sobre el nivel general de precios de dicho establecimiento.

D) Costes de subactividad en las resoluciones del TDC

Se observa en las resoluciones del Tribunal en los asuntos «Comercial de Canteras, S.A.» y «Agrupación Nacional Sindical de Industriales Azulejeros del Sindicato Nacional de la Construcción, Vidrio y Cerámica», en relación con el exceso de capacidad de estas empresas en crisis, y en aplicación del artículo 5.2. b) de la LPRC establece que:

«[...] En estos casos, resulta económicamente saludable la lucha competitiva por la conquista del mercado, y la Ley no ha facultado al Tribunal para que autorice acuerdos prohibidos por el artículo 1.º que vengán a entorpecer el espontáneo funcionamiento de las leyes naturales que gobiernan la mecánica del mercado, porque aunque tales acuerdos pudieran ser convenientes para la subsistencia de tales empresas que no han sabido o no han podido mejorar sus sistemas productivos, ellos conducirán al estancamiento y al subdesarrollo económico»⁴⁹⁰.

Y en relación con el segundo asunto, en el considerando quinto y en aplicación del artículo 5.2. b) de la LPRC mantiene que:

«[...] efectivamente podrán autorizarse los acuerdos que tengan como fin la adecuación de la oferta a la demanda, cuando sea manifiesta en el mercado una tendencia sostenida de disminución de ésta, pero no cuando procede de un aumento excesivo de la producción como consecuencia de la puesta en

⁴⁹⁰ RTDC en el asunto «Comercial de Canteras, S.A.», de 24 de octubre de 1970, expte. 74/70, *Jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia*, 1965/1970, pp. 1488-1504, en concreto p.1500.

marcha de modernas instalaciones y del perfeccionamiento de algunas instalaciones ya existentes»⁴⁹¹.

Según este planteamiento, el exceso de capacidad puede ser sobrevenida, como resultado de una disminución sostenida de la demanda derivada de un cambio en las preferencias de los consumidores o en un error de cálculo económico, o de una estrategia dirigida a la sobredimensión de la capacidad productiva, ya sea ofensiva o defensiva. La crisis económica empresarial derivada de ella es sólo imputable a sus actores, debiendo ser el mercado el que autoregule la situación, sin que la autoridades *antitrust* deban intervenir. De lo que resulta evidente que el Tribunal mantiene una tesis contraria al exceso de capacidad instalada, cualquiera que haya sido el motivo por el que se ha llegado a esa situación. Y en todo caso, acepta la posibilidad de dichos acuerdos en atención a criterios de política económica. Precisamente para evitar los efectos nocivos que para el conjunto del mercado, los concurrentes, y los consumidores y usuarios pudieran derivarse de la no autorización de acuerdos contrarios al artículo 1 de la LPRC. En este sentido es de interés el asunto «Asociación Nacional de Fabricantes de Papel» cuyo objeto era reducir el exceso de capacidad de la empresa debido al hecho de que:

«[...] la gran expansión del sector de cartón ondulado ocasionó una infrautilización de la capacidad instalada, hasta el extremo de que con un solo turno de trabajo se satisfaría la demanda del consumo, hecho que conlleva la deteriorización de los precios y la pérdida de calidad de los productos terminados; que debido a la introducción y competencia de embalajes de cartón ondulado, si bien es previsible un aumento en el embalaje de productos precederos, no enlatados [...]»⁴⁹².

El Tribunal contempla el exceso de capacidad productiva con una conducta antieconómica de la que salvo supuestos excepcionales, como situaciones estructurales o estratégicas, debe de huirse. Estas estrategias de sobredimensión de la actividad productiva pueden llevar a todo un sector a la ruina, a realizar políticas de precios bajos para estimular la demanda, a una pérdida generalizada de ingresos sólo soportable por empresas con poder de mercado y en definitiva, a una situación de competencia destructiva. Aunque una vez llegados a esta situación, el Tribunal acepta en determinados supuestos políticas dirigidas a evitar o recuperar determinados sectores en crisis.

⁴⁹¹ RTDC en el asunto «Agrupación Nacional Sindical de Industriales Azulejeros del Sindicato Nacional de la Construcción, Vidrio y Cerámica», de 20 de octubre de 1971, expte. 87/71, *Jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia*, 1971/1975, pp. 448-485 y p.476.

⁴⁹² RTDC en el asunto «AFCO», de 14 de diciembre de 1978, en el expte. 142/78, *Jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia*, 1971/1975, pp. 841-855, p. 847, en el que se estima la petición de autorización de unas prácticas prohibidas consistente en el establecimiento de unos precios mínimos resultantes de aplicar a los precios medios de compra de papel los coeficientes técnicos que se establecen para las diez clases de calidad y gramajes por el plazo de dos años, al objeto de conseguir un beneficio bruto del cinco por ciento sobre ventas antes de impuestos.

En tales supuestos, cualesquiera que sean los motivos que han originado el exceso de capacidad, lo cierto es que vienen a introducir asimetrías cuyos costes son trasladados a los consumidores. Estrategias que permiten a las empresas disponer de los medios objetivos necesarios para realizar políticas de precios de venta a pérdida. Sobre todo cuando se utilizan las ayudas públicas dirigidas a la recuperación para realizar estrategias de ventas a pérdida. Incluso, cuando la sobredimensión es elevada, el coste unitario se encontraría por encima del precio en un mercado competitivo. De modo que al vender a este precio para adaptarse al precio de mercado, en realidad está vendiendo a pérdida.

Por todo ello, el análisis objetivo de los costes de subactividad permite determinar, antes de entrar a analizar el elemento subjetivo —la intencionalidad predatoria del autor de una venta a pérdida— si efectivamente el autor está en condiciones objetivas de realizarla o no. En definitiva, de determinar la idoneidad de la conducta, y en su caso, la represión de la misma. Resulta especialmente significativa la resolución del TDC en el asunto «Tabacos de Canarias», de 16 de febrero de 1999, como consecuencia de las denuncias presentadas por la «Asociación de Fabricantes de Cigarrillos y Cigarros de Canarias y la Compañía Canariense de Tabacos, S.A. c. Tabacalera S.A.» En este supuesto el Tribunal entra a analizar los costes de subactividad y los define como

«[...] la parte relativa a la sobrecapacidad de producción instalada y a la mano de obra improductiva en el momento en que se reduce la producción a consecuencia de una fuerte caída de las ventas» (punto 3).

En el punto 4 de la resolución mantiene además, que

«[...] la subactividad puede ser considerada como un coste más de producción que varía de manera inversa al volumen de ventas del producto y que, por consiguiente, ha de computarse, al igual que sucede con otros gastos, como el consumo excesivo de factores productivos. A estos efectos, hay que tener en cuenta que, por lo general, el coste de la subactividad sólo puede mantenerse de manera prolongada en el tiempo por quien tiene una posición de dominio en el mercado y puede imputarlo a otra actividad que resulta rentable.»

En concreto, esta definición se calcula en el punto 3.3. indicando que dichos costes representarían

«[...] Por lo que respecta al personal: un 14 % en 1990; un 17% en 1991; un 24% en 1992; y un 31% en 1993.» [...] «por lo que respecta a los equipos productivos: un 31% en 1990; un 33% en 1991; un 40% en 1992; y un 47% en 1993.»

Un exceso de capacidad instalado por «Tabacalera S.A.» que puede mantener gracias a la posición dominante que tiene en el mercado relevante. Su abuso se plasma en la realización de ventas de tabacos a unos precios

anormalmente bajos, y en algunos supuestos a unos precios «[...] por debajo de los costes con la finalidad de hacer más difícil o imposible la implantación en el mercado de los potenciales competidores, sin asumir graves riesgos» —punto 5—. El tribunal concluye afirmando que:

«[...] Tabacalera, durante los años 1990 a 1993, ha estado vendiendo los cigarros "Farias" por debajo de los costes de producción; que dos marcas competidoras desaparecieron del mercado en el año 1993; que en ese mismo año Tabacalera incrementó sustancialmente el precio de los cigarros "Farias"; que prácticamente no han entrado competidores en el mercado definido como relevante; y que, si bien es cierto que la marca "Farias" ha perdido cuota de mercado entre los años 1990 y 1993, hay que considerar que tal pérdida, de un lado, se debe en buena medida a la regresión del mercado y, de otro, que podría haber sido mucho mayor si los precios se hubieran fijado conforme a criterios de costes, se llega a la conclusión de la existencia de una estrategia predatoria» —punto 5—.

Una conducta abusiva que sólo está al alcance de empresas con posición dominante. El abuso, a juicio del Tribunal

«[...] se produciría en este caso por la intención [de Tabacalera S.A.] de mantener una marca y una posición en el mercado a base de fijar unos precios que producen unos ingresos por debajo de los costes, esto es, abundantes pérdidas. Esta política sólo puede ser seguida por Tabacalera dada su posición en el sector, su extraordinaria capacidad financiera y la posibilidad de practicar subsidios cruzados entre productos que pertenecen a mercados diferentes, de modo que las pérdidas que se generan con la venta de aquéllos en los que la competencia real o potencial puede ser mayor, se compensan con los beneficios de otras actividades en las que la competencia es menor o inexistente. Así pues, la política de precios de Tabacalera con respecto a la marca "Farias" no puede calificarse de competencia agresiva que lleva a que los productores ineficientes desaparezcan del mercado, sino de estrategia que busca la eliminación de éstos, sean eficientes o no, y que, sobre todo, sirve de aviso a los competidores potenciales para que se abstengan de introducirse en el mercado.»

Finalmente, valga decir que dicho exceso de capacidad a disposición de una empresa con posición de dominio aparece como una condición necesaria, pero no suficiente, para la realización de una venta a pérdida en cualquiera de las variantes objeto de represión. En la medida en que sólo dicho exceso puede permitir hacer frente al incremento de la demanda motivado por la reducción de los precios. En realidad, al objeto del presente análisis el exceso de capacidad instalada y la presencia de costes de subactividad operan como signos para determinar la objetiva idoneidad de la conducta para alcanzar el resultado, cualesquiera que sean los grados de autoría.

4.3. Barreras de entrada y barreras de salida

En un mercado en competencia perfecta el acceso al mismo por los concurrentes es libre y sin coste⁴⁹³. Sin embargo, en un mercado en régimen de competencia imperfecta las asimetrías, los diferentes niveles de información, los ciclos económicos y las preferencias de los consumidores, entre otros, facilitan la existencia de barreras de entrada y barreras de salida que limitan una competencia efectiva.

En el presente epígrafe y en el marco de la primera hipótesis se procederá al estudio de las barreras de entrada y de salida. Otro de los elementos que de concurrir facilitan la realización de la estrategia de venta a pérdida del agresor. Por lo que de su análisis deberá extraerse con claridad la diferenciación entre barreras superables e insuperables.

La presencia de las primeras, permitiría la fácil superación de obstáculos por los competidores para entrar o salir de dicho mercado. Una característica de identidad propia de los denominados mercados contestables, muy próximo al modelo teórico de competencia perfecta. En esta situación, la posibilidad de realizar ventas a pérdida sería difícil ya que el agresor no podrá recuperar posteriormente, vía rentas monopolísticas las pérdidas en las que hubiere incurrido. Y a *contrario sensu*, la presencia de las segundas, de barreras insuperables, supone un reforzamiento de la posición de los que ya operan en dicho mercado en detrimento de los que pretenden entrar.

El fenómeno de las barreras de entrada ha sido objeto de un amplio estudio en materia de concentraciones económicas y en el análisis de las cuotas de mercado agregadas para determinar la autorización o no de la operación de concentración. Y que parte de nuestra doctrina ha definido como

«[...] aquellos obstáculos o dificultades que deben afrontar los nuevos entrantes en el mercado, y que por su intensidad o características son susceptibles de impedir la entrada de competidores en un período de tiempo lo suficientemente corto para disuadir a los operadores ya presentes en el mercado de explotar su posición de dominio»⁴⁹⁴.

⁴⁹³ Vid. BAUMOL, W., PANZAR, J., y WILLICI, R., *Contestable markets and the theory of industrial structure*, ed. Harcourt Brace Jonovich, Nueva York, 1982, citado por VICTORIA VENTURA, J., *Análisis competitivo de la empresa: Un enfoque estratégico*, ... ob. cit., pp. 68-69.

⁴⁹⁴ Vid. BRIONES, J., FOLGUERA, J., FONT, A., y NAVARRO, E., *El control de concentraciones en ...*, ob. cit., pp. 225-241, donde realiza la definición apuntada en relación con operaciones de concentración económicas, ya sean por acuerdos, fusiones o *joint ventures* en el ámbito del mercado comunitario. A mayor abundamiento, para un análisis detenido de las barreras de entrada desde un punto de vista estratégico económico en materia de competencia vid. VICTORIA VENTURA, J., *Análisis competitivo de la empresa: Un enfoque estratégico*, ... ob. cit., pp. 68-69 y en Derecho comparado vid. GEROSKI, P., y JAQUEMIN, A., «Industrial change, barriers to mobility and European industrial policy», *Econ. Policy*, section 3, nov., 1985 y GILBERT, R., «Mobility barriers and the value of incumbency», en SCHANAKEBSEE, R., y WILLIG, R., (eds.), *The handbook of industrial organization*, North Holland, Amsterdam, 1989.

Así, bajo el concepto genérico de barreras de entrada y barreras de salida se encuentran todo un conjunto de elementos, delimitables objetivamente y que contribuyen a dificultar tanto el acceso como la salida del mercado de los competidores reales o potenciales, se encuentren o no en dicho mercado. La existencia de estos elementos viene derivada tanto por variables naturales, esto es, por las características del propio mercado, del producto o servicio y de los consumidores y usuarios, como por variables artificiales generadas por las conductas de los propios competidores.

Las primeras, las variables naturales son calificadas por la doctrina como barreras estructurales o no deliberadas y las segundas, las variables artificiales, como barreras estratégicas o de comportamiento⁴⁹⁵. Entre los primeros ejemplos se pueden citar la construcción de una red de ferrocarriles, red de distribución de gas, red de distribución de productos derivados del petróleo, red de telecomunicaciones, la instalación de una gran superficie, el espacio radioeléctrico, la necesidad de autorizaciones administrativas o gubernamentales para entrar en el mercado y las preferencias de los consumidores entre otras. En todos ellos, la propia naturaleza del servicio y las características del mercado, impiden la existencia de un elevado número de concurrentes porque no queda mercado suficiente para soportar los costes mínimos, o si se prefiere, ausencia de demanda residual suficiente para cubrir la masa crítica.

En cambio, entre los segundos se encuentran todas aquellas conductas que no procediendo de las características intrínsecas del mercado sí proceden de las actuaciones que realicen los concurrentes al amparo de su posición. Comportamientos que tienen por objeto dificultar el acceso o la salida de competidores del mercado y entre las que se encuentran tanto las prácticas leales o competitivas como desleales o anticompetitivas⁴⁹⁶.

En el marco de las conductas leales, también delimitables objetivamente, están todas aquellas que les permiten obtener una ventaja comparativa en costes, tales como la existencia de economías de escala, alcance y experiencia, la utilización de financiación pública por actividad, por creación de empleos, cesión de terrenos gratuitamente para la instalación de la industria, impago de impuestos locales como medida de ayuda, la sobredimensión de la capacidad productiva instalada como medida disuasoria frente a ataques potenciales, la existencia de costes hundidos e irrecuperables, barreras en el suministro o abastecimiento de factores de producción o materias primas, barreras derivadas de derechos de propiedad industrial e intelectual, la existencia de barreras tecnológicas en las que

⁴⁹⁵ En este mismo sentido *vid.* ODCE, *Glosario de economía industrial y Derecho de la competencia*, Madrid-Barcelona-México, 1995, pp. 16-17.

⁴⁹⁶ Las prácticas leales pueden ser definidas en sentido negativo como todas aquellas que no sean desleales, o lo que es lo mismo, que no sean contrarias a la exigencia de la buena fe contenida en la cláusula general del artículo 5 de la LCD y el catálogo que a título ejemplificativo se encuentra en los artículos 6 a 17 de la LCD ambos inclusive. Así como las contenidas en los artículos 1, 6 y 7 de la LDC que más que de desleales pueden ser calificadas como prácticas anticompetitivas. En cualquier caso, para un estudio detallado de la clasificación de los actos desleales *vid.* ROTONDI, M., «Cómo clasificar los actos de ...», *ob. cit.*, pp. 261-297.

habrá que incluir tanto el coeficiente de diferencial tecnológico entre las empresas instaladas y las que pretenden instalarse, así como los parámetros de compatibilidad, barreras derivadas de prerrogativas legales como autorizaciones administrativas, barreras procedentes de la existencia de cadenas de distribución con nivel de capilaridad óptimo, situación de dependencia de los consumidores y usuarios o de los concurrentes, barreras derivadas de requerimientos técnicos o de asistencia técnica o formativa, ausencia de productos sustitutivos, las preferencias de los consumidores y usuarios, dificultad de acceso a la demanda por falta de redes de distribución, por la existencia de contratos de exclusiva de larga duración, porque los operadores ya instalados disfruten de las mejores cuentas de clientes y el coste del capital. Y finalmente, para un competidor ajeno a la UE habrá que incluir además las barreras aduaneras, fiscales, monetarias, ayudas públicas y políticas *antidumping*, entre otras⁴⁹⁷.

Además, a la existencia objetiva de estas ventajas habrá que sumarles la utilización que de ellas se haga por empresas con posición dominante dirigidas a incrementar los costes de sus rivales. En definitiva, toda una serie de elementos objetivos que confieren a su tenedor la condición de empresa privilegiada frente a otros competidores, lo que le permite acudir a la amenaza directa o velada, o incluso a la realización de estrategias empresariales aparentemente irracionales en relación a la lógica que debe impregnar su comportamiento en el mercado.

Entre las prácticas desleales o anticompetitivas de esos comportamientos se encuentran estrategias dirigidas a incrementar los costes de los rivales como el aumento de la producción al objeto de reducir la demanda residual, la reducción de precios para reducir el margen de beneficios de la competencia, realizar políticas de diferenciación y canibalización de sus propios productos o servicios, o bien, conductas dirigidas al acaparamiento de materias o al ejercicio de acciones judiciales basadas en el ejercicio abusivo de derechos de propiedad industrial e intelectual.

Así pues, por un lado, la suma de las características objetivas del mercado y, por otro lado, los privilegios de los concurrentes, puede operar como un instrumento de cierre del mercado a la competencia efectiva, en la medida en que con dichas conductas contribuyen a dificultar la entrada o salida de competidores reales o potenciales. En definitiva, la concurrencia de los elementos anteriores y su uso por los competidores privilegiados les permite blindar su posición. Los competidores que pretenden entrar en el mercado tendrán que calibrar el coste de oportunidad de acceder a un mercado, y entre ellas, la más que segura actitud beligerante de los competidores que ya están. Su posición, ya sea por las características del mercado o por la posición de determinados concurrentes, les permite atrincherarse en una atalaya desde donde su fuerza, si cabe aún más, se

⁴⁹⁷ La definición más amplia de las barreras de entrada, y con la que viene a coincidir mayor parte de la casuística mostrada en el presente párrafo ha sido realizada por BAIN, J., *Glosario de economía industrial y Derecho de la competencia*, ODCE, Madrid-Barcelona-México, 1995, pp. 16-17, para quien «[...] las barreras de entrada son el resultado de la diferenciación de los productos, de las ventajas absolutas de costo de las empresas instaladas y de las economías de escala».

incrementa frente a los nuevos competidores, operando como un elemento disuasorio de primer orden.

Llegados a este punto, se procederá al estudio de las barreras de entrada y salida del mercado como instrumentos que no sólo limitan la libertad de competencia, sino por el hecho de que en el marco de esta primera hipótesis de estudio, éstas condiciones han de concurrir para que la venta a pérdida pueda tener lugar con visos de éxito. Para ello, habrán de analizarse dos cuestiones. La primera, la existencia de barreras de entrada o salida, con especial atención a la existencia de economías de escala, alcance y experiencia. Y la segunda, en relación con la existencia de competidores reales o potenciales en condiciones objetivas de competir.

A) Barreras de entrada

Se califica como barrera de entrada todo aquel conjunto de factores que contribuyen a incrementar el coste de oportunidad de los competidores potenciales en el acceso al mercado. Estos factores vendrán determinados por dos vías, de un modo natural y de un modo artificial. Los primeros, en atención a las características del propio mercado, del producto o servicio, de los concurrentes y por los consumidores y usuarios. Mientras que en los segundos, los factores en cuestión son creados por los concurrentes al objeto de dificultar el acceso al mercado a otros competidores. Entre estas intervenciones, que responden a una finalidad claramente estratégica se debe diferenciar entre las conductas competitivas lícitas y las ilícitas. En las primeras, se incluirán todas aquellas actuaciones fundamentadas en los méritos propios de los concurrentes, por lo que salvo criterios de política económica, los factores que puedan dar lugar a barreras de entrada no serán objeto de represión alguna. En los segundos, la deslealtad de la conducta radica en la utilización de estrategias, métodos y medios no basados en los propios méritos y contrarios a la exigencia de la buena fe, debiendo por ello ser objeto de represión.

En estos supuestos, los competidores se encontrarán ante la disyuntiva de entrar o no en el mercado ante las amenazas, directas o veladas de otros competidores, de su actitud real o potencialmente beligerante o por los escasos beneficios que pudieran derivarse de una guerra de precios⁴⁹⁸. Por consiguiente, ésta conducta provocará una disminución de la competencia y por ende de la eficiencia ya que el agresor que se beneficia de las barreras no tendrá que competir con nadie. De este modo pueden mantener sus precios en unos márgenes

⁴⁹⁸ En este supuesto, en la interrelación entre los competidores que ya operan en el mercado y los competidores potenciales que barajan la posibilidad de entrar en dicho mercado sería de aplicación la teoría de los juegos consecutivos. Las empresas ya instaladas ante la entrada de nuevos competidores tienen dos posibilidades competir o coexistir. En un primer momento, siempre que su estructura se lo permita la tendencia será competir y dificultar la entrada de nuevos competidores. Lo que le ayudará a mantener su cuota de mercado. Sin embargo, una vez que la empresa competidora entra, la tendencia será la de colaborar porque esta segunda opción es menos costosa que entrar en una guerra comercial.

que estarán por encima de los de un mercado competitivo y por debajo del coste de oportunidad de entrada de los competidores potenciales.

A la interrelación entre los competidores que ya operan y los potenciales que barajan la posibilidad de entrar les será de aplicación la teoría de los juegos consecutivos⁴⁹⁹. En este marco, los diferentes concurrentes —tanto para los que ya están en el mercado como para los nuevos—, habrán de tener presente sus respectivos costes de oportunidad en sus dos variantes, tanto de permanencia como de salida.

Pero una vez que se ha producido la entrada y las empresas se encuentran ya instaladas los concurrentes tienen dos posibilidades, competir o coexistir⁵⁰⁰. En un primer momento, siempre que su estructura se lo permita, la tendencia será competir y dificultar la entrada de nuevos competidores. Incluso después de haberse introducido el nuevo competidor podrá inicialmente mantener una actitud beligerante. Sin embargo, una vez que la empresa competidora entra en el mercado por la vía de los hechos consumados la tendencia será la de colaborar, ya que esta segunda opción es menos costosa que entrar en una guerra comercial.

B) Barreras de salida

Se califica como barreras de salida todos aquellos factores que contribuyan a incrementar los costes y dificultar el abandono del mercado de una empresa. La existencia de estos elementos dificulta la recuperación de la inversión realizada. Son variables tenidas en cuentas a la hora de tomar la decisión de entrar o no en un mercado. Para aquellas que ya han invertido, la existencia de barreras de salida operan como un anclaje que las obliga a permanecer por la existencia de costes irrecuperables. Esta situación hace que las empresas ya instaladas se comporten de un modo extremadamente celoso de su posición. Llegando a responder agresivamente ante la existencia de competidores reales o potenciales. En un intento por mantener un nivel de precios bajos en relación a sus propios costes y a los costes de los nuevos competidores. La respuesta obedece a la propia naturaleza

⁴⁹⁹ Al respecto *vid.* la teoría de los juegos desarrollada por NEUMANN, J. y MORGENTERN, O., *The theory of games an economic Behavior*, 3.^a ed., Princeton University Press, Princeton, New York, 1953. Y la gran cantidad de ejemplo en el trabajo de DIXIT, A. y NALEBUFF, B., *Thinking Strategically*, Norton, Nueva York, 1991. Conforme al cual si nuestro competidor dispone de la misma información y medios, cuál sería la estrategia más adecuada para maximizar la ganancia teniendo en cuenta que observa nuestra estrategia y puede reaccionar a ella. Asimismo, *vid.* NASH, J. F., *Essays on game Theory*, Edgard Elgar, 1996. A veces llamado, equilibrio no cooperativo. Un trabajo en el que se desarrolla la teoría matemática para responder a la pregunta del juego cooperativo o rivalidad. Precisamente porque ninguno de los concurrentes podrá mejorar su ganancia si se mantiene la estrategia del otro. En concreto *vid.* el denominado «dilema del prisionero» en SAMUELSON, P. A., y NORDHAUS, W. D., *Economía*, ob. cit., pp. 181-208. En especial la teoría del juego aplicada a la colusión, pp. 205-206. Resultando especialmente ilustrativo el ejemplo entre los dos grandes centros comerciales de Nueva York «Berny» y «Sax Fifth Avenue». También *vid.* TIROLE, J., *La teoría de la organización industrial*, Ariel Economía, Barcelona, 1990.

⁵⁰⁰ En relación con el estudio de las barreras de salida *vid.* VICTORIA VENTURA, J., *Análisis competitivo de la empresa: Un enfoque estratégico*, ... ob. cit., p. 69. Para análisis más detallado de estas empresas con costes fijos irrecuperables *vid.* COSTAS COMESAÑA, J., *Los cárteles de crisis. Crisis económica y defensa de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

de la inversión. Ya que al no poder recuperar con facilidad la inversión realizada la tenencia de unos precios elevados podría dar lugar a que nuevos competidores entren en el mercado. Lo que supondría una disminución significativa de sus ingresos con los que difícilmente cubriría su masa crítica. De ahí que las políticas estratégicas de éstas empresas, ante la existencia de igualdad tecnológica, traten de mantener los precios muy próximos a sus costes, operando así como una barrera de entrada. O bien, sólo realicen políticas de reducción de precios ante la potencial entrada de nuevos competidores. De este modo reduce la demanda residual y desincentiva a los competidores, quienes ven como se incrementa su coste de oportunidad y no queda cuota para cubrir su masa crítica⁵⁰¹.

C) Ventas a pérdida y barreras de entrada o salida

En cualquiera de sus modalidades de autoría, ya sea desde la simple amenaza o desde la realización de las ventas a pérdida pueden ser utilizadas como un instrumento disuasivo cuya eficacia estratégica dependerá de la objetiva idoneidad de la amenaza o de la conducta para alcanzar el resultado. Con ésta práctica el agresor podrá perseguir no sólo la expulsión de un competidor del mercado, la inducción a la confusión sobre el nivel general de precios del mismo establecimiento o la denigración de la imagen de establecimientos ajenos. Sino que también puede ser utilizada para disciplinar a la competencia o impedir la entrada o salida al mercado de otros competidores.

En el presente epígrafe se plantean dos posibilidades, que la venta a pérdida genere barreras de entrada o barreras de salida. Unos efectos tan negativos como la propia expulsión de los competidores y que aparecen contenidos en la prohibición de venta a pérdida. Básicamente cuando la conducta implique una vulneración del principio general de libertad de empresa y por ende de libertad de precios. Precisamente por los efectos anticompetitivos y desleales de la conducta, ya sea cuando la conducta revista finalidad predatoria como cuando no.

En el primer supuesto, tanto la amenaza directa o indirecta, siempre que se muestre objetivamente idónea para alcanzar el resultado amenazado, como la realización efectiva de la venta a pérdida, el agresor está manifestando dos elementos de su estrategia, uno objetivo y otro subjetivo. Por un lado, su capacidad para llevar a cabo su amenaza, y por otro lado, su actitud beligerante. Ello implicaría, de llevarse a cabo la conducta en todos sus términos un incremento de la demanda real, una reducción de la demanda residual y un

⁵⁰¹ Vid. VICTORIA VENTURA, J., *Análisis competitivo de la empresa: Un enfoque estratégico*, ... ob. cit., pp. 68-69, al mantener que «[...] la presencia de activos específicos actúa en un doble sentido, de una parte obliga a las empresas instaladas a defender su posición agresivamente y, de otra, dificulta la entrada de nuevas empresas ante el riesgo de fracaso. Sectores industriales como las siderurgias integrales son representativos de inversiones con elevados costes fijos e irre recuperables, razón por la cual la competencia es muy fuerte entre las empresas establecidas y dificulta la entrada de nuevos competidores. [...] 0, dicho en otros términos, la escasa movilidad de los recursos productivos, *ex post*, a la introducción en la industria que la defienden frente a la posible entrada de nuevos competidores [...]»

aumento del coste de oportunidad de los competidores que están barajando la posibilidad de entrar en el mercado, operando como una barrera disuasoria de primer orden.

El segundo supuesto podría calificarse como de «secuestro de concurrentes». Se da en mercados oligopolísticos en los que coexisten empresas con posición de dominio con una empresa dominante. En dicho contexto, ante la posible entrada de nuevos competidores la empresa dominante, incapaz de absorber al resto de concurrentes y de la correspondiente demanda que estos estaban satisfaciendo, ya sea porque no quiere o simplemente porque no puede, procede a realizar una estrategia de venta a pérdida realmente sibilina. Se trata de reducir los beneficios del resto de los concurrentes con el objetivo de incrementar sus costes de salida. De este modo, debilitados por la no venta de su oferta, se ven obligados a permanecer en el mercado en espera de un mejor momento para salir y recuperar su inversión. Así la conducta del agresor consigue un doble objetivo. Por un lado genera una barrera de salida que puede operar como un instrumento disciplinante de la competencia. Y por otro lado, reduce la demanda residual para potenciales competidores.

En concreto, el ejemplo parece que podría tener lugar en mercados maduros, con altos costes de instalación difícilmente recuperables, y con una misma tecnología cuya posibilidad de competir viene determinada por la aplicación de economías de escala, alcance y experiencia. Mercados tales como la siderurgia, los astilleros, la extracción de carbón o la producción de vidrio entre otros. Evidentemente, el punto débil de esta argumentación se encuentra en la posibilidad de que el debilitamiento del agredido propicie la compra por los competidores reales o potenciales. No obstante, no siempre es factible la adquisición o compra de dichas empresas y ésta es una variable que tendrá que sopesar el agresor, sobre todo teniendo en cuenta que el competidor vendría a colocarse en la posición del comprador. Evidentemente, el agresor puede perseguir con su estrategia de ventas a pérdida múltiples finalidades. En el supuesto analizado las ventas a pérdida son utilizadas como un instrumento para la generación artificial de barreras entrada, barreras de salida o ambas.

D) Importancia del elemento temporal

Llegados a este punto, habiendo delimitado el concepto, clases y características de las barreras de entrada y de salida en relación con el mercado en causa, procede determinar cuando la existencia de las mismas puede ser calificada por el Derecho de la competencia como un instrumento que permita al agresor realizar una venta a pérdida y alcanzar su resultado.

La Comisión y por ende las autoridades *antitrust* de los Estados miembros han venido manteniendo que un periodo de tiempo comprendido entre dos o tres años con barreras de entrada es la frontera entre lo que se considera superable y lo

que no. Precisamente, porque tras dicho periodo la barrera no es superable y ello implicaría la ausencia de competencia en el mercado y un elevado coste social. A los efectos de probar la posición dominante del agresor el análisis del elemento temporal cobra especial importancia. La existencia de barreras de entrada o salida de carácter insuperable por un periodo superior a tres años es un elemento significativo de la posición de dominio de una empresa.

No obstante, porque tres y no cuatro, o porque no uno o dos. La deslealtad de la situación de hecho radica en los medios que se han empleado para llegar a ella. Luego, al menos en principio resulta irrelevante el periodo de tiempo de vigencia de la barrera porque ha nacido viciada. En todo caso sería relevante a los efectos de calcular la correspondiente sanción por las autoridades *antitrust* o en su caso la indemnización por daños y perjuicios por los órganos judiciales. Afirmar que la simple vigencia de una barrera de entrada o salida resulta por sí misma restrictiva de la competencia parece desproporcionado. Si a esa situación se ha llegado por medios leales la conducta será perfectamente lícita. Por todo ello, para determinar los efectos restrictivos de una concreta barrera habrá que estar a las características de la misma y al resto de los elementos que concurran. En definitiva al supuesto de hecho, sin prejuzgar los plazos.

E) Excepción: el principio de doble barrera

Llegados a este punto procede pasar al estudio de las barreras de entrada en la jurisprudencia del TJCE. Se trata de supuestos de control jurisdiccional dirigido a evitar todos aquellos obstáculos que operan como barreras de entrada al comercio intracomunitario⁵⁰². Esfuerzos que persiguen eliminar las barreras no arancelarias y garantizar el principio de libre circulación de mercancías. De este modo se contribuye al incremento de la competencia entre los fabricantes, productores, distribuidores y vendedores finales. Así como un aumento de las posibilidades de elección de los consumidores lo que contribuye a la consecución de este principio comunitario y a una elevación del bienestar social⁵⁰³.

⁵⁰² Vid. artículo 9.2. del TCE.

⁵⁰³ Para un análisis más detenido de la evolución de la jurisprudencia del TJCE en esta materia *vid.* con carácter previo al objeto de obtener una visión general GARDEÑES SANTIAGO, M., «Acercas de los límites de la noción de medida de efecto equivalente: a propósito de la sentencia Keck del TJCE, de 24 de noviembre de 1993, *BOGJCE* y *de la C*, 1994, núm. 97, pp. 5 y ss; JOLIET, R., «Derecho de la competencia desleal y libre circulación de mercancías. La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea», *RDM*, año LI, núm. 604-605, enero-febrero, 1995, pp. 491-521. Y posteriormente para entrar en mayor detalle *vid.* DAUSES, M. A., «La prohibición de las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia», *GJ*, D-22, 1994, pp. 269-312; MARTÍNEZ LAGUE, S., «Revisión jurisprudencial sobre la libre circulación de mercancías», *BOGJCE* y *de la C*, 1993, núm. 90, pp. 1 y ss; JOLIET, R., «La libre circulación de mercancías: La sentencia Keck y Mithouard y las nuevas orientaciones de la jurisprudencia», *GJ*, D-23, 1995, pp. 7-38; LÓPEZ ESCUDERO, M., «La jurisprudencia sobre la prohibición de las medidas de efecto equivalente tras la sentencia Keck y Mithouard», *GJ*, D-28, 1997, pp. 47-94. Finalmente, ante el aparente cambio de orientación del TJCE *vid.* SANZ, R., «El asunto Pjeiffer c. Löwa: ¿El principio del fin de Keck?, *GJ*, núm. 205, enero-febrero, 2000, pp. 41-51; GUILLÉN SANZ, C., «Presente y futuro del art. 28 TCE: Los interrogantes de la fórmula Keck y su papel frente a situación puramente interna (*Pistre o restricción a partir de la sentencia Schutzverhand*)», *Diar. La Ley*, año XXI, núm. 5164, 18 de octubre de 2000. En la doctrina comparada resulta especialmente interesante el trabajo de

Se trata por tanto de realizar esfuerzos por suprimir las «medidas de efecto equivalente» asimiladas a las restricciones cuantitativas no arancelarias —en adelante MEE—⁵⁰⁴. Así pues, ante la divergencias de las diferentes regulaciones de los Estados miembros y la ausencia de la correspondiente normativa armonizadora el TCE establece en el Título I «Libre circulación de mercancías», Capítulo II «Prohibición de las restricciones cuantitativas entre los Estados miembros», la regulación de las mismas en los artículos 28 a 31 TCE.

El sistema utilizado para estructurar estos artículos parte primero de la prohibición general de cualquier restricción cuantitativa o cualquier MEE a la importación. Y aunque en menor medida, a la exportación en los artículos 28 y 29, para posteriormente en segundo lugar, en el artículo 30 proceder a establecer excepciones

«[...] justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial.»

Siempre que, como señala el mismo precepto, tales limitaciones no se configuren como un «[...] medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio de los Estados miembros.» Unas normas a las que el TJCE les ha reconocido efecto directo pudiendo ser invocadas por los particulares ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. La primera definición de MEE en la jurisprudencia se observa en la STJCE en el asunto «Dassonville», de 11 de julio de 1974, quien la definió como:

«[...] Cualquier reglamentación comercial de los Estados miembros susceptible de entorpecer directa o indirectamente, actual o potencialmente, el comercio intracomunitario debe considerarse como una medida de efecto equivalente a restricciones cuantitativas [...]»⁵⁰⁵.

Una definición bastante amplia que fundamentalmente exige la presencia de dos requisitos. El primero (a), que se trate de una medida realizada por el poder

CHARLES, D., «Repackaging the internal market — The ramifications of the Keck judgment», *ECLR*, 1994, pp. 385 y ss.; GARRONE, P., *La libre circulation des marchandises*, Switzerland, 1996, pp. 3-50, y en concreto sobre el asunto Keck y Mithouard páginas 21-25.

⁵⁰⁴ Los primeros esfuerzos de la Comisión para proceder a limitar el uso y abuso de las medidas de efecto equivalente por los EE.MM., que operaban como auténticas barreras de entrada y obstáculo a la libre circulación de mercancías se hace a través de la Directiva 70/50/CEE de la Comisión, de 22 de diciembre de 1969, sobre supresión de medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación no contempladas por otras disposiciones adoptadas en virtud del Tratado CEE, *JO*, 1970, L-13, p. 29. Una normativa que si bien tuvo escasa influencia marcó las pautas a seguir al objeto de identificar, y en su caso limitar, el uso de las mismas.

⁵⁰⁵ STJCE en el asunto «Dassonville», de 11 de julio de 1974, 8/74, *Rec.*, 1974, p. 837, punto 5. El Tribunal viene a resolver sobre una normativa nacional que exigía a los importadores paralelos la presentación de un certificado de origen para las mercaderías procedentes de otros Estados miembros, lo que los colocaba en una situación desventajosa frente al importador directo. Con esta medida se perjudicaba al importador paralelo al que se le restringía el acceso mediante la exigencia del correspondiente certificado de origen. En este asunto el Tribunal calificó la reglamentación como una medida de efecto equivalente.

público de cualquier Estado miembro o institución con poder para ello. Y el segundo (b), que afecte restrictivamente a los intercambios intracomunitarios.

a) Acto realizado con *ius imperium*

En atención a este primer requisito debe entenderse por poder público el acto realizado por cualquier órgano u ente independiente con poder originario o derivado de carácter estatal. Cualquiera que sea su configuración territorial u orgánica y cualquiera que sea el poder al que pertenezca, legislativo, ejecutivo y judicial. Sobre esta primera delimitación se deben realizar dos puntualizaciones. La primera, que el citado acto implica una manifestación del *ius imperium* por lo que no puede ser realizada por los particulares. Y la segunda, que entre dichos actos no podrán ser incluidas las ayudas de estado, que son objeto de un régimen particular⁵⁰⁶. Salvo, claro está que algunas de las variantes de la ayuda no vayan dirigidas a la obtención de la finalidad para la que han sido aprobadas y se configuren como una medida de efecto equivalente⁵⁰⁷.

El acto en el que se manifiesta dicho poder podrá revestir múltiples formas. A título de ejemplo, a través del poder legislativo con la aprobación de cualquier normativa legal o reglamentaria. Por la vía del poder ejecutivo, con cualquier acto administrativo o comportamiento por acción u omisión. Y finalmente, el poder judicial, con la jurisprudencia de los diferentes tribunales de los Estados miembros.

b) Que afecte a los intercambios intracomunitarios

Esta primera jurisprudencia del TJCE en aplicación del artículo 28 del TCE incorporó un concepto muy amplio de medida de efecto equivalente. De modo que la posibilidad de que cualquier acto de *ius imperium* afectase al comercio intracomunitario operaba como un cajón de sastre. De ahí que los concurrentes vinieran utilizando este mecanismo para que el TJCE en atención a su propia jurisprudencia procediera a la derogación de aquellas normativas de los Estados miembros que implicasen una «[...] limitación del comercio comunitario». Por tanto, se incluían tanto las medidas discriminatorias a favor de productos

⁵⁰⁶ Vid. DAUSES, M. A., «La prohibición de las medidas de efecto equivalente a las restricciones ..., ob. cit., p. 278, para quien, con fundamento en la STJCE en el asunto «Iannelli c. Meroni», de 22 de marzo de 1977, mantiene con buen criterio que «[...] en la noción de medida de efecto equivalente las ayudas acordadas por los Estados o por medio de recursos estatales a empresas o producciones nacionales, para las cuales los arts. 92-94 del Tratado CE prevé un régimen particular. Incluso en la medida en que tales ayudas sean susceptibles de afectar a la importación de productos competidores procedentes de otros Estados miembros, el alcance de estas disposiciones no permite calificar las ayudas por sí mismas como medidas de efecto equivalente.»

⁵⁰⁷ Un planteamiento que cae porque la modalidad en la que se ha articulado la ayuda ya no cumple la finalidad que motivó su autorización. Una idea esbozada por DAUSES, M. A., «La prohibición de las medidas de efecto equivalente a las restricciones ..., ob. cit., p. 279, quien sigue a FALKENSTEIN, A., *Freier Warenverkehr in der EG: Staatliche Handelsbehinderungen und Wettbewerbsverzerrungen, Erkennen und Abwehren*, Baden-Baden, 1989, p. 148.

nacionales frente a los extranjeros como las medidas referentes a las diferentes modalidades de venta de las mercancías.

Posteriormente, esta doctrina cambia con la sentencia del TJCE, de 20 de febrero de 1979, en el asunto «Rewe c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein», en el que se introdujo la denominada por la doctrina «fórmula Cassis Dijon»⁵⁰⁸. El asunto tiene su origen en la negativa de la administración alemana de conceder autorización para la comercialización de un licor francés «Cassis de Dijon» que no alcanzaba la graduación alcohólica exigida de 25 grados. En definitiva se trataba de la aplicación de una norma alemana con efectos de una MEE y que operaba como una barrera de entrada a la comercialización del licor francés. En esta sentencia se introduce una interpretación más restrictiva a la que se venía realizando tras «Dassonville» al tiempo que refuerza las exigencias imperativas del artículo 30 del TCE. Conforme a este criterio las autoridades de un Estado miembro no podrán aplicar su legislación si esta implica una restricción a la libre circulación de mercancías producidas legalmente y comercializadas en otro Estado miembro⁵⁰⁹. Salvo que, como se ha indicado, dicha normativa encuentre amparo en las exigencias imperativas contenidas en el artículo 30 del TCE⁵¹⁰. A juicio del Tribunal, para que un Estado miembro pueda adoptar una MEE debe de cumplir con una serie de exigencias imperativas que básicamente son las siguientes; que el fin sea legítimo y apto para alcanzar la finalidad perseguida, que no se pueda alcanzar por otra vía menos gravosa y que la medida sea proporcional no estableciendo obstáculos a la comercialización de productos o servicios legalmente producidos y comercializados en otros Estados miembros⁵¹¹.

La jurisprudencia del TJCE evoluciona en la aplicación de la fórmula «Cassis de Dijon» pasando por diferentes momentos⁵¹². Sin embargo, la amplitud de los términos en los que esta orientación jurisprudencial estaba redactada dio lugar a que las partes abusaran de ella, utilizándola como un instrumento para impugnar las legislaciones de los Estados miembros por la vía de demandas prejudiciales. Una situación que cambia con la aparición de dos importantes sentencias. La primera, en el asunto «Keck y Mithouard», de 24 de noviembre de 1993 y la segunda, casi un mes más tarde, la sentencia «Hunermund y otros —Landesapothekerkemmer

⁵⁰⁸ STJCE en el asunto «Rewe c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein», de 20 de febrero de 1979, 120/78, *Rec.*, 1979, p. 649.

⁵⁰⁹ En este sentido *vid.* el considerando 5 de la citada STJCE en el asunto «Rewe c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein», de 20 de febrero de 1979, 120/78, *Rec.*, 1979, p. 662.

⁵¹⁰ A este respecto *vid.* STJCE en el asunto «Comisión c. Italia», de 19 de diciembre de 1961, 7/61, *Rec.*, 1961, p. 1871, que viene a mantener que el artículo 30 contiene una hipótesis de naturaleza no económica que no son susceptibles de atentar contra los principios establecidos por los artículos 28 y 29.

⁵¹¹ El Tribunal, al objeto de determinar la exigencia de proporcionalidad y al elaborar el test de exigencia está tomando como referencia el artículo 3 de la Directiva 70/50/CEE de la Comisión, de 22 de diciembre de 1969 —*JO*, L-13, de 19 de enero de 1970, p. 29—, y que venía a establecer que «La presente Directiva se aplica asimismo a las medidas que regulan la comercialización de los productos, y en especial la forma, la dimensión, el peso, la composición, la presentación, la identificación, el acondicionamiento, que resulten indistintamente aplicables a los productos nacionales y a los importados, cuyos efectos restrictivos no sobrepasen el marco de los efectos propios de una reglamentación comercial».

⁵¹² Para ver un análisis detallado de la evolución de la doctrina del TJCE en esta materia ver DAUSES, M. A., «La prohibición de las medidas de efecto equivalente a las restricciones ..., ob. cit., pp. 279-291 y LÓPEZ ESCUDERO, M., «La jurisprudencia sobre la prohibición de las medidas ..., ob. cit., pp. 65-71.

Baden-Württemberg—», de 15 de diciembre⁵¹³. Ambas muy importantes, aunque por ser la primera de las citadas un supuesto de venta a pérdida el estudio se centrará en ella.

En este asunto, se procesó a los señores BERNARD KECK y DANIEL MITHOUARD — directores de dos hipermercados en la región de Estrasburgo— por revender por un lado, 1264 botellas de «Picon bière» al precio de 44,35 francos por unidad cuando el precio de compra era de 48,27 francos. Y por otro lado, por haber vendido 544 Kilogramos de café marca «Sati» a 20 francos los 250 gramos, mientras que el precio de compra había sido de 25,132 francos⁵¹⁴.

Se les acusaba de haber infringido el artículo 1 de la Ley francesa número 63-628, de 2 de julio de 1963, en su versión modificada en el artículo 32 del Decreto Legislativo número 86-1243, de 1 de diciembre de 1986, al revender productos en el mismo estado en el que se recibieron a precios inferiores a su precio de compra efectivo. Ante esta cuestión prejudicial, el Tribunal se pronuncia calificando la norma como una MEE susceptible de afectar al comercio intracomunitario. A partir de estos momentos se establece una nueva orientación jurisprudencial diferenciando entre dos modalidades de obstáculos a la libre circulación, los que afectan a los productos que sí entran en el ámbito del artículo 30, y los que afectan a las modalidades de venta. Que sólo entrará en el ámbito del citado artículo cuando sean discriminatorios y conduzcan a la división de los mercados⁵¹⁵. De este modo el Tribunal reorienta la jurisprudencia en materia de MEE, o lo que es lo mismo, el control sobre las barreras de entrada realizadas por los Estados miembros, reduciendo en gran medida el control de dichas medidas por la vía de cuestiones prejudiciales, en un intento de que los controles se realizaran a través de armonización.

Recientemente, a raíz de la STJCE en el asunto «Pfeiffer c. Löwa» se ha venido observando un cierto cambio al exigir a los Estados miembros que los obstáculos de cualquier tipo que aparezcan en sus reglamentaciones y que puedan restringir el comercio intracomunitario deban responder al test de exigencias imperativas. Esto es, que no sea discriminatorio, que se encuentre justificado por razones de interés general, que sea adecuado para la consecución del fin que se persigue y finalmente, que no se extralimite en relación al objetivo que pretende alcanzar.

Esta nueva orientación de la jurisprudencia supone una restricción del ámbito de aplicación del artículo 28 del TCE por la necesidad de que los Estados miembros prueben la adecuación al test de exigencias imperativas. Lo que implica la existencia de un control estatal sobre las medidas de efecto equivalente y las excepciones que puedan tener lugar. Así limitan la sobrecarga sobre el control al introducir una especie de *reglas de minimis* en materia de las libertades contenidas en el Tratado⁵¹⁶.

⁵¹³ SSTJCE en los asuntos, «Keck y Mithouard», de 24 de noviembre de 1993, asuntos acumulados C- 267/91 y C-268/91, *Rec.*, 1991, p. I-6017; y «Hunermund y otros —Landesapothekerkerkammer Baden-Württemberg—», de 15 de diciembre de 1993, asunto C-292/92, *Rec.*, 1993, p. 6787.

⁵¹⁴ Obsérvese que la referencia se realiza en torno al precio de compra efectivo, sin realizar el cálculo del coste real, que será superior.

⁵¹⁵ Para proceder al estudio de las relaciones entre el Derecho Europeo y la venta a pérdida, a raíz del asunto «Keck» *vid.* CREMADES SANZ-PASTOR, J. A., «La venta a pérdida en Derecho Francés y en Derecho Europeo», en *La prohibición de la venta a pérdida*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1997, pp. 50-55.

⁵¹⁶ *Vid.* SANZ, R., «El asunto Pfeiffer c. Löwa: ¿El principio ..., ob. cit., p. 51.

De lo expuesto cabría extender la interpretación anterior al mercado español. Debiendo tenerse presente que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros están obligados a aplicar las disposiciones del Tratado, y entre ellas el control de las medidas de efecto equivalente que no son sino el control de barreras de entrada no autorizadas que impiden la libre circulación de mercancías. Tomando como referencia el mercado español, incluso cuando la competencia en materia de comercio interior es una competencia exclusiva por la vía del artículo 149.1.6. de la CE, se podrían dar supuestos en los que las regulaciones y políticas de las CC.AA. tuvieran como efecto una medida de efecto equivalente.

Por todo lo dicho, cualquiera que sea el nombre que se le de al acto o medida que implique la generación no autorizada de una barrera de entrada debe ser suprimida. Precisamente por ello, y en relación en el marco de la primera hipótesis de trabajo, la realización de ventas a pérdida por empresas en mercados con barreras de entrada implica el reforzamiento de su posición.

F) Derechos privados como barrera

Como se observa, se han realizado múltiples esfuerzos por eliminar las restricciones a la libre circulación de mercancías en el mercado comunitario a través del control jurisdiccional de las restricciones cuantitativas no aduaneras asimiladas a las medidas de efecto equivalente. Siguiendo la jurisprudencia del propio TJCE estos comportamientos sólo están al alcance de sujetos que de modo originario o derivado manifiesten con dicho acto facultades de *ius imperium*, de modo que no podrían ser realizadas por particulares. El fundamento de este argumento es simple, los particulares no están investidos de las potestades que atribuyen dicho poder de modo que no pueden ser autores de las citadas medidas.

Sin embargo, se ha venido exponiendo como la conducta de los concurrentes pueden convertirse en auténticas barreras de entrada o barreras de salida. Esta conducta es perfectamente lícita siempre que para su consecución los actores se hayan basado en sus propios méritos y no en prácticas anticompetitivas o desleales.

La idea principal de este epígrafe es un tanto más sutil. Se trata de conductas realizadas por aquellos concurrentes con posición dominante que como titulares de derechos de exclusiva derivados de la propiedad industrial o intelectual, y a través del aparente ejercicio legítimo de las facultades tienen atribuidas por el ordenamiento y las utilicen de modo anticompetitivo⁵¹⁷. Comportamientos vulneran los principios en los que se asientan la concesión de dichos derechos de exclusiva. La realización de prácticas como el abuso de la inscripción de patentes,

⁵¹⁷Vid. MCCAREINS, M. R., «Antitrust dilemma in Predatory pricing law», en http://ls.wustl.edu/Students/Courses/Ellis/Antitrust/Predatory_Pricing_Law.htm; PTOFSKY, R., «Antitrust and intellectual property: Unresolved issues at the heart of the new economy», Chairman, Federal Trade Commission Antitrust, Technology and Intellectual Property Conference March 2, 2001, Berkeley Center for Law and Technology University of California, Berkeley.

de marcas, de derechos de propiedad intelectual o de litigación entre otros, no hacen sino poner de manifiesto el ejercicio abusivo de derechos con una finalidad anticompetitiva. Una conducta no basada en sus propios méritos, sino en la utilización fraudulenta de la protección que les brinda el ordenamiento jurídico. Unas prácticas que vulneran los principios en los que se inspira la normativa *antitrust* y la disciplina de la competencia desleal.

Ni los derechos de exclusiva, ni cualquier otro derecho pueden, ni deben ser ejercitados de un modo abusivo o antisocial. Bajo esta premisa deben establecerse las relaciones entre el Derecho de la competencia y los derechos de exclusiva. Por tanto, el ejercicio de derechos de exclusiva por los concurrentes puede operar como una barrera de entrada, tanto cuando se ejerce de un modo correcto, como cuando se ejerce de un modo abusivo.

G) Economías de escala como barrera

Las economías de escala, alcance y experiencia permiten reducir los costes e incrementar la eficiencia. En definitiva, permiten acercar el coste marginal al ingreso marginal. Lo que permite que los beneficios alcancen a los consumidores y usuarios y al propio mercado.

De estas ventajas frente a competidores suelen disfrutar las empresas ya instaladas. Precisamente porque han concurrido primero optimizando la localización lo más cerca posible de las fuentes de aprovisionamiento, porque cuentan con contratos de suministros, disponen de redes de distribución con el nivel óptimo de capilaridad en el abastecimiento y venta, entre otras ventajas derivadas de la experiencia y el volumen⁵¹⁸.

En estos casos, como el propio título del epígrafe indica, la existencia de economías de escala en un determinado mercado puede operar tanto como una barrera de entrada o como una barrera de salida. Precisamente, por la necesidad de una demanda residual mínima, que sea capaz de garantizar los costes de la infraestructura productiva de un modo eficiente y competitivo en relación a los competidores ya instalados. En la medida en que la demanda residual que se necesite para cubrir el coste del tamaño mínimo eficiente sea más grande, mayor

⁵¹⁸ Vid. VICTORIA VENTURA, J., *Análisis competitivo de la empresa: Un enfoque estratégico*, ... ob. cit., pp. 63-65, quien mantiene tras estudiar «la Ley de experiencia». Formulada a finales de los años sesenta por el «Boston Consulting Group» tras analizar la evolución de los precios y de los costes de productos de diferentes industrias y que venía a establecer que «[...] el coste unitario del valor añadido de un producto homogéneo, medido en unidades monetarias constantes, disminuye en un porcentaje fijo cada vez que la producción acumulada se duplica». Siguiendo este principio el autor mantiene que «[...] Las empresas que llevan tiempo fabricando un determinado producto desarrollan una experiencia que se traduce en costes inferiores respecto a una nueva empresa. Al principio resulta relativamente fácil reducir el coste unitario, pero a medida que el número de unidades acumuladas aumenta, duplicar la producción supone un notable incremento de la producción. Lo que dicho en otros términos, la capacidad de aprender es elevada al inicio de una tarea pero tiene un límite [...] La pendiente de la experiencia depende del tipo de industria; así en la producción de circuitos integrados se sitúa alrededor del 70 por 100, mientras que en la industria química está próxima al 90 por 100 [...]»

será la respuesta agresiva de los competidores que ya concurren en el mercado. Un comportamiento defensivo que responde a la gravedad que supone para las empresas ya instaladas la aparición de nuevos competidores. No ha de olvidarse que en la medida en que hayan nuevos oferentes se producirá más oferta con la correspondiente reducción de los precios, ya que la demanda tiende a permanecer estable. Esta reducción en los precios sin el correspondiente aumento de la demanda podría llevar a las empresas ya instaladas a ser expulsadas del mercado. De ahí que por sistema y en el marco de una política de precios a largo plazo, se trate de mantener los precios muy próximos a sus costes desincentivando la entrada de nuevos competidores. Así pues, llegados al supuesto de una amenaza real o potencial con identidad suficiente para ser creída en relación con la entrada de nuevos concurrentes, los ya existentes podrían responder agresivamente vía precios límite, en un intento de dificultar el acceso⁵¹⁹. Una conducta que es perfectamente lícita, siempre que ello no implique una práctica anticompetitiva o desleal.

H) Ayudas de Estado como barrera

Las ayudas de Estado pueden comportarse como auténticas barreras de entrada o de salida. Los efectos que despliegan sobre el mercado distorsionan las condiciones de competencia. Por ello están sometidas a un estricto régimen de autorización y control. Aunque en muchos casos pueden comportarse como instrumentos que coadyuvan a consolidar la posición de dominio. En estrategias de venta a pérdida las ayudas pasan a convertirse en instrumentos anticompetitivos y desleales que escapan de la causa que originó su autorización.

Su especial régimen y sus efectos sobre la libre y leal competencia serán objeto de estudio detallado en el capítulo VII. Sirva aquí exponer que pueden convertirse en barreras de entrada o de salida que contribuyen a consolidar la posición dominante y a posibilitar el abuso a través de la práctica de estrategias de ventas a pérdida.

4.4. Venta a pérdida entre acuerdos verticales y horizontales

Asimismo, al objeto de profundizar entre las múltiples formas que podrían adoptar la práctica de precios predatorios desde posiciones dominantes individuales y colectivas, procede exponer brevemente algunas notas en relación a los efectos que pueden desplegar los acuerdos verticales y horizontales.

Como puede observarse, la realidad de la venta a pérdida como práctica predatoria instrumentalizada en estrategia de precios puede manifestarse de un modo unilateral o a través de un acuerdo entre empresas. Las primeras, en

⁵¹⁹ Vid. VICTORIA VENTURA, J., *Análisis competitivo de la empresa: Un enfoque estratégico*, ... ob. cit., pp. 59-60, donde procede al estudio de los precios límite en presencia de economías de escala.

atención a los elementos analizados resultan fácilmente reconocibles, mientras que las segundas, en la medida que requieren la existencia de un acuerdo concertado implican un mayor grado de dificultad probatoria. Por esta razón en el presente epígrafe se expondrán las notas identificadoras de dichos acuerdos en su doble vertiente: horizontales (A), que se producen entre operadores situados en un mismo nivel del proceso productivo o de distribución, y los verticales (B), que son los que tiene lugar entre operadores a distinto nivel. Y a su vez, éstos se subdividen en dos: por un lado, entre los fabricantes competidores de productos de marcas distintas o *inter-brand*, y por otro, los acuerdos de distribución entre los distribuidores de productos de una misma marca o *intra-brand*. Una situación para cuyo estudio se parte del principio general de prohibir cualquier acuerdo horizontal o vertical que suponga una restricción de la competencia. Salvo, claro está, que dicho acuerdo se encuentre recogido en alguna de las exenciones a la aplicación del artículo 81.3 del TCE.

A) Acuerdos horizontales

Como su propio nombre indica, estos acuerdos son los que tienen lugar entre empresas que se encuentran en el mismo plano de igualdad en cuanto a cuota de mercado o tipo de producto o servicio, entre otros supuestos, y que como sujetos independientes libremente deciden cooperar para la mejora de ambas. La cooperación desde un punto de vista económico es beneficiosa porque optimiza los costes, aumenta la eficiencia y por tanto, los beneficios. O, si se prefiere, se reduce el coste marginal del producto o servicio en cuestión. Sin embargo, la cooperación no siempre es utilizada como instrumento competitivo de mejora de las prestaciones propias. En algunos casos, la misma cooperación es utilizada como instrumento anticompetitivo. Esta es una situación que, al menos en principio, no podría darse en un mercado en competencia perfecta, en la medida en que si todo lo que se produce es absorbido por el mercado, la única colaboración iría dirigida a incrementar la producción. Sin embargo, en un mercado en competencia imperfecta la colaboración anticompetitiva sí tiene razón de ser. Precisamente, porque ello permite a sus actores acudir al camino más corto e incrementar sus beneficios con un menor coste, al menos aparentemente.

Aún cuando esta modalidad de acuerdos son contrarios para la estructura de la competencia del mercado —artículo 81.3. del TCE—, lo cierto es que desde las autoridades *antitrust* comunitarias y nacionales sólo se entra a regularlas cuando revisten cierta importancia —principio *de minimis*—. Dichas conductas anticompetitivas se articulan a través de acuerdos o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que pueden dar lugar a posiciones dominantes colectivas. Ya sea por colaboración o por imposición, en un plano horizontal o vertical. Sin embargo, aunque siguiendo los criterios metodológicos expuestos se debe contemplar la posibilidad de utilizar acuerdos verticales y horizontales para orquestar estrategias de venta a pérdida, no cabe duda que desde el punto de vista práctico se plantean algunas dificultades para realizar esta estrategias, aunque no

imposible. De ahí que preliminarmente resulte interesante observar cual ha sido el tratamiento jurisprudencial del fenómeno.

En relación con la dificultad de que estos acuerdos tengan lugar en la práctica cabe señalar la experiencia norteamericana en el asunto «Matsushita»⁵²⁰. En él, dos empresas norteamericanas «Zenit Radio» y «National Unión Electric» denunciaron a 21 empresas japonesas que fabricaban y vendían productos electrónicos de consumo. En concreto los kits básicos para montar las televisiones que según los demandantes eran vendidos a un precio menor al coste. Lo que podían hacer gracias a mantener subvenciones cruzadas procedentes del mercado japonés con las que compensaban las pérdidas sufridas en el mercado norteamericano. Una conducta que según los demandantes se había estado realizando por un periodo de unos veinte años con la finalidad de expulsar a los productores norteamericanos de su mercado. Se las demandó con base en la violación de la Sección 1.^a y 2.^a de la *Sherman Act*, de la Sección 2. (a) de la *Robinson Patman Act*, y el parágrafo 73 de la *Wilson Tariff Act*. Básicamente por realizar una práctica de precios predatorios, entre otros, desde una posición dominante colectiva.

No obstante, el Tribunal no entra a calificar la estructura de los costes con base en los tres argumentos expuestos. El primero, que los precios predatorios son de difícil realización en la práctica en la medida en que las pérdidas que sufre el agresor deben ser compensadas con rentas monopolísticas ilegales que están sometidas a grandes incertidumbres y que la colocan más cerca del fracaso que del éxito. En segundo lugar, que la realización de dicha conducta a través de una práctica concertada por veintiuna empresas encuentra dificultades a la hora de repartir e individualizar las pérdidas. Y finalmente, en tercer lugar, por el hecho de que de haber concurrido las dos premisas anteriores las empresas japonesas no habrían tenido éxito. En su caso, lo que se habría derivado son beneficios para los consumidores.

Y evidentemente, no cabe duda de que el razonamiento del tribunal no está exento de lógica, pero una lógica que debería haber estado respaldada por los correspondientes datos, los estudios económicos y no las meras suposiciones. Como el propio Tribunal ha indicado, una demanda por precios predatorios a través de una práctica concertada, en un mercado oligopolístico, y con una posición dominante colectiva, encuentra problemas de coordinación. Pero ello, no constituye por sí solo un argumento lo suficientemente sólido para rechazar la posibilidad de una práctica predatoria concertada, a nivel horizontal e incluso vertical. Con base en este argumento no se entró a analizar ni la estructura de costes ni la posibilidad de que existiera una práctica concertada, y en su caso, un abuso de posición dominante colectiva.

⁵²⁰ Vid. «Matsushita Electric Industrial Co., Ltd Et Al. v. Zenith Radio Corp. Et Al.», 475, US, 574, de 26 de marzo de 1986.

En el ámbito del mercado comunitario tiene lugar un asunto similar en la Decisión de la Comisión, de 23 de diciembre de 1992, por infracción de los artículos 81 y 82 del TCE al realizar una conducta anticompetitiva de precios predatorios o asimilable a estos, los *fighting ships*⁵²¹. En el momento de la realización de la conducta en Europa operaban las conferencias marítimas CEWAL, COWAC, UKWAL que prácticamente controlaban el tráfico marítimo entre Europa y África Occidental y Central con otros transportistas independientes⁵²². Estos últimos denunciaron ante la Comisión a la CEWAL, la «Associated Central West Africa Lines» por la realización de una práctica concertada consistente en un compromiso de no competencia

«[...] con arreglo a los cuales se abstienen de operar como armadores independientes (*outsiders*) en la zona de actividad de las otras dos Conferencias, con el fin de repartirse sobre una base geográfica el mercado del transporte marítimo de línea entre Europa del Norte y África Occidental».

Además, a través de una posición dominante colectiva realizan prácticas anticompetitivas dirigidas a ofrecer a los clientes reales y potenciales condiciones, precios y frecuencias de salida iguales o inferiores a los de sus competidores, tratando de evitar que éstos vendan. Así como el establecimiento de un férreo sistema de control para los miembros que participan en el acuerdo. Un conjunto de prácticas desleales que se completó con prácticas de *lobbies* al realizar acuerdos con la «Office zairois de gestión du fret maritime» para que ésta contrate en exclusiva las cargas⁵²³.

⁵²¹ La practica desleal es definida por la Comisión como la conducta consistente en «[...] modificar sus fletes apartándose de las tarifas en vigor con el fin de ofrecer fletes idénticos o inferiores a los del principal competidor independiente en los buques que salieran en la misma fecha o en fechas próximas [...]». La posibilidad de equiparación de los *fighting ships* a los precios predatorios ha sido analizado en nuestra doctrina por HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., *Precios predatorios y Derecho* ob. cit., pp. 176, para quien «[...] Pese a lo escasamente convincentes que resultan los argumentos esgrimidos por la Comisión, se puede justificar el tratamiento de los *fighting ships* como una práctica independiente y anticompetitiva en sí misma, al margen de que encierre o no precios predatorios, o de que se pueda considerar la existencia de precios discriminatorios. La ambigüedad de este tipo de conductas en la práctica del transporte marítimo y el hecho de que varias normas nacionales prohíben expresamente el empleo de *fighting ships* nos llevan a esta interpretación». Y ésta parece ser también la estrategia en el asunto citado por GIUDICI, P., *I prezzi predatorii*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 47-49., en el análisis del asunto de la House of Lords, de 18 de diciembre de 1891, «Mogul Steamship Co. v. McGregor, Gow and Co. Et al.», 1892, AC. 2., en el que el demandante demanda a los miembros de la conferencia marítima Inglaterra-China de realizar *fighting ships* para perjudicar a los no miembros de dicha conferencia marítima al no quedar demanda residual para ellos.

⁵²² Según el punto 46 de la citada Decisión de la Comisión 46, en atención al artículo 1, apartado 3, letra b. del Reglamento (CEE) n. 4056/86 del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, por el que se determinan las modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado a los transportes marítimos —DOCE, L-378, p. 4—, una conferencia marítima es «[...] un grupo de dos o más transportistas armadores que presten servicios internacionales regulares para el transporte de mercancías siguiendo una o más líneas determinadas dentro de unos límites geográficos específicos y que ha concluido un acuerdo o un trato, cualquiera que sea su naturaleza, en cuyo marco dichos transportistas operan conforme a fletes uniformes o comunes y a todas las demás condiciones de transporte establecidas para la prestación de los servicios regulares [...]»

⁵²³ Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., *Precios predatorios y Derecho* ..., ob. cit., pp. 172 y ss., quien en relación con este asunto califica, siguiendo a BORK, R., *The antitrust paradox: the policy at war* ..., ob. cit., p. 159, como «abuso de procedimientos gubernamentales».

La lógica del comportamiento predatorio es evidente, en la medida en que el competidor no venda —aún cuando el agresor sufra pérdidas que podrá soportar gracias a su capacidad individual y colectiva—, sus costes se incrementarán convirtiendo, como se ha expuesto, esas rutas en una actividad económica ruinosa, viéndose abocadas a salir del mercado. Una vez expulsados, debilitados o disuadidos los competidores reales o potenciales la conferencia marítima podría subir de nuevo los precios y recuperar las posibles pérdidas a través de rentas monopolísticas.

B) Acuerdos verticales

La oportunidad del análisis de los acuerdos verticales viene dada porque aún cuando la normativa impida cualquier acuerdo contraria al Derecho comunitario de la competencia, en la práctica, muchos de ellos pueden ser utilizados para ocultar la realización de prácticas comerciales contrarias al Derecho *antitrust* y a la disciplina de la competencia desleal. Y entre estos, las ventas a pérdida encubiertas ya sean concertadas o impuestas. La importancia de esta realidad económica y sus efectos sobre el mercado y la competencia determinan la regulación normativa de los acuerdos verticales en el marco del artículo 81 del TCE, que comienza prohibiendo:

«[...] los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común [...]»⁵²⁴

Luego, cualesquiera de los acuerdos anteriormente citados sería contrario al Derecho comunitario de la competencia, de no ser por el párrafo tercero del citado artículo, al establecer que las disposiciones del apartado podrán ser declaradas inaplicables a:

«[...] —cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas; — cualquier Decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas; —cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: a)

⁵²⁴ Deberá tenerse presente que en el concepto de empresa no se tienen en cuenta los acuerdos entre empresas matrices y filiales siguiendo los asuntos «Centrafarm c. Sterling Drug», asunto 15/74, *Rec.*, 1974, p. 1147, y «Bodson c. Pompes Funèbres», asunto 30/87, *Rec.*, 1988, p. 2479. Ni los acuerdos entre empresas y agentes que actúen por cuenta ajena a raíz de la Comunicación de la Comisión, de 24 de diciembre de 1962, de los contratos de representación exclusiva de los agentes comerciales, ni los acuerdos de concentración de empresas en atención al Reglamento sobre concentración de empresas, también estudiado para la definición del mercado de referencia —Reglamento del Consejo número 4064/89, de 21 de diciembre de 1989, modificado por el Reglamento CE 1310/97, de 30 de junio de 1997—. En relación con el concepto de asociación de empresa resulta irrelevante que tengan o no ánimo de lucro, y que aparece en la STJCE en «Van Landewyck c. Comisión», asunto 209 a 215 y 218/78, *Rec.*, 1980, p. 3125, incluyendo los supuestos de recomendaciones no vinculante en STJCE en «IAZ c. Comisión», asunto 96 a 102, 104, 105 y 109-110/82, *Rec.*, 1983, pp. 3369 y ss.

impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate [...]»

Así que siguiendo las pautas marcadas por el TCE, recientemente la Comisión, de conformidad con el Reglamento del Consejo número 19, de 2 de marzo de 1965, relativo a la aplicación del apartado 3.º del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas, ha aprobado el Reglamento CE número 2790/1999, de 22 de diciembre de 1999⁵²⁵. Entre las que se incluye los acuerdos verticales de compra o venta de bienes o servicios cuando estos acuerdos se celebren entre empresas no competidoras, entre determinados competidores o por determinadas asociaciones de minoristas de bienes y los acuerdos verticales que contengan disposiciones accesorias sobre cesión o utilización de derechos de propiedad intelectual.

A efectos legales, y a tenor del artículo 2.º del citado Reglamento, se entiende por acuerdos verticales:

«[...] los acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios.»

La excepción de estos acuerdos obedece a dos motivos, uno económico y otro de procedimiento. El primero, se fundamenta en las ventajas derivadas de la mejora de la eficiencia económica en la cadena de producción reduciendo los costes de transacción y los costes de distribución, al optimizar los diferentes niveles de ventas e inversión de las empresas inmersas en la relación vertical. Y la segunda, fundamentada en un principio *de minimis*, ya que la práctica ha demostrado que, salvo excepciones, sólo los acuerdos verticales de empresas con una cuota de mercado superior al 30 por ciento tienen poder suficiente para llevar a cabo conductas con efectos sobre la estructura de la competencia que deban ser reprimidos⁵²⁶. Por consiguiente, para los acuerdos verticales que no reúnan dichas cuotas se presume que los beneficios y las ventajas objetivas que puedan derivarse para el mercado, como consecuencia de su no prohibición, son mayores que las desventajas que causan a la competencia⁵²⁷.

⁵²⁵ Acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre empresas. Aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. *DOL*, de 29 de diciembre de 1999, núm. 336, p. 21.

⁵²⁶ En el mercado comunitario, debiendo tener presente las particularidades de los respectivos mercados nacionales. La aplicación de la regla *de minimis* en el mercado comunitario supone una excepción contenida en el artículo 2.1. del Reglamento número 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999. Y será de aplicación a los acuerdos verticales o prácticas concertadas entre una asociación de empresas y sus miembros, o entre dicha asociación y sus proveedores siempre que todos sus miembros sean minorista y ningún miembro individual de la asociación junto con sus empresas vinculadas tengan un volumen de negocios superior a 50 millones de euros al año.

⁵²⁷ *Vid.* artículo 3.

Llegados a este punto, una vez delimitado el aspecto económico de los acuerdos verticales, procede estudiar la calificación jurídica de los límites a esos acuerdos cuando produzcan restricciones verticales⁵²⁸. La definición es simple, se califican como tal aquéllos acuerdos que contengan «[...] restricciones de la competencia que entren dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 del Tratado.» Y entre ellos, las cláusulas que impliquen restricciones a la competencia respecto de una parte sustancial de los productos como los precios de venta mínimos, los precios fijos, determinados tipos de protección territorial, cláusulas de no competencia sometidas a una duración determinada y la imposición de forma directa o indirecta de sistemas de distribución selectiva para que no se vendan las marcas de determinados proveedores⁵²⁹.

La utilización de la presunción *iuris tantum* en aplicación del principio *de minimis*, de que la existencia de acuerdos verticales que restrinjan o beneficien la competencia en torno a cuotas de mercado del 30 por ciento opera como instrumento ágil y eficiente. Fundamentado básicamente en la experiencia del análisis de supuestos similares. Dicha cuota, conforme al artículo 9 del Reglamento:

«[...] se calculará sobre la base del valor de mercado de las ventas de los bienes o servicios contractuales y otros bienes o servicios vendidos por el proveedor, que el comprador considere intercambiables o sustituibles debido a sus características, precios y destino previsto [...]»

y en el caso de no disponer de

«[...] datos sobre el valor de mercado de las ventas, podrán utilizarse estimaciones basadas en otro tipo de informaciones fidedignas sobre el mercado, para determinar la cuota de mercado de la empresa de que se trate», pudiendo utilizarse también para el cálculo de dicha cuota criterios como «el valor de mercado de la compra, o las estimaciones sobre éste»⁵³⁰.

Las cautelas anteriores se complementan con dos nuevos controles cuando los acuerdos resulten contrarios al artículo 81.3. del TCE. El primero, por la Comisión, al poder retirar los beneficios derivados de las exenciones por categorías aunque las empresas cumplan con los requisitos del Reglamento

⁵²⁸ A este respecto *vid.* las decisiones en «Opel Nederland BV c. General Motors Nederland BV», de 20.9.2000, *DOCE*, L-59, de 28 de febrero de 2001; «DaimlerChrysler», de 10 de octubre de 2001. Unas Decisiones cuyos elementos básicos en la interpretación del artículo 81 del TCE y de las restricciones verticales se ven posteriormente refrendadas por el TJCE en el asunto «Volkswagen c. Comisión», de 28 de enero de 1998, *DOCE*, L-124, p. 60.

⁵²⁹ Los denominados pactos de no competencia en los acuerdos que incorporan restricciones verticales el propio Reglamento las define en el artículo 1. b) en un sentido amplio como «[...] cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador fabricar, adquirir, vender o revender bienes o servicios que compitan con los bienes o servicios contractuales, o cualquier obligación, directa o indirecta, que exija al comprador adquirir al proveedor o a otra empresa designada por éste más del 80 por ciento del total de sus compras de los bienes o servicios contractuales y de sus sustitutos en el mercado de referencia, calculadas sobre la base del valor de sus compras en el año precedente».

⁵³⁰ Para el cálculo de la cuota de mercado y del volumen de negocios global anual *vid.* los artículos 9.2. y 10 del Reglamento.

estudiado cuando «[...] el comprador tiene un poder de mercado significativo en el mercado de referencia en el que vende los bienes o suministra los servicios». O bien, cuando coexisten con «[...] redes paralelas de acuerdos verticales similares que restringen de manera significativa el acceso al mercado de referencia o la competencia en dicho mercado [...]»⁵³¹. Como por ejemplo en los supuestos de «[...] acuerdos de distribución selectiva o de obligaciones de no competir.» — punto 14, artículo 7 del Reglamento—. Y el segundo control, a través de las autoridades competentes de los Estados miembros en aplicación del Reglamento del Consejo número 19/65/CEE, de 2 de marzo de 1965, «[...] cuando tales efectos tengan lugar en su respectivo territorio o en una parte de él, y cuando dicho territorio reúna las características propias de un mercado geográfico separado». Y en todo caso, con respeto a la «[...] aplicación uniforme en todo el mercado común de las normas de competencia comunitarias o del pleno efecto de las medidas de aplicación de las mismas»⁵³².

Además, dichos acuerdos restrictivos de la competencia, ya sean *inter-brand*, —entre fabricantes y productos de marcas distintas—, o *intra-brand*, —entendiendo por tales los acuerdos de distribución entre los distribuidores de productos de una misma marca—, pueden dar lugar a conductas estrechamente relacionadas con la infracción de los derechos inherentes a la marca y al riesgo de confusión en los consumidores⁵³³. Tanto en los acuerdos a los que libremente lleguen las empresas, como aquéllos que sean forzados por estar dotados de una unidad de acción al pertenecer al mismo grupo empresarial⁵³⁴. Se trataría de operaciones vinculadas con diversidad formal y unidad material, lo que generaría algunos problemas de identificación del acuerdo como del cálculo del coste marginal.

Incluso teniendo en cuenta estos inconvenientes, el Legislador comunitario ha tratado de establecer unos criterios que permitan la realización de acuerdos verticales u horizontales que por sus características produzcan más beneficios que perjuicios. Sin embargo, múltiples pueden ser las vías utilizadas por las empresas para realizar ventas a pérdida no autorizadas al tiempo que tratan evitar las posibles sanciones que de dichas prácticas pudieran derivarse. No obstante, si cualquiera de los acuerdos restrictivos no se encontraran amparados por el ámbito de la exención, simplemente le sería de aplicación la normativa sobre competencia. De modo que si dicho acuerdo influyese sobre la conformación del precio se tendría por no puesto, y la operación en cuestión, debería ser valorada a precio de mercado. Aunque evidentemente, observadas las posibles

⁵³¹ Vid. punto 13, artículo 6.

⁵³² Vid. punto 15, artículo 7.

⁵³³ Extremo este último que merece un estudio más detenido en otro lugar —*vid.* el estudio del artículo 17. 2. a) de la LCD, Capítulo VI—.

⁵³⁴ Vid. por todos, DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Líneas generales de los problemas de los grupos de sociedades en el Derecho Laboral», *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, Universidad de Valladolid, Campus de Palencia, Lex Nova, Valladolid, 2002, pp. 21-40, en relación con el elemento esencial en el grupo de empresas vinculadas como una «relación vertical o de dominación y un sistema de gobierno unitario» —p. 33—

interrelaciones de la venta a pérdida a través de acuerdos horizontales y verticales susceptibles de infringir la normativa comunitaria de la competencia, cabe afirmar que ello podría añadir algunas dificultades en cuanto a su identificación. Sobre todo cuando la conducta despliegue efectos en el mercado español y haya dudas sobre si al acuerdo en cuestión le alcanza o no la exención a los efectos de determinar el umbral de legalidad de una venta de producto o de una prestación de servicios.

C) Posibles supuestos

El ordenamiento español carece de una normativa específica en materia de acuerdos verticales y horizontales similar al Reglamento comunitario estudiado, aunque este le sea de aplicación. No obstante, sí dispone de normas que de un modo u otro permiten controlar tanto la legalidad de esos acuerdos verticales como sus efectos, en atención al principio de unidad de acción⁵³⁵.

Por consiguiente, cabe un control por las autoridades *antitrust ex ante* en las operaciones de concentración, y *ex post* cuando el acuerdo infrinja los artículos 1 a 7 de la LDC, o bien, implique un acto de competencia desleal de los prohibidos en la LCD. Y en ambos casos no este amparado el acuerdo vertical restrictivo por la exención contemplada en el Reglamento. En estos últimos supuestos, y a los efectos de aplicación de la prohibición de venta a pérdida, lo relevante será probar la existencia de los elementos objetivos y subjetivos con independencia de que la empresa pertenezca o no a un grupo. Y en este caso la conducta podrá ser constitutiva de un ilícito concurrencial cualquiera que sea el eslabón desde el que se realice en la estructura vertical. Evidentemente, una cosa es la ilicitud de la conducta y otra las dificultades probatorias. Debiendo tenerse presente a los

⁵³⁵ La normativa española en relación con el control del grupo de sociedades parece un poco dispersa. En materia de defensa de la competencia será de aplicación el artículo 8 que establece que «A los efectos de aplicación de esta Ley, se entiende que las conductas de una empresa previstas en la misma, son también imputables a la empresa que la controla cuando el comportamiento económico de aquélla es determinado por ésta». Asimismo, el artículo 42 del CCom. en sobre la presentación de las cuentas de los grupos de sociedades, los artículos 10.2 «A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concurra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio.», y el 29.1. en relación con el régimen de la transmisión de las participaciones sociales de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada —BOE, de 24 de marzo de 1995, núm. 71—, artículo 87 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas —BOE, de 27 de diciembre de 1989, núm. 310— reformado por la transposición de la Directiva 92/1001 CEE, que aunque dirigido al mantenimiento de la integridad del capital social sigue también el principio de unidad de acción, y finalmente, el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores —BOE, de 29 de julio de 1988, núm. 181— al considerar «pertenecientes al mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión, porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás, o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto.»

efectos de determinar la existencia de los elementos objetivos y subjetivos la relación vertical o de dominación y de dirección unitaria del grupo de empresas⁵³⁶.

No obstante, resulta evidente que incluso cuando se sigan las cautelas en aplicación de la citada normativa, lo cierto es que se podrían emplear diferentes estrategias para evitar la prohibición de venta a pérdida. Por citar algunos ejemplos, una situación así podría tener lugar a través de las centrales de compra y empresas interpuestas pertenecientes o no al grupo, pero con lazos de dependencia. Cumpliendo así con las exigencias prevista en la LOCM de vender por encima del precio según factura o del coste de producción si lo produjeran directamente, pero que podría constituir un acto de competencia desleal. O bien, cuando en la factura se incluyen diferentes elementos pero la venta se realiza por un precio conjunto. La finalidad de ambas conductas es evidente, por un lado, beneficiarse de las ventajas derivadas de una venta a pérdida para su política comercial, y por otro, dificultar su perseguibilidad y su posible sanción.

En cuanto al primer ejemplo, la norma no parece contemplar los supuestos en los que tanto a través de acuerdos horizontales —vía centrales de compra— o verticales —de común acuerdo por afinidad o por imposición directa o indirecta— pudieran quedar al margen de la prohibición de realizar ventas a pérdida contenida en las normas sobre competencia. Se trata de aquellos supuestos en los que el actor —central de compra, empresa financiera del grupo, empresa dominante en una estructura vertical o cualquier otra forma—, proceda por ejemplo a refinanciar la compra. Para finalmente vender al precio según factura —cumpliendo con las exigencias de la LOCM— sin imputar ninguno de los costes en los que incurre. Así que con absoluto respeto al marco jurídico de una venta con pérdida al realizar ventas por precio igual o incluso superior al de factura no incumple la norma ordenadora del comercio minorista. Y mucho menos su comprador, empresa también del grupo, que vende al por menor. Cabe imaginar hasta cuánto se podría reducir el precio de adquisición o el coste de producción de un producto o servicio si se interponen empresas en los diferentes eslabones de la cadena de valor, desde la producción hasta la venta final. Todos ellos vendiendo al precio según factura o según su coste de producción cuando lo produjeran directamente. Sí tan sólo hubiera tres eslabones reales o ficticios entre el comprador y el vendedor hasta el minorista final, y en ninguno de ellos se les hubiera trasladado el coste real, al no imputársele la parte proporcional de costes fijos y variables, ni el margen de beneficios, el precio de adquisición o el coste de producción sería extraordinariamente competitivo, y sin duda alguna, estaría ocultando una venta a pérdida. Pero desde la LOCM, la empresa que finalmente vende al público estaría comprando legalmente a empresas del grupo y a un precio muy inferior, porque simplemente han desaparecido dos eslabones de la cadena de distribución al vender al precio según factura o próximo a él. Ahorrándose con ello márgenes

⁵³⁶ Siendo especialmente interesantes las sentencias del TSJ de Cataluña, de 14 de enero de 2000, 26 de mayo de 1997, 22 de mayo de 1995 y 15 de junio de 1993. Así como las del TS al respecto en la sentencia (Sala de lo Social) de 3 de mayo de 1990, TS (Sala de lo Social) de 12 de julio de 1988 y TS (Sala de lo Social) de 8 de octubre de 1987.

comerciales que probablemente si hayan tenido que soportar otros competidores. Y además, vendiendo al precio según factura cumple con la legalidad vigente, aunque éste sea muy inferior al precio de mercado que debería tener para el producto en cuestión sino hubiese contado con esa financiación encubierta. En estos casos, el acto no supone una infracción del artículo 14 de la LOCM, pero sí podría constituir un acto de venta a pérdida calificable como desleal de las comprendidas en el artículo 17 de la LCD, en sus apartados a), b) y c). Por lo que para determinar el umbral de legalidad en torno al coste marginal, al pertenecer todas las empresas al mismo grupo debería realizarse, como se ha indicado, teniendo en cuenta todos los eslabones de la cadena, la existencia de acuerdos verticales y la obligatoriedad del cumplimiento del mandato de la empresa dominante.

En cuanto al segundo ejemplo, la determinación del precio según factura, encuentra problemas en los supuestos de emisión de facturas conjuntas de diferentes productos sin identificar el precio unitario. Como por ejemplo, en el caso de las facturas falsas, en las facturas sin fecha, en las posdatadas, o como se ha observado, con la introducción de empresas intermedias entre el verdadero comprador y el vendedor definitivo que vende al público. La refinanciación desde un punto de vista legal podría hacerse incrementando un mes por cada empresa que se coloque en medio. Todas ellas empresas del grupo, de modo tal que el simple coste del capital desde el momento de la compra hasta su puesta definitiva a la venta al público podría dar lugar a grandes diferencias entre el coste real de la compra y el precio según factura. Por ello, y teniendo en cuenta que las empresas intervinientes pertenecen al grupo, o bien, existen estrechos lazos entre el fabricante, el productor y el distribuidor se podrían orquestar rápidas y ágiles estrategias que impidan o dificulten la prueba de que se ha realizado una venta a pérdida. Una situación que además se agrava cuando los datos contables de todas las empresas intervinientes se realizan de un modo unitario.

No obstante, la conducta ilícita instrumentada a través de una organización jerarquizada como ésta, no escaparía cuando tuvieran efectos en le mercado español y se dieran las condiciones para la aplicación de la normativa de la LDC, o de la LCD. La primera, cuando haya sido realizada a través de una práctica no autorizada del artículo 1 de la LDC; desde el ejercicio abusivo de una posición dominante individual o colectiva del artículo 6 de la LDC a través de una conducta explotativa o abusiva; o por infracción del artículo 7 de la LDC cuando la conducta sea susceptible de afectar sensiblemente la competencia en el mercado y resulte contraria del interés público. Y la segunda, a través de la aplicación del correspondiente artículo 17 de la LCD en la medida en que el artículo 14.1., 2.º párrafo, remite a la LCD al establecer que «En todo caso, deberá respetarse lo dispuesto en la Ley sobre competencia Desleal». Ambos preceptos tienen por objeto la represión de los actos de competencia desleal instrumentalizados en una venta «a» pérdida.

Téngase en cuenta que el artículo 14 de la LOCM en su acepción originaria es una norma que parece especialmente concebida para proteger los intereses de los fabricantes, productores y comercio tradicional frente a las nuevas formas de distribución comercial. Sin embargo, los problemas interpretativos son de tal calado que difícilmente la anterior observación podría encontrar acomodo. Precisamente, porque, la introducción de un sistema aparentemente simple para el cálculo objetivo en torno a la factura, y en su caso, represión de los actos de venta con pérdida plantea problemas interpretativos. Se produce una contradicción ya que la venta realizada al precio según factura e incluso a un precio superior no será calificada de venta con pérdida, pero puede contener una venta a pérdida cuando con ella no cubra la imputación proporcional de los costes directos e indirectos que se deben incluir en la determinación del precio de adquisición o coste de producción. O lo que es lo mismo, que la venta será lícita desde el punto de vista administrativo e ilícita en aplicación de la LCD cuando el precio de venta al público sea inferior a su coste marginal⁵³⁷. Y estos mismos criterios serán de aplicación en el supuesto que la venta a pérdida resulte contraria al artículo 81 del TCE.

⁵³⁷ Sobre la posible complementariedad interpretativa de la LOCM con la LCD hay dos interesantes planteamientos. Por un lado, los que plantean que el párrafo segundo del artículo 14.1. de la LOCM implica la calificación e inclusión del mismo como un acto de competencia desleal dando así entrada a través del artículo 15.2 de la LCD a «actos desleales por infracción de normas» a la LCD y las acciones en ellas contenidas, estableciendo así una clara relación entre las diferentes disciplinas ordenadoras del mercado, especialmente en este supuesto, la LDC, la LCD y la LOCM. En este sentido *vid.* OTERO LASTRES, J. M., «La venta con pérdida tras la entrada en vigor de la Ley de ..., ob. cit., p. 4.011.; MARÍN LÓPEZ, J. J., «Prohibición de venta con pérdida», en *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista*, (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., y LEGUINA VILLA, J.), Madrid, 1997, pp. 286-287; ALONSO ESPINOSA, F. J., «La prohibición de la venta con pérdida», en *Comentarios Legislativos al Régimen Jurídico General del Comercio Minorista*, (Coord. ALONSO ESPINOSA, F. J., LÓPEZ PELLICER, J. A., MASSAGUER FUENTES, J., REVERTE NAVARRO, A.), Madrid, 1999, p. 243. Y recientemente, poniendo de manifiesto la interrelación entre ambas disciplinas, hasta el punto de que la normativa *antitrust* sea de aplicación por la jurisdicción ordinaria, *vid.* entre nosotros GUTIÉRREZ, A., y MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A., «Nuevas perspectivas en la aplicación de las normas de defensa de la competencia por la jurisdicción civil ..., ob. cit., pp. 39-45, y en la doctrina italiana *vid.* GHIDINI, G., «Reflexiones sobre la disciplina italiana de la competencia desleal a la luz de los principios pro-competitivos de la Constitución Económica ..., ob. cit., pp. 1109-1123. Y finalmente y por otro lado, aquellos que siguiendo un criterio muy similar, aunque no por la vía del artículo 15.2 de la LCD, expresamente manifiestan que «Allí donde concurren, los tipos de la Ley de Competencia Desleal ceden el paso a los establecidos en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, pero no salen enteramente de escena. Dicho en otros términos, cuando una práctica esté regulada en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, las normas de la Ley de Competencia Desleal [...] serán de aplicación subsidiaria, como segundo control al que quedan sometidas las prácticas concurrenciales. Por lo tanto, el incumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley de Ordenación del Comercio Minorista no asegura por completo la licitud concurrencial, pues todavía quedan sujetas a las exigencias generales de la Ley de Competencia Desleal [...]» *Vid.* MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal ..., ob. cit., p. 501.* No obstante, la interpretación conjunta de ambos preceptos resulta extraordinariamente forzada, salvo que el mismo hecho, una venta a pérdida, pueda dar lugar a dos infracciones, por un lado, la administrativa por infracción del artículo 14 de la LOCM, y en segundo lugar, en la jurisdicción ordinaria por infracción del artículo 17 de la LCD. En cualquier caso, podría darse el supuesto de que una empresa que vende por encima del precio según factura no incumple la normativa de comercio interior, pero sí esta incumpliendo la normativa de competencia desleal al estar realizando la venta por debajo de un determinado nivel de costes, quedando al arbitrio de cualquier persona con un interés legítimo el ejercicio de las acciones judiciales que la Ley del permite. Como acertadamente ha indicado el MASSAGUER FUENTES «[...] por esta vía, la normativa de ordenación del mercado tiende a evitar las dificultades que en la materia van ligadas a la afirmación y represión de la deslealtad, en particular los problemas de prueba y lentitud en la reacción. Se asume a cambio el riesgo de fallos». Entre dichos riesgos se incluye ahora un nuevo problema interpretativo en atención al principio *non bis in idem* al concurrir la posible infracción y en su caso sanción administrativa y la de la jurisdicción ordinaria. Si efectivamente como establece el párrafo segundo del artículo 14 de la LOCM, la LCD opera como supletoria, pero qué supletoriedad es ésta si se está vaciando de contenido en atención al principio citado. Precisamente porque aquella persona que tuviera un interés legítimo no podría ejercitarlo ya que el sancionado por una infracción administrativa podría alegar en su defensa que no cabría sanción bajo el principio *non bis in idem*. O bien cabría distinguir aquí un intento del Legislador por diferenciar el régimen sancionador de carácter administrativo, dejando a salvo la vía judicial.

CAPÍTULO V

CONTINGENCIA DE LA POSICIÓN DOMINANTE PARA REALIZAR VENTAS A PÉRDIDA CALIFICABLES DE ILÍCITO CONCURRENCIAL REFRENDO DE LA 2.^a HIPÓTESIS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

1. Introducción

Como se ha indicado, los planteamientos tradicionales en la jurisprudencia que conoce de la venta a pérdida en el Derecho *antitrust*, y por extensión, a la represión de estos comportamientos desde la disciplina de la competencia desleal, han venido exigiendo como requisito de perseguibilidad que la empresa agresora tenga posición de dominio. De lo contrario, no se entra a estudiar el supuesto porque se parte de la idea de que éste tipo de comportamientos no alcanzarán el resultado de expulsar a un competidor o grupo de competidores del mercado por simple incapacidad objetiva del agresor. Y por consiguiente, tampoco se llegará a producir un falseamiento de la libre competencia de tal calibre que obligue a las autoridades *antitrust* a intervenir.

Sólo cuando se den las circunstancias descritas se procederá al estudio de los costes a los efectos de determinar objetivamente si se ha vendido o no por debajo de un determinado nivel de costes. Posteriormente, y con base en el estudio de los costes y de otros elementos se procederá a la calificación del comportamiento y en su caso a la represión desde la normativa *antitrust* o desde la disciplina de la competencia desleal.

Esta exigencia de posición de dominio por el agresor parece fundamentarse en una premisa equivocada: la de que los precios predatorios sólo pueden ser realizados desde una posición de dominio porque de lo contrario el agresor no sólo no podría pasar de la primera fase de la estrategia —*low-price-now*— consistente en vender por debajo de un determinado nivel de costes—, a la segunda fase —*high-price-later*—, donde recuperaría las pérdidas a través de rentas monopolísticas. Olvidando los efectos desleales y anticompetitivos que se encuentran entre el inicio y fin de la venta a pérdida, con independencia de que el

agresor tenga o no capacidad para alcanzar el resultado final y monopolista de expulsión de un competidor o grupo de competidores.

Desde esta perspectiva, sólo cuando la empresa que vende a pérdida cuenta con capacidad de recuperación a través de rentas monopolísticas es cuando resulta verdaderamente lesiva y susceptible de afectar la libre y leal competencia en una parte sustancial del mercado interior. Hasta ese momento, la posición y actitud que mantiene frente a la venta a pérdida es pasiva al entender que la conducta resulta beneficiosa para los consumidores y usuarios que pueden adquirir los productos o servicios en cuestión a un precio anormalmente reducido y ventajoso. Sin embargo, aún con ser cierto el carácter cuasi-absoluto con el que aparece en nuestra doctrina y jurisprudencia el razonamiento resulta erróneo porque el sofisma del que parten, y en el que se fundamentan, no tiene en cuenta los efectos negativos para los intereses de los que concurren en el mercado⁵³⁸. De los consumidores y usuarios porque de tener éxito la estrategia podría tener por efecto prácticas monopolísticas que limitaran el acceso o impusieran el precio, la calidad o las condiciones de servicio. Para los concurrentes, porque su conducta podría afectar a su estrategia y condiciones de competencia en el mercado. Y al mercado, porque la libre y leal competencia basada en principios de eficiencia y racionalidad económica se vería comprometida.

Sin embargo, como se podrá observar a continuación y contrariamente al planteamiento tradicional, en algunos supuestos no es necesario que el agresor tenga posición de dominio para poder llevar a cabo una estrategia de venta a pérdida susceptible de tener éxito. De modo que se deberá proceder a la represión de estos comportamientos cuando con independencia de la posición que ocupe el agresor, su comportamiento se revele objetivamente idóneo para producir el resultado lesivo. Y de hecho, este planteamiento, encuentra respaldo legal en nuestro ordenamiento jurídico, tanto desde la normativa *antitrust* como desde la disciplina de la competencia desleal⁵³⁹.

⁵³⁸ Un sofisma clásico es el siguiente; 1. A Sócrates le gusta el pescado, 2. Todos los gastos comen pescado, 3. Conclusión: Sócrates es un gato. La conclusión puede ser correcta, pero no tiene porque ser cierta con base en esta argumentación. Lo mismo ocurre con la exigencia tradicional de posición dominante de quien realiza una estrategia de venta a pérdida olvidando que la conducta realizada por una empresa sin posición de dominio puede producir los efectos anticompetitivos y desleales indeseados al falsear la libre y leal competencia. Ambas disciplinas no pueden llegar *ex post* cuando el resultado lesivo ya se ha producido, y que además resulta evidente que puede producirse, sino que también deben operar, y de hecho operan, *ex ante* cuando la conducta se manifieste objetivamente idónea para producir el resultado con independencia de que este se llegue a alcanzar.

⁵³⁹ *Vid.* NEWTON, C., «Do predators need to be dominant?», ... *ob. cit.*, pp. 127-132. En este sentido el autor hace la siguiente pregunta «How do these prerequisites of feasibility and rationality relate to the concept of dominance employed in European (and soon U.K.) antitrust laws? This question can be separated into two parts: (1) In dominance a *necessary* condition for a firm to have the ability and the incentive to engage in predatory pricing, or can firms which are not dominant also be successful predators? (2) Is dominance a *sufficient* condition for a firm to be successful predatory, or must further conditions be fulfilled? The answer to the first question is crucial to assessing whether the Charter II prohibition in the Competition Act 1998 will lead to effective control of predatory conduct. If firms that are not dominant can be successful predators, then under the new legislation such firms will be free to predate with impunity. The answer to the second question determines whether there is a risk that dominant firms might hold back genuine price competition in fear of being accused of predation.»

En la doctrina apuntan esta posible solución algunos mercantilistas, al mantener que con

«[...] independencia de que la mayor parte de la elaboración de la doctrina de los precios predatorios se haya producido en el campo del derecho antitrust, ello no significa que no puedan presentarse supuestos de prácticas unilaterales de precios predatorios realizadas por empresas que no se encuentren en posición de dominio, y ahí la virtualidad del artículo 17.2. c) de la Ley de Competencia Desleal que permite la persecución de ese tipo de prácticas. Hay que tener en cuenta que la política de precios predatorios siempre tiene finalidad anticoncurrencial, por lo que si la alteración de la competencia es sensible y afecta por ello el interés público, aun cuando no sea realizada desde una posición de dominio, puede suponer una infracción del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia [...]»⁵⁴⁰

Además, un caso especialmente paradigmático es el de los mercados de alta tecnología en los que coexisten empresas con grandes cuotas de mercado y posición de dominio absoluta con pequeñas empresas con una alta capacidad de innovación, e incluso con cuotas de mercado relativas importantes. En teoría industrial es evidente que las empresas con posición de dominio pueden consolidar aún más su situación a través de su cuota de mercado, capacidad financiera y existencia de economías de escala, alcance y experiencia. Sin embargo, en mercados de alta tecnología es precisamente la innovación tecnológica la que contribuye a generar diferencias. Una empresa pequeña y con escasos recursos financieros, pero que incorpore una innovación tecnológica importante en relación con el estado de la técnica, podrá obtener los recursos necesarios para realizar estrategias predatorias capaces de hacer tambalear al más fuerte. Incluso, una simple idea puede cambiar la concepción del negocio como puede ser regalar la cuenta de correo electrónico, espacio para insertar páginas webs o plataformas para el intercambio de ficheros MP3 u otros. Ha de tenerse presente que en estos mercados y una vez se hayan cubierto los costes —por ejemplo, con la creación de un programa de ordenador—, el coste marginal tiende a cero. Lo que implica que dicha empresa pueda vender su programa a un precio muy reducido o incluso a pérdida sin que ello le suponga grandes perjuicios económicos, más que una pequeña parte de costes fijos por la utilización de la maquinaria o el personal para hacer las copias y una parte de coste variable para cubrir el soporte magnético, los gastos de distribución, atención al cliente y la página web de la que se puede bajar el citado programa, entre otras⁵⁴¹.

⁵⁴⁰ Vid. BERENGUER FUSTER, L., «La venta a pérdida en la Ley de Competencia Desleal», en *La prohibición de la venta a pérdida*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1997, pp. 93-94; En nuestra doctrina también se ha pronunciado en un sentido similar PAZ-AREZ, C., «El ilícito concurrencial: De la dogmática monopolista a la política *antitrust*», *RDM*, 1981, pp. 110 y ss.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La venta a pérdida como supuesto de competencia desleal [Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2.ª) de 12 de junio de 1992], *RGD*, núm. 589-590, 1993, pp. 10354, y MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal* ..., ob. cit., pp. 523-524.

⁵⁴¹ Un ejemplo claro de esta situación es Microsoft en sus orígenes, en el que un grupo de chavales puede crear un pequeño ordenador y un sistema operativo capaz de desbancar a empresas con una posición fuerte. Al respecto resulta de interés el trabajo realizado en el segundo capítulo donde se analiza las relaciones y

Ni en la normativa *antitrust*, ni en la disciplina de la competencia desleal, ni en la ordenadora del comercio interior se exige que haya posición de dominio. Esta no exigencia de posición de dominio permite la represión de aquellas prácticas realizadas por empresas que sin posición de dominio sí detentan un determinado poder de mercado. Unos supuestos que serán objeto de estudio detallado a continuación

2. En el Derecho *antitrust*

En el primer supuesto, en la normativa *antitrust* no siempre es necesario, que el agresor tenga posición de dominio desde la que realizar la práctica predatoria de venta a pérdida desleal. Una exigencia que tiene su razón de ser en las propias características del Derecho *antitrust*, cual es la de garantizar un mercado debidamente saneado, en libre y leal competencia. Partiendo de esta premisa, que se fundamenta en el principio *de minimis non curat Praetor* del artículo 1.3. de la LDC, sólo aquellas prácticas anticompetitivas que pudieran falsear la competencia hasta límites contrarios al interés público podrán ser objeto de represión como ilícito *antitrust*⁵⁴². Luego, todas aquellas ventas a pérdida que por sus características sean calificables como ilícito concurrencial pero no susceptibles de falsear la competencia en el mercado hasta niveles que afecten al interés general, sencillamente no serán objeto de represión *antitrust*, sino en todo caso, por la vía de la disciplina de la competencia desleal.

2.1. Antecedentes en la jurisprudencia comparada

consecuencias de la innovación y la relación de competencia. En la doctrina norteamericana el análisis de la relación entre el Derecho *antitrust* y la innovación tecnológica, sobre todo en el mercado del software *vid.* MISLOW, C. M., «Reducing the high risk of high tech: Legal planning for the marketing of computer systems», *Am. Buss. L. J.*, v.23, 1985, pp. 124-139; COHEN, J. E., y LEMLEY, M. A., «Patent scope and innovation in the software industry», *Calf. L. Rev.*, v.89, núm. 1, January, 2001, pp. 1-57; PETTY, R. D., «Antitrust and innovations: Are product modifications ever predatory», *Suffolk Univ. L. Rev.*, v.22, 1988, pp. 992-1028; *idem.*: «Predatory promotion: A theory of antitrust liability whose time has come?», *American Business Law Journal*, v.27, 2, Summer, 1989, pp. 215-249. En nuestra doctrina resulta de interés para obtener una visión general *vid.* VENCE DEZA, X., *Economía de la innovación y cambio tecnológico: Una revisión crítica*, Colección S. XXI, 1.ª ed., Madrid, 1995. Para una visión de la problemática el asunto Microsoft *vid.* ACUÑA-QUIROGA, C., «Predatory innovation: A step beyond (understanding competition in high-technology market)», *International Review of Law Computers Technology*, v.1., 2001. Y más recientemente FARIÑAS, J. C., y HUERCO, E., «Tamaño empresarial, innovación y políticas de competencia», *Econ. Ind.*, núm. 329, 1999, pp. 67-80; ALAEZ MARTÍNEZ, M. A., *Innovación y tamaño de empresa*, Madrid, 2001. Recientemente *vid.* CAÑIZARES, E., FERNÁNDEZ, D., JORGE PADILLA, A. y RAMOS, A., *Competència i innovació en la nova economia*, Papers d'economia Industrial, núm. 16, 1, Departament d'Industria, Comerç i Turisme, Barcelona, octubre 2001, pp. 81-83.

⁵⁴² Conforme a este principio el artículo 1.3. de la LDC establece que «Los órganos de Defensa de la Competencia podrán decidir no perseguir las conductas prohibidas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. En tales casos, el Servicio de Defensa de la Competencia podrán inadmitir las denuncias y el Tribunal de Defensa de la Competencia sobreseer los expedientes.»

A) «**Poultry Farms v. Rose Acre Farms**»⁵⁴³. En este asunto, «Rose Acre Farms» es un productor de huevos con una estructura organizativa altamente integrada gracias a su elevado nivel de mecanización. Sus actividades agroalimentarias son diversas, pero en el asunto la cuestión se circunscribe a la diferencia en los precios a los que la demandada vende a los supermercados los huevos sobrantes de las partidas que ha destinado a la realización de productos terminados, y los precios a los que vende los huevos a otros procesadores de alimentos. Los demandantes mantienen que dicha conducta implica una doble infracción, por un lado, un acto de discriminación en precios contrario a la Sección (2) a. de la *Clayton Act* añadida por la *Robinson-Patman Act*⁵⁴⁴, y por otro lado, que la práctica en cuestión implica la realización de una venta a pérdida con finalidad predatoria al vender dichos huevos, calificados como especiales, a un precio inferior a su coste de producción⁵⁴⁵. «Rose Acre Farms» alegó que la venta a un precio anormalmente bajo de los huevos no aplicados a su proceso productivo está reduciendo las pérdidas que podría sufrir al no vender dichos huevos. Que dicho precio estaba en función de economías de escala, por lo que aún cuando la venta sea inferior al coste variable medio no es inferior al coste marginal que al final necesariamente será inferior. Una conducta que además generaba barreras de entrada a nuevos productores de huevos en el periodo en el que «Rose Acre Farms» llevó a cabo su conducta, entre 1977 y 1983.

Luego, ante estos argumentos cabe preguntarse cómo se puede diferenciar entre precios competitivos y precios predatorios⁵⁴⁶. A juicio del Tribunal, los demandantes no ofrecieron pruebas convincentes de que la conducta de la demandada era ilegal y no una conducta perfectamente lícita en el marco de una estrategia competitiva⁵⁴⁷. Como se observa, en el asunto se suscitaron interesantes cuestiones en relación con la realización de un comportamiento predatorio por una empresa que no tiene posición dominante. Por lo que «Rose Acre Farms» al realizar este comportamiento se equivocó al medir sus fuerzas, o bien, consciente de ello, llegó a la conclusión de que su estrategia podía tener éxito. Un comportamiento que se divide en dos fases claramente diferenciadas, primero

⁵⁴³ «A.A. Poultry Farms, Inc., v. Rose Acre Farms, Inc.», 881, F.2d 1396, 7th Cir., 1989, *cert. denied*, 110 S. Ct. 1326, 1990.

⁵⁴⁴ Dicha norma establece lo siguiente: «It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly, to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality, where either or any of the purchases involved in such discrimination are in commerce, [...] where the effect of such discrimination may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce, or to injure, destroy, or prevent competition with any person who either grants or knowingly receives the benefit of such discrimination, or with customers of either of them [...]»

⁵⁴⁵ «A.A. Poultry Farms, Inc., v. Rose Acre Farms, Inc.», 683 F. Supp.at 686.

⁵⁴⁶ *Vid.* MERKIN, R., «Predatory pricing or competitive pricing: Establishing the truth in English and EEC law», *Oxf. Jour. of Leg. Studies*, v.7, 2, 1987, pp. 182-214. Para el autor, la diferencia entre ambos radica en la intención perseguida con la bajada de los precios. Una intención que podría inferirse, de entre otros elementos, de la duración de la bajada de precios y de la política habitual de la empresa. Este argumento permite diferenciar entre precios predatorios y precios competitivos. Aunque no vale para diferenciar la conducta del agresor si éste normalmente lleva una política de precios bajos y decide realizar una política de precios predatorios.

⁵⁴⁷ «A.A. Poultry Farms, Inc., v. Rose Acre Farms, Inc.», 683 F. Supp.at 689-690. «[...] evidence of bad intent could not support a verdict that was not otherwise justified by objective economic indicators [...]».

precios bajos y segundo, elevación de los precios para recuperar las pérdidas con rentas monopolísticas. Para realizar la primera, hay que calcular muy bien las posibilidades para poder hacer primero frente a las pérdidas directas causadas por las ventas a pérdida no sólo de sus clientes reales sino del correspondiente incremento de la demanda, ahora desplazada por el mejor precio. Pero qué ocurriría si la empresa carece de dicha posibilidad, si ha calculado erróneamente sus posibilidades y no puede hacer frente a sus pérdida o recuperarse posteriormente⁵⁴⁸. En estos casos, la conducta de la empresa producirá los mismos efectos nocivos en los intereses de todos los concurrentes. Y sin embargo, no sería objeto de represión porque en el análisis previo se ha observado que no tiene posición dominante.

B) «Brooke Group, Ltd., v. Brown & Williamson Tobacco Corp.», de 22 de junio de 1993⁵⁴⁹. En este asunto la demandante «Brooke Group Ltd.» también conocida como «Liggett», observó una oportunidad de negocio en el mercado de

⁵⁴⁸ A los efectos de profundizar sobre este planteamiento en la doctrina norteamericana *vid.* WORDEN, W. L., «Antitrust. Predatory pricing— Intent cannot serve as the bays of liability in a predatory pricing cases under Sherman Act— A. A. Poultry Farm’s, Inc. v. Rose Acre Farms», Inc., 881, F. 2d 1396, 7th Cir., 1989, *cert. Denied*, 110, S. Ct. 1396, 1990, *Drak. L. Rev.*, v. 40, 1991, pp. 667-668, quien además analiza otros supuestos en los que se concurren las circunstancias anteriormente analizadas como «Cargill, Inc., v. Monfort of Colorado Inc.», 479, US. 104, 1986; «Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.», 475, US, 574, 1986; Asimismo, es de interés el trabajo de GOLDSTEIN, J. L., «Single firm predatory pricing in antitrust law: The Rose Acre recoupment test and the search for and appropriate judicial standard», *Colum. L. Rev.*, 1991, pp. 75-90.

⁵⁴⁹ *Vid.* «Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.», 92, US, 466, 1993. La empresa «Brooke Group Ltd.» era conocida anteriormente con el nombre de «Liggett», por lo que algunos autores se refieren al asunto como «Liggett c. B&W». La empresa demandada con tan sólo un 12 por ciento del mercado norteamericano de cigarrillos especialmente en los de la gama alta, entra en el mercado de cigarrillos genéricos con una estrategia predatoria en precios dirigida a primero expulsar del mercado a «Brooke Group Ltd.» Y posteriormente recuperar las pérdidas en las que hubiera incurrido vía precios monopolísticos. Para un estudio más detenido del impacto que supuso dicho asunto en la doctrina *vid.*, entre otros: BAUMER, W. J., «Predatory pricing and maximum RPM in the 7th Circuit: Post-predation oligopoly/duopoly no unlawful», *Antitrust L. & Econ. Rev.*, v. 23, núm. 4, 1991, pp. 49-58; JORDAN, W. H., «Predatory after Brook Group: The problem of State “sales below cost” statutes», *Emory L. Jounl.*, v.38, 1991, pp. 489-511; BUERNET, W. B., «Predatory pricing with 12% market share: Recoupment via tacit collusion in the cigarette oligopoly (I, II, III, IV y V)» *ANTITRUST L. & ECON. REV.*, 1991; BULLOCK, F. W., «Court’s final jury instructions in the cigarette oligopoly-predation case: Competitive injury requires supra competitive prices via ‘market power’», *Antitrust L. & Econ. Rev.*, v.22, 1991, pp. 57-83; *id.* «No ‘tacit collusion’ in the U.S. cigarette industry: lack of market power, predation, or supra competitive prices», *Antitrust L. & Econ. Rev.*, 1991, pp. 75-90; AREEDA, P., «Predatory pricing in the cigarette oligopoly: ...», *ob. cit.*, p. 81; KENNEDY, A. M., «Predation and ‘recoupment’ in the cigarette oligopoly: It’s still ‘implausible’ but we still can’t define it (I)», 1993, pp. 95-110; *idem.* «Predation and ‘recoupment’ in the cigarette oligopoly: It’s still ‘implausible’ but we still can’t define it (II)», *Antitrust L. & Econ. Rev.*s, 1994, pp. 81-98; EDITOR’S NOTE, «Symposium: Predatory pricing after Brook Group», *Antitrust L. Jounl.*, v. 62, 1994, pp. 537-540; DINGER, M. L. & HERFORT, J. A., «Predatory pricing claims after Brook Group», *Antitrust L. Jounl.*, v. 62, 1994, pp. 541-558; ELZINGA, K. G. & MILLS, D. E., «Trumping the AREEDA-TURNER test: The recoupment standard in Brook Group», *Antitrust L. Jounl.*, v. 62, 1994, pp. 559-584; BAKER, J. B., «Predatory pricing after Brook Group: An economic perspective», v. 62, 1994, pp. 585-603; GLAZER, K. L., «Predatory pricing and beyond: Life after Brook Group», *Antitrust L. Jounl.*, v. 62, 1994, pp. 605-633; FREEMAN, M. L., «Predatory pricing after Brook Group: Economic goals prevail», *Alab. L. Rev.*, v.58, 1994, pp. 243-260; FOX, K. J., «Brooke Group, Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.: Taking the predator out of predatory pricing», *Cap. Univ. L. Rev.*, v. 23, 1994, pp. 581-610; ZERBE, R., & MUNFORD, M., «Does predatory pricing exist? Economic theory and the courts after Brooke Group», *The Antitrust Bull.*, winter, 1996, pp. 949-985; ADAMS, W., & BROCK, J. M., «Predation, “rationality” and judicial somnambulance», *Univ. of Cincinn. L. Rev.*, v. 64, 1996, pp. 811-879.

cigarrillos de segmento bajo. Ha de recordarse que el precio de la materia prima y del manufacturado de la misma es un porcentaje mínimo en relación al precio final, en el que influyen en gran medida partidas como impuestos y gastos de publicidad que le vienen a atribuir un cierto estatus a través de la imagen de marca de quien los consume. Sin embargo, hay un mercado potencial de consumidores de cigarrillos que no están dispuestos a pagar ese sobreprecio. Sobre todo en un mercado tan concentrado como el de la venta de cigarrillos en EE.UU., que básicamente se encuentra en manos de seis empresas y que curiosamente no están cubriendo una interesante demanda. En 1988 coexisten dos grandes productores «Philip Morris» y «R.J. Reynolds» con una cuota de mercado del 39,3 por ciento la primera y el 31,8 por ciento la segunda, con otras empresas con una cuota inferior como «Brown & Williamson» con 10,9 por ciento, «Lorillard» con el 8,2 por ciento y «American Brans» con el 8,2 por ciento. A su vez estas cuotas de mercado están compuestas de dos partes bien diferenciadas, por un lado, el mercado de cigarrillos de gama alta *branded cigarettes* en la que se encuentran marcas como «Newport», «Pall Mall», «Kool», «Winston» y «Malboro», y por otro lado, los cigarrillos de gama baja o genéricos con precios significativamente más bajos. En este mercado oligopolístico y segmentado la empresa «Brook Group» ante la caída fulminante que habían experimentado sus ventas, y consciente del hueco no cubierto lanza en 1980 una agresiva campaña comercial. Básicamente dirigida a la venta de cigarrillos de segmento bajo con el nombre de «*black and white*», que no sólo tenían un precio inferior en un margen que oscilaba entre el 30 al 45 por ciento, sino que además lo combinó con otras estrategias como precios especiales para los militares. Dicha estrategia tiene éxito y tan sólo cuatro años después ya tenía una cuota de mercado nacional del 4,1 por ciento. Lo que implicaba casi el 97 por ciento en el mercado de cigarrillos genéricos y un ahorro en precios para los consumidores de unos 300 millones de dólares.

Ante este espectacular avance algunos de sus competidores también lanzaron cigarrillos genéricos a un precio, según la demandante, anormalmente bajos en la creencia que ello supondría la salida del mercado de «Brook Group» y la recuperación de la demanda. En 1983 «Brown & Williamson» con una cuota de mercado del 11,3 por ciento lanza «Twenty-five,s», una cajetilla con 25 cigarrillos frente a los tradicionales 20 que lanzaban sus rivales y en marzo de 1984 R. J. Reynolds lanza «Doral». Como respaldo a dicha estrategia utilizaron subvenciones cruzadas procedentes del mercado de cigarrillos del segmento alto con la finalidad de eliminar a la demandante, recuperar las pérdidas a través de rentas monopolísticas y finalmente reorientar la demanda hacia los cigarrillos de segmento alto a los que les ganaban un mayor margen. Una estrategia que sólo era posible a través de una práctica colusiva entre el resto de concurrentes.

Finalmente, el asunto se desestimó porque el cuarto circuito entendió que con un nivel de costes inferior al coste variable medio realizado por una empresa con una cuota de mercado tan pequeña dificultaba que tuviera éxito su estrategia de precios predatorios. Unas conclusiones que vinieron a confirmarse por el hecho de que todos los concurrentes habían incrementado sus cuotas de mercado en el

segmento de cigarrillos genéricos, con lo que los consumidores habían recibido vía descuento, un importante ahorro en sus respectivos gastos en tabaco⁵⁵⁰.

Sin embargo, el planteamiento realizado por el Tribunal parece erróneo al desestimar la conducta realizada por «Brown & Williamson» en atención dos elementos. Por un lado, al mantener la imposibilidad de un pacto colusivo entre tantas empresas siguiendo la jurisprudencia en el asunto «Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.»⁵⁵¹ Y por otro lado, al seguir el planteamiento de la doctrina mayoritaria conforme al cual, una empresa con una cuota de tan sólo el 12 por ciento no dispone de la posición de dominio que necesita para llevar a cabo una estrategia de precios predatorios que le permita recuperar posteriormente vía rentas monopolísticas las pérdidas en las que hubiera incurrido⁵⁵².

C) Planteamiento

En la doctrina y en la jurisprudencia se ha venido manteniendo que toda estrategia predatoria se instrumenta en dos fases, *low-price-now—high-price-later*, de modo que la falta de algún elemento que pueda impedir la completa realización de la conducta en cualquiera de las dos fases supondrá la imposibilidad de realizar dicha estrategia⁵⁵³. Y sin embargo, a tenor de los dos ejemplos anteriores ésta argumentación no se sostiene.

Dos son los motivos, primero cuando la empresa se encuentra en la primera fase —*low-price-now*— puede estar cometiendo un error de cálculo al realizar precios predatorios en la esperanza equivocada de que con ella excluirá o

⁵⁵⁰ Básicamente el Tribunal parece seguir el planteamiento realizado por el profesor AREEDA al concluir que «[...] predation has impossible here because (1) B&W, with at most 12% of the market, had no “market power” and hence no hope of recouping; (2) plaintiff’s own executives had denied on the stand that their “branded” prices were anything but “fair” to the consumer; (3) entry by the majors into branded-generics proved that they had no “alignment of interest” in terms of killing off (or slowing the growth of) the generics; and (4) the relevant market being all cigarettes, B&W’s handsome profits “overall” during the alleged predatory period —on generics and “premium”—branded— established that its “prices” had been no only above AVC but above ATC as well!»

⁵⁵¹ *Vid.* «Matsushita Electric Industrial Co. c. Zenith Radio Corp.», 475, US, 574, 1986, en el que el Tribunal desestimó la pretensiones del demandante en atención a la dificultad que a juicio del Tribunal entrañaba la realización de una práctica predatoria colusiva por empresas japonesas durante un periodo de casi veinte años. El motivo de su reducción de precios no procedía de una práctica concertada, sino de una reducción de los costes de producción

⁵⁵² En relación con el estudio de este asunto y la existencia de pequeñas cuotas de mercado con capacidad de realizar de un modo efectivo ventas a pérdidas *vid.* UMBECK, R., «Entry, recoupment and higher prices: Irrelevance of high market shares in predatory pricing II», *Antitrust L. & Econ. Rev.*, 1990, p. 46; NIEMEYER, P. V., «No post-predation recoupment in the cigarette oligopoly: Fellow oligopolistics will ‘intercede’ to prevent price increases», v. 24, núm. 1, 1993, pp. 79-92.

⁵⁵³ Esta expresión viene a exponer con claridad las dos fases en las que se organiza una venta a pérdida, «bajos precios ahora y altos precios después». Una expresión utilizada por el Tribunal en el asunto «A. A. Poultry Farms, Inc., v. Rose Acre Farms, Inc.», 683 F. Supp.at 1400.

disciplinará la competencia⁵⁵⁴. Y en segundo, cuando pone en práctica la segunda fase de la estrategia —*high-price-later*—, puede no alcanzar el resultado deseado, pero los efectos nocivos que de dicho comportamiento despliega puede alcanzar a todos los intereses que concurren.

Cuando una empresa cree disponer de la capacidad para realizar una estrategia de precios predatorios, aún cuando su análisis sea erróneo, lo cierto es que habrá de disponer un considerable poder. La simple amenaza de realizar dicha conducta influirá en todo el mercado y en las estrategias de todos aquellos que participan. La cuestión es simple, si se viene exigiendo como requisito para apreciar la existencia y calificación de una venta a pérdida con finalidad predatoria que la empresa tenga capacidad para recuperar las pérdidas en las que ha incurrido durante el período en el que ha vendiendo, la incapacidad de recuperación privaría de la posibilidad de reprimir estos comportamientos⁵⁵⁵.

Por tanto, bajo determinadas condiciones estructurales del mercado como fragmentación de la oferta y de la demanda, escasa elasticidad, existencia de ventajas estratégicas, tecnológicas, competitivas o comparativas sí estarán en condiciones de realizar ventas a pérdida con posibilidades de éxito⁵⁵⁶.

2.2. Posible traslación de este planteamiento al ordenamiento europeo y español

En atención a los argumentos expuestos, sería posible la represión de las ventas a pérdida cuando constituyen un ilícito concurrencial sin que se exija como requisito de perseguibilidad que el actor tenga posición dominante en aplicación del artículo 81 del TCE, cuando el comportamiento en cuestión pueda falsear la competencia en el mercado interior.

⁵⁵⁴ Aunque con dicha estrategia no consiguió expulsar a los competidores que ya estaban, en el periodo durante el cual la realizó, entre 1977 y 1983. Pero que sí operó como una barrera de entrada ya que ningún otro competidor entró en ese mercado. Un dato que resulta por sí mismo bastante significativo.

⁵⁵⁵ La posibilidad de que una empresa sin posición de dominio pueda llevar a cabo estrategias de ventas a pérdida con finalidad predatoria y alcanzar un resultado exitoso ha sido estudiada en la doctrina comparada. Entre otros autores, *vid.* BAKER, J. B., «Unilateral competitive effects theories in merger analysis», *Antitrust*, 1997, pp. 21-22; NEWTON, C., «Do predators need to be dominant?», ... *ob. cit.*, pp. 127-132. Para estos determinadas empresas sin posición dominante pero con ciertas ventajas estratégicas podrían llevar a cabo ventas a pérdida con finalidad predatoria con éxito. Un planteamiento que entre nuestra doctrina ha sido planteado por BERENGUER FUSTER, L., «La venta a pérdida en la Ley de Competencia Desleal», en *La prohibición de la venta a pérdida ...*, *ob. cit.*, pp. 93-94; En nuestra doctrina también se ha pronunciado en un sentido similar PAZ-AREZ, C., «El ilícito concurrencial: De la dogmática monopolista a la política *antitrust*», *RDM*, 1981, pp. 110 y ss.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La venta a pérdida como supuesto de competencia desleal [Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2.ª) de 12 de junio de 1992], *RGD*, núm. 589-590, 1993, p. 10354, y MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal ...*, *ob. cit.*, pp. 523-524. Y recientemente por FERNÁNDEZ DE ARAÓZ y CÓMEZ-ACEBO, A. y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., «Precios predatorios y abuso de posición dominante: análisis ...», *ob. cit.*, p. 21.

⁵⁵⁶ *Vid.* ACUÑA QUIROGA, C., «Innovación predatoria y política de la competencia ...», *ob. cit.*, pp. 22-51. Una exposición que ya había sido objeto de estudio del mismo autor en *Predatory innovation: a step beyond? (understanding competition in high-technology markets)*, *Int. Rev. of. L., Comp. & Tec.*, v. 15, núm. 1, pp. 7-33, 2001.

Un razonamiento que podría ser extensible al ordenamiento español en materia *antitrust* por la vía del artículo 7 de la LDC en relación con el artículo 17.2. de la LCD. Lo que supondría dar entrada a la normativa de competencia desleal en la que no se exige como requisito de perseguibilidad que el agresor tenga posición de dominio. Será suficiente con que la conducta se encuentre en alguno de los tres apartados del citado precepto y se muestre objetivamente idónea para producir el resultado lesivo, en cualquiera de las tres modalidades que recoge. Supuestos en los que no se exige que el agresor tenga posición dominante. Lo que evidentemente de tenerla, le podría facilitar la realización de su comportamiento, pero no es un requisito de perseguibilidad.

Por tanto, sólo será objeto de represión la venta a pérdida calificable como objetivamente idónea para inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios del resto de productos del mismo establecimiento —artículo 17.2. a) de la LCD—, cuando vaya dirigida a desacreditar la imagen de un producto o establecimiento ajenos, —artículo 17.2. b) de la LCD—, incluso aún cuando la conducta no revista intencionalidad ni haya alcanzado el resultado indeseado. Es suficiente con que la venta a pérdida se muestre objetivamente idónea para alcanzar el resultado que la norma trata de evitar. En estos casos el agresor, al no tener posición dominante compromete una mayor parte de su patrimonio empresarial en una arriesgada estrategia, pero ello no implica que no pueda ser llevada a cabo con éxito. Lo que se producirá cuando el comportamiento del agresor sea susceptible de inducir error en los consumidores sobre el nivel general de precios del establecimiento, afecte a la imagen del producto o establecimiento ajenos, sin que sea necesario que se produzca el resultado de engaño o denigración de la imagen, sino simplemente la objetiva idoneidad de la conducta. En cambio, en el artículo 17.2. c) se viene a exigir la presencia de intención predatoria del agresor dirigida a expulsar, y en su caso evitar la entrada o salida generando barreras, o bien a disciplinando a los competidores⁵⁵⁷.

En la normativa ordenadora del comercio interior, tampoco se exige para la represión de estos comportamientos que el agresor tenga posición de dominio, siendo suficiente con que haya vendido por debajo del precio de adquisición o del coste de producción según factura. En todo caso, cualquiera que fuera la intención perseguida por el agresor, si la conducta se releva objetivamente idónea para alcanzar el resultado de expulsión, generación artificial de barreras de entrada o salida, o disciplinarlo, debería ser objeto de represión, tanto desde la normativa *antitrust* como desde la competencia desleal y la normativa ordenadora del comercio interior.

⁵⁵⁷ La extensión de la interpretación de la prohibición más allá del intento de expulsar a un competidor o grupo de competidores del mercado podría encontrar cobijo, tal y como se ha indicado con anterioridad en la no exigencia por parte del Legislador de un resultado de expulsión, siendo suficiente con que la venta a pérdida tenga una finalidad predatoria. Por tanto, los fines del agresor podrían no sólo ser la expulsión del mercado, sino también la generación de barreras de entrada o salida, o disciplinar al competidor, tanto a los de primera línea como a los de segunda línea.

A) En la normativa comunitaria

Hasta el momento en los dos supuestos de ventas a pérdida con finalidad predatoria la jurisprudencia ha venido exigiendo que el agresor tenga posición dominante. Ello implicaría que si una empresa no tiene dicha posición de dominio difícilmente podrá llevar a cabo el comportamiento con posibilidades reales de éxito. Incluso aunque la conducta no se muestre objetivamente idónea para alcanzar dicho resultado resulta evidente que la simple amenaza, el intento y su realización podría tener los mismos efectos que la norma trata de evitar.

La represión de las mismas vendrá determinada por una extensión del concepto de posición dominante, que deberá aplicarse a los supuestos de empresas que tienen poder de mercado y dispongan de ventajas estratégicas, competitivas o comparativas que le permitan objetivamente llevar a cabo ese comportamiento. Es más, en virtud de las razones expuestas, la represión deberá no sólo extenderse a las ventas a pérdida realizadas por empresas sin posición dominante pero con posición de poder, sino que además, a diferencia de lo que ha venido exigiendo una parte de la doctrina y jurisprudencia norteamericana, resulta irrelevante a los efectos de declarar la deslealtad de la práctica y sus nocivos efectos, la posibilidad de que esta se recupere o no durante la segunda fase de la estrategia predatoria — *high-price-later*—.

B) En la normativa española de libre y leal competencia

La LDC contempla varias vías para la represión de los actos de competencia desleal susceptibles de falsear la libre competencia en el mercado español. Tres son las vías de represión, siguiendo el propio orden establecido por el Legislador: en primer lugar, por la vía del artículo 1 de la LDC procede a la represión de aquellas ventas a pérdida que se hayan acordado entre varios concurrentes a través de un

«[...] acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional, [...]»

En segundo lugar, a través del artículo 6 de la LDC al reprimir el abuso de posición dominante cuando suponga «[...] la explotación abusiva por una o varias empresas: a) De su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.» Y finalmente en tercer lugar, a través de la prohibición de actos de competencia desleal cuando «a) [...] ese acto de competencia desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado», y «b) que esa distorsión afecte al interés público».

En cuanto al primer supuesto, el contemplado en el artículo 1 de la LCD lo que se prohíbe es el pacto colusorio, con independencia de que se instrumente o no en una venta a pérdida. Y en el caso de que efectivamente se instrumente en una estrategia de precios predatorios se tendrá en cuenta a los efectos de determinar la gravedad de la sanción. Y en cuanto al segundo, resulta necesario la determinación del ejercicio abusivo de una posición dominante. La jurisprudencia comunitaria, española y comparada ha venido exigiendo a las empresas con posición dominante un comportamiento exquisito, un *plus* que no se exige a las empresas que no se encuentran en dicha posición. Lo relevante en este precepto es que se produzca un ejercicio abusivo de derechos desde la protección y amparo que ofrece la posición. Luego cabría aplicar este precepto siempre que el concepto de posición dominante sea interpretado en sentido amplio y en el contexto en el que tiene lugar.

En tercer lugar, el artículo 7 de la LDC da entrada a la represión de los actos de competencia desleal desde la disciplina *antitrust* cuando estos reúnan los requisitos anteriormente citados. Para ello se deben ponderar no sólo factores como el mercado y la estructura morfológica y organizativa de la competencia, sino también la situación estratégica de quien realiza el comportamiento desleal. Por tanto, la vía contemplada por el Legislador en el artículo 7 de la LDC para proceder a la represión de los actos de competencia desleal es una vía que puede cubrir aquellos supuestos de venta a pérdida que sin ser realizados desde una posición dominante, si lo es desde una posición de poder. Si para la represión de la venta a pérdida desleal se exigieran elementos como la capacidad de recuperación del agresor o la objetiva idoneidad de la conducta para producir el resultado lesivo, podrían quedarse sin represión comportamientos desleales. Dichos actos van en contra de la finalidad perseguida por la propia Ley y pueden ser reprimidos por la normativa *antitrust*. Máxime cuando a raíz de la STC, de 11 de noviembre de 1999, las CC.AA. que hubieran asumido estatutariamente competencias en materia de comercio interior podrán crear nuevos órganos *antitrust*, lo que supondrá un mayor acotamiento del mercado y una mejor perseguibilidad de los ilícitos⁵⁵⁸.

3. En la disciplina de la competencia desleal

3.1. Estudio del artículo 17 de la LCD

⁵⁵⁸ STC que responde a los recursos de inconstitucionalidad acumulados 2009/1989 y 2027/1989, —BOE, de 16 de diciembre de 1999, núm. 300—, y que declara nulos determinados preceptos de la LDC de la referencia a «en todo o en parte del mercado nacional», contenido expresamente o por remisión en los artículos 4, 7, 9, 10, 11, y 25 a) y c). Lo que ya han realizado las CC.AA. de Catalunya y Madrid. A este respecto *vid.* YANES YANES, P., «Génesis y opciones de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la Competencia», núm. 221, *GJ de la CE*, Madrid, septiembre-octubre, 2002, pp. 45-58; *vid.* también HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., «La Ley 1/2002, de coordinación de competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia», *ADI*, XXII, pp. 1449-1456.

La disciplina de la competencia desleal ha venido utilizando dos vías para la represión de dichos actos. Por un lado, la construcción sobre una cláusula general de responsabilidad por daños en aplicación de la teoría general de responsabilidad extracontractual o aquiliana. Un sistema utilizado hasta la aprobación de la LCD a través del artículo 1902 del CCiv. en el Derecho español, y que actualmente sigue siendo utilizado por el Derecho Italiano en los artículos 2598 a 2601, en el Derecho francés en el artículo 1382 del CCiv., y en Alemania a través del artículo 1 de la Ley de 7 de junio de 1909⁵⁵⁹. Y por otro lado, la regulación especial de esta disciplina partiendo de una cláusula general fundamentada en las exigencias de la buena fe, los usos honestos en el tráfico mercantil, la probidad comercial y las buenas costumbres mercantiles como es el caso de la normativa española de competencia desleal, o la Ley Suiza de 19 de diciembre de 1986.

En ambos supuestos, la represión de los actos de competencia desleal tiene por objeto garantizar en beneficio de todos que la competencia no sea falseada, en atención a parámetros asentados en la conciencia social. Por lo que la deslealtad de estos comportamientos reviste un carácter esencialmente civil, y sólo en casos excepcionales revisten un carácter penal⁵⁶⁰. Así pues, la LCD se configura como una Ley especial que se asienta, como se ha indicado, sobre la cláusula general del artículo 5 conforme al cual «Se reputa desleal todo comportamiento contrario a las exigencias de la buena fe.» A continuación la Ley establece un catálogo de actos calificables como de competencia desleal, en cuyo artículo 17.2. se procede a declarar ilícitos los supuestos más graves de venta a pérdida.

A) Introducción

Lo primero a lo que se debe hacer referencia es a que la norma que establece el régimen jurídico de la venta a pérdida en la LCD, por sus características más parece un precepto de normativa *antitrust* que de la disciplina de la competencia desleal⁵⁶¹. El artículo 17.1. de la LCD establece con carácter general el principio

⁵⁵⁹ Ley de competencia desleal, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, de 7 de junio de 1909, que en la traducción de BAYLÓS CORROZA, H., *Tratado de Derecho industrial: Propiedad industrial*, ..., ob. cit., p. 318, en la que se establece que «El que en el tráfico mercantil realiza actos, con finalidad de competencia, que atentan contra las buenas costumbres, puede ser sometido a una reclamación de cesación y de reparación del daño.»

⁵⁶⁰ En este mismo sentido *vid.* BAYLÓS CORROZA, H., *Tratado de Derecho industrial: Propiedad industrial*, ..., ob. cit., pp. 345-365.

⁵⁶¹ Durante la tramitación de la LCD éste artículo sufrió la enmienda número 49 en el Congreso y la número 59 en el Senado al entender que la regulación de la figura de la venta a pérdida era más propia del comercio interior y por ende una norma mal ubicada en materia competencia desleal, y en todo caso, su ubicación idónea sería en materia de defensa de la competencia. Una tramitación parlamentaria no exenta de dudas interpretativas sobre si el precepto debería estar o no regulado en sede de normativa sobre competencia desleal. El ejemplo más significativo de esta confusa situación aparece con la incorporación del párrafo d) en el artículo 18 del proyecto, actual 17 LCD que respondía al siguiente tenor literal «Cuando suponga una grave puesta en peligro de la existencia de competencia en un mercado». Resulta evidente que es un supuesto más de normativa de libre competencia que de competencia desleal. La redacción de este precepto aparece con la enmienda número 73 que cae en el Congreso, se incorpora más tarde en el Senado y finalmente es eliminada de nuevo en el Congreso.

de libertad de precios, que encuentra fundamento constitucional en el principio de libertad de empresa.

Partiendo del principio general de libertad de precios, la venta a pérdida en principio es lícita siendo objeto de represión los supuestos más graves, aquéllos que implican un abuso en el ejercicio de dicha libertad. Con carácter excepcional el citado precepto establece que a) «Cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento.»; b) «Cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos.»; y c) «Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado».

Como se observa, los términos en los que están redactados dichas excepciones es confuso, asistemático y técnicamente construido sobre otros ilícitos de la LCD y con conceptos jurídicos indeterminados. Tales como «error sobre el nivel de precios general del establecimiento», «que afecte a la imagen de marca del producto o establecimiento ajenos», «precio de adquisición», «coste de producción», o «competidor o competidores ajenos», entre otros. Conceptos que no han sido delimitados adecuadamente por la jurisprudencia, ni por las normativas posteriores. Por su parte, la falta de sistema viene dada por la incorporación de un precepto como este, más propio de normativa de libre competencia que de competencia desleal en el marco de la LDC.

B) Finalidad y ámbito de aplicación

En los primeros cuatro artículos de la LCD se procede a determinar la finalidad de la Ley, y los ámbitos de aplicación objetivo, subjetivo y territorial. La Ley tiene por objeto la protección de los intereses de todos los que participan en el mercado y a todos ellos se aplican ya sean empresario o cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado⁵⁶². Y al objeto de alcanzar este fin procede a la prohibición general de los actos de competencia desleal que se realicen o puedan producir efectos sustanciales en el mercado español. Siempre que dichos actos revistan una finalidad concurrencial y se manifiesten objetivamente idóneos para promover la difusión de las prestaciones propias o de un tercero. Sin que sea necesario la existencia de una relación previa de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo.

⁵⁶² En este sentido *vid.* la exposición de motivos de la LCD en donde establece claramente la finalidad de la Ley al indicar que esta norma «[...] trae consigo una apertura de la misma hacia la tutela de intereses que tradicionalmente habían escapado a la atención del Legislador mercantil. La nueva Ley, en efecto, se hace portadora no sólo de los intereses privados de los empresarios en conflicto, sino también de los intereses colectivos del consumo. Esta ampliación y reordenación de los intereses protegidos está presente a lo largo de todos los preceptos de la Ley. Particularmente ilustrativo resulta el artículo 19, que atribuye legitimación activa para el ejercicio de las acciones derivadas de la competencia desleal a los consumidores [...]»

La Ley será de aplicación a los competidores a los consumidores y usuarios y en interés público. Al utilizar la expresión «competidores» el Legislador lo hace en sentido amplio, comprensivo de cualquier persona física o jurídica, incluyendo a los profesionales liberales, a los artesanos y a los agricultores entre otros. Ya sea por la entrega de bienes o por las prestaciones de servicios con carácter habitual o esporádico. Una protección contenida en los artículos 9 «actos de denigración», 10 «actos de comparación», 11 «actos de imitación», 12 «explotación de la reputación ajena», 13 «violación de secretos», 14 «inducción a la infracción contractual», 16.2. «explotación de la situación de dependencia económica» y 17 «venta a pérdida»⁵⁶³. Cuando emplea la expresión consumidores y usuarios, también lo hace en sentido amplio, individual y conjuntamente para los supuestos contenidos en los artículos 6 «actos de confusión», 7 «actos de engaño», 8 «obsequios, primas y regalos», 16.1. «actos de discriminación» y 17.2. a) por venta a pérdida «cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel general de precios del resto del establecimiento». Estos preceptos específicos de defensa de los consumidores y usuarios encuentran articulación procesal a través de la legitimación activa del artículo 19.1 de la LCD. al establecer que estará legitimada: «cualquier persona que participe en el mercado, con intereses económicos directamente perjudicados o amenazados por el acto de competencia desleal»⁵⁶⁴. Y colectivamente, a través del párrafo segundo del citado artículo al otorgar la legitimación colectiva a los consumidores en sentido amplio, cuando formen parte de «asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos cuando resulten afectados los intereses de sus miembros». Y por la vía de la protección al consumidor en el sentido de la definición contenida en el artículo 1.2. de la LGDCU al conceder dicha legitimación a

«[...] las asociaciones que, según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor. La legitimación quedará supeditada en este supuesto a que el acto de competencia desleal perseguido afecte directamente a los intereses de los consumidores.»

⁵⁶³ En relación con la entrega de bienes, una actividad geográficamente encuadrable en el marco del comercio interior, la aprobación posterior de la LOCM ha venido a sustraer de la LCD esta materia, en la medida en que esta norma de carácter administrativo parece haber invadido las competencias propias de la jurisdicción ordinaria en materia de competencia desleal. O si se prefiere, se ha producido una coincidencia sobre el ámbito objetivo, subjetivo y territorial entre la normativa sobre comercio interior y la normativa sobre competencia desleal, lo mismo que ocurría entre la normativa libre competencia y sobre competencia desleal. Así pues, al indicar en el artículo 1.2. de la LOCM que «a los efectos de la presente Ley, se entiende por comercio minorista aquella actividad desarrollada profesionalmente con ánimo de lucro consistente en ofertar la venta de cualquier clase de artículos a los destinatarios finales de los mismos, utilizando o no un establecimiento.», podría parecer en una primera lectura que esta regulación sustrae de la LCD la regulación específica en materia de ventas de productos en comercio interior. No obstante, esta coincidencia de los ámbitos materiales, objetivo y subjetivo no tiene porque implicar la derogación implícita o explícita de ninguna regulación en la medida en que se trata de ordenes jurisdiccionales diferentes aunque algunos objetivos sean coincidentes.

⁵⁶⁴ La legitimación activa individual plantea no pocos problemas de eficiencia y practicidad en la medida en que difícilmente un consumidor o un usuario, salvo que el importe de la pérdida económica derivada del acto de competencia desleal lo justifique, no iniciará acciones legales por competencia desleal contra ningún concurrente. Una posible solución a esta pérdida de atractivo viene a través de la reforma de la LECiv. y la posibilidad de legitimación activa colectiva por la vía de las *class actions*.

Y finalmente, cuando emplea la expresión «interés público» está realmente contemplando la protección y defensa de unos intereses propios de un «Derecho de mercado». Una protección específica de este interés, más propio del Derecho *antitrust* que de la normativa sobre libre competencia también se observa en el artículo 16.2. donde se recogen los actos de discriminación por explotación abusiva de la posición de dependencia económica de los clientes o proveedores. A lo que habrá que sumar el artículo 17.2. c) donde se prevé la represión de las prácticas que instrumentalizadas en ventas a pérdida «[...] formen parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado».

C) La conducta relevante

Consiste en la realización de cualquier acto, ya sea por acción u omisión, dirigido al mercado español o con efectos sobre el mismo, esto es, dotado de trascendencia externa y con finalidad concurrencial que vaya dirigido a asegurar la difusión de las prestaciones propias o de un tercero. Bajo el concepto genérico se incluyen tanto la entrega de bienes como las prestaciones de servicios⁵⁶⁵.

D) «comportamiento realizado en el mercado»

Se entiende por comportamiento realizado en el mercado la realización de un acto que implique una manifestación externa en el ámbito geográfico del mercado español. He incluso que siendo realizada fuera del mercado español despliegue sus efectos sobre él. Además, que dicho acto implique una vulneración de la cláusula general del artículo 5 de la LCD y que se encuentre en el catálogo de actos previstos en la Ley⁵⁶⁶. El sujeto activo del acto ha de ser entendido en

⁵⁶⁵ Tras la aprobación de la LOCM podrían albergarse ciertas dudas sobre la aplicabilidad de la LCD a productos en la medida en que coincide sobre el mismo plano. Sin embargo, esta confusión es más aparente que real, porque aunque coinciden sobre el mismo ámbito y ambos se fundamentan en el desarrollo y aplicación del artículo 38 de la CE, los fines perseguidos por ambas normativas son bien diferenciados. Mientras la primera trata de garantizar un mercado interior debidamente saneado cumpliendo una finalidad de derecho público y fundamentada en el artículo 149.1. 6. de la CE, y que la disciplina sobre competencia desleal trata también de evitar comportamientos desleales y a tal efecto legitima a los particulares para que estos puedan obtener satisfacción de sus pretensiones ante la jurisdicción ordinaria.

⁵⁶⁶ En relación con los actos realizados en el mercado con fines concurrenciales *vid.* SAP de Madrid de 22 de abril de 1998, «El Corte Inglés, S.A, Hipercor, S.A c. Mobelcor Mobiliario y Declaración, S. L.» por competencia desleal consistente en la asociación de un triángulo isósceles idéntico al utilizado por las demandantes y el nombre comercial que mantenía la demandada. FD. 6.º «Actuar legalmente es actuar con buena fe en el tráfico mercantil, estableciéndose en el artículo 2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, cuya finalidad precisamente es la defensa de la competencia, que presume desleales los comportamientos que previstos en la Ley se realizan con fines concurrentes en el mercado, presumiéndose la finalidad concurrencial cuando estos actos se revelen idóneos objetivamente para promover o asegurar la difusión en el mercado de los productos propios o de un tercero [...]»; SAP de Valencia de 6 de octubre de 1997, «Loewe, S.A. c. Juan Vicente L. S.», FD. 3.º; SAP de Valladolid de 26 de mayo de 1997, «Flexibreaks Internacional, S.A. c. Venancio Tomás F. V y otros», FD. 6.º que viene a recoger el concepto de acto realizado en el mercado en los términos del artículo 2.1. de la LCD «[...] como señala la doctrina este requisito es de orden subjetivo, de manera que ese elemento intencional exige examinar el acto se orienta a esa finalidad. Es evidente que por la documentación aportada (folletos, promociones de campañas y citas de

sentido amplio, comprensivo de los «empresarios o cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado» —artículo 3.1. de la LCD—. Sin que sea necesario para apreciar la existencia de un acto de competencia desleal en el mercado, una relación de competencia entre el sujeto pasivo y el sujeto activo —artículo 3.2 de la LCD—.

Resulta interesante el debate sobre si las normas de competencia desleal son o no aplicables a los Poderes públicos cuando realice actos en el mercado, con fines concurrenciales y no actúe amparada en una ley o en un reglamento — artículo 2. 1.º y 2.º párrf., de la LDC—, y la respuesta debe ser afirmativa — artículo 1 de la LCD—. Los Poderes públicos no se encuentran al margen de las normas de libre competencia o de realizar actos de competencia desleal, sobre todo cuando actúan a través de empresas con finalidad concurrencial. La regulación contenida en el artículo 2 de la LCD pretende evitar la confrontación entre las normas de competencia desleal como normativa protectora de los derechos subjetivos de los concurrentes —entre los que se encuentra el Estado y los Poderes públicos cuando actúan sometidos a derecho privado—, y el mandato que la propia Constitución hace a dichos poderes en el marco de una Constitución económica con cláusula social. De este modo queda subsanada la sumisión que los propios Poderes públicos tienen a la normativa de libre competencia y competencia desleal con las funciones de intervención que tienen atribuidas por la propia Constitución.

La trascendencia externa es un elemento esencial para apreciar la existencia o no de un acto de competencia desleal y en su caso, realizar el juicio de deslealtad porque de lo contrario no se podrá entrar a analizar ninguno de los restantes elementos. Pero cuando sale de la esfera interna y se manifiesta en el mercado cualquiera que sea el grado de realización, la Ley será de aplicación⁵⁶⁷.

empresas), se deduce que «dadas las circunstancias, objetivamente es idóneo para promover en el mercado la prestación propia» (STS de 20 de marzo de 1996); SAP de Badajoz de 24 de enero de 1997, en cuyo FD. 5.º establece que «[...] es obvio ya que nos encontramos, en relación con los anunciados a que se refiere la demanda, con un acto de competencia desleal, al concurrir los elementos generales del ilícito concurrencial, prevenidos en los artículos 2 y 3 de la Ley 3/1991, a saber: que el acto se ha realizado en el mercado, es decir, es un acto dotado de trascendencia externa (pues no en vano, se trata de anuncios publicados en un medio de comunicación general) y se ha llevado a cabo con fines concurrenciales (es decir, que el acto tuvo por finalidad promover la difusión en el mercado de las prestaciones propias)»; SAP de León de 24 de octubre de 1994, FD. 3.º; SAP de Valencia de 5 de mayo de 1993, «Procter y Gamble España. Richardson-Vicks Inc. c. Sociedad Química de Perfumería y Color, S.A.» actos en el mercado, concurrencia, confusión entre sus champúes «Neymi» y «Tayko» de la demandada y «Vidal Sassoon» de los demandantes.

⁵⁶⁷ En palabras de MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal ...*, ob. cit., p. 120, «[...] se extiende a todas las actividades que se desarrollan en el mercado, o lo que es lo mismo a todas las actividades económicas en sentido amplio (cualquiera que sea la iniciativa o finalidad a que obedezcan), entre las que se cuentan no sólo las actividades empresariales (civiles o mercantiles) sino también las profesionales, [...] las artísticas e intelectuales (explotación o comercialización de los Derechos de autor o de creaciones industriales), las científicas o las deportivas.»

E) La «finalidad concurrencial»

Además se exige que el acto de concurrencia aparezca investido de finalidad concurrencial. De una voluntad por competir, por ofrecer los productos y servicios, propios o los de un tercero y obtener la contratación de los mismos en detrimento de nuestros competidores, esto es, una conducta inspirada por una finalidad monopolística. Sin embargo, la ausencia de la finalidad concurrencial para determinar con carácter previo la existencia de concurrencia da lugar a la imposibilidad de acudir a la siguiente fase. Y por consiguiente, al análisis de la relación de competencia y en su caso realizar el correspondiente juicio de deslealtad.

En determinados supuestos, algunos actos que se realicen en el mercado no aparecen investidos de finalidad concurrencial. Esta situación se produjo en la SAP de Navarra de 18 de diciembre de 1992, «Asociación de Empresarios de Salas de Fiestas, Bailes y Discotecas de Navarra c. Colectivo estudiantil de tercer Curso de la Escuela de Ingenieros Técnicos Industriales de la Universidad Pública de Navarra». Los demandados tenían organizada la celebración de una fiesta el 20 de diciembre de 1991 con el fin de sufragar los gastos de un viaje de estudios, lo que a juicio de los demandantes produce graves perjuicios. Sin embargo la Audiencia considera en el FD. 2º que la conducta no es desleal, porque aunque se hace en el mercado, carece de una finalidad concurrencial⁵⁶⁸.

El artículo 2.2. de la LCD establece que:

«Se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.»

Ello implica la existencia de un elemento objetivo fácilmente verificable consistente en la trascendencia externa y hacia el mercado de un acto que obedece a un fin concreto, a una intención, pero no cualquiera, sino precisamente aquella que se revele objetivamente «idóneo [a] para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero». En definitiva, que el acto que excede de la esfera interna tenga efectos en el mercado, se realice para

⁵⁶⁸ Vid. SAP de Navarra de 18 de diciembre de 1992, FD. 2º «[...] la pretensión de que la organización y celebración de la fiesta es una deslealtad con arreglo a la Ley en que se funda la acción planteada, la sentencia recurrida en sus Fundamentos 3.º y 4.º, razona en forma exhaustiva, y desde luego acertada, los motivos que llevan a la desestimación de aquella pretensión y entre ellos es fundamental, conforme a los artículos 1, 2 y 3 de la Ley de Competencia Desleal, que haya un comportamiento en el mercado con fines concurrenciales, lo cual no puede considerarse existente en un acto aislado y contingencia del colectivo estudiantil; y también es preciso destacar que tampoco concurre mala fe, ya que la buena fe se presume siempre, tendente aquélla a asegurar difusión en el mercado, que nunca se producirá ante un hecho concreto y aislado, y si a ello se añade que la celebración de la fiesta estaba autorizada administrativamente y que no tenía una finalidad mercantil competitiva, lógicamente habría de deducirse, como lo ha hecho el Juez «a quo», la improcedencia de la pretensión deducida en la demanda [...]»

mejorar la situación o condiciones y circunstancias competitivas de quien realiza el acto frente al resto de los competidores, consumidores y usuarios⁵⁶⁹

F) Con «efectos sobre el mercado»

Deben ser analizados al objeto de determinar si el nivel de afectación que produce el acto con finalidad concurrencial es de tal intensidad que vulnere la cláusula general del artículo 5 de la LCD, para posteriormente encuadrarlo en cualquiera de los supuestos comprendidos en los artículos 6 a 17 de la LCD.

El artículo 2.2. de la LCD utiliza el término «idóneo» lo que implica una ponderación de la intensidad del acto concurrencial, pero sin llegar a establecer una escala⁵⁷⁰. Ha de tenerse presente que la deslealtad del acto viene dada por la vulneración de la cláusula general contenida en el artículo 5 de la LCD. Pero no en sentido amplio o con remisión a un concreto patrón de moral o ética que nos ayude a determinar la buena o mala fe, sino en relación con el catálogo de actos previstos en la propia norma⁵⁷¹. En este mismo sentido se pronuncia el TS en la sentencia de 15 de abril de 1998, en cuyo FD. 3.º establece que:

«[...] La referencia a la buena fe que se contiene en la norma viene hecha a la buena fe objetiva, prescindiendo de la intencionalidad (dolo o culpa) del sujeto y que encuentra acogida en el artículo 7. 1.º del CC como límite en el ejercicio de los derechos subjetivos; dice la Sentencia de 21 de septiembre de 1987 que “el artículo 7. 1.º del CC, como ya expresó la sentencia de 8 de julio de 1981, es una norma que en su profundo sentido obliga a la exigencia, en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atendimento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena”. La generalidad

⁵⁶⁹ La finalidad concurrencial como consecuencia de acto realizado en el mercado con un objetivo concreto, dirigido a producir efectos, condiciones o circunstancias que benefician al que lo hace o a un tercero. En este sentido *vid.* MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal ...*, ob. cit., p. 122, «Posee finalidad concurrencial toda acción que, en sí misma considerada o en atención a las circunstancias del caso, está orientada a influir en la estructura del mercado o posición competitiva de los operadores en el mercado (sea la propia o de un tercero, concepto que en este ámbito incluye tanto a una persona física como o jurídica como a un grupo de operadores económicos y a un sector o segmento entero, sea en el lado de la oferta o en el de la demanda) y/o para condicionar la formación y el desenvolvimiento de las relaciones económicas en el mercado, esto es, del intercambio de bienes y servicios en el mercado.»

⁵⁷⁰ En este mismo sentido *vid.* MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal ...*, ob. cit., p. 126., «No se hace depender la finalidad concurrencial de la presencia de una intensidad mínima o de unos efectos sensibles, de la aptitud de la conducta considerada para alterar la posición competitiva de los operadores o el normal desenvolvimiento de su actividad de una forma apreciable —SAP Barcelona de 7 de febrero de 1996— [...]» En este mismo sentido el comentario al artículo 5 LCD en la misma obra, pp. 143-163.

⁵⁷¹ En sentido similar *vid.* MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia ...*, ob. cit., p. 113. «En términos generales se puede, no obstante, afirmar que la crisis de la concepción de la cláusula general como «norma de remisión» a ordenamientos morales o convencionales extrajurídicos se asocia sustancialmente a la crisis del dogma clásico de la neutralidad político-económica y político-social de la disciplina de la competencia desleal, algo que —como veremos más adelante— se produce como consecuencia de la presión que ejercen los valores constitucionales sobre la función de la disciplina.»

del artículo 5 de la Ley de Defensa de la Competencia exige, al igual que ha sucedido con el artículo 7. 1.º Del Código Civil, una concreción de los supuestos a que se aplica [...]»

Salvo que el acto de competencia desleal efectivamente infrinja la cláusula general y no encuentre acomodo en cualquiera de los supuestos tipificados en el catálogo de actos. Porque si se aceptara el planteamiento expuesto en la STS sin posibilidad de que la cláusula general pueda ser completada por la jurisprudencia, muchos de los actos descritos en los Capítulos II y III de este trabajo, no podrían ser objeto de represión.

La finalidad concurrencial es una exigencia en sentido amplio. Así que cualquier acto que se manifieste apto para producir efectos en el mercado, realizado por cualquier sujeto en sentido amplio —de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, empresarios o no—, con la intención de promocionar o mejorar o asegurar su posición o la de un tercero se presumirá que tiene una finalidad concurrencial⁵⁷². El ilícito concurrencial en los términos analizados se delimita por la conducta en si misma considerada, con independencia del resultado⁵⁷³. El elemento clave reside en determinar si la conducta realizada por el sujeto y con efectos en el mercado persigue o no una finalidad concurrente y competitiva, con independencia de su intensidad. Lo que no ocurre en el supuesto analizado de los alumnos que organizan una fiesta para recaudar fondos para el viaje de fin de curso. Ni con las publicaciones o trabajos de carácter científico, técnico o económico que pongan de manifiesto los *pros* y *contras* de productos o servicios que se ofertan en el mercado. Así como los realizados por las organizaciones de consumidores y usuarios, la actuación de los Poderes públicos en el marco legal establecido o las organizaciones empresariales y profesionales siempre que sean ciertos y no se manipulen los datos objetivos a favor de parte⁵⁷⁴. Con similar criterio en cuanto a la exigencia de la finalidad concurrencial en la citada SAP de Navarra de 25 de enero de 1993, y en cuyo FD. 3.º establece que:

⁵⁷² En relación con la finalidad concurrencial, entre otras *vid.* SAP de Madrid de 22 de abril de 1998; SAP de 14 de enero de 1998; SAP de Valencia de 6 de octubre de 1997; SAP de Valladolid de 26 de mayo de 1997; SAP de Badajoz de 24 de enero de 1997; SAP de León de 24 de octubre de 1994; SAP de Valencia de 5 de mayo de 1993; así como la STS, de 20 de marzo de 1996.

⁵⁷³ *Vid.* MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia* ..., ob. cit., pp. 108-109, «[...] la deslealtad competitiva ya no proviene tanto del resultado que una determinada estrategia económica provoca en ciertos Derechos ajenos, cuanto de la incongruencia o disconformidad de la propia conducta concurrencial respecto de la escala de intereses que ha cristalizado en un determinado orden económico [...] Podríamos decir que se percibe, en cierta manera, el paso de un Derecho de conflictos a un Derecho de ordenación; en términos más concretos, el paso de una concepción centrada en el «desvalor del resultado» a una concepción basada en el «desvalor de la conducta»; PAZ-ARES, C., «El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolística a ..., ob. cit., pp. 78 y ss.; FONT GALÁN, J. I., *Constitución económica* y ..., ob. cit., pp. 212 y ss.

⁵⁷⁴ En este sentido *vid.* MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal* ..., ob. cit., p. 125, cuando mantiene que «[...] deben excluirse del ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal aquellas conductas que son plenamente conformes a la finalidad institucional no concurrencial propia de su autor y de su comportamiento [...] En otros términos, deben escapar a la presunción de finalidad concurrencial aquellas conductas que por su naturaleza estén ordenadas a la obtención de los fines (no concurrenciales) propio del sujeto agente y además sean objetivamente idóneas para su obtención, y ello a pesar de que puedan contribuir de forma más o menos directa a mejorar o empeorar la posición competitiva de determinados operadores y a estimular o retraer la contratación de sus prestaciones [...]» Un criterio similar al mantenido por la SAP de Navarra de 25 de enero de 1993.

«[...] En desarrollo de tal regulación fundamental, la LCD, establece con carácter general, en su capítulo I los elementos generales del ilícito concurrencial, dedicándose el capítulo segundo a la tipificación de las conductas desleales.

Por tanto, en nuestro caso, a efectos de valorar la ilicitud del acto de competencia denunciado, se debe considerar en primer lugar si se dan los elementos generales del ilícito concurrencial concretados en los arts. 2 y 3 de la LCD, en que: 1) El acto se realice en el mercado, es decir, provisto de trascendencia externa, y 2) Que se lleve a cabo con fines concurrenciales, delimitados según se especifica en el núm. 2, del citado artículo 2, de la LCD, en la finalidad de: «promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero».

La confrontación de los datos fácticos acreditados que se refieren en el precedente fundamento, con los elementos generales del ilícito concurrencial que se acaban de referir no puede menos que determinar, un resultado desfavorable a la apreciación de la realidad de tales elementos. Pues el carácter aislado y esporádico del acto caracterización, ya considerada en la Sentencia de la Sección Primera de este Tribunal de 18 de diciembre de 1992, dictada en el Rollo 248/1992, a efectos de negar al ilicitud del acto competencial allí enjuiciado, la carencia de un acreditado ánimo de lucro y su efectiva suspensión, impiden establecer que el acto enjuiciado, se verificó en el mercado con fines concurrenciales.

Consideración que dispensa acerca de la valoración sobre la tipificación como desleal del acto denunciado. Debiendo recordarse tan sólo que la LCD, ha tratado de verificar «tipificaciones muy restrictivas» —párrafo final del punto 3 de su exposición de motivos—, con el fin de evitar que, «prácticas concurrenciales, incómodas para los competidores pueden ser calificadas simplemente por ello de desleales».

G) La cláusula general

En el artículo 5 se califica como acto de competencia desleal «[...] todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe», con independencia de que haya o no intencionalidad en la realización de dicho acto⁵⁷⁵. Un precepto que se construye sobre dos bases, la primera, la

⁵⁷⁵ El precepto final contiene una redacción más simplificada que la que aparecía en el artículo 6.b) del Proyecto de LCD al establecer que «[...] se reputará desleal todo comportamiento que ponga en peligro de manera significativa la libertad de decisión del consumidor o el funcionamiento concurrencial del mercado, o que, de otra manera, resulte contrario a las exigencias de la buena fe». Un precepto que parece estar inspirado en el artículo 2 de la Ley Suiza sobre Competencia Desleal, de 19 de diciembre de 1986. Una solución codificada frente a la adoptada por el Derecho francés a través de la aplicación e interpretación jurisprudencial del artículo 1382 CC o la similar situación del Derecho italiano sobre competencia desleal a partir del artículo 2598 de su CCiv. que parte, como se ha indicado, del artículo 41 de su Constitución.

realización de «un comportamiento objetivamente idóneo», y la segunda, que dicho acto sea contrario a la «buena fe»⁵⁷⁶.

En relación con el primer supuesto, al recurrir a la calificación objetiva del acto se está evitando entrar en el análisis de la intencionalidad del autor a los efectos de calificar el acto de desleal⁵⁷⁷. El razonamiento es simple, si el comportamiento reúne las notas de los artículos 1 a 4 y además resulta objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, éste deberá ser objeto de represión, y en todo caso, la intencionalidad del autor, la existencia de un dolo específico será valorado a los efectos de determinar la sanción y en su caso la indemnización aplicable.

En relación con el segundo supuesto, la «buena fe» se presenta como un concepto jurídico indeterminado que deberá ser interpretado en cada momento y lugar, pero que no admite cualquier interpretación⁵⁷⁸. En definitiva, como mantiene el Legislador en la exposición de motivos se «[...] ha optado por establecer un criterio de obrar, como es la «buena fe», de alcance general, con lo cual, implícitamente, se han rechazado los más tradicionales —«corrección profesional» o «usos honestos en materia comercial e industrial» entre otros—, todos ellos sectoriales y de inequívoco sabor corporativo.» Así pues, la buena fe no puede ser interpretada en el

«[...] sentido de buena intención o ignorancia de los hechos, sino en sentido objetivo, de los artículos 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio, como conducta exigible en el mercado, en cada uno de los aspectos de la actividad empresarial como pauta específica de juridicidad.»⁵⁷⁹

⁵⁷⁶ Una referencia al concepto de buena fe que también aparece en Ley General de Publicidad en el artículo 6. b) «[...] que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles»; y en el artículo 10. bis. 2. del Convenio de la Unión de París para la protección de propiedad industrial, ratificado en la versión de Estocolmo de 14 de julio de 1967, al indicar que «[...] constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial.»

⁵⁷⁷ Con criterio similar en la doctrina francesa *vid.* MARTÍN ACHARD, E., *La loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986*, Payot, Lausanne, 1988, pp. 27-28, quien realiza esta interpretación a partir de la aplicación jurisprudencial del artículo 1382 del CCiv. francés. Y nuestra doctrina *vid.* BERCOVITZ, A., «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de la competencia desleal», en *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, (Coord. BERCOVITZ, A.) BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pp. 27-28, al indicar que «[...] puede actuarse contra la buena fe subjetiva; porque puede violarse la legítima confianza de los participantes en el mercado en que se actuará correctamente, sin necesidad de que quien viola esa confianza en el comportamiento correcto actúe subjetivamente de mala fe.»

⁵⁷⁸ Un precepto que parece traer causa en el artículo 2 de la Ley Suiza de 19 de diciembre de 1986 al calificar como desleal «[...] todo comportamiento o práctica comercial engañosa o contraria a la buena fe (*Treu und Galuben*)», siempre que ello «influya en las relaciones entre competidores, proveedores y clientes» —la traducción es propia—; y también, aunque en menor medida, de la normativa alemana de competencia desleal, de 22 de octubre de 1987, en cuyo artículo 1.º se hace la referencia específica a las buenas costumbres —*guten Sitten*— que contiene una mayor referencia valorativa.

⁵⁷⁹ *Vid.* VICENT CHULIÀ, F., «Otra opinión sobre la Ley ...», *ob. cit.*, pp. 9997-9998. Un concepto que como acertadamente ha indicado el autor «aparece junto al «uso» como pauta de comportamiento para el cumplimiento de los contratos —artículos 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio— y aparece contrapuesta a la «moral» y al «orden público», como límite a la autonomía de la voluntad —artículo 1255 del Código Civil—, en ambos casos junto a «La Ley». También la noción de «buena fe» aparece como límite

De lo expuesto en el estudio de los artículos 1 a 4 de la presente LCD podría inferirse que el comportamiento dirigido al mercado para promover las prestaciones propias o de un tercero efectivamente exige la presencia de finalidad concurrencial. De un elemento volitivo o intencional necesario para incurrir en un acto calificado como de competencia desleal, pero no es así. Si se observa, el ilícito se produciría con independencia de que la conducta de su autor efectivamente revista la voluntad de realizar un acto de competencia desleal. Es suficiente con que el acto sea objetivamente idóneo para producir un comportamiento contrario a las exigencias de la buena fe. Curiosamente, el Legislador en la exposición de motivos de la Ley viene a indicar que la referencia al concepto de «buena fe» del artículo 5 lleva «[...] implícitamente al menos, la noción de abuso de la competencia [...]», que no necesariamente supone la existencia de una posición dominante. Es suficiente con que el comportamiento objetivo y contrario a las exigencias de la buena fe se realice en el mercado con fines concurrenciales.

H) Una clasificación como instrumento para limitar los «costes de error»

Siguiendo el orden establecido en la norma, tras la cláusula general se procede en los artículos 6 a 17, ambos inclusive, a enumerar toda una serie de actos calificables como actos de competencia desleal específicos. La clasificación no es taxativa, ni responde a una sistemática determinada, pudiendo incorporarse a la lista todos aquellos comportamientos objetivamente contrarios a la exigencia de la buena fe siempre que sean realizados en el mercado español por cualquier sujeto con finalidad concurrencial⁵⁸⁰. La lista es de *numeros apertus* respondiendo su realización a una doble finalidad. Por un lado, se tipifican aquellos supuestos de competencia desleal más graves a juicio del Legislador en el año 1991⁵⁸¹. Y por otro lado, esta enumeración con «cláusulas especiales» permiten a los operadores una «[...] aproximación más a la experiencia del tráfico y procuran eliminar los denominados «costes de error» en la aplicación de la cláusula general»⁵⁸². No obstante, el catálogo contenido en la Ley como indica la exposición de motivos debe ser interpretado restrictivamente para evitar «[...] que prácticas concurrenciales incómodas para los competidores puedan ser calificadas, simplemente por ello, de desleales [...]». Por tanto, los estrictos términos en los que están redactadas las prácticas contenidas en el catálogo parecen tener como

a la autonomía de la voluntad en el artículo 10 de la Ley 26/1984 General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y en el artículo 3.º de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (*DOCE*, L-95, de 21 de abril de 1993).

⁵⁸⁰ Como indica la exposición de motivos y el propio artículo primero, los actos o comportamientos calificables como de competencia desleal y contenidos en los artículos 6 a 17, obedecen a la protección de «[...] los intereses de todos los que participan en el mercado». Una clasificación que a juicio del Prof. VICENT CHULIAT ..., —ob. cit.— parece seguir la realizada por el Prof. HENMERICH en «Das Recht res unlauteren Wettbewerbs», 3, Aufl., 1990, pp. 15 y ss.

⁵⁸¹ A raíz de la modificación de la LCD se ha introducido un párrafo segundo en el artículo 16.

⁵⁸² *Vid.* VICENT CHULIÀ, F., «Otra opinión sobre la Ley ..., ob. cit., pp. 9997-9998.

finalidad no sólo la exposición de un ejemplo sino también, la calificación clara de deslealtad de un determinado acto. Zanjando así las posibles dudas acerca de la deslealtad de determinadas prácticas contenidas en el catálogo cuando se comparan con la cláusula general del artículo 5. Y es precisamente, en el citado catálogo de actos donde se encuentra la desafortunada redacción de la figura de la venta a pérdida como ilícito concurrencial, cuyo estudio se realizará a continuación.

Con carácter previo se debe proceder metodológicamente al estudio del artículo 17.1. cuya importancia es vital para la comprensión de la calificación de dichos comportamientos como actos de competencia desleal. El citado precepto establece que «[...] salvo disposición contraria de las leyes o de los reglamentos, la fijación de precios es libre», debiendo procederse a continuación al estudio del alcance y contenido del mismo⁵⁸³.

I) El principio de «libertad de precios»: límites públicos y privados

Vid. Capítulo I, epígrafe II. La libertad de precios y sus límites.

J) El límite como fundamento de la prohibición de la venta a pérdida

La prohibición de determinadas modalidades de venta a pérdida se configura como una excepción al carácter restrictivo a la imposición de límites a la libertad de precios. Motivado por la necesidad de impedir la realización de prácticas que impiden o dificultan no sólo la libertad de competencia, sino también aquellas que falseen el orden concurrencial por actos desleales. Evidentemente el descuento beneficia directamente a aquellos consumidores que tienen la oportunidad de adquirir esos bienes y servicios a un precio inferior al que tendrían en ese mercado de no realizarse la práctica. Lo cual parece excelente para el consumidor. Sin embargo, avanzando un paso más en el razonamiento cabría preguntarse el por qué de esa conducta. Salvo que el empresario haya efectivamente decidido dilapidar su patrimonio altruistamente, lo cual parece poco probable, estos comportamientos van dirigidos a la maximización del beneficio. Y como se ha indicado, resulta evidente que un fin no apreciable en un primer momento se mueve al amparo de una de las estrategias empresariales más agresivas y arriesgadas de cuantas se puedan imaginar en el tráfico mercantil. Esta estrategia se divide en dos etapas bien diferenciadas bajos precios ahora y altos precios después *low-price-now-high-price-later*. En un primer momento, el aparentemente

⁵⁸³ Parece evidente que en el marco del principio constitucional de libertad de empresa reconocido en el artículo 38 de la CE el enunciar en este precepto y en otros posteriores estos principios, podría ser considerada una tarea ociosa. Esta misma interpretación era la que inspiraba la enmienda número 23 en el Senado que abogaba por la eliminación de la referencia a la libertad de precios por dos motivos, el primero, porque su contenido es evidente al amparo del artículo 38 de la CE, y en segundo lugar, porque el precepto en cuestión chocaba con la sistemática del segundo Capítulo de la Ley. En cualquier caso, la redacción del precepto reconociendo la libertad de precios viene a ser una especie de reafirmación del principio constitucional, viniendo a poner de manifiesto el carácter excepcional de cualquier limitación de dicho principio. Como excepcional sería la limitación contenida en los apartados a), b) y c) del artículo 17.2. de la LCD.

inocente y beneficioso acto de venta a pérdida favorece a los consumidores y usuarios. Pero luego se transforma en una segunda etapa, donde se manifiesta la verdadera naturaleza de la práctica, cuando ya sin competencia procede a incrementar los precios, de modo que al reducir la oferta recupera con creces las pérdidas sufridas durante el periodo que vendió a pérdida a través de rentas monopolísticas.

Si se excluyen los supuestos de ventas a pérdida sin finalidad competitiva y por ende no reprochables desde el Derecho *antitrust* o desde la competencia desleal, no vende a pérdida quien quiere, sino quien puede. Por lo que junto a la intención de realizar esta estrategia han de concurrir otros elementos en cuanto a condiciones del «agente y paciente», mercado, producto o servicio y competencia⁵⁸⁴. La deslealtad de la conducta, y por ende el límite a la libertad de precios reside precisamente en lo que podría calificarse como exceso de competencia con un potencial resultado lesivo a los intereses del resto de los concurrentes. Una conducta que no se basa en los méritos propios sino en el abuso de poder que del agresor⁵⁸⁵. Los efectos no deseados pueden alcanzar al resto de los competidores, los de los consumidores y usuarios, y finalmente, al propio mercado.

Llegados a este punto, tras observar la lógica de la venta a pérdida y la naturaleza de la limitación al principio de libertad de precios, y antes de proceder a la delimitación de los efectos de esta conducta sobre el modelo de competencia en el que se engarza, conviene hacer una breve referencia al oculto ánimo de lucro que inspira la venta a pérdida. Una idea que parece contradecir la finalidad implícita en toda venta.

K) El oculto ánimo de lucro en la compra y venta a pérdida

La libertad de precios orbita alrededor del principio constitucional de libertad de empresa. Principio básico para determinar la conformación de los precios y la competitividad del oferente, sobre todo en el ámbito del comercio

⁵⁸⁴ La exposición de motivos de la LCD recoge la expresión «agente y paciente», aunque parece más adecuada la expresión agresor y agredidos, o predador o predado por ser términos más próximos al Derecho de la libre y leal competencia.

⁵⁸⁵ Resulta evidente que ambas disciplinas persiguen objetivos específicos, pero la consecución de sus finalidades implica la protección directa e indirecta de los intereses del resto de los partícipes en el mercado. En relación con el cambio de concepción del modelo de competencia y la entrada y protección de los intereses de todos los concurrentes, y la competencia basada en los propios méritos BERCOVITZ, A., «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», en *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, BOE-Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pp. 14-15, mantiene que «[...] no es que el empresario tenga derecho a competir, sino que tiene obligación de competir. Y si viola esa obligación, realizando pactos o concertando comportamientos para no competir o para restringir la competencia, entonces está actuando ilegalmente y su actuación está sujeta a sanciones establecidas en la ley [...] Ello significa que no es que los empresarios tengan derecho a competir, sino que tienen obligación de hacerlo para que el mercado funcione correctamente. Porque el criterio fundamental no es ya la protección del empresario competidor, sino la protección del funcionamiento competitivo del mercado. Aunque se siga amparando al empresario que compite, no es éste el fin último, ni el único, de la protección legal que se le otorga.»

minorista⁵⁸⁶. Aunque el objeto de este estudio es la venta a pérdida como ilícito concurrencial en relación con el concepto ánimo de lucro, necesariamente el análisis ha de contemplar una doble perspectiva: desde la demanda y desde la oferta. Los aprovisionamientos de un fabricante, los de un comerciante o los de un profesional que presta sus servicios se realizan bajo criterios racionales de eficiencia, buscando el ánimo de lucro en cada una de las reventas y de las prestaciones de servicios. Un ánimo que también está presente en las compras de insumos para la producción y para consumo de cualquiera de los concurrentes. En la medida en que éstos sean más baratos y respondan a las expectativas deseadas de la relación calidad precio, mayor será, en su caso, el margen de beneficio que tengan.

Sin embargo, cuando se vende a pérdida el ánimo de lucro, presente en toda venta, aquí también lo está, aunque oculto. Porque

«[...] si algo caracteriza la actividad comercial es la presencia del ánimo de lucro, y si tal es así, es difícil que pueda plantearse la existencia de una actividad mercantil en la que no exista ánimo de lucro.»⁵⁸⁷

Pero cabe preguntarse si está presente o no el ánimo de lucro en la venta a pérdida que realiza el fabricante, el comerciante o el profesional cuando adquiere o revenden sus productos o cuando prestan sus servicios. Aparentemente, no hay ánimo de lucro cuando cualquiera de los oferentes ofrece sus productos o servicios a un precio inferior a su precio de adquisición o a su coste de producción. Un comportamiento que con base en la libertad de precios parece perfectamente lícito. Sin embargo, esta apariencia no refleja la realidad de todas las ventas a pérdida, ya sean las anticompetitivas por la vía de los artículos 1, 6 y 7 de la LDC, como las desleales por infracción del artículo 17. 2. a), b) y c), así como las que se producen por infracción del artículo 14 de la LOCM. Debiendo incluir también en esta categoría las ventas a pérdida excepcionadas por estar previstas en la Ley o porque así lo ha venido contemplando la jurisprudencia ordinaria y la doctrina del TDC como: los supuestos de realineamiento con la competencia, cuando el precio de reposición o el coste de adquisición sea menor, en el caso de productos perecederos, saldos y liquidaciones, obsolescencia y ventas promocionales. Y en todas ellas, sin excepción están inspiradas por el mismo ánimo de lucro que cualquier otra venta. En las prohibidas, el fundamento de la prohibición radica en el intento de limitar los efectos anticompetitivos y desleales de la venta a pérdida contrarios a los intereses de los concurrentes, de los consumidores y usuarios y del propio mercado. O lo que es lo mismo, limitar un exceso en el ejercicio de los derechos inherentes a la libertad de empresa, que sin duda alguna se realizan inspiradas por un oculto ánimo de lucro. Y en las

⁵⁸⁶ Vid. VICENT CHULIA, F., «Otra opinión sobre la Ley ..., ob. cit., p. 10007.

⁵⁸⁷ Vid. BERENGUER FUSTER, L., «La venta a pérdida en la Ley de Competencia Desleal», en *La prohibición de la venta a pérdida ...*, ob. cit., p. 62, quien pone de manifiesto la existencia de una paradoja entre las distintas modalidades de venta a pérdida, pues resulta inconcebible que alguien «pueda plantearse ni tan siquiera la posibilidad de la venta con pérdida en el mundo del comercio.» De lo que cabe inferir que toda venta a pérdida prohibida y autorizada también está regida por el mismo ánimo de lucro.

segundas, las autorizadas, en las que el ánimo de lucro no encubierto simplemente persigue reducir sus pérdidas⁵⁸⁸.

Todas estas reventas, salvo supuestos de ventas altruistas o de revancha o venganza, que escapan de la racionalidad empresarial, están inspiradas por la misma finalidad. Sin embargo, esa concepción de compra venta aparece limitada por el artículo 325 del CCo, al calificar sólo como compra venta mercantil «[...] la compra venta de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma en que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa [...]». Y expresamente en el artículo 326 del mismo texto legal se excluye la calificación de mercantil para determinadas modalidades de reventa⁵⁸⁹. Una calificación que difiere de la que el propio Legislador realiza en la legislación de la libre y leal competencia. Y cabría preguntarse si el Legislador ha tratado de completar el concepto de compra venta mercantil del CCo de 1885 a través de la Legislación en materia de libre y leal competencia. Aunque la respuesta a este interrogante podría escapar con creces al objeto de este estudio. En cualquier caso, la realidad económica de la que nace y en la que se sustentaban los preceptos 325 y 326 del CCo. es bien distinta de la realidad y finalidad perseguida por el Legislador con la LDC y en la LCD. Resulta evidente de una primera lectura que ambos preceptos del CCo. que están pensados solo para las reventas que realiza el comerciante, pero no para los artesanos, agricultores o fabricantes. Y sin embargo, esta posibilidad sí está presente en la normativa de libre y leal competencia desleal, tanto en las ventas como en las negativas de vender que estos realicen.

L) Los efectos distorsionadores sobre el modelo regulatorio

La naturaleza de la prohibición de la venta a pérdida y por ende la interpretación utilitarista y ordenadora del principio general de libertad de precios tiene su razón de ser en la propia naturaleza y contenido del modelo regulador de competencia de carácter social. Tratando de mitigar los efectos negativos que los supuestos más graves pueden producir en los competidores, los consumidores y usuarios y en el resto del mercado.

Frente a los competidores porque los efectos nocivos de una disminución en sus ventas no se justifica en los méritos del agresor cuando reduce sus costes

⁵⁸⁸ Vid. OTERO LASTRES, J. M., «La venta con pérdida tras la entrada en vigor de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, de 15 de enero de 1996», *La Ley*, Año XVII, núm. 4005, jueves 28 de marzo de 1996, p. 2; y BERENGUER FUSTER, L., «La venta a pérdida en la Ley de Competencia Desleal», en *La prohibición de la venta a pérdida ...*, ob. cit., p. 63, al indicar que «[...] en determinados supuestos será más beneficioso vender determinadas mercancías, aun cuando sea con pérdida, que dejarlas en el almacén. Si vende con pérdidas, el dinero así obtenido puede ser objeto de reinversión, mientras que las mercancías pueden continuar depreciándose.»

⁵⁸⁹ Expresamente excluye de la calificación de compraventa mercantil «1.º Las compras de efectos destinados al consumo del comprador o de la persona por cuyo encargo se requiere; 2.º Las ventas que hicieren los propietarios y los labradores o ganaderos de los frutos o productos de sus cosechas o ganados, o de las especies en que se les paguen las rentas; 3.º Las ventas que, de los objetos contruidos o fabricados por los artesanos, hicieren éstos es sus talleres; 4.º La reventa que haga cualquier persona no comerciante del resto de los acopios que hizo para su consumo.»

debido a una ventaja competitiva ya sea tecnológica o comparativa, sino en un abuso de su posición. Ello implica que algunos competidores en el peor de los casos puedan verse expulsados del mercado, aun cuando eran más eficientes que el agresor. Y en el mejor de los supuestos que sean disciplinados, incluso con la simple amenaza. Además, esta aptitud beligerante opera como un aviso al resto de los concurrentes. Que aunque no se hayan visto directamente afectados habrán aprendido una lección, la de que el agresor responderá a la menor provocación, luego mejor será colaborar o no entrar en dicho mercado, so pena de entrar en una guerra comercial.

Para los consumidores, el inicial beneficio derivado de la posibilidad de adquirirlos por debajo del precios de mercado en la primera parte de la estrategia del agresor, rápidamente se torna en un incremento del precio y en una reducción de la oferta en calidad y cantidad en la segunda fase de la estrategia.

Para el mercado, implica un falseamiento de la situación de libertad de competencia cuyo coste de recuperación será trasladado a los concurrentes, los consumidores y usuarios y al propio mercado. La falta de competencia efectiva impide el desarrollo e implica, entre otras consecuencias, una reducción de la inversión en I+D y un incremento de precios no relacionado con el valor real del producto o servicio en cuestión. Además, desde el punto de vista de la economía nacional y comunitaria, una economía enferma no es dinámica, es incapaz de generar valor ni plusvalías que redunden en beneficio de los intereses de los que concurren en dicho mercado.

En definitiva, siendo el Legislador consciente de que la no limitación del principio general de libertad de precios en los supuestos más graves de venta a pérdida puede generar un falseamiento la competencia⁵⁹⁰. Tanto desde la perspectiva *antitrust* como desde la normativa de competencia desleal y comercio interior, procede a prohibir determinados supuestos de venta a pérdida cuando suponga la manifestación del ejercicio abusivo de la libertad de precios contrarios a los intereses de todos los concurrentes. Unas prácticas de difícil conciliación bajo las directrices de un «Derecho de mercado», conformado por las notas de una Constitución cuyo modelo de desarrollo económico es de corte social y en el que los conceptos clásicos de libertad de empresa y economía de mercado adquieren una función utilitarista.

3.2. Delimitación del concepto de «precio de adquisición» y «coste de producción»

A) Introducción

⁵⁹⁰ Sobre la relación entre la libertad de precios y sus límites a través de la prohibición de determinados supuestos de venta a pérdida *Vid.* BARONET ALDABÓ, C., «Venta a pérdida y libertad de precios», *Cuaderno de los Negocios*, año 3, núm. 23, octubre, 1994, pp. 21-27.

En los términos en los que aparece redactado el artículo 17.2. de la LCD en los conceptos de «precio de adquisición» y «coste de producción» no pueden determinarse con claridad los elementos que hay que tener en cuenta⁵⁹¹. Se trata de conceptos jurídicos indeterminados que añaden dificultades técnicas que necesitan completarse por la jurisprudencia.

El tráfico mercantil se fundamenta básicamente en las relaciones de confianza. Las partes y los terceros disponen de multitud de mecanismos para superar la desconfianza natural y asegurar el cumplimiento de las obligaciones, lo que resulta fundamental para la propia agilidad de las relaciones mercantiles. Entre estos mecanismos y como uno de los más relevantes se encuentran la contabilidad. Un lenguaje formal que permite comparar elementos homogéneos y extraer conclusiones de la empresa en cuestión⁵⁹². Y éste es el instrumento utilizado para llenar de contenido los conceptos de «precio de adquisición» y «coste de producción».

Resulta evidente que el Legislador pretendía con estas expresiones abarcar una realidad dinámica en la que los citados conceptos fueran delimitados por la jurisprudencia. Sin embargo, la jurisprudencia ha sido incapaz de complementarlos en toda su extensión, precisamente porque la casuística, como se ha podido observar, es enorme.

La contabilidad se ha mostrado como un instrumento de gran utilidad pero, aunque puede aproximarse bastante a la realidad, encuentra problemas de orden práctico como la duración del análisis, la necesidad de que se realice por perito, los procesos contradictorios con diferentes informes periciales, el secreto de la contabilidad, el costo del peritaje y la necesidad de que la misma refleje la imagen fiel del patrimonio —lo que resulta cuando menos complicado a tenor de su carácter estático y la dificultad de aplicarlo a una realidad mercantil dinámica—. Todos ellos, elementos que han contribuido a que en la práctica jurisprudencial la contabilidad se haya convertido en un instrumento poco versátil.

El problema fundamental radica en los criterios utilizados en la imputación de costes de una empresa, tanto a los efectos de calcular su precio de adquisición como su coste de producción. Una dificultad a la que habrá que añadir los

⁵⁹¹ Resulta evidente que la determinación de ambos parámetros «bajo coste» o «bajo precio de adquisición» no resulta fácil. Durante su tramitación parlamentaria la enmienda número 89 eliminó la expresión «sistemáticamente» que de mantenerse hubiera implicado un giro radical hacia un modelo de competencia más feroz, en la medida que incluso las ventas a pérdidas prohibidas serían perfectamente válidas siempre que las mismas no se realizaran «sistemáticamente». De ahí que a continuación se trate de delimitar el contenido de estos conceptos jurídicos indeterminados. Unas dudas interpretativas que también aparecieron durante su tramitación parlamentaria y que las enmiendas 67 y 69 en el Congreso y 60 y 95 en el Senado trataron de aclarar, aunque sin éxito.

⁵⁹² En relación con el concepto de contabilidad *vid.* SERRA SALVADOR, V., GINER INCHAUSTI, B., y VILAR SANCHIS, E., *Sistemas de información contable (Una introducción a la contabilidad)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 36-37, quienes la definen como «[...] una ciencia económica, cuyo objeto de estudio es la realidad económico-social de los entes económicos, configurando sistemas de información que captan, elaboran y comunican informes útiles para los usuarios internos y externos, con el fin de proporcionar un marco adecuado que permita la toma de decisiones en las mejores condiciones.»

supuestos en los que la empresa lleva a cabo estrategias a largo plazo con precios muy próximos a sus costes pero basados en economías de escala que reducen su coste marginal. Una situación en la que la delimitación de los conceptos de precio de adquisición y coste de producción necesariamente ha de tener presente esa realidad dinámica.

Recientemente, se ha tratado de superar estas dificultades técnicas a través del artículo 14 de la LOCM, aunque sin éxito. Se trata de una regulación administrativa del comercio interior de una institución propiamente mercantil como es la competencia desleal. En este caso, aun cuando la LOCM se someta expresamente a la normativa de la LCD el ámbito sobre el que recae tiene un carácter prácticamente omnicompresivo. El citado artículo pretende evitar, y de hecho evita los problemas para el cálculo del precio de adquisición o coste de producción al tomar la factura, y el precio que en ella figura como frontera entre lo que se considera leal y no, y como elemento de prueba. Aunque de ello derivan problemas técnicos producidos por el desajuste con el resto del ordenamiento.

Por ello, la solución técnica aportada a través del artículo 14 de la LOCM resulta insuficiente para aplicarla al artículo 17.2. de la LCD. Ha de observarse que —salvo los supuestos autorizados o excepcionados que se analizarán al final del este estudio—, la venta de productos o la prestación de servicios al precio que figura en la factura, incluso hasta un determinado margen por encima del precio que figura en la factura, implican la realización de ventas a pérdida cuando el margen entre el precio de adquisición o el coste de producción no cubran los costes directos y la parte que razonablemente corresponda de los costes indirectos.

Por todo lo dicho, a tenor de los problemas prácticos que provoca la falta de delimitación del contenido de ambos conceptos se tratará de abordar a continuación. Apoyando el estudio en la principalmente a la normativa mercantil contable y excepcionalmente a la normativa fiscal. Porque, aún cuando ambas normativas tienden a converger, la inercia del Legislador fiscal de gravar cualquier manifestación de riqueza produce diferencias entre la normativa fiscal y mercantil⁵⁹³. Sin embargo, cuando el Legislador procede a la regulación de una materia propiamente mercantil en la LCD no suele hacer referencia a la legislación fiscal en relación con actos como por ejemplo, en el caso de la determinación del valor de las operaciones vinculadas, que deberán ser valoradas a precio de mercado.

B) La función de la contabilidad

La función de la contabilidad es doble, interna y externa. La primera, suministrar información del estado, funcionamiento y desarrollo futuro de la

⁵⁹³ Al objeto de proceder al estudio de las relaciones y diferencias entre la contabilidad financiera y fiscal en relación con las normas de valoración del PGC *vid.* VIEDNA MARTI, J. M.^a, y AMADO GUIRADO, J., *La contabilidad fiscal en el nuevo plan general de contabilidad*, Viana Editores, Barcelona, 1991.

actividad empresarial. La segunda, está dirigida a proteger los diferentes intereses que convergen en la realidad económica y jurídica de la empresa⁵⁹⁴. Así pues, los requisitos legales para su llevanza establecen y estructuran un lenguaje formal que permite la comparación de unidades de cuenta homogéneas. Esto posibilita observar la atribución de las correspondientes consecuencias a la realidad económica patrimonial reflejada en los asientos contables y en los diferentes documentos que se elaboran partiendo de ellos.

El fin primordial que se persigue es el que las cuentas reflejen la imagen fiel del patrimonio de la sociedad. Parte del principio anglosajón *true and fair view* recogido en el artículo 2 de la IV Directiva de la CEE, y posteriormente en el artículo 34.2. del CCo. conforme al cual:

«[...] las cuentas anuales deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales [...]»

Con ello se pretende, como indica el PGC en el apartado II. 10, que:

«La imagen fiel si bien no es un concepto cerrado y delimitado trata de transmitir la doble noción de imparcialidad y objetividad que se debe perseguir en la elaboración de las cuentas anuales.

La imagen fiel es el corolario de aplicar sistemática y regularmente los principios contables, entendiendo éstos como el mecanismo capaz de expresar la realidad económica de las transacciones realizadas.

A tal fin, no serían aplicables las disposiciones legales o exigencias jurídicas, en materia de contabilidad, relativas a una operación que fueran, excepcionalmente, incompatibles con la imagen fiel que deben mostrar las cuentas anuales.

De este modo, la empresa deberá ajustar sistemáticamente la contabilidad y sus cuentas anuales a los principios legales que les sean aplicables, excepto cuando esta aplicación conduzca a que los registros o la formulación de las cuentas anuales distorsione la imagen que un tercero podría formarse sobre la «verdadera», en términos económicos, situación patrimonial y financiera y de los resultados habidos en el ejercicio.»

Además, cuando sobre una misma realidad económica recaen diferentes normativas, por ejemplo, la mercantil y la fiscal, se pueden estar generando imágenes patrimoniales de la sociedad no coincidentes en relación con el precio de adquisición o coste de producción. Y dicha imagen debe ser una, lo mismo que ocurre con el reflejo de un espejo, una sola imagen y no varias porque diferentes imágenes de una misma realidad económica producirían disfunciones en el ordenamiento jurídico. Las normativas que inciden sobre las mismas podrían proponer soluciones jurídicas diferentes, incluso contradictorias, de modo que la

⁵⁹⁴ Con similar criterio *vid.* VELASCO SAN PEDRO, L. A., «Contabilidad del ..., ob. cit., p. 1538.

imagen fiel ha de ser el objetivo, aunque en el intento se puedan alcanzar diferentes grados de consecución. De ahí, que los recientes esfuerzos en esta materia se hayan encaminado, entre otras finalidades, a conseguir que la contabilidad refleje la imagen fiel. Evitando en la medida de lo posible las distorsiones que puedan producir las correcciones valorativas en el cálculo del precio de adquisición o coste de producción⁵⁹⁵.

a) La obligación de llevar contabilidad y el secreto contable

La contabilidad se configura como un instrumento esencial para el comerciante a los efectos de organizar y optimizar su producción⁵⁹⁶. Pero además proporciona una información esencial a los terceros y al propio Estado⁵⁹⁷. El CCo. establece en sus artículos 25 a 49 el contenido básico de la obligación de los empresarios de llevar contabilidad conforme a los principios del ordenamiento comunitario. El artículo 25.1. establece la obligación de «todo empresario de llevar una contabilidad ordenada, adecuada a las actividades de su Empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones [...]»⁵⁹⁸ La

⁵⁹⁵ Vid. VALLERDÓ CALAFELL, J. y CASTILLO NAVARRO, F. J., *De las Directivas de la CEE al Plan General de Contabilidad de 1990. La reforma contable española*, Einia, Barcelona, 1991, pp. 84-86, al indicar que: «La información contable, en la medida en que se explican los objetivos y criterios empleados en la elaboración de aquella imagen lleva a su determinación (la imagen fiel), lo cual no obvia la posibilidad de diferentes imágenes, todas ellas fieles, en el marco de diferentes objetivos y criterios [...] El mismo Instituto de Planificación Contable [1985, p. 22] en relación con la consideración, de cierto sector doctrinal, de que en los casos de inflación la imagen fiel no refleja la situación patrimonial, mantiene que tal incompatibilidad no existe, puesto que en tales casos las cuentas anuales expresarán la *imagen fiel a precio de adquisición*, sin perjuicio de incluir en el anexo (ahora, memoria) las indicaciones necesarias para la mejor ilustración de los usuarios de la información contable.»

⁵⁹⁶ Originariamente la regulación mercantil no establecía sanciones directas por el incumplimiento del deber de llevar la contabilidad conforme a los criterios establecidos legalmente. Sin embargo, de no llevarse contabilidad en el caso de quiebra de la empresa ésta se calificará como fraudulenta o culpable —artículos 889.1., 890.3., 4., y 891 del CCom.—. Igual ocurre con el artículo 4.f) de la Ley 26/1989, de 29 de julio de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y el artículo 40.2.e) de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados al calificar como grave la no llevanza de la contabilidad. A lo que habrá que sumar la calificación desde el plano tributario de delito contable contenida en el artículo 310 del CP. Finalmente, el artículo 2.º del Plan General de Contabilidad —PGC— establece que será de aplicación obligatoria para todas las empresas. Esta norma configura el contenido amplio y abreviado de las cuentas anuales con modelos de balance, cuentas de pérdidas y ganancia, memoria, así como los requisitos que han de seguirse para su cumplimentación.

⁵⁹⁷ Vid. VELASCO SAN PEDRO, L. A., «Contabilidad del ...», ob. cit., p.1538, la definen como «[...] un método que sirve para medir los resultados (prósperos o adversos) de una actividad económica e informar de los hechos financieros significativos que afectan a la situación patrimonial del sujeto que la efectúa.»

⁵⁹⁸ Aunque para parte relevante de nuestra doctrina, más que una obligación, el deber de llevanza de contabilidad se convierte en una carga. Especialmente relevante *vid.* VELASCO SAN PEDRO, L. A., «Contabilidad del ...», ob. cit., p.1539, al indicar que «[...] este deber de contabilidad es muy dudoso que pueda configurarse técnicamente como una obligación, cuyo cumplimiento sea jurídicamente exigible ante los tribunales [respecto a los cuales, sin embargo, existe acción para pedir el reconocimiento y la exhibición de la contabilidad —arts. 32 y 33 C de C), y su auditoria —arts. 40 y 41 C de C)]. Más bien parece que es una carga, cuyo incumplimiento defectuoso acarrea perjuicios al infractor [pérdida de la posibilidad de utilizar la contabilidad como prueba, calificación de la quiebra como culpable —art. 889.1. del CCo— fraudulenta —art. 890.3 del CCo—], imposibilidad de solicitar suspensión de pagos —art. 3 de LSP—[...] y puede ser sancionable en el ámbito penal y administrativo, en la medida que aquella conducta constituya delito o infracción administrativa.» Con similar criterio *vid.* ROJO, A., «La contabilidad (I). Introducción. El deber de contabilidad. El secreto contable. La contabilidad como medio de prueba», en URÍA, R., MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho ...*, ob. cit., pp. 145-146, al indicar que «La legislación mercantil no contiene sanciones directas

contabilidad puede ser estudiada desde una doble perspectiva, formal y material. La primera en relación con la exigencia de llevanza, la forma de los libros y el valor probatorio de los mismos⁵⁹⁹. Y la segunda, en relación con la ordenación jurídica de esas cuentas y del balance empresarial⁶⁰⁰.

Todas estas exigencias y requisitos de llevanza de la contabilidad responde a la necesidad de establecer un lenguaje formal común que permita alcanzar el objetivo deseado de que los datos contables reflejen la imagen fiel del patrimonio de la empresa. Ello posibilitará realizar análisis y comparaciones homogéneas de los datos que figuran en la contabilidad, tanto en sentido formal como material, lo que permite al empresario como a los terceros disponer de información para la toma de decisiones.

Esta normativa básica contenida en el CCo. y dirigida a establecer los elementos de este lenguaje formal se complementa con el RD 1643/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad. Que viene a sustituir el Plan General de Contabilidad de 1973, en aplicación de la Ley de 25 de julio de 1989 de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades. Así como la disposición final primera del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas⁶⁰¹. Esta normativa se complementa con las resoluciones del Instituto de Cuentas y Auditoría de Cuentas en aplicación del apartado 3.º de la Disposición Final 1.ª del RD 776/1998, de 30 de abril, por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y las normas de información presupuestaria de estas entidades⁶⁰².

Del cumplimiento de las exigencias legales expuestas, siempre que la contabilidad refleje la imagen fiel del patrimonio permitirá determinar con claridad los conceptos de precio de adquisición y coste de producción. Y en el caso de que los empresarios no cumplieran con las exigencias de este lenguaje formal, la correcta aplicación de la misma normativa permitiría mecanismos que ayudan a estimar indirectamente el valor de cada una de las diferentes partidas. Con ello se logra superar los problemas interpretativos que surgieran como consecuencia de una mal llevanza de la contabilidad, ya sea culposa o negligente,

que contemplen el incumplimiento de las prescripciones legales relativas a la llevanza y conservación de los libros. Pero establece sanciones indirectas de cierta gravedad [...]»

⁵⁹⁹ Entre los libros que deberá de llevar el empresario, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales se encuentra el libro de Inventarios y Cuentas anuales y otro de Diario —artículo 25.1. CCo—; Libros de actas para las sociedades mercantiles —artículo 26.1. del CCo.—.

⁶⁰⁰ En este punto se incluye la ordenación jurídica de la cuenta de pérdidas y ganancias —artículo 35.2. del CCo.—, el balance empresarial —35.1. del CCo.— y la memoria —35.3. del CCo.— cuya regulación genérica se realiza en los artículos 34 a 41 del CCo.

⁶⁰¹ El PGC se publica en el *BOE*, de 27 de diciembre de 1990, núm. 310, p. 38531, rect. *BOE*, de 14 de marzo de 1991, núm. 63, p. 8433. La adecuación de la Legislación mercantil española se realiza a través de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades —*BOE*, de 27 de julio de 1989—.

⁶⁰² *Vid.* *BOE*, de 14 de mayo de 1998, núm. 115, p. 16039; *rect.*, *BOE*, 3 de julio de 1998, núm. 158, p. 20056.

sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles y penales a que ello diere lugar.

Por tanto, y a título de conclusión, la correcta aplicación de este lenguaje formal estaría atribuyendo valor jurídico probatorio a los asientos contables, lo que nos permitiría determinar con claridad los conceptos de precio de adquisición y coste de producción. Y consiguientemente concluir si se ha superado o no el coste marginal o en su defecto, el coste variable medio.

Sin embargo, el objetivo perseguido de que la contabilidad refleje la imagen fiel parece chocar con el principio de secreto contable. Esta posible contradicción resulta más aparente que real, porque de lo contrario no se podrían alcanzar algunos de los fines a los que está llamada la propia contabilidad. Luego, el principio de secreto contable recogido en el artículo 32.1. del CCo. habrá de ser ponderado, no operando cuando se derive de lo dispuesto en las leyes, y entre esos supuestos, los de comunicación y exhibición, así como los actos de publicación de las cuentas anuales en el Registro Mercantil⁶⁰³. De modo que el secreto opera como un mecanismo de protección, en los supuestos en que se tenga conocimiento de la información contable por medios no lícitos que impliquen un abuso no autorizado.

b) La contabilidad financiera y la contabilidad de costes

La contabilidad se configura como un lenguaje formal que persigue homogeneizar los criterios a los efectos de poder comprobar la adecuación de la misma a la imagen fiel del patrimonio. Lo que permite facilitar y comparar información interna y externa. La contabilidad se configura como un todo, un conjunto en el que la contabilidad financiera y la contabilidad analítica son una parte que puede ser utilizada, con las debidas cautelas, a los efectos de determinar el coste de producción o el precio de adquisición. Ambas aparecen reguladas en el Plan General de Contabilidad y en la normativa complementaria de desarrollo e interpretación.

La contabilidad financiera se presenta a través de tres documentos, el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y memoria, que se han delimitado en aplicación de la normativa contable y entre ellos los principios de contabilidad y las normas de valoración. La observancia de la normativa sobre la llevanza de la

⁶⁰³ El artículo 32.2. del CCo. establece los supuestos en los que podrá procederse de oficio o a instancia de parte la comunicación de los libros y documentos contables en los supuestos de «[...] sucesión universal, suspensión de pagos, quiebras, liquidaciones de sociedades o entidades mercantiles, expedientes de regulación de empleo, y cuando los socios o los representantes legales de los trabajadores tengan derecho a su examen directo.» Asimismo, en relación con la exhibición el artículo 32.3. del CCo. establece que «[...] fuera de los casos prefijados en el párrafo anterior, podrá decretarse la exhibición de los libros, documentos de los empresarios a instancia de parte o de oficio, cuando la persona a quien pertenezcan tenga interés o responsabilidad en el asunto en que proceda la exhibición. El reconocimiento se contraerá exclusivamente a los puntos que tengan relación con la cuestión de que se trate.» En este mismo sentido *vid.* la Instrucción de 17 de febrero de 1998 de la DGRN y RDGRN, de 14 de julio de 1998.

contabilidad permite suministrar información útil a efectos internos, pero básicamente el motivo de su formalización es para que tenga trascendencia externa, una finalidad que no siempre cumple la contabilidad de costes⁶⁰⁴. Y aunque se ha tratado de estandarizar a través del grupo 9 del PGC, persigue más que una finalidad externa, una finalidad eminentemente interna, la de ayudar a la toma de decisiones de gestión⁶⁰⁵.

Sin embargo, la aplicación de dichas normas es libre, de modo que la determinación del concepto de costes resulta relativo e insuficiente por sí mismo para determinar con claridad el importe y los elementos que componen los conceptos de precio de adquisición y coste de producción⁶⁰⁶. Evidentemente, al menos en principio todos aceptan que la determinación de los costes es un concepto con gran subjetividad, pero no por los costes en sí mismos, sino por los criterios que han de valorarse para determinarlos. De hecho, en economía el coste es un concepto exacto y unívoco. Pero en la práctica, la imputación de costes directos e indirectos plantea ciertas dificultades por la subjetividad de los criterios empleados. Pero ello, en modo alguno implica arbitrariedad. Y de ahí, los

⁶⁰⁴ Entre los fines que debe cumplir la contabilidad de costes *vid.* ROSANAS MARTI, J. M., *Contabilidad de costes para toma de decisiones*, 3.ª ed., Desclee de Brouwer, Bilbao, 1999, p. 25., quien mantiene que «Un sistema de contabilidad de costes debe satisfacer las necesidades de información relacionadas con los objetivos [...] que son esencialmente de tres tipos: 1. Proporcionar datos a la contabilidad financiera en lo que se refiera a la valoración de las existencias de productos terminados y de productos en curso de fabricación, para poder confeccionar el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias de la entidad; 2. Permitir tomar decisiones informadas analizando la rentabilidad de los procesos productivos de dicha entidad; 3. Evaluar la bondad de la gestión de la entidad a todos los niveles jerárquicos de la misma.» Con similar criterio y especialmente detallado *vid.* MIR ESTRUCH, F., «La enseñanza de la contabilidad de costes», en *VII Encuentro de Profesores Universitarios de Contabilidad. Ponencia contabilidad de costes*, Barcelona, 5 a 8 de junio de 1996, Barcelona, 1996, pp. 66-67.

⁶⁰⁵ Tradicionalmente se ha venido utilizando sin rigor y como conceptos homogéneos los términos contabilidad de gestión, contabilidad analítica y contabilidad de costes. Sin embargo, aún cuando pueden tener muchos elementos convergentes, cada uno de ellos refleja una determinada realidad. En la decisión de gestión estarán presentes tanto los datos de la contabilidad financiera como la contabilidad de costes que operan por diferencias entre ingresos y gastos. Estos datos son estudiados y sistematizados a través de la contabilidad analítica sobre la que se tomarán las decisiones. Establecida la diferencia, básicamente el análisis se limitará al estudio del concepto de contabilidad de costes. En un sentido similar *vid.* ROSANAS MARTI, J. M., *Contabilidad de costes para toma de ...*, *ob. cit.*, p. 21., al indicar que «En rigor, entonces, se debería denominar contabilidad de costes a aquella parte de la contabilidad de gestión cuyo objetivo es el cálculo y análisis de los costes de la empresa u organización, y sería entonces una parte (aunque con toda seguridad la más importante) de la contabilidad de gestión. En la práctica, sin embargo, las tres expresiones (contabilidad de gestión, contabilidad analítica y contabilidad de costes), se toman con frecuencia como equivalentes, [...]» *Vid.* MIR ESTRUCH, F., «La enseñanza de la contabilidad de ...», *ob. cit.*, pp. 66-67, quien la define como «[...] una rama de la contabilidad general que sintetiza y registra los costes de los centros de fabricación, de servicios y comerciales de una empresa con el fin de que puedan medirse controlarse e interpretarse los resultados de cada uno de ellos a través de la obtención de costes unitarios y totales en progresivos grados de análisis y correlación. Por tanto, ella no constituye un fin en sí misma, sino un medio para planear y conducir adecuadamente los negocios, operándolos a niveles que brinden una adecuada rentabilidad.» En la página 67 el autor define con toda claridad las notas identificativas de la contabilidad de costes, de la que se deduce la incapacidad de esta, y de los datos que directa o indirectamente pueden extraerse de ella, para constituirse en una prueba documental, aunque evidentemente resulta orientativa.

⁶⁰⁶ A este respecto *vid.* IRURETA GOYENA, M. A., *Contabilidad de costes*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1994, pp. 22-26, quien en relación con la contabilidad de costes mantiene que no es una magnitud exacta ni única. Por consiguiente, y según la citada autora, la determinación de los costes esta dotada de una gran subjetividad, pero «El hecho de que los costes sean magnitudes subjetivas no implica, bajo ningún punto de vista, que sean magnitudes arbitrarias. El coste debe ser calculado lo más realísticamente posible, aunque ello suponga el empleo de métodos más o menos subjetivos».

esfuerzos por limitar esa subjetividad valorativa a través del PGC, de los principios contables, de las normas de valoración y de las Resoluciones del ICAC. Esto implica cierta relatividad en la valoración de las diferentes partidas. Lo que puede variar en función de los objetivos perseguidos por la contabilidad de costes, que dificulta su objetividad y la posibilidad de realizar comparaciones homogéneas⁶⁰⁷. La contabilidad de costes puede definirse como:

«Todo imput cuantificado de factores de producción, bienes y servicios, necesarios para realizar la actividad económica de la entidad, cualquiera que sea el fin que ésta persiga. De esta definición se deriva que el coste no constituye una magnitud exacta y cierta, sino que tiene una dimensión equívoca y consiguientemente relativa. ¿Por qué? Pues porque definimos el coste hablando de cuantificar, y toda cuantificación entraña problemas de valoración, bien sea en la magnitud técnica (número de kilos consumidor), bien en la magnitud (valor de esos kilos).

Pero, además, existen otros factores que motivan la relatividad del coste: 1.º *Sujeto del coste*: el coste será diferente según cuál sea el sujeto del coste que considere; 2.º *Finalidad del coste*: asimismo dependerá de la aplicación a que se destine su cálculo, dando lugar a diferentes costes para diferentes propósitos; 3.º *Costes indirectos*: la existencia de costes indirectos (consumo de factores que corresponden en común a dos o más objetos de coste), con la consiguiente utilización de claves de distribución (variable de referencia que sirve de base para dicha medida indirecta del consumo y en función de la cual se imputa el correspondiente coste indirecto) es otro factor más de relatividad en la determinación de los costes.»⁶⁰⁸

Por tanto, delimitado el principio de relatividad del que hay que partir al objeto de determinar los costes, así como el campo en el que opera la contabilidad de costes, procede metodológicamente en estos momentos determinar la utilidad de la misma a los efectos de identificar y medir las diferentes partidas de las que se componen los conceptos de precio de adquisición y coste de producción.

⁶⁰⁷ En relación con este supuesto y entre las posibles finalidades perseguidas por la contabilidad de costes ROSANAS MARTI, J. M., *Contabilidad de costes para toma de ...*, ob. cit., p. 20 quien pone de manifiesto que «[...] la contabilidad de gestión va destinada de manera específica a los responsables de la empresa para mejorar la toma de decisiones concretas en la misma. Por tanto, y como el número de decisiones distintas que se pueden tomar en una empresa es prácticamente infinito, la contabilidad de gestión deber ser en general más parcial, más «ad hoc», quizás incluso menos objetiva, pero útil para la gestión de las organizaciones en el contexto de situaciones concretas. Por ejemplo, en decidir si se debe continuar con la fabricación de un producto que ocasiona pérdidas, o si se debe comprar o fabricar una determinada pieza, en cómo se puede aumentar las ventas en una determinada zona geográfica, o en evaluar si la gestión de un director de fábrica ha sido buena o mala. Todas estas decisiones precisan de una información mucho más detallada de la que la contabilidad financiera es capaz de proporcionar; y, en algunos casos, pueden precisar incluso una información específica que deba prepararse únicamente una vez para la decisión concreta que se presenta, en lugar de ser una información que se elabore periódicamente como es siempre la de la contabilidad financiera.» Con similar criterio vid. IRURETA GOYENA, M. T., *Contabilidad de costes*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1994, pp. 22-25, al indicar que la dificultad en la determinación de los costes estriba en dos elementos, en primer lugar, la valoración que realiza quien procede a la imputación de los costes, y en segundo lugar, la dificultad intrínseca a la propia distribución de los costes indirectos, RIBAYA, F. J., *Costes*, Madrid, 1999, pp. 40-41.

⁶⁰⁸ Vid. RIBAYA, F. J., *Costes ...*, ob. cit., pp. 40-41. Además resultan interesantes los ejemplos que presenta al objeto de exponer la relatividad en la determinación de los costes.

Porque, aunque la información que proporcionan es de carácter interno, subjetivo y heterogéneo, lo que dificultaría su comparación, lo cierto es que en aplicación de las normas del grupo 9 del PGC, los principios contables y las normas de valoración, la contabilidad de costes puede poner de manifiesto la realización de venta o ventas de productos o prestaciones de servicios por debajo del umbral de legalidad. Un umbral que se fija en torno al coste marginal y en su defecto al coste variable medio, de modo que aunque la información que suministre la contabilidad de costes sea limitada por la relatividad de los criterios de imputación empleados, si podrá ser orientativa y deberá ser objeto de la correspondiente valoración por el Juez.

En este sentido, el TDC en su resolución de 16 de febrero de 1999 sanciona a la empresa «Tabacalera, S.A.» por realización de ventas predatorias y con finalidad excluyente y disuasoria de entrada en el mercado de los cigarrillos «Farias» durante los años 1990 a 1993, ambos inclusive. Tras la entrada y registro se recogen documentos de operaciones internas en los que aún cuando se incorporan otros elementos, muestran que se está vendiendo por debajo del coste. Pero a los «efectos de justificación de su política comercial, si se suben los precios de los «Farias» se perderá cuota de mercado, de modo que para mantenerse no se deben alterar». Aun cuando son conscientes de que se está perdiendo con las ventas que se realizan. Luego, los documentos internos y entre ellos, la contabilidad de costes utilizada por la propia empresa puede ser un elemento más a valorar por el órgano judicial. En este caso, la conciencia de que se vende a pérdida y el seguir utilizándolo como parte de la estrategia comercial a los efectos de excluir y disuadir a competidores de que entren en el mercado es un elemento que prueba la realización de la conducta y la intención⁶⁰⁹.

c) Los principios contables y las normas de valoración

Aparecen recogidos en el CCo. en los artículos 34, apartados 2, 3 y 4, 38 y 39⁶¹⁰. También en el Texto Refundido en la Ley de Sociedades Anónimas en los artículos 172 —cuentas anuales—, 193 —principios generales sobre la valoración—, 194 —gastos de establecimiento y otros—, 195 —valoración de inmovilizado—, 196 —valoración del circulante—, y 197 —prima por reembolso de deudas—. Finalmente, y con gran detalle los principios y las normas de valoración se encuentran recogidas en el PGC, que por su interés serán expuestos en su totalidad. Precisamente porque estas normas y las complementarias pueden ayudar a determinar con claridad las partidas y el importe de los elementos que componen los conceptos de precio de adquisición y coste de producción con un carácter homogéneo. Así como en las adaptaciones sectoriales de dicho PGC⁶¹¹.

⁶⁰⁹ RTDC de 16 de febrero de 1999.

⁶¹⁰ Los «principios contables, es un desarrollo de lo previsto en la nueva redacción del número 1 del artículo 38 del Código de Comercio.» Real Decreto 1643/1990, de 20 diciembre —BOE, de 27 de diciembre de 1990, núm. 310, p. 38531, *rect.*, BOE, de 14 de marzo de 1991, núm. 63, p. 8433—.

⁶¹¹ El PGC desde su aprobación ha sido objeto de múltiples adaptaciones como la Orden, de 11 de mayo de 2001, por el que se aprueba las normas de adaptación del PGC al Sector Vitivinícola —BOE, de 30 de mayo

Por tanto, con el objetivo de limitar las diferencias en las valoraciones de los elementos integrantes de las distintas partidas de la cuentas anuales se acude a los principios contables generalmente aceptados. Y conforme a los cuales:

«[...] a) Se presumirá que la empresa continúa en funcionamiento.; b) No se variarán los criterios de valoración de un ejercicio a otro; c) Se seguirá el principio de prudencia valorativa; d) Se imputará al ejercicio al que las cuentas anuales se refieran a los gastos y a los ingresos que afectan al mismo, con dependencia de la fecha de pago o de su cobro.; e) Se valorarán separadamente los elementos integrantes de las distintas partidas del activo.; f) Los elementos del inmovilizado y del circulante se contabilizarán, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente, por el precio de adquisición, o por el coste de producción.»

Y sólo en casos excepcionales:

«[...] se admitirá la no aplicación de estos principios. En tales casos, en la memoria deberá señalarse esa falta de aplicación, motivarse suficientemente y explicarse su influencia sobre el patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa.»

Unos principios que siguen los criterios establecidos en el CCo., al reproducir los criterios establecidos por la IV Directiva Comunitaria y que posteriormente se plasman en el desarrollo de estos principios en el PGC y en las adaptaciones sectoriales del mismo. El Plan complementa los principios contables

de 2001, núm. 129/2001—; Orden, de 27 de junio de 2000, por el que se aprueba las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las Sociedades Anónimas Deportivas —BOE, de 29 de junio de 2000, núm. 155/2000—; Real Decreto 437/1998, de 20 de marzo, por el que se aprueba las normas de adaptación del PGC a las Empresas del Sector Eléctrico —BOE, de 21 de marzo de 1998, núm. 69/1998—; Real Decreto 776/1998, de 30 de abril, por el que se aprueba las normas de adaptación del PGC a las entidades sin fines lucrativos y las normas de información presupuestaria de las mismas —BOE, de 14 de mayo de 1998, núm. 15/1998; Orden, de 10 de diciembre de 1998, por el que aprueba las normas de adaptación del PGC a las empresas del sector de abastecimiento y saneamiento de agua —BOE, de 24 de diciembre de 1998, núm. 307/1998—; Orden, de 10 de diciembre de 1998, adaptación al PGC a las Sociedades Concesionarias de autopistas de peaje, túneles, puentes y otras vías de peaje —BOE, de 23 de diciembre de 1998, núm. 306/1998—; Resolución, de 16 de octubre de 1997, por el que se aprueba la adaptación del PGC Pública a las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social —BOE, de 30 de octubre de 1997, núm. 260/1997—; Orden, de 23 de diciembre de 1996, por el que se aprueban las normas de adaptación del PGC a las empresas de asistencia sanitaria —BOE, de 6 de enero de 1997, núm.5/1997—; Resolución, de 17 de febrero de 1995, por el se aprueba la adaptación transitoria del PGC Pública a la Administración General del Estado y regula la operatoria a seguir para la apertura de la contabilidad a 1 de enero de 1995 —BOE, de 1 de marzo de 1995, núm. 51/1995—; Resolución, de 29 de diciembre de 1995, por el que se aprueba la adaptación del PGC a la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras —BOE, de 25 de enero de 1996, núm. 22/1996—; Orden, de 2 de febrero de 1994, por el que se aprueban las normas de adaptación del PGC a las Federaciones Deportivas —BOE, de 9 de febrero de 1994, núm. 34/1994—; Orden, de 28 de diciembre de 1994, por el que se aprueban las Normas de adaptación del PGC a las empresas inmobiliarias —BOE, de 4 de enero de 1995, núm.3/1995—; Orden, de 8 de mayo de 1978, por el que se aprueba la adaptación del PGC a Empresas Siderúrgicas y de Aceros Especiales —BOE, de 18 y 19 de julio de 1978, núms. 170/1978 y 171/1978—; Resolución, de 29 de diciembre de 1992, por el que se aprueba la adaptación del PGC del Sistema a las Entidades Gestoras de la Tesorería General —BOE, de 16 de enero de 1993, núm. 14/1993—; y Resolución, de 30 de diciembre de 1992, por el que se aprueban los principios contables y las normas de valoración aplicables a la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles —BOE, de 19 de enero de 1993, núm. 16/1993—.

del artículo 38 del CCo., y cuya finalidad es precisamente limitar la subjetividad en las valoraciones para la imputación de ingresos y gastos⁶¹².

Por tanto, dicho carácter general de los principios contables se complementa con las normas de valoración lo que permite combatir los efectos negativos de las dificultades que presentan los juicios de valor en la determinación de los costes. Debe tenerse presente a los efectos de determinar el concepto de precio de adquisición y coste de producción del artículo 17.2. de la LCD habrá de acudirse las normas de valoración. Ya que en las mismas influyen todas las partidas que participan en cualquiera de las fases del proceso productivo, desde que nace hasta que se extingue la relación jurídica con el comprador del producto o servicio. A diferencia de lo que ocurre con el artículo 14 de la LOCM que parece referirse únicamente al grupo 6 «mercaderías» al emplear la expresión «precio de adquisición según factura» o «coste efectivo de producción», tal y como se analizará posteriormente al estudiar esta norma.

Por consiguiente las normas de valoración tienen un carácter obligatorio y resultan fundamentales al objeto de determinar el concepto e importe que figura en el asiento contable, que son las partes de las que se compone el conjunto que conforma el concepto de precio de adquisición y coste de producción⁶¹³.

C) Concepto de «precio de adquisición»

Como se ha podido observar en el epígrafes precedentes, los principios contables y las normas de valoración resultan fundamentales al objeto de acotar las valoraciones que se realizan cada vez que se practica un asiento contable. Con la suma de dichos asientos se determinan los conceptos de precio de adquisición y coste de producción a los efectos del artículo 17.2. de la LCD. Luego, la aplicación de estas normas permiten eliminar gran parte de las valoraciones que pudieran distorsionar la determinación de asientos contables homogéneos en aplicación del PGC y de las adaptaciones parciales del mismo. Una distorsión que tendría lugar como consecuencia de los diferentes criterios, intencionados o no, que en aplicación de la normativa contable pudieran realizar los operadores.

Por consiguiente, a los efectos de aplicación del artículo 17.2. de la LCD y en su caso de la normativa *antitrust* el concepto de precio de adquisición habrá de

⁶¹² A este respecto *vid.* los principios contables contenidos en el Plan General de Contabilidad como el principio de prudencia, principio de empresa en funcionamiento, principio del registro, principio del precio de adquisición, principio del devengo, principio de correlación de ingresos y gastos, principio de no compensación, principio de uniformidad, principio de importancia relativa. En los casos de conflicto entre principios contables obligatorios deberá prevalecer el que mejor conduzca a que las cuentas anuales expresen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa. Y sin perjuicio de lo indicado en el párrafo precedente, el principio de prudencia tendrá carácter preferencial sobre los demás principios [...]

⁶¹³ *Vid.* anexo I al final de este trabajo.

entenderse en sentido amplio, y no limitado únicamente a las existencias⁶¹⁴. No obstante, incluso cuando estos criterios se acercan bastante a ese carácter homogéneo que pretende alcanzar la contabilidad como lenguaje formal en el que se plasma la realidad económico patrimonial de la empresa, cuenta con no pocos problemas en la práctica contable. De ahí, que en materia de determinación del «coste de producción» el ICAC haya elaborado la Resolución de 9 de mayo de 2000, por la que se establecen los criterios para la determinación del mismo⁶¹⁵. Precisamente por ello la resolución establece que:

«[...] ante las numerosas cuestiones planteadas ante este Instituto en relación con el coste de producción, tanto por empresas como por otras entidades, se hace necesario establecer una norma que aclare y recoja los criterios que, con carácter general, deben ser tenidos en cuenta para llevar a cabo esta valoración.»⁶¹⁶

La Resolución, aún cuando plantea criterios más restrictivos que los expuestos hasta el momento en el presente trabajo a tenor de la literalidad del artículo 17.2. de la LCD, parece permitir una solución adecuada y homogénea a los problemas interpretativos que se han producido en nuestra jurisprudencia en relación con la delimitación de dichos conceptos. Precisamente porque permite establecer con bastante claridad los criterios de imputación que han de seguirse para determinar el concepto de coste de producción. Y es aquí donde la Resolución cobra especial importancia porque podría ser utilizada por analogía a los efectos de determinar el concepto de «precio de adquisición», en la medida en que parece haber identidad de objeto, sujeto y causa.

D) Concepto de «coste de producción»

La Resolución establece los criterios aplicables para la imputación de costes directos e indirectos, así como los supuestos de producción conjunta, gastos de comercialización, administración o dirección de empresa, gastos financieros, diferencias de cambio, valoración de existencias y correcciones de valor. Una norma que será seguida en lo relacionado con la determinación del concepto de «coste de producción de un producto», y que define como:

«[...] el formado por el precio de adquisición —determinado de acuerdo con lo señalado en las normas de valoración del Plan General de Contabilidad—

⁶¹⁴ A este respecto *vid.* la Resolución del AECA de 1991, apartados a) y b), en relación con la norma de valoración número 13 del PGC.

⁶¹⁵ Una facultad que tiene atribuida por la disposición final quinta del PGC y por la disposición final primera del Real Decreto 776/1998, de 30 de abril, por el que se aprueban las normas de adaptación del PGC a las entidades sin fines lucrativos y las normas de información presupuestaria de estas entidades —BOE, de 13 de junio de 2000, núm. 141, p. 20846—.

⁶¹⁶ En relación con esta resolución resulta de interés a los efectos de determinar su aplicación *vid.* TEJADA PONCE, A., y PÉREZ MOROTE, R., *Análisis práctico de la resolución del instituto de contabilidad y auditoría de cuentas, por la que se establecen los criterios para la determinación del coste de producción*, Documentos de Trabajo, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de Albacete. Universidad de Castilla-La Mancha, Albacete, 2001.

de las materias primas y otras materias consumibles necesarias para su producción, así como los costes directamente imputables al producto, y la parte que razonablemente corresponda de los costes indirectamente imputables al producto de que se trate, en la medida en que tales costes correspondan al período de fabricación, elaboración o construcción.»⁶¹⁷

Debiendo diferenciar entre costes directos e indirectos. Los primeros son los que se derivan de recursos cuyo consumo se puede medir y asignar de forma inequívoca a un determinado producto. Y los segundos, son los que se derivan de la recursos que se consumen en la fabricación, elaboración o construcción de un producto, afectando a un conjunto de actividades o procesos, por lo que no resulta viable una medición directa de la cantidad consumida por cada unidad de producto. Por ello, para su imputación al producto, es necesario emplear unos criterios de distribución o reparto previamente definidos. Por consiguiente, la distribución o reparto de estos costes entre los diferentes productos responderá a unos criterios de imputación razonables, para lo se tendrá en cuenta, al menos, lo siguiente: 1.º Identificación específica de los costes indirectos que deben ser asignados al ámbito de fabricación de la empresa, incluidos, en su caso, lo de control de calidad, los específicos de administración y otros vinculados a la producción, salvo los costes de subactividad⁶¹⁸. 2.º Los criterios de distribución habrán de establecerse sistemáticamente y regirse por el principio de uniformidad a lo largo del tiempo en tanto no se alteren los supuestos que motivaron la elección del criterio y hasta que los dichos productos estén terminados. Esto es, cuando se hallen en condiciones de ser destinados al consumo final o a su utilización por otras empresas. Y 3.º, la Memoria de las cuentas anuales deberá incluir información acerca de los criterios de imputación de costes empleados y, en caso de que por razones excepcionales y justificadas se llegaran a modificar dichos criterios deberán hacerse constar estas razones, indicando la incidencia cuantitativa que producen dichas modificaciones en las existencias y en el resultado del ejercicio.

En el caso de tratarse de una «producción conjunta» en el que se fabrica simultáneamente más de un producto, los criterios de asignación de los costes imputados a cada producto concreto se basará en criterios o indicadores lo más objetivos posibles con la orientación, con carácter general, de que los costes imputados a cada producto sean lo más paralelos o proporcionales al valor neto de mercado o de realización del citado producto. Y que también deberá ser reflejado en las Memoria de las cuentas anuales, indicando los criterios utilizados en la asignación de los referidos costes.

⁶¹⁷ Una resolución que por su relevancia e importancia se expondrá en el Anexo II de este trabajo.

⁶¹⁸ La Resolución califica como costes de subactividad aquéllos que son consecuencia de la no utilización total o parcial de algún elemento en su capacidad productiva normal; dichos costes se considerarán gasto del ejercicio y su medición se determinará a partir de los costes que no varían a corto plazo y con el nivel de producción, teniendo presente la proporción resultante entre la actividad real y la capacidad normal de producción. Entendiendo por tal la capacidad normal a la que puede llegar un equipo productivo en condiciones adecuadas en términos económicos racionales.

Si durante el proceso de fabricación obtienen subproductos, residuos, desechos, desperdicios o materiales recuperados, su valoración se realizará de acuerdo con los criterios anteriores⁶¹⁹. Y si el valor de los residuos es de importancia secundaria, se podrán valorar por el valor neto de realización o precio de reposición, según corresponda. Lo que deducirá el coste del producto o productos principales. Las «mermas» que se produzcan en el proceso productivo y hasta que el producto esté terminado formarán parte del coste de producción. Y cuando tengan lugar en productos terminados tendrán la consideración de pérdida del ejercicio y se recogerán contablemente a través del registro de las existencias finales. Pero no formarán parte del coste de producción los gastos de comercialización y los posteriores a la venta⁶²⁰. Tampoco los gastos generales de administración o dirección de empresa⁶²¹.

Sí formarán parte del coste de producción los gastos financieros al considerarlos como mayor valor de las existencias⁶²². Tanto de las que se encuentran en curso cuyo proceso de fabricación sea de ciclo largo. Entendiendo por tales, aquéllas que tienen un plazo superior al año, sin computar las interrupciones y siempre que dichos gastos financieros se hayan devengado antes

⁶¹⁹ A los efectos de aplicación de esta norma, se entiende por «subproductos», los de carácter secundario o accesorio de la fabricación principal. Por «residuos, desechos o desperdicios», los obtenidos inevitablemente y al mismo tiempo que los productos o subproductos, siempre que tengan valor intrínseco y puedan ser reutilizados o vendidos. Y por «materiales recuperados» los que por tener valor intrínseco, entran nuevamente en almacén después de haber sido utilizados en el proceso productivo, y una vez que han sido reacondicionados para su uso.

⁶²⁰ Se entiende por «coste de comercialización» aquellos en los que incurre una empresa para llevar a cabo la venta y entrega de los productos. Las comisiones de ventas se imputará al ejercicio en que se devenguen los ingresos producidos por dichas ventas, por lo que serán, en su caso, objeto de periodificación. Y por «gastos posteriores a la venta» aquellos que tienen lugar por devoluciones de ventas, garantías de reparación, revisiones y otros conceptos análogos, así como las dotaciones a las provisiones para otras operaciones de tráfico que correspondan de acuerdo con el Plan General de Contabilidad.

⁶²¹ Se califica como tales aquéllos gastos en que incurre una empresa para llevar a cabo la gestión, organización o control, no estando relacionados con el ciclo de producción.

⁶²² Se entiende por gastos financieros aquellos que derivan de la utilización de los recursos financieros ajenos a la empresa para el desarrollo de su actividad como los intereses y comisiones devengados como consecuencia de la utilización de fuentes ajenas de financiación. Siempre que se cumplan con los siguientes requisitos: a) Se entiende por «fuentes de financiación específicas» aquellas que inequívocamente han sido empleadas para la financiación de las existencias del inmovilizado en curso, no reputándose como tal la simple nominación de la deuda, es decir, que en todo caso, debe existir una identificación entre el activo financiado y la deuda correspondiente; en particular, para las existencias de ciclo largo de fabricación se considerarán, en su caso, como fuentes de financiación específicas las deudas comerciales correspondientes a los distintos elementos integrantes de su coste de producción. La parte correspondiente al importe de los gastos financieros devengados por las fuentes de financiación específicas, se imputará como mayor valor del activo en producción o construcción a que se ha hecho referencia. b) El importe total de los fondos propios de la empresa se asignará como financiación a cada uno de los elementos, existencias o inmovilizado, en fabricación o construcción, en proporción a su valor contable disminuido en el importe de la financiación específica a que se ha hecho referencia. Al importe de los elementos en fabricación o construcción financiado con fondos propios que resulte de la operación anterior no se le asignará ningún gasto financiero. Y c) Al valor contable de las existencias en fabricación y del inmovilizado en curso que resulte una vez descontada la parte financiada con fuentes específicas y fondos propios, de acuerdo con lo indicado en las letras a) y b) anteriores, se le asignará proporcionalmente, como parte de la financiación, el resto de fondos ajenos no comerciales, excluida, en todo caso, la financiación específica de otros elementos del activo. Al importe de las existencias en fabricación y del inmovilizado en curso que resulte de la aplicación del párrafo anterior, se le asignará la parte correspondiente del importe de los gastos financieros que se devenguen, correspondiente a las deudas que de acuerdo con lo anterior financian estos elementos.

de que las existencias estén en condiciones de ser destinadas al consumo final o a su utilización por otras empresas⁶²³. Con el límite de que en ningún caso se podrán capitalizar gastos financieros que hagan que el valor de los citados activos sea superior a su valor de mercado o de reposición, según corresponda a la naturaleza del bien.

Por su parte, las «diferencias de cambio en moneda distinta al euro», no deben considerarse como rectificaciones del coste de producción del inmovilizado o de las existencias. No obstante, cuando las diferencias de cambio en las deudas destinadas a la financiación específica del inmovilizado en curso y superiores al año, podrá optarse entre incorporar la pérdida o ganancia potencial como mayor o menor coste de los activos correspondientes⁶²⁴.

En cuanto a la valoración de las existencias se aceptan diferentes métodos cuando se trate de existencias cuyo precio de adquisición o coste de producción no sea identificable de forma individualizada⁶²⁵. Y se adoptará con carácter general, el método del precio medio ponderado o coste medio ponderado y en ningún caso se admite la media simple para determinar dichos parámetros. Entre estos métodos se encuentra el sistema FIFO —primera entrada-primera salida—, el LIFO —última entrada-primera salida—, u otro análogo si la empresa los considera más aceptables para su gestión⁶²⁶. Siempre que mediante ellos, la valoración obtenida permita conseguir el objetivo de imagen fiel del patrimonio, de la situación

⁶²³ También se permite incorporar los gastos financieros como mayor valor del inmovilizado en curso, sin tener en cuenta las interrupciones, y siempre que tales gastos se hayan devengado antes de la puesta en condiciones de funcionamiento del inmovilizado.

⁶²⁴ Siempre que se cumplan los siguientes requisitos: Que la deuda generadora de las diferencias se haya utilizado inequívocamente para la construcción de un inmovilizado o la fabricación de existencias, concretos e identificados. 1. a) Que el período de construcción del inmovilizado o de fabricación de las existencias sea superior a doce meses. 2) Que la variación en el tipo de cambio se produzca antes de que el inmovilizado esté en condiciones de funcionamiento o que las existencias se encuentren en condiciones de ser destinadas al consumo final o a su utilización por otras empresas. 3) Que el importe resultante de la incorporación al coste no supere, en ningún caso, el valor de mercado o de reposición del inmovilizado o de las existencias. 2. Los importes capitalizados de acuerdo con esta opción tendrán la consideración de un elemento más del coste de producción del inmovilizado o de las existencias y, por tanto, estarán sujetos, en su caso, a amortización y provisión. 3. Los apartados anteriores se aplicarán para la formulación de las cuentas anuales consolidadas, teniendo en cuenta la situación del grupo de sociedades como sujeto contable.

⁶²⁵ De acuerdo con el principio de uniformidad contenido en la primera parte del Plan General de Contabilidad, una vez adoptado un método de valoración de existencias deberá mantenerse uniformemente en el tiempo y aplicarse para el conjunto de existencias de la empresa que presenten similares características o naturaleza. No obstante, con carácter excepcional, se podrá cambiar el método de valoración de las existencias siempre que se haya producido una modificación de las circunstancias que exija el cambio de criterio para conseguir un mejor reflejo de la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa, que deben suministrar las cuentas anuales. En este sentido, en los cambios de criterios contables en la valoración de existencias habrá que tener en cuenta la norma de valoración vigésima primera de la quinta parte del Plan General de Contabilidad; el efecto acumulado del citado cambio se calculará, como mínimo, a partir de la información que se deriva de los libros, documentación y justificantes que el empresario debe conservar obligatoriamente de acuerdo con lo previsto en el Código de Comercio.

⁶²⁶ Si se emplea el método LIFO —última entrada-primera salida— u otro análogo, en la Memoria de las cuentas anuales se informará sobre la diferencia de valoración de las existencias que existe con respecto a la valoración que se deduciría de haber aplicado el método del precio medio ponderado o coste medio ponderado.

financiera y de los resultados de la empresa⁶²⁷. Y en el caso de que se produzcan devoluciones de compras el valor de éstas se imputará como menor valor de las existencias objeto de devolución. Pero si no fuera viable identificar las existencias devueltas, se imputará como menor valor de las existencias que correspondan de acuerdo con el método de ordenación de entradas y salidas de existencias utilizado por la empresa⁶²⁸. En cualquier caso, la valoración de las existencias procedentes de devoluciones de ventas se incorporan por el precio de adquisición o coste de producción que les correspondió de acuerdo con el método de ordenación de entradas y salidas de existencias utilizado, salvo que su valor de mercado fuera menor en cuyo caso se registrarán por dicho importe. Lo que también deberá indicarse en el Memoria de las cuentas anuales. Los *rappels* se imputarán directamente como menor valor de las existencias que los causaron⁶²⁹. Si una parte de esas existencias no se pudiera identificar, los *rappels* y otros descuentos y similares se imputarán como menor valor de las existencias identificadas en proporción al descuento que les sea imputable el resto de los *rappels* por compras y otros descuentos y similares. Y no afectarán al valor de las existencias, en todo caso se registrarán como un ingreso del ejercicio en que se devenguen de acuerdo con su naturaleza⁶³⁰.

Finalmente, se procederá a realizar correcciones de valor de las existencias cuando el valor de mercado que le corresponda sea inferior a su precio de adquisición o coste de producción. Si la depreciación es reversible se dota la correspondiente provisión⁶³¹. Y si no fuera reversible, se tendrá en cuenta tal circunstancia al valorar las existencias dándose de baja su valor. No obstante, los bienes que hubieren sido objeto de un contrato de venta en firme cuyo cumplimiento deba tener lugar posteriormente no serán objeto de la corrección valorativa indicada en el párrafo precedente, a condición de que el precio de venta estipulado en dicho contrato cubra, como mínimo, el precio de adquisición o el

⁶²⁷ Con carácter general, la aplicación de los métodos indicados se realizará, durante el ejercicio económico, en cada momento en que tengan lugar las correspondientes entradas y salidas de existencias. No obstante, se admitirá la aplicación de dichos métodos cada cierto período de tiempo, siempre que resulte necesario para la gestión propia de la empresa y de tal forma que el final del último período considerado coincida con la fecha de cierre del ejercicio. En cualquier caso, se deberán aplicar de forma sistemática y uniforme al conjunto de existencias de la empresa, justificándose, en la Memoria de las cuentas anuales, los períodos utilizados.

⁶²⁸ En cualquier caso, la Memoria de las cuentas anuales deberá reflejar la influencia de las devoluciones de ventas en la valoración de las existencias.

⁶²⁹ Se entiende por tal los descuentos y similares que se basen en haber alcanzado un determinado volumen de pedidos, así como otros descuentos originados entre otras causas, por incumplimiento de las condiciones del pedido que sean posteriores a la recepción de la factura.

⁶³⁰ En la Memoria de las cuentas anuales se indicará la influencia de los «rappels» por compras y de otros descuentos y similares originados por incumplimiento de las condiciones del pedido que sean posteriores a la recepción de la factura, en la valoración de existencias.

⁶³¹ Se entiende por valor de mercado: a) Para las materias primas, su precio de reposición. Cuando no se vaya a continuar con la producción del producto del que forman parte las materias primas o éstas no se vayan a utilizar en el proceso productivo de tales productos, el valor de mercado de dichas materias primas será el valor neto de realización si fuese menor que el precio de reposición. b) Para las mercaderías y los productos terminados, su valor de realización, deducidos los gastos de comercialización que correspondan. c) Para los productos en curso, el valor de realización de los productos terminados correspondientes, deducidos la totalidad de costes de fabricación pendientes de incurrir y los gastos de comercialización.

coste de producción de tales bienes, más todos los costes pendientes de realizar que sean necesarios para la ejecución del contrato⁶³².

E) Los problemas del umbral de legalidad del artículo 17.2. de la LCD en torno al coste marginal

La doctrina y la jurisprudencia nacional, comunitaria y comparada, con especial relevancia la de Estados Unidos establece que el umbral de legalidad de una venta a pérdida se encuentra en el coste marginal. Y en su defecto ante las dificultades técnicas que pudiera implicar su determinación acude al cálculo del coste variable medio. De modo que el reproche de deslealtad parece acertado, salvo cuando el coste marginal reúne ciertas particularidades expuestas anteriormente.

La realidad del tráfico mercantil es dinámica, pero sin embargo, cuando el juicio de deslealtad gira en torno al coste marginal, lo que se realiza es un juicio de valor sobre una situación estática. En realidad, se puede correr el riesgo de realizar el juicio de legalidad en torno al umbral del coste marginal partiendo de una imagen fotográfica y no cinematográfica. Con lo que se podría estar penalizando a empresas más eficientes y competitivas.

1. A título de ejemplo, el problema aparece en aquellos procesos productivos en los que el coste marginal se reduce con el incremento del volumen de ventas, gracias a la aplicación de economías de escala, alcance y experiencia. En estos casos, el coste marginal es variable y estará en función del periodo de análisis que se tome como referencia. De este modo el importe del coste marginal al principio del proceso será diferente que ese mismo importe al final del periodo que la empresa ha estimado para el desarrollo de su actividad, y que no tiene porque coincidir, ni con el ejercicio contable, ni con el año natural. Este comportamiento supondría un aumento de la eficiencia que redundaría en beneficio de los consumidores y usuarios, pero que de aplicar la normativa *antitrust*, la disciplina de la competencia desleal o la normativa ordenadora del comercio interior estaría prohibido por constituir un ilícito concurrencial. Precisamente porque las primeras ventas se realizaran por debajo del coste marginal al encontrarse en la primera fase de producción, aún cuando la empresa lo hace para incentivar la demanda y llegar a la segunda fase de su estrategia en la que su coste marginal resulta muy inferior al incrementar la producción y reducir el precio unitario. Por tanto, inicialmente gana menos por unidad, pero al reducir el precio

⁶³² A estos efectos, se entiende por: «Precio de reposición de las materias primas» el importe necesario para adquirir o producir las materias primas que sustituirán a las que se están utilizando. Por «valor neto de realización» de las materias primas el importe que se puede obtener por la enajenación de las materias primas en el mercado, deduciendo los costes estimados de venta necesarios para llevarla a cabo —gastos de comercialización—. Y finalmente, por valor de realización el importe que se puede obtener por la enajenación de las existencias, teniendo en cuenta las características y el estado de avance productivo en que se encuentre dicho bien [...].»

aumenta la cantidad vendida, al tiempo que también aumenta su margen al reducirse su coste marginal por el volumen producido. Y por consiguiente, tomando una imagen cinematográfica, como algo dinámico y no estático o fotográfico, el comportamiento de la empresa ha de ser calificado necesariamente como leal, eficiente, competitivo y generadora de beneficios para ella y para los consumidores y usuarios.

2. Lo mismo ocurre en procesos productivos en los que una misma línea de producción produce varios productos y los costes se reparten entre todos. Puede que una línea no sea realmente beneficiosa porque ha disminuido la demanda. Incluso que con ella se pierda, pero que contribuye a repartir los costes de los tres productos que se producen y que sí resultan beneficiosos. De aplicar el concepto de coste marginal como un concepto estático, entendiendo por tal el considerar cada producto como elementos independientes, evidentemente el producto de la línea deficitaria no podría venderse porque se estaría vendiendo a pérdida y aunque no tuviera intención de causar un daño a terceros, dicho comportamiento caería con facilidad en cualquiera de los apartados del artículo 17.2. de la LCD. Pero además, de prohibir la venta del producto deficitario, los productos que sí producen beneficios con la misma línea de producción, no podrían tener dichos beneficios si contaran con la imputación de costes correspondiente al producto deficitario. Luego, la calificación de las ventas como leal o desleal en atención al coste marginal como frontera determinante del umbral de legalidad variará en función del momento en el que se proceda a realizar la fotografía. De este modo y en aplicación de la normativa *antitrust* o de la disciplina de la competencia desleal se estaría perjudicando a la empresa más eficiente. Ya que no podría vender a pérdida el producto deficitario y que contribuye a repartir los costes. La prohibición de este comportamiento debería quedar excluido de la prohibición del artículo 17.2. de la LCD, precisamente porque no sólo resulta económicamente racional sino eficiente y competitiva.

Se trata, como se puede observar, de dos ejemplos en los que la determinación del coste marginal ha de realizarse con sumo cuidado. La variabilidad, mutación o cambiabilidad del coste marginal implicará variaciones y comportamientos diferentes del conjunto de los costes haciendo viable o no la operación. Lo que cuestiona, sin género de dudas los planteamientos estáticos en la aplicación del régimen jurídico de la prohibición de la venta a pérdida.

CAPÍTULO VI

LAS VENTAS A PÉRDIDA PARA INDUCIR A ERROR SOBRE EL NIVEL DE PRECIOS DEL MISMO ESTABLECIMIENTO

1. Introducción

Los recursos económicos de los operadores en el mercado son limitados y susceptibles de usos alternativos. Un consumidor medianamente informado en cualquier operación de compra o venta tratará de dar satisfacción a cuestiones como precio, calidad, cantidad, garantías, prestaciones, obligaciones complementarias o franja horaria más económica o rentable entre otras variables. Hasta el punto de que incluso tras realizar dicha operación de análisis la mayoría de los consumidores y usuarios e incluso muchos de los proveedores en el comercio minorista las conclusiones son meramente orientativas. De modo que no llegan a conocer con claridad la evolución del nivel de los precios de los productos o servicios que consumen y venden habitualmente ya sea por el coste de oportunidad, el coste de acceso a la información o la existencia de elementos no homogéneos para comparar. La aparición de nuevos productos, envases, cambios en la presentación de formas, volúmenes, colores, nuevas marcas, precios, preferencias de los mismos consumidores y usuarios, condiciones de aprovisionamiento y los procesos inflacionistas dificultan la realización del juicio de valor⁶³³.

En cualquier caso, es evidente que toda operación de aprovisionamiento en el mercado lleva un tiempo de estudio y evaluación. El periodo de análisis de un consumidor medio normalmente informado dependerá de las características del producto o servicio que trate de adquirir y de las necesidades que éste vaya a cubrir, pudiendo dividirse su estudio en dos grandes bloques.

⁶³³ Desde una concepción teórica la fijación de los precios debería tener en cuenta la existencia de clientes bien informados, pero sin embargo, como acertadamente ha indicado CRUZ ROCHE, I., «La venta a pérdida en las relaciones ..., ob. cit., p. 1, «[...] En la práctica, los clientes poseen una información muy escasa sobre los precios, e incluso, se puede afirmar que ni siquiera los responsables de determinar los precios por parte del comercio minorista conocen con detalle cuáles son los niveles actuales y anteriores de los precios de sus competidores».

En primer lugar, la adquisición de productos o servicios de mayor valor en relación a la capacidad adquisitiva de un consumidor medio normalmente informado de la clase en cuestión. Y se emplea el término «clase» para relativizar el concepto de consumidor o usuario medio normalmente informado, cuya correcta delimitación dependerá de la clase a la que pertenezca. Así pues, las compras de productos o servicios de lujo o pocos frecuentes le exige al adquirente un mayor coste de búsqueda. Un coste que está dispuesto a soportar en la medida en que ello redunde en su propio beneficio y su coste por error puede resultar alto. De ahí que actúe de un modo más reticente o precavido a la hora de realizar determinadas compras como por ejemplo, cuando adquiere un vehículo, una casa, un ordenador, un teléfono móvil, un paquete turístico o un paquete de acciones de empresas tecnológicas, entre otros productos o servicios.

En segundo lugar, la adquisición de productos o servicios de menor valor o de consumo habitual adquiridos por un consumidor o usuario normalmente informado en atención a su clase. En dichas acciones se manifiesta la misma actitud reticente y precavida. Una especie de mecanismo o barrera de protección ante la posibilidad real de realizar una mala compra que no satisfaga sus necesidades o sus expectativas. Pero a diferencia de los primeros aquí se produce un menor recelo o control, precisamente porque su cose de error también es menor.

En ambos casos, el mecanismo psicológico de decisión y elección opera de un modo eficiente hasta que el consumidor o usuario se confía, y a partir de esos momentos baja el nivel de control, manifestándose posteriormente sólo ante determinadas alarmas. Múltiples pueden ser los ejemplos de estas alarmas como el cambio del precio al alza o a la baja, una noticia de que tal o cual producto podría tener efectos nocivos para la salud, que la zona turística a la que pretendía ir está en alerta de temporal, que las acciones de las tecnológicas están bajando, que los precios de otro proveedor son más bajos o que los productos que consume se realizan con mano de obra infantil, entre otros factores valorados. Estas señales son las que nuevamente ponen en estado de alerta al consumidor y a los usuarios, de modo que nuevamente analizan la situación y toman su decisión en función del nivel de riesgo, preferencias, necesidades y capacidad entre otros elementos. De ahí que los oferentes de productos o servicios traten de poner «[...] dos límites de precios en su mente: un límite superior, a partir del cual el producto se considera demasiado caro, y un límite inferior, por debajo del cual el producto se considera “sospechoso” [...]»⁶³⁴

Consciente el oferente de esta situación y con la finalidad de desorientar los mecanismos sobre los precios que tienen los consumidores, crean ofertas que operan como señuelo o gancho en productos de uso más frecuente como aceite,

⁶³⁴ Vid. CRUZ ROCHE, I., «La venta pérdida en las relaciones ..., ob. cit., p. 2. En cualquier caso, para que el consumidor pique en el señuelo, empleando la misma terminología que el autor, la oferta ha de encontrarse en un tramo inferior al 15 por ciento en atención a la imagen de precio sobre el producto o servicio que el consumidor tiene habitualmente del mismo.

leche, huevos, yogures, quesos, pizzas precocinadas, galletas de una determinada marca o atún entre otros⁶³⁵. La oferta en cuestión hace que el mecanismo de control baje y la única referencia de que dispone el comprador es la relación comparativa de ese bien o servicio con su experiencia⁶³⁶. A partir de este momento, incluso un consumidor medio, atraído por el gancho al establecimiento seguirá comprando el resto de productos que necesita en la creencia de que el nivel general de precios es simplemente aceptable. Incluso el consumidor puede llegar a ser consciente de que esos concretos productos o servicios tienen un precio anormalmente bajo, pero decide continuar su aprovisionamiento. Precisamente porque relativiza los bajos precios de determinados productos o servicios con el precio final del conjunto de la compra, los precios de la competencia y su coste de oportunidad en desplazamiento, tiempo, aparcamiento o colas entre otras las variables a tener en cuenta. Y sólo los consumidores con tiempo suficiente pero con una capacidad adquisitiva menor como pudieran ser parados, jubilados o adolescentes entre otros, estarán en condiciones de ir en busca de la mejores ofertas de cada establecimiento, ya que su coste de oportunidad es menor⁶³⁷.

Finalmente, salvo estos casos, el consumidor medio, consciente o no del engaño, ha terminado comprando en el establecimiento que ha realizado una venta a pérdida señuelo. La deslealtad reside precisamente en la realización de precios de reclamo a través de ventas a pérdida con la finalidad inducir o incitar a los consumidores o usuarios a comprar o contratar otros productos o servicios del mismo establecimiento⁶³⁸. Se trata de unas «estrategias que genera islotes de

⁶³⁵ Como complemento a esta estrategia, las grandes superficies colocan la entrada principal al supermercado al final del conjunto del establecimiento comercial y de las tiendas en él instaladas. Además, la entrada al supermercado se hace en el sector de productos no perecederos, normalmente de tecnología de consumo, lo que afecta a los parámetros relativos que los consumidores y usuarios tienen sobre un bien de primera necesidad como los citados. Ello obliga a que cuando el consumidor llega al final del supermercado para abastecerse de los productos básicos, entre los precios de la entrada y los precios de las ofertas en las cabeceras de góndola ya no tenga muy claro cuál es el mejor precio, quedando dicho análisis referenciado a unos pocos productos o servicios, los de mayor uso.

⁶³⁶ Una situación puesta de manifiesto en los estudios de NYSTRON, H., «Retail pricing: an integrated economic and psychological approach», *Stockholm Sch. of Econ.*, 1970, y MCGOLDRICK, P. J., *Retail marketing*, McGraw Hill, Londres, 1990 para quienes la falta de información del consumidor lo lleva a generalizar el nivel de precios de un establecimiento en atención a unos pocos productos de referencia. Una conclusión que extrae tras cotejar los precios de un establecimiento con su experiencia o con los precios de otros establecimientos. Ambas citas tomadas de CRUZ ROCHE, I., «La venta pérdida en las relaciones ...», ob. cit., p. 2. En cualquier caso, para profundizar sobre el conocimiento de los precios por los consumidores vid. ALLEN, J. W., HARRELL, G. D., y HUTT, M. D., *Price awareness study*, The Food Marketing Institute, Washington, 1976; DICKSON, P. R., y SAWYER, A. G., «The price knowledge and search of supermarket shoppers», *Jourl. of Mark.*, v. 54, julio, 1990, pp. 42-53; GABOR, A., y GRANCER, C. W. J., «On the price consciousness of consumer», *Ap. Statistics*, núm. 10, noviembre, 1961, pp. 170-188.

⁶³⁷ En estos supuestos también cabría incluir a los que se dedican profesionalmente a ir todas las mañanas a las grandes superficies, tomar precios de las ofertas y comunicárselo a sus clientes que son comerciantes minoristas, de modo que éstos adquieren su aprovisionamiento a un precio menor incluyendo la comisión de quien le comunica la información. Vid. CRUZ ROCHE, I., «Promociones en precios y ventas a pérdida», *ICE*, núm. 739, marzo, 1995, p. 113, estos sujetos «realizan una función de arbitraje» y «son conocidos como «buitres» en el argot comercial».

⁶³⁸ Esta es la definición de precios de reclamo que se recoge en OCDE, *Glosario de economía industrial y Derecho de la competencia*, Madrid-Barcelona-México, 1995, p. 74. La expresión productos gancho en su vertiente publicitaria es la de oferta señuelo. En el Derecho alemán reciben el nombre de *Lockvogelangebot*, en el Derecho francés *prix d'appel*, y en el Derecho inglés y norteamericano *loss-leader* o *bait & switch*.

pérdida en un océano de beneficios»⁶³⁹. Un planteamiento que fue objeto de amplia difusión, sobre todo porque encajaba perfectamente en la época en la que se enunció a finales de la década de los sesenta, un periodo de bonanza económica que había dejado atrás la economía de guerras. Una etapa de desarrollo con altas cuotas de empleo y escasa inflación.

Sin embargo, en la actualidad las circunstancias han cambiado en relación con el momento en el que se aprobó el artículo 17.2. a) de la LCD. El consumidor actual, exige un valor añadido no sólo en la relación calidad-precio sino además en la posibilidad de elegir entre varios productos o servicios de la misma gama. Cualquiera que sea el consumo que haga, continuo o cíclico, obligatorio o no, o de productos de primera necesidad o de lujo, el consumidor exige un plus. Los precios tienen un mero valor indicativo. Y el proceso de conformación de los mismos es un tanto anárquico, de modo que el mejor precio será aquél que mejor satisfaga las expectativas de los consumidores y usuarios tras el correspondiente análisis del binomio calidad-precio —que necesariamente será complementado por las referencias que el consumidor infiera del propio mercado—⁶⁴⁰. La incorporación de esta nueva exigencia no parece ser un elemento que marque claras diferencias entre unos productos o servicios y otros. Precisamente, porque lo que en un primer momento podía aparecer como un elemento diferencial, como la disponibilidad de aparcamiento, servicio posventa, probadores, aseos, cafeterías, crédito o facturación automatizada entre otros factores, en la actualidad se ha convertido en el estándar mínimo que debe cumplir cualquier actividad de negocio que pretenda concurrir en el mercado⁶⁴¹. De ahí, que la relación calidad-

Términos que vienen a reflejar la misma idea de acto de atracción o engaño hacia, en este supuesto, el establecimiento de quien concurre en el mercado realizando la oferta con la finalidad de reorientar posteriormente la demanda hacia productos o servicios del mismo establecimiento.

⁶³⁹ Una expresión de BERNARDO TRUJILLO manifestada en los seminarios para grandes superficies en régimen de autoservicio de la SCR de Dayton, Ohio. Y que es citado por OTERO LASTRES, J. M., «La venta con pérdida tras la entrada en vigor de la Ley de ...», ob. cit., p. 2.

⁶⁴⁰ En este sentido ya en el año 1988 con motivo del análisis de la Ley francesa sobre concurrencia desleal. Vid. MARTÍN ACHARD, E., *La loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986*, Payot, Lausanne, 1988, p. 20. Una opinión con la que coincide PALAU RAMÍREZ, F., *Descuentos promocionales. Un análisis desde el Derecho ...*, ob. cit., p. 252 quien cita el trabajo de LEHMANN, M., *Grur*, 1979, p. 376. En este mismo sentido vid. MANSANI, L., *Ribassi di prezzo, offerte promozionali e concorrenza sleale*, ... ob. cit., p. 182, nota 43 donde cita diferentes estudios que vienen a confirmar este planteamiento y que son JACOBY, OLSON, HADDOCK, «Price, brand name and product competition characteristics as determinate of perceived quality», *Jour. of Appl. Psychol.*, 1971, p. 750 y ss.; GARDNER, «Is there a generalized price-quality relationship?», *Jourl. of Mark. Research*, 1971, pp.241 y ss.; DILLER, «Der preis als qualitätsindikator», *Die Betriebswirtschaft*, 1977, pp. 219 y ss. Como acertadamente ha indicado MOUTON, D., y CRU, T., *Merchandising estratégico*, Fundemi Books, 2.ª ed., Barcelona, 1993, p. 37., en relación con la política de precios en el merchandising en donde se ha superado el enfoque tradicional de fijación de precios sólo por los distribuidores y no por el fabricante o los mayoristas. Para este autor «[...] la definición de precios de los artículos de una familia [de productos o servicios] no se realiza sólo en función de una competencia o de objetivos de gestión, sino también y sobre todo en función de precios de mercado, es decir, de precios que el consumidor espera pagar por tal o cual artículo o conjunto de ellos [...]»

⁶⁴¹ Sobre el cambio de las preferencias de los consumidores, que ya no operan exclusivamente bajo el binomio calidad-precios, vid. MOUTON, D., *Merchandising estratégico*, 2.ª ed., Fundemi-Books, Barcelona, 1993, pp. 13-24. Como acertadamente ha indicado el autor «[...] En cuanto a los precios, las exigencias parecen evolucionar. La extraordinaria guerra de precios mantenida por los distribuidores desde los comienzos de los años 80 tiene hoy consecuencias significativas [...] el fenómeno precio es ya totalmente banal para el consumidor, es decir, actualmente se visita un comercio porque ofrece bajos precios y «algo más». Esto demuestra que el precio es una condición necesaria, pero que hoy no basta para seducir al cliente

precio y la posibilidad de generar ofertas señuelo a través de comportamientos instrumentalizados en ventas a pérdida sobre hoy protagonismo⁶⁴². En la medida en que el precio es un elemento indicativo importante, aunque no el único, el Legislador ha tratado de proteger la correcta conformación de los precios, libre de prácticas desleales que lo puedan falsear, con el claro objetivo de defender a los consumidores y usuarios y al propio mercado⁶⁴³.

En cualquier caso, la delimitación conceptual de la expresión utilizada de «inducción a error sobre el nivel de precios del establecimiento» plantea dificultades desde el punto de vista práctico. Debiendo determinar el *concepto de inducción a error* con relación a los consumidores y usuarios a los que va dirigido; *las características de los productos o servicios elegidos* para realizar la venta a pérdida; *el número de ventas a pérdida que se han de realizar* para que efectivamente se produzca la inducción a error; *la diferencia comparativa entre los márgenes de beneficio del resto de productos o servicios del mismo establecimiento*; *la duración de la oferta señuelo* al objeto de diferenciar entre una conducta promocional o una venta a pérdida desleal; *disponibilidad para cubrir el incremento de la demanda*; así como los *efectos que la conducta puede producir en las múltiples relaciones de mercado*.

Una tarea que se abordará a continuación utilizando como hilo conductor los efectos que producen estos comportamientos, y que es donde reside el fundamento de su permisión o prohibición en atención a criterios de política económica. El estudio continuará con la delimitación del concepto de consumidor y usuario con expresa referencia a los productos o servicios en los que se instrumenta. Asimismo, se analizará la exigencia o no de un resultado lesivo derivado de la venta a pérdida para que se proceda a la represión cuando se muestre objetivamente idónea para producir el resultado lesivo. Finalmente, bajo el título «Otros elementos a tener en cuenta —sigue—» se procede a la valoración de

[...]» El consumidor exige algo más que puede concretarse en cuatro servicios esenciales como acogida, comodidad, informaciones y asesoramiento, y que se compone de «[...] cajas abiertas, siempre en número suficiente; servicios posventa; probadores; cajas especializadas para pequeño volumen de compras; amplios aparcamientos y de fácil acceso; carritos siempre disponibles y próximos a la entrada; aseos; personal para informar y aconsejar; [...] Estas prestaciones forman parte del contenido mínimo de cualquier actividad de negocio moderna e influyen en cuanto atribuyen a su comprador y usuario una imagen determinada. Y evidentemente, a condiciones similares de las prestaciones de los que concurren el precio vuelve a tomar importancia.

⁶⁴² Las ofertas señuelo son definidas por PALAU RAMÍREZ, F., *Descuentos promocionales. Un análisis desde el Derecho ...*, ob. cit., p. 233, como «[...] aquel instrumento de *marketing* utilizado por los empresarios, o mejor distribuidores al por menor, para atraer clientes a su establecimiento, junto al producto o servicio promocionado, de una ventaja adicional de gran valor. Esta actuación se realiza con la finalidad bien de que el consumidor no adquiera únicamente la oferta promocionada, sino también los otros productos o servicios ofrecidos en su establecimiento, bien de que el consumidor adquiera determinadas prestaciones sustitutas en lugar de las promocionadas. Constituye, aunque en algunas ocasiones se pretende la venta de un determinado producto en lugar del promocionado, una técnica de promoción de la totalidad de los productos o servicios ofrecidos en un establecimiento [...]»

⁶⁴³ Vid. SOTO, A., «Supuestos de competencia desleal por venta a pérdida y discriminación», en *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, (Coord. BERCOVITZ, A.), BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, p. 85, al indicar que «[...] No se trata de una norma cuyo único objetivo es la protección del consumidor, sino también la defensa del mercado. Su propósito es que el precio opere como mecanismo de selección en beneficio del consumidor y del propio mercado.»

elementos como diferencia comparativa entre los márgenes de beneficio de la venta a pérdida y el del resto de productos o servicios del mismo establecimiento, así como la capacidad para cubrir la demanda, con especial referencia a las ofertas vacías de contenido⁶⁴⁴.

2. Consecuencias derivadas de estas prácticas

Posibilidad o riesgo de producir inducción a error a los consumidores y usuarios. Los oferentes que realizan estos comportamiento actúan bajo el erróneo principio de que puede ser más rentable la inducción al error para promover las prestaciones propias o las de un tercero que operar diligentemente en el mercado con base en los propios méritos, racionalidad y en eficiencia⁶⁴⁵.

Las consecuencias derivadas de la realización de este tipo de comportamiento —ventas a pérdida para inducir a error a los consumidores o usuarios acerca del nivel de precios del conjunto de establecimiento— debe ser analizada desde una doble perspectiva. Concretamente en atención la condición de agresor y agredido. Debiendo tener presente sus efectos sobre (2.1.) los fabricantes y distribuidores, (2.2.) sobre los sujetos que se encuentran en el mismo plano de igualdad que el agresor, (2.3.) por sus efectos sobre los consumidores y usuarios, y finalmente (2.4.) para el propio mercado.

⁶⁴⁴ Vid. PALAU RAMÍREZ, F., *Descuentos promocionales. Un análisis desde el Derecho* ..., ob. cit., p. 245., al mantener que «La inducción a error del consumidor sobre el nivel de precio de un establecimiento a partir del precio de una determinada prestación tendrá, pues, en la realidad del tráfico comercial un carácter excepcional [...]» Sin embargo, es evidente que la realidad del comercio en muchos casos supera hasta los supuestos de laboratorio más previsores. Aún cuando la formación e información del consumidor medio individualmente considerado en relación con la clase a la que pertenecen ha aumentado. Lo cierto es que la sutileza de múltiples formas de venta, distribución comercial y marketing de los oferentes que concurren en el mercado hace que afirmaciones como las de PALAU RAMÍREZ deban ser tomadas con la debida cautela. La inducción a error a los consumidores y usuarios medio sobre el nivel de precios efectivamente tiene lugar cuando se vende a pérdida, y otra cosa es que el coste para probarlo sea elevado. Cada vez tienen mayor madurez y resultará más difícil que la inducción al error se produzca. Pero también la sutilidad de los medios empleados por las empresas para que la oferta señuelo despliegue todos sus efectos. Ni siquiera el Legislador parece fiarse de la pretendida madurez de los consumidores y usuarios en la reciente regulación por la venta con pérdida en la LOCM. Para evitar la posible inducción a error a través de la venta con pérdida simplemente procede a determinar el precio de coste según factura. Al no poder vender con pérdida no podrá producir inducción a error. Pero ello no excluye que tanto la venta con pérdida como la venta con precio muy próximo al precio según factura en la práctica pueda inducir a error a los consumidores y usuarios. Lo que deberá ser objeto de represión si se ha instrumentado en una venta a pérdida.

⁶⁴⁵ Al respecto resulta interesante, aunque en relación con el estudio de los actos de engaño, pero perfectamente extrapolable a este primer supuesto del artículo 17.2. a) de la LCD lo planteado por VERGEZ, M., «Competencia desleal por actos de engaño, obsequios, primas y otros supuestos análogos», en *La regulación contra la competencia desleal en la ley de 10 de enero de 1991*, (Coord. BERCOVITZ, A.), BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, p. 54, al manifestar la importancia que «[...] su regulación tiene [de los actos de engaño] en la lucha por el mercado, una importancia que es evidente ya que da la impresión de que es más fácil, y económicamente más rentable, aunque sea menos correcto, introducir los productos en el mercado a través de determinadas técnicas de sugestión del público, que no afrontando directamente aquellos aspectos que deberían ser los decisivos para orientar sus preferencias; mejorar la calidad y abaratar los precios [...]»

2.1. Para los fabricantes y distribuidores

Fuera de los supuestos lógicos de venta a pérdida —saldos, liquidaciones, realineamiento con la competencia cuando el precio de adquisición o de reposición sea menor o en productos perecederos—, ésta modalidad de venta debe ser analizada desde una doble perspectiva, desde la de los fabricantes y desde la de los distribuidores. Sobre todo, partiendo del hecho de que la prohibición de este tipo de ventas parece tener su origen en la protección de los propios fabricantes. Ya que de este modo consiguen evitar que se realicen ventas a pérdida con finalidad de señuelo de sus productos, formas, presentaciones o cantidades. Lo que les beneficia porque no necesitan generar canales de distribución independientes. Así, la imagen de marca asignada al producto o servicio en cuestión tiende a mantenerse y tan sólo se le suma el correspondiente margen de quien realiza la reventa. Y el vendedor —salvo los supuestos autorizados— nunca podría vender a un precio inferior al precio al que lo ha adquirido del fabricante. Y al que habrá de sumarle la parte correspondiente de costes fijos y variables, entre los que necesariamente ha de incluirse el coste de capital.

No obstante, con independencia de la finalidad originaria de la realidad económica en la que se sustenta la prohibición de la venta a pérdida con la finalidad de generar una oferta señuelo, lo cierto es que ante la relevancia de los grandes distribuidores, los fabricantes han tenido que ir cambiando su política comercial. Por tanto, los efectos de una venta a pérdida desleal para los fabricantes y para los productores debe ser analizada desde una doble perspectiva, desde la del agresor y desde la del agredido/s —o como plantea la LCD, «agente y paciente»—.

En el primer supuesto, la venta a pérdida realizada por el agresor —agente— puede perseguir cualquiera de los supuestos que trata de prohibir la norma como generar barreras de entrada o salida y disciplinar o expulsar a competidores reales o potenciales. En definitiva, una intención monopolista y anticompetitiva no justificada bajo los parámetros de eficiencia. El agresor incrementa la competencia a consta de sus propios recursos con la esperanza de mantenerse en el mercado, incrementar su cuota y posteriormente recuperar las pérdidas a través de rentas monopolísticas. Cualquiera que sea la finalidad que impulsa al fabricante o productor deberá tenerse siempre presente cuando se analicen sus costes una perspectiva dinámica. Precisamente porque con estas empresas, los análisis de costes estáticos impiden contemplar los efectos beneficiosos que sobre la competencia pueden tener estrategias de incremento de la producción para optimizar sus instalaciones y reducir el coste marginal.

En el segundo supuesto, para lo o los agredidos —pacientes— habrá que diferenciar entre los que proveen al minorista y los que se encuentran en el mismo plano de competencia como competidores directos. Ya que éstos últimos se encuentran en el mismo ámbito concurrencial de producto o servicio, y por ende, el segmento de consumidores y usuarios que sufren el engaño es el mismo.

Así pues, en relación con la situación del fabricante o el productor como afectados la situación a la que asisten es de deslealtad hacia la imagen de marca de los productos o servicios vendidos al comerciante que realiza ventas a pérdida con ellos. Una imagen que ha sido el fruto de una política comercial en el tiempo y de numerosas inversiones no recuperables. La posibilidad de adquirir un producto o servicio de marca a un precio anormalmente reducido lleva aparejado un deterioro de la imagen de marca. Esta situación no compensa a los fabricantes o distribuidores cuando el minorista es una gran superficie, por otros dos motivos, por un lado, porque disponen de un estrecho margen en su venta que además, en la mayoría de los casos lo están financiando al acordar el aplazamiento del pago, y por otro, porque deberán responder frente al resto de sus clientes del especial precio al que está vendiendo la gran superficie. Hasta el punto de que el resto de sus clientes podrían cambiar sus hábitos de compra y dirigirse para aprovisionarse a la gran superficie, con lo que su posición como fabricante o productor sería aún más delicada al concentrarse su venta en la gran superficie.

Para los distribuidores las consecuencias de la realización de ventas a pérdida es bien distinta, debiendo diferenciar entre grandes y pequeños distribuidores. Para los primeros, sobre todo a través de las grandes superficies, la realización de esta estrategia tiene un escaso coste, bien porque tratan de compartirlas con el fabricante o proveedor, o bien, porque acumulan los descuentos de varios productos, ya de por sí grandes en función del volumen de compra y refinanciación, en los productos gancho. En estos supuestos, las ventas a pérdida operan como instrumentos de depredación atrayendo a consumidores y usuarios hacia sus establecimientos. Y las pérdidas que sufren son compensadas con el resto de productos o servicios que adquiere el consumidor o usuario en el mismo establecimiento, al tiempo que quitan cuota de mercado a los competidores.

Para el minorista de menor tamaño, la situación es bien distinta, por su estructura y capacidad no puede aspirar a una estructura de costes altamente optimizada, ni a los grandes descuentos por volumen de compras, ni a una gran financiación por el proveedor, fabricante o distribuidor. En estos supuestos, el minorista tenderá a especializarse y sólo ocasionalmente, fuera de los supuestos permitidos realizará alguna venta con pérdida como señuelo. Evidentemente, el alcance de estas conductas sólo podrá afectar a aquellos minoristas que operen en el mismo plano de igualdad y mercado que el actor, y al segmento de consumidores y usuarios a los que surte.

2.2. Para otros competidores en el mismo plano

Para los concurrentes en el mismo plano de igualdad la realización de ventas a pérdida por otros competidores producirá un desvío de su clientela. Y cuando se realice de un modo continuado afectará incluso a los hábitos de los consumidores y usuarios. Lo que supondrá para la competencia una reducción de su nivel de

ventas e ingresos. Esta reducción de ingresos llevará aparejada un incremento relativo de costes fijos y por ende un aumento de su coste marginal, perdiendo con el transcurso del tiempo eficiencia y competitividad.

2.3. Para los consumidores y usuarios

A) A propósito del concepto de consumidor

Conviene en estos momentos realizar algunas consideraciones previas sobre el concepto de consumidor y usuario al que hace referencia la LCD⁶⁴⁶. Un concepto «[...] capital para la competencia desleal porque es el punto de referencia sobre si determinadas conductas concurrenciales son susceptibles de conseguir su objetivo.»⁶⁴⁷ Al igual que en la normativa *antitrust* y en la disciplina de la competencia desleal el concepto de mercado es un concepto amplio, también lo es el concepto de consumidor y usuario. Y no sólo a tenor de lo contenido en el artículo 1.2. de la LGDCU. El citado precepto establece que:

«A los efectos de la presente Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.»

Evidentemente, la expresión «como destinatarios finales», está excluyendo a todos aquellos concurrentes en el mercado, cualquiera que sea su actividad que incorporan lo que adquieren a su proceso productivo. Al contratar estos sujetos, aunque no sean destinatarios finales, lo hacen para revender el mismo producto o servicio o uno más elaborado, de modo que podrían quedar fuera del concepto de consumidores y usuarios contenido en el citado precepto. Y sin embargo sí quedarían comprendidos en el concepto de consumidor y usuario que baraja la normativa *antitrust* y la disciplina de la competencia desleal. Por tanto, la limitación del concepto contenido en la LGDCU impide que la definición pueda ser extrapolada.

⁶⁴⁶ La fragmentación del mercado interior europeo y el previsible aumento en el futuro exige una mayor protección de los consumidores y usuarios. Precisamente para que les alcance beneficios derivados de la mayor integración y a su vez fragmentación del mercado interior europeo. De ahí que el concepto que de los mismos se tenga en el marco del mercado español haya de ser interpretado y complementado con los resultados del trabajo de la Comisión. *Vid. Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea*, Bruselas, de 2 de octubre de 2001, COM (2001), 531, final. Un concepto que se tratará de desarrollar a continuación en la medida en que es sobre el que recaen los efectos negativos en los apartados a), b) y c) del artículo 17.2. de la LCD. Elemento importante en la política de la competencia comunitario y español, pero no el único, a diferencia del ordenamiento norteamericano. En la UE junto a la protección de los consumidores y usuarios se tienen en cuenta otras variables como el mercado interior, la pequeña y mediana industria o el empleo entre otros factores. En relación con ésta última idea *vid.* EVANS D. S., «Defensa de la competencia en la UE y EE.UU.», *Expansión*, Lunes 6 de mayo de 2002, <http://www.expansiondirecto.com/edicion/noticia/0,2458,98140,00.html>, que aunque en materia de concentraciones da una visión bastante aproximada del tratamiento del concepto de consumidor y usuario por los dos ordenamientos.

⁶⁴⁷ *Vid.* OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHANCOURT, J. J., *Comentarios a la Ley de ...*, ob. cit., p. 177.

Por ejemplo, cuando un pequeño empresario explota un bar-restaurant y realiza sus aprovisionamientos en una gran superficie. Compra para revender, y evidentemente es un consumidor pero no un destinatario final de los productos comprados. Ya que éstos son insumos en su proceso productivo. Por tanto, en materia de libre y leal competencia, el concepto de consumidor o de usuario necesariamente debe ser más amplio. Comprensivo de cualquier sujeto que compre aunque no sea destinatario final, extendiéndolo por tanto a todos los empresarios mercantiles y civiles, artesanos o agricultores, profesionales liberales titulados o no titulados que ejerzan libremente, así como las empresas públicas que concurren en el mercado y consuman bienes y servicios⁶⁴⁸. Por tanto, se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la meritada normativa cualquier sujeto que realice actos en el mercado con fines concurrenciales⁶⁴⁹. Salvo que se entienda que cualquier compra pudiera calificar indistintamente al comprador como consumidor o usuario, con independencia de cual sea la finalidad perseguida. Y sólo a la luz de esta interpretación, cabría interpretar favorablemente la definición contenida en el artículo 2.1. de la LGDCU para aplicarla a la normativa sobre libre y leal competencia.

Cada vez con mayor fuerza los consumidores y usuarios están siendo objeto de una mayor protección en atención a su evidente consideración como parte débil en el mercado. Y la normativa de libre competencia y competencia desleal no es una excepción. Pero la protección que del mismo se hace debe entenderse en relación con un parámetro de conocimiento en atención al segmento concreto de consumidores y usuarios.

B) El riesgo de confusión y el concepto de consumidor normalmente informado

La expresión utilizada por el Legislador de «inducción al error» hay que entenderla en sentido amplio, como riesgo de confusión. Comprensivo de un riesgo específico de confusión primero y de asociación después del nivel de precios de los productos o servicios vendidos a pérdida con los precios del resto de productos o servicios del mismo establecimiento. En cualquier caso, no debe confundirse la inducción a error del artículo 17. 2. a) de la LCD con los actos de competencia desleal de confusión específica del artículo 6.1. de la LCD, ni con los supuestos de riesgo de asociación del artículo 6.2. de la LCD. La diferencia estriba en la especialidad exigida en el artículo 17.2. de la LCD. Esto es, que la inducción se instrumente en una estrategia de venta a pérdida.

⁶⁴⁸ Vid. CREMADES SANZ-PASTOR, J. A., «La venta a pérdida en Derecho Francés ...», ob. cit., pp. 48-49, al indicar que el Legislador en el artículo 5 de la Ley francesa de 1 de julio de 1996 establece que «Las ventas a profesionales para las necesidades de su actividad no están incluidas», en el concepto de consumidor o usuario.

⁶⁴⁹ Vid. VICENT CHULIAT, F., «Otra opinión sobre la Ley ...», ob. cit., pp. 9994-9995; MASSAGUER FUENTES, *Comentarios a la Ley de ...*, ob. cit., pp. 515-518.

Cuando el Legislador prohíbe la venta a pérdida que sea susceptible de inducir a error a los consumidores o usuarios, lo que está haciendo es protegerlos al sancionar la potencialidad de la conducta para generar riesgo de confusión. Trata de protegerlos como clase o grupo, pero no como sujetos individualmente considerados, aunque la protección del grupo sí les beneficie individualmente⁶⁵⁰. Con ello, trata de evitar el riesgo de confusión primero y el riesgo de asociación después con el nivel de precios del resto de los productos o servicios del mismo establecimiento. En otras palabras, la venta a pérdida es el detonante de la confusión y la errónea asociación del consumidor la consecuencia de la inducción.

Para determinar la existencia o no de la objetiva idoneidad del comportamiento desleal de venta a pérdida para inducir a engaño a los consumidores y usuarios habrá que hacer un juicio de valor. Y se tendrá en cuenta por un lado el estándar de consumidor y de usuario al que va dirigida la conducta y el riesgo objetivo de confusión del comportamiento para inducir a error. Lo importante para proceder a su represión no es el resultado sino que la conducta resulte objetivamente idónea para producirlo. La oferta señuelo irá dirigida a una determinada clase de consumidores y usuarios. Y es con respecto a esa relación con respecto a la clase con la que se podrá determinar la idoneidad de la conducta para inducir a error. Por tanto, el concepto de «clase» viene a dar respuesta a elementos como grupo social al que pertenecen, poder adquisitivo, nivel educativo, capacidad de compra, preferencias, modas o nivel de satisfacción entre otros. De este modo, la objetiva idoneidad de la conducta para inducir a error dependerá de que sea capaz de inducir precisamente a una determinada clase de consumidores y usuarios. De esta clase cabrá extraer un estándar de consumidor o usuario medio cuyo nivel de información y educación le permitirá descubrir, la existencia del engaño a través de ventas a pérdida⁶⁵¹.

⁶⁵⁰ Vid. SAP de Cantabria, de 12 de mayo de 1993, en cuyo FD. 3.º establece en relación con los supuestos de venta a pérdida desleales del artículo 17.2. de la LCD la referencia a los consumidores —sin duda extensible también a los usuarios—, que: «Una primera consecuencia que debe extraerse del texto legal, es la relativa a que dichos tipos de venta se reputan siempre desleales por el Legislador y por ello el interés colectivo de los consumidores, cuya protección según su exposición de motivos, enumerada se ve afectado cuando las ventas a pérdida son subsumibles en los tres apartados que contempla el artículo 17.2 mencionado; tal consideración excluye todo comentario acerca de la abstracta bondad o malicia de la venta a pérdida en el interés del consumidor, por exceder del campo jurídico que nos ocupa y por cuanto el interés protegido sólo es individualizable en cada uno de los consumidores por referencia al colectivo del grupo social al que pertenece; el que un consumidor sufra error por un determinado tipo de venta, no supone sin más la calificación de la misma como desleal.»

⁶⁵¹ En sentido contrario vid. OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, J. J., *Comentarios a la Ley de ...*, ob. cit., pp. 178-179, que en el marco del estudio del artículo 6 de la LCD, aunque extrapolable al estudio del artículo 17.2.a) LCD al mantener que: «[...] no existe el «consumidor medio» por más que se aluda frecuentemente a él. Habrá que examinar primeramente cuál es el universo concernido por la conducta concurrencial que se enjuicia y es respecto a ese universo que deberá efectuarse la valoración [...] Relacionado con lo anterior, hay que analizar también el grado de atención que suele prestarse para la elección entre una oferta y otra, o para la adquisición de un producto determinado [...]» No obstante, la exigencia para delimitar el concepto de consumidor del concepto de «universo conocido» y el «grado de atención» vienen a coincidir con los instrumentos utilizados por la doctrina y la jurisprudencia a los efectos de delimitar el concepto consumidor o usuario medio normalmente informado. Vid. también PALAU RAMÍREZ, F., «El consumidor medio y los osndeos de opinión en las prohibiciones de engaño en derecho español y europeo. A raíz de la Sentencia del TJCE de 16 de julio de 1998 ...», ob. cit., pp. 367-395

Asimismo, resulta relevante la identificación del producto o servicio en el que se instrumenta la estrategia. No es lo mismo que la venta a pérdida recaiga sobre algún componente para vehículos deportivos que sobre productos de primera necesidad como aceite o azúcar⁶⁵². Probablemente, el consumidor de vehículos deportivos de lujo no conozca correctamente los precios medios de productos de primera necesidad en los establecimientos de su círculo y disponer de elementos para poder determinar si el precio al que vende un determinado establecimiento es un precio anormalmente bajo. Y lo mismo ocurre para un consumidor o usuario de clase media o baja que difícilmente reconocerá la existencia de un precio anormalmente en algún componente para vehículos deportivos de lujo. Debiendo quedar excluidos a los efectos de la calificación de consumidor o usuario aquellos que no resulten representativos.

Finalmente, en relación con el grado de ejecución de la estrategia

«[...] no es necesario que la confusión efectivamente se haya producido. Lo que importa es el riesgo o amenaza de que se produzca [...] Que algún caso de confusión efectiva se haya producido no debe llevar a concluir necesariamente que el riesgo de confusión exista [...] En el caso de artículos de gran consumo es preciso considerar al círculo de consumidores o usuarios en sentido estricto, esto es, el formado por los adquirentes finales que lo destinarán a su uso o consumo particular, doméstico o familiar. La cualificación de los clientes potenciales o incluso las características del producto o del servicio reducen, por lo general, el riesgo de confusión. El criterio decisivo para la apreciación del riesgo de confusión ha de ser la reacción del tipo de medio del círculo de destinatarios dejando, pues, de lado los casos extremos de adquirentes especialmente competentes y sagaces como los especialmente incompetentes o distraídos. Debe pues excluirse el riesgo de confusión cuando sólo una parte desdeñable de los destinatarios podría ser confundido o llevado a error.»⁶⁵³

Lo relevante en el análisis de los actos de competencia desleal

«[...] no es el error o el engaño contractual que pueda producirse, sino el grado de atracción que puede ejercerse en el público una manifestación engañosa; aunque, como acertadamente viene señalándose en la doctrina y

⁶⁵² En este mismo sentido *vid.* PALAU RAMÍREZ, F., *Descuentos promocionales. Una aproximación análisis desde el Derecho ...*, ob. cit., p. 255, quien en relación con las ofertas promocionales manifiesta que la reducción de precios o descuentos selectivos de la acción promocional «[...] recae sobre productos de marca relativamente costosos y de elevado valor unitario dado que, además de su gran atractivo para los consumidores, éstos suelen retener el precio de estos artículos percatándose fácilmente de la existencia de una oferta promocional.» Un argumento que justifica en los estudios de SCHEIDER, K. H., *Die Preistellung unter Einstandspreis im Einzelhandel*, Berlín, Dunker & Humblot, 1982, pp. 44 y ss, y BATZER, GREIPL y SINGER, *Handhabung und Wirkung der unverbindlichen Preisempfehlung*, Berlín, 1976, citada por MANSANI, L., *Ribassi di prezzo, offerte promozionale e concorrenza sleale*, ... ob. cit., p. 172, nota 35 quien cita los datos de una encuesta realizada en 1976 sobre 13.000 comercios minoristas que muestra los productos más utilizados en las ofertas señuelo son los de marca de fotografía, óptica, mecánica de precisión, aparatos eléctricos, etc. Sin embargo, acaba concluyendo que esta es una técnica que también se aplica a los alimentos.

⁶⁵³ *Vid.* CUESTA DE LA, J. M., «Supuestos de competencia desleal por confusión, imitación y aprovechamiento de la reputación ajena», en *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, (Coord. BERCOVITZ, A.), BOE-Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pp. 39-40.

en la jurisprudencia de otros países, esa atracción no sea luego la razón decisiva que motiva la adquisición del producto, y aunque resulte también que esa adquisición sea ventajosa por circunstancias diferentes de aquellas sobre las que recae la falsa indicación [...]»⁶⁵⁴

Una segunda e interesante cuestión es la relativa a la *valoración del engaño* desde el punto de vista de las características del sujeto paciente. Para ello, habrá que tener en cuenta las circunstancias propias del acto de competencia, pero también el tipo de producto que se trata de promocionar y las personas a las que va destinado —si son especialistas o no, nivel educativo, capacidad de compra, necesidades o expectativas entre otros elementos—; y sobre todo la determinación del tipo medio de consumidor al que hay que proteger y que vendrá determinado en relación a la clase a la que pertenece.

La experiencia de ordenamientos como el Alemán o el Estado Unidense a la hora de delimitar el concepto de consumidores y usuarios ha

«[...] desarrollado una mayor sensibilidad ética y jurídica sobre estos temas, y donde se ha impuesto la idea de que lo realmente importante es no sacrificar la buena fe del público tomando como tipo medio a un consumidor suficientemente informado y crítico [...]»⁶⁵⁵

Tal vez este debería ser la orientación de la normativa mercantil en general y de la normativa española sobre libre y leal competencia en particular. Esto es, que se tome como elemento de referencia el concepto de consumidor medio normalmente informado en relación a la clase de consumidores a los que va dirigida la inducción a error.

C) La definición del concepto

Aunque el precepto analizado sólo haga referencia al término «consumidores», este debe ser entendido en sentido amplio, comprensivo de los consumidores de bienes, pero también de los usuarios de servicios, o si se prefiere, de los compradores en sentido amplio, ya sea de bienes como de servicios. Un concepto que debe ser objeto de unas breves notas.

Así pues, resulta de gran interés la STJCE, de 16 de julio de 1998, en «Gut Springenheide GmbH. c. la resolución del Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt – Amt für Lebensmittelüberwachung»⁶⁵⁶—. Una sentencia que tiene su origen en tres cuestiones prejudiciales elevadas por el *Bundesverwaltungsgericht* alemán en relación con la interpretación del artículo 10.2. Reglamento CEE número 1097/90,

⁶⁵⁴ Vid. VERGEZ, M., «Competencia desleal por actos de engaño, obsequios, primas y otros supuestos análogos», en *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, (Coord. BERCOVITZ, A.), BOE-Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pp. 55-56.

⁶⁵⁵ Vid. VERGEZ, M., «Competencia desleal por actos de engaño, obsequios, primas ...», ob. cit., p. 56.

⁶⁵⁶ Vid. STJCE, de 16 de julio de 1998, «Gut Springenheide», asunto C-210/96.

de 26 de junio de 1990, relativa a la posibilidad de que la exigencia de una mención en el etiquetado para fomentar la venta de huevos indujera a error a los consumidores⁶⁵⁷.

La controversia se suscita en relación con la posibilidad de inducción a error a los consumidores en relación con una nota estampada en los embalajes de los huevos comercializados por la empresa «Gut Springenheide». La mención en cuestión era «6-Korn - 10 frische Eier» —10 huevos frescos - 6 cereales—. Para la empresa que los comercializa la citada literatura, a la que unía una nota explicativa, iba dirigida a poner de manifiesto que las gallinas estaban alimentadas con una mezcla de 6 cereales y de este modo ensalzar las cualidades de los citados huevos. Mientras, que por su parte la Oficina de Inspección Alimentaria mantenía que la mención en cuestión puede inducir a error a los consumidores, sobre el hecho de que si están solamente alimentadas con la citada mezcla, o bien comen otras cosas. Y con base en este argumento, la autoridad alimentaria requiere a la empresa el 24 de julio de 1989 para que suprima la citada mención. Posteriormente en vía judicial se desestima la demanda alegando la infracción del artículo 17.1. del Código Alimentario Alemán que prohíbe las menciones engañosas. En apelación se mantiene que

«La mención —10 huevos fresco 6 cereales—, que es al mismo tiempo marca comercial, y la nota de la compañía pueden inducir a error a una parte importante de compradores en la medida en que sugieren, sin ser cierto, que la alimentación de las gallinas únicamente contiene los seis cereales indicados y que los huevos ofrecen cualidades especiales.»

Finalmente, en la apelación el *Bundesverwaltungsgericht* duda sobre la interpretación del artículo 10.2. e) del Reglamento número 1907/90, que posibilita «[...] estampar en los embalajes indicaciones concebidas para fomentar las ventas, siempre que no induzcan a error al comprador», lo que puede interpretarse de dos maneras⁶⁵⁸. Por un lado, que «[...] la apreciación sobre el carácter engañoso de las menciones de que se trata debe hacerse con relación a la expectativa real de los consumidores, en cuyo caso habría que determinar eventualmente tal expectativa mediante un dictamen pericial [...]». Lo que a su vez plantea dos nuevos interrogantes, «a) ¿Es decisiva la opinión del consumidor medio perspicaz o la del consumidor poco consciente?», y «b) ¿Puede delimitarse el porcentaje de consumidores válido para inferir que una expectativa del consumidor sirva de referencia?», lo que necesariamente llevaría a utilizar los sondeos de opinión. Y por otro lado, se afirma que «[...] la citada disposición se basa en un concepto objetivo de comprador que requiere interpretación puramente jurídica, independiente de la expectativa concreta de los consumidores.», luego en este caso, cabría preguntarse cómo podrá determinarse el concepto.

Ante esta situación, el TJCE establece que:

⁶⁵⁷ Vid. DOCE, L-173, p. 5.

⁶⁵⁸ Vid. STJCE, de 16 de julio de 1998, «Gut Springenheide», asunto C-210/96, punto 14.

«[...] para determinar si una mención concebida para fomentar las ventas de huevos puede inducir a error al comprador, [...] el Juez nacional debe tomar como referencia la expectativa que con respecto a dicha mención se presume en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. Sin embargo, el Derecho comunitario no se opone a que, si el Juez nacional tropieza con dificultades especiales para evaluar el carácter engañoso de la mención de que se trate, pueda ordenar, en las condiciones previstas por su Derecho nacional, un sondeo de opinión o un dictamen pericial para instruir su decisión.»⁶⁵⁹

Por consiguiente, el concepto de inducción a error a los consumidores o usuarios acerca del nivel general de precios del conjunto del establecimiento necesariamente debe interpretarse a la luz del concepto de *consumidor o usuario medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz*⁶⁶⁰. Lo que a efectos metodológicos se ha calificado en el presente trabajo como consumidores o usuarios de «clase». En un intento de segmentar y especificar con claridad los consumidores o usuarios a los que la inducción a error a través de comportamientos desleales instrumentalizados en ventas a pérdida van dirigidos y producen efectos. Debiendo tener presente en materia de etiquetado el RD 212/1992, de 6 de marzo por el que se aprueba la Norma General de Etiquetado, Presentación y Publicidad de los Productos Alimenticios⁶⁶¹.

D) La importancia del producto o servicio elegido para la estrategia

Como ha venido indicando, la delimitación del concepto de consumidor o de usuario medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz hay que ponerlo necesariamente en relación con el producto o servicio en cuestión. Pero además, debe también ser analizado desde la perspectiva del agresor y determinar la causa que lo ha llevado a instrumentalizar la venta a pérdida en un concreto producto o servicio. Estas pueden ser de lo más variadas, pero básicamente responderán a dos elementos, el primero, la idoneidad objetiva del producto o servicio para que instrumentado en una venta a pérdida efectivamente pueda inducir a error al consumidor o a los usuarios, y segundo, como consecuencia del primero, que el producto o servicio en cuestión forme parte de la estrategia del agresor.

⁶⁵⁹ La novedad reside en la incorporación de los sondeos de opinión y de los informes periciales como piezas de convicción en relación con la determinación del concepto de «consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz». Una posibilidad que no se había contemplado en otras sentencias de 7 marzo de 1990, «GB-INNO- BM», C-362/88, *Rec.*, p.I-667; de 13 diciembre de 1990, «Pall», C-238/89, *Rec.*, p.I-4827; de 18 de mayo de 1993, «Yves Rocher», C-126/91, *Rec.*, p.I-2361; de 2 de febrero de 1994, «Verband Sozialer Wettbewerb», C-315/92, *Rec.*, p.I-317; de 29 de junio de 1995, «Languth», C-456/93, *Rec.*, p.I-1737, y de 6 de julio de 1995, «Mars», C-470/93, *Rec.*, p.I-1923, entre otras.

⁶⁶⁰ La SAP de Cantabria, de 12 de mayo de 1993, FD. 3.º establece en relación con el concepto de consumidor que «[...] ha de ser entendido en sentido ponderado y por referencia a criterios de racionalidad media que es la presumida en «el consumidor», sin que tal inducción pueda deducirse sólo del mismo precepto bajo coste, pues de lo contrario es evidente que la Ley hubiese calificado siempre la venta a pérdida como acto desleal, [...]»

⁶⁶¹ RD modificado por el RD 930/1995, de 9 de junio, y por el RD 1908/1995, de 24 de noviembre y por el RD 1268/1997, de 24 de julio.

La utilización del término «idoneidad objetiva de la conducta», ya utilizado en otras partes del presente estudio resulta especialmente adecuada porque excluye todas aquellas decisiones y juicios que el agresor haya realizado o pueda realizar a la hora de optar por un producto o servicio. De este modo, aunque el comportamiento revele un alto grado de intención, sólo podrá ser objeto de represión por esta vía cuando el producto o servicio elegido por el agresor y se revele objetivamente apto para inducir a error.

E) La tutela penal de los consumidores y usuarios

Cuando los actos de inducción a error o engaño revelen una especial gravedad para los consumidores y sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos, el artículo 282 del CP establece que:

«Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis meses a dieciocho meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos.»⁶⁶²

F) Efectos de la venta a pérdida sobre los consumidores y usuarios

Para estos, salvo contadas excepciones, el reclamo vía venta a pérdida, se produzca o no el engaño, implicará un incremento del gasto individual en el conjunto de su compra. En la primera fase de la estrategia los consumidores y usuarios se benefician del precio anormalmente bajo del señuelo, y además adquieren otros productos o servicios. Y en la segunda fase de la estrategia, que en este supuesto es simultánea, si la oferta surte efecto y estimula al consumidor o usuario a comprar en el establecimiento, el agresor tratará de recuperar las pérdidas en las que hubiere incurrido con el margen del resto de productos o servicios que oferta.

No obstante, aún cuando se está haciendo referencia a productos o servicios de consumo masivo las preferencias del consumidor pueden verse fuertemente condicionadas por el precio. En productos como aceite, azúcar, sal, atún, jabón para ropa o café, entre otros, o en servicios como el transporte público, la telefonía móvil o la conexión a Internet, entre otros, los consumidores y usuarios medios compran más influidos por el precio que por el valor de la utilidad que van a satisfacer. Porque prácticamente es la misma sin que, salvo excepciones, un mayor precio este justificado cuando la utilidad es similar. Por tanto, el consumidor o el usuario medio ante determinados productos o servicios con unas

⁶⁶² Vid. artículos 8, 73 a 77 del CP; 18 y ss. de la LOCM; 2.1.d), 8 y 13 de la LGDCU; 3 a 9 de la LGP; y 6 y 7 de la LCD.

características prácticamente homogéneas tenderán a comprar por precio⁶⁶³. Por lo que efectivamente, estos comportamientos cobran especial vigencia, sobre todo si consiguen inducir a los consumidores y usuarios a que realicen el resto de la compra en dicho establecimiento.

2.4. Para el mercado

La realización de estos comportamientos desleales lleva aparejada una triple consecuencia. En primer lugar, porque falsea el juego de la libre concurrencia en el mercado al no fundamentarse en los méritos propios. Una conducta contraria a la política *antitrust*⁶⁶⁴. En segundo lugar, el comportamiento es contrario a la exigencia de la buena fe. Y finalmente, la deslealtad de la conducta atenta contra los intereses de los consumidores y usuarios que no sólo pueden verse manipulados directamente induciéndolos a error, sino que indirectamente, el que la venta a pérdida pueda expulsar, disciplinar o retrasar la entrada al mercado de otros competidores redundará en una disminución de la competencia, disminución de la variedad en la oferta y en un incremento de los precios.

3. Bien jurídico protegido

La prohibición de la venta a pérdida se utiliza como instrumento para limitar las ofertas señuelo y en ella se engarzan múltiples objetivos como:

«[...] las normas relativas a la información del consumidor sobre los precios, a la venta a pérdida y a los descuentos en general, aquellas que exigen la existencia de una cantidad suficiente de productos para satisfacer la demanda del consumidor considerando la importancia de la oferta promocional, y las cláusulas generales prohibitivas de los actos de engaño y de la competencia desleal.»⁶⁶⁵

⁶⁶³ Vid. la operación de concentración económica HEINEKEN-CRUZCAMPO —expt. C 44/99— que tenía por objeto adquisición del 88,21% de CRUZCAMPO, S.A. por parte del Grupo HEINEKEN BEHEER B.V., los solicitantes de la concentración a través de ponente FERNÁNDEZ DE ARAÓZ y GÓMEZ ACEBO incorporó estudios en los que se mostraba como los hábitos de los consumidores de cervezas es diferente cuando compra en la gran superficie a cuando la toma en un bar, restaurante, cafetería, etc., —*horeca*—. Se demostró que el consumidor de cerveza compra por precio en la gran superficie, en forma de marcas blancas y cuando sale de casa y pide una cerveza en un bar no le importa pagar tres o cuatro veces más, precisamente porque el bar o el restaurante está incorporando un plus, un valor añadido en forma de ambiente.

⁶⁶⁴ Aunque es una idea expresamente indicada en la exposición de motivos de la LDC y LCD, resulta especialmente interesante la opinión y redacción de este principio *vid.* BERCOVITZ, A., «Significado de la Ley y requisitos de ..., ob. cit., p. 16 al indicar que «[...] la protección contra la competencia desleal no sólo responde al interés de los empresarios afectados, sino que existe un interés público en que el sistema competitivo funcione. Y también existe otro interés importante involucrado, como es el de la protección de los consumidores. Este es, pues, el sentido que tiene la nueva Ley de Competencia Desleal, de 10 de enero de 1991, cuyo artículo primero establece que «la presente ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal.»

⁶⁶⁵ Vid. PALAU RAMÍREZ, F., *Descuentos promocionales. Un análisis desde el Derecho ...*, ob. cit., p. 235.

Tres parecen ser los bienes jurídicos protegidos en el presente precepto. Directamente los consumidores y usuarios, que al perseguir comportamientos instrumentados en venta a pérdida que los induzcan a error acerca del nivel general de precios del resto de productos o servicios del mismo establecimiento. En definitiva se trata de garantizar la existencia de un sistema en el que la información sea cierta, de modo que las decisiones sobre el consumo de los consumidores y usuarios a la hora de contratar sea libre. En la medida en que un consumidor o usuario compre engañado se le está produciendo un perjuicio, pero no sólo a él, sino también a otros concurrentes que no venden, incluso aunque pudieran ser más eficientes⁶⁶⁶. Pueden darse supuestos en los que competidores más eficientes se vean abocados a salir del mercado. De ahí que de un modo indirecto la protección directa de los consumidores y usuarios supone una protección indirecta del interés de los propios concurrentes en un doble sentido. Por un lado, porque esta norma opera con un efecto disuasorio frente a las prácticas desleales. Y por otro lado, porque la protección de los intereses de unos y otros es la protección del propio mercado. Al perseguir los comportamientos desleales se está también velando por un orden concurrencial debidamente saneado. Una finalidad más propia del Derecho *antitrust*, aunque indisolublemente unida a la figura objeto de estudio.

4. La deslealtad de la venta a pérdida a través de la inducción al error

Varios son los requisitos previos que ha de cumplir cualquier acto de competencia para ser calificado como desleal, el elemento objetivo, el subjetivo y el territorial y el temporal. Básicamente que el comportamiento, cualquiera que sea el sujeto que lo realice se haga en el mercado español, con trascendencia externa y con finalidad concurrencial para promover las prestaciones propias o la de un tercero. Sin que resulte necesario que efectivamente la venta a pérdida haya tenido un destinatario dañado, siendo suficiente para proceder a su represión que reúna los requisitos citados. Esta situación tiene lugar, por ejemplo, cuando el actor expone públicamente precios que son constitutivos de venta a pérdida de los productos o servicios en el propio establecimiento o lo comunica de cualquier manera en el mercado⁶⁶⁷. Se estará ante una venta a pérdida reprochable en los términos del artículo 17.2. a) de la LCD cuando concurriendo los requisitos anteriores y se realice una venta por debajo del precio de adquisición o coste de

⁶⁶⁶ La protección de los consumidores y usuarios para que dispongan de una información verás en sus toma de decisiones es en realidad un bien jurídico de interés público que debe ser objeto de protección. Para un tratamiento más detenido de este interés, aunque en relación con el Derecho marcario es de interés el citado trabajo de CASADO CERVIÑO, A., *Derecho de marcas y protección de los ...*, ob. cit., pp. 73-78.

⁶⁶⁷ Las formas que puede revestir la comunicación pueden ser múltiples. Se puede acudir al concepto de acto de publicidad del artículo 2 de la LGP, al definirla como: «Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.» Además, en este supuesto podría el acto ser calificado como una infracción de los artículos 4 y 5 de la LGP. Un precepto que califica como engañosa «[...] la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor.»

producción. Siempre, claro esta, que la misma sea objetivamente idónea para inducir a error a los consumidores sobre el nivel de precios en el mismo establecimiento. Y ésta vendrá determinada por un juicio de valor entre la conducta realizada —la venta a pérdida— y el nivel de conocimientos de un consumidor medio de la clase a la que va dirigida la oferta señuelo.

En este sentido parece orientarse la SAP de Cantabria, de 12 de mayo de 1993, cuando en el análisis de la expresión «sea susceptible» mantiene que:

«[...] está impregnada de cierto significado objetivo, excluyente de la necesidad de valorar la intención de quien realiza la venta para examinar solamente la venta en sí, objetividad por demás también mencionada en la cláusula general recogida en el artículo 5 que abre el capítulo de los actos desleales, [...]»

El precepto analizado no parece exigir intencionalidad en la conducta objetivamente idónea para inducir a error a los consumidores y usuarios acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento. Pero resulta evidente que de existir esa intencionalidad podrá inferirse objetivamente. Siendo consciente de supuestos excepcionales en los que el empresario no obre de un modo diligente y estuviera vendiendo a pérdida sin saberlo. Y aunque probable, lo cierto es que parece difícil imaginar el desarrollo de una estrategia como esta prolongada en el tiempo si no es porque aparece inspirada por una clara intención. Resulta evidente que salvo en los supuestos de negligencia, en la mayoría de los casos este tipo de estrategias se rige por una voluntad claramente dirigida. Sin embargo, a juicio del Legislador es suficiente con que la conducta «sea susceptible» de inducir a error para que con independencia de la presencia o no de intencionalidad, la conducta sea calificada como desleal.

De una primera lectura del artículo 7 de la LCD el interprete podría verse seducido por la definición de inducción al error, al establecer que:

«Se considerar desleal la utilización de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tengan lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas.»⁶⁶⁸

Sin embargo, el interprete ha de ser cauto con estos planteamientos en la medida en que en el artículo 17.1. a) de la LCD no parece exigir la presencia de intencionalidad. En todo caso, será suficiente con que la conducta se muestre objetivamente idónea para alcanzar el resultado de inducción a error, se alcance o no dicho resultado⁶⁶⁹. La especialidad de la figura de la inducción reside en su

⁶⁶⁸ Con similar criterio *vid.* VICENT CHULIAT, F., «Otra opinión sobre la Ley ...», *ob. cit.*, pp. 9995 y ss.

⁶⁶⁹ *Vid.* ALONSO SOTO, R. «Supuestos de competencia desleal [...]», *ob. cit.*, p. 85, al indicar, en relación con la norma analizada que «[...] en ella no está presente el elemento subjetivo de la intencionalidad, quizá porque

instrumentación en una venta a pérdida y no en el engaño, que evidentemente debe de existir para que el comportamiento desleal sea objeto de represión. Con independencia de si dicho engaño se haya buscado o no. Lo relevante reside en la potencialidad del engaño y que el riesgo de inducción a error sea efectivo⁶⁷⁰.

Finalmente, habrá que tener presente los supuestos en los que la sutileza aún es mayor. En concreto cuando el agresor da informaciones correctas de los precios de los productos o servicios que oferta mediante folletos publicitarios, prensa, radio o Internet. En todos indica con claridad el precio al que se venden los productos A y B o al que se prestan los servicios de C y D. En estos casos los consumidores y usuarios tienen perfecto conocimiento de dicha oferta. El oferente no está infringiendo los derechos de los consumidores del artículo 2 de la LGDC en la medida en que está suministrando «información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute» —artículo 2.1. d) de la LGDCU—. Ni tampoco parece estar induciendo a error sobre el nivel de precios del establecimiento. Simplemente lanza ofertas a precios anormalmente bajos y depende de los consumidores y usuarios tomar la decisión de realizar más compras en el mismo establecimiento. En estos casos, difícilmente podría alegarse que el consumidor no está informado, o que efectivamente se ha producido la inducción. Se estará ante otro supuesto de venta a pérdida de los contenidos en los apartados b) o c) del artículo 17.2. de la LCD, pero no en el apartado a).

5. Otros elementos a tener en cuenta —sigue—

5.1. Las diferencias comparativas de márgenes

La comparación entre los márgenes de beneficio de los productos o servicios utilizados para la realización de la venta a pérdida, y el resto de los márgenes del mismo establecimiento, es un elemento que ha de tenerse en cuenta a la hora de delimitar la objetiva idoneidad de la conducta para inducir a error a los consumidores sobre el nivel general de precios del mismo establecimiento⁶⁷¹.

el Legislador ha pensado que, cuando la práctica tiene como finalidad directa el inducir a error, puede ser sancionada con arreglo a lo dispuesto en los artículos 7.º —actos de engaño— u 8.2 —ventas con prima—, y en particular porque la norma «[...] tampoco exige un resultado concreto comprobable de manera objetiva, esto es, que se haya producido una equivocación de los consumidores, sino que bastará con que el precio ofertado sea apto para producirla. En definitiva se viene a sancionar los actos potencialmente dañosos [...]»

⁶⁷⁰ En relación con el riesgo efectivo de error, aunque en materia de marcas y extensible al supuesto que se viene exponiendo *vid.* CASADO CERVIÑO, A., *Derecho de marcas y protección de los ...*, ob. cit., pp. 38-72, en el que tras analizar la regulación de la Directiva Comunitaria, el Reglamento sobre marcas y la jurisprudencia del TJCE viene a indicar que para apreciar riesgo de confusión éste ha de ser un riesgo serio y no hipotético. La exigencia de que el riesgo sea «serio» podría extrapolarse, salvando las distancias, a la exigencia de la objetiva idoneidad de la conducta para producir el resultado de confusión. Con similar criterio, aunque en relación al riesgo de confusión en el Derecho de marcas y su relación con el riesgo de asociación *vid.* FERNÁNDEZ NOVOA, C., *Fundamentos de Derecho de Marcas*, Montecorvo, Madrid, 1984, pp. 44-64; y para una visión de la reciente jurisprudencia del TJCE *vid.* GARCÍA LÓPEZ, R., «El riesgo de confusión en el Derecho de marcas: Recientes ...», ob. cit., pp. 10-24.

⁶⁷¹ *Vid.* PALAU RAMÍREZ, F., *Descuentos promocionales. Un análisis desde el Derecho ...*, ob. cit., p. 248 al indicar que «[...] La discriminación entre el margen de ganancias adoptado para el producto sobre el que se

Las posibilidades de inducción a error de una venta a pérdida realizada en un comercio tradicional de artículos de lujo no será la misma que las ventas a pérdida realizada por una gran superficie o por una tienda de descuento duro. La delimitación de esa diferencia porcentual de los márgenes comparativos de los productos o servicios y su capacidad para inducir a error variará de en cada caso⁶⁷². No obstante, la ausencia en nuestra doctrina de un criterio que permita una aproximación a la valoración comparativa de precios, no impide que este elemento sea tenido en cuenta a la hora de determinar la objetiva idoneidad del precio practicado para el producto o servicio en cuestión. Sobre todo al ponerlo en relación con el resto de los márgenes y precios del mismo establecimiento antes de realizar la conducta y del resto de concurrentes en relación de competencia para los mismos productos o servicios⁶⁷³.

No obstante, este criterio sería de difícil utilización cuando el agresor expresamente hubiera adquirido género diferente al que tradicionalmente ha venido ofertando en su establecimiento con la única finalidad de vender a pérdida. Así, al carecer de la posibilidad de comparar el margen de beneficios anterior o los de la competencia, el criterio comparativo a utilizar podría ser el de los márgenes que se vienen aplicando en el resto de establecimientos.

En cualquier caso, la delimitación de dichos márgenes no resulta fácil. Pero ello no debe impedir, en su caso, que se tenga en cuenta a la hora de proceder a la delimitación de la objetiva idoneidad de la conducta para producir el resultado lesivo.

centra la promoción y aquel adoptado para otros productos del establecimiento es un elemento necesario para que una oferta señuelo se considere ilícita por engaño al consumidor sobre el nivel de precios del establecimiento. La diferencia de márgenes de ganancias no desencadena *per se* la deslealtad de la conducta, pero es pieza esencial del error por cuanto supone el objeto sobre el que recae y, consiguientemente indispensable para que exista engaño [...]»

⁶⁷² En este sentido, *vid.* la Decisión de la FTC norteamericana en el asunto «All-State Industries of North Carolina, Inc., v. Federal Trade Commission», 423, F. 2d, 423, 1970, en el que los demandados ofrecían diferentes comisiones a sus dependientes en función del producto vendido, en concreto unas máquinas de coser. De modo que mientras para las máquinas señuelo la comisión que ofrecía era del 10 por ciento, para las no promocionadas la comisión era del 20 por ciento. Ante esta diferencia en las comisiones la FTC sancionó al entender que si la estrategia de ventas de los dependientes era primada al vender las máquinas no promocionadas tendría escasa racionalidad económica mantener un stock de máquinas promocionadas, cuya venta no estaba primada. Y concluyó que el fundamento de esta estrategia de remuneración formaba parte de otra estrategia, la de atraer a los consumidores al establecimiento, y una vez allí, los dependientes se encargarían de vender otras máquinas, de modo que además, no tendrían que tener un gran stock de las máquinas promocionadas. En definitiva, una oferta señuelo en toda regla.

⁶⁷³ *Vid.* PALAU RAMÍREZ, F., *Descuentos promocionales. Un análisis desde el Derecho ...*, ob. cit., p. 248; MANSANI, L., *Ribassi di prezzo, offerte promozionali e concorrenza sleale*, ... ob. cit., p. 182, nota 39. Sin embargo, en la apelación a la SAP de Cantabria, de 12 de mayo de 1993, el apelante alega que la existencia de una diferencia porcentual del 15 por ciento —contenida en el artículo 8 de la LCD— para extender su aplicación a la venta a pérdida del artículo 17 de la misma Ley. El argumento no es aceptado por la Audiencia al indicar que «[...] ni el Legislador lo ha previsto en el artículo 17 ni existe razón que permita afirmar que una venta con precio inferior en más de un 15% al de adquisición sea apta para inducir a error a los consumidores; el error contemplado lo es por referencia del precio del producto que se vende a bajo coste, con otros precios del mismo establecimiento y si la valoración de la circunstancia que constituye el ilícito concurrencial lo fuera por el criterio del 15% pretendido, nada más fácil para el Legislador que haberlo incluido en el precepto, máxime cuando el mismo se contempla en otros supuestos de la Ley [...]»

5.2. Incapacidad para hacer frente a la demanda, las *bait and switch advertising* en particular

La especialidad de la venta a pérdida regulada en este artículo reside no sólo en el hecho de realizar la venta a pérdida, sino en la utilización de la misma como un gancho para inducir a error a los consumidores sobre el nivel general de precios del mismo establecimiento. No es necesaria la presencia de un resultado para proceder a la represión. No se exige que efectivamente se venda a pérdida, sino que el acto se revele objetivamente idóneo para producir el resultado lesivo. Uno de los elementos que permiten inferir que se trata de una oferta señuelo es el hecho de que la oferta en cuestión a un precio anormalmente reducido esté vacía de contenido. Simplemente que no se disponga de las unidades suficientes para hacer frente al lógico y racional incremento de la demanda. Una falta de lógica que está incluso presente cuando en la oferta se incluya la frase «hasta final de existencias». Pero sólo cuando las existencias racionalmente previsibles en relación a la oferta no respeten la proporcionalidad estimada como lógica para un producto o servicio con precio anormalmente reducido y para ese concreto mercado. La respuesta al interrogante será objetiva y permitiría determinar el porcentaje lógico para la oferta si no fuera un gancho. Normalmente, el oferente aplica un margen sobre el coste de sus insumos que tiende a ser similar en atención a las características del producto o servicio.

Con la limitación de las cantidades disponibles para la oferta señuelo el agresor pretende limitar las pérdidas. Son las denominadas ofertas vacías de contenido. Aquellas que realizan los concurrentes en el mercado a sabiendas de que no podrán cubrir la demanda. La finalidad que inspira esta conducta es evidente, la de crear un gancho muy atractivo, una especie de imán para atraer a los consumidores y usuarios hacia su establecimiento. Una vez allí, y al objeto de limitar las pérdidas tratará de desviar la atención de los consumidores y usuarios hacia otros productos o servicios del mismo establecimiento que no gozan de un precio tan especial.

Por tanto, la deslealtad es doble, por un lado al realizar ventas a pérdida, y por otro, al intentar desviar la atención de los consumidores y usuarios hacia otros productos o servicios del mismo establecimiento. Este desvío instrumental de la atención podrá ser calificado como desleal cuando el dependiente, en el marco de una acción finalista, trate de que el consumidor o usuario cambie el motivo original por el que se ha dirigido al establecimiento. Si para conseguir que cambie de opinión el vendedor mantiene o manifiesta una conducta denigratoria del producto o servicio ofertado o realiza actos de engaño o inducción a error, la conducta será por sí misma desleal⁶⁷⁴. Por el contrario, si el vendedor

⁶⁷⁴Vid. PALAU RAMÍREZ, F., *Descuentos promocionales. Un análisis desde el Derecho ...*, ob. cit., p. 247, quien siguiendo a KRAFT, A., *WRP*, 1975, p. 85, mantiene que «[...] será más fácil que el consumidor sea inducido a error sobre el nivel de precios del establecimiento si la publicidad contiene indicaciones que muestran las concretas ofertas como ejemplo de los precios practicados en el conjunto del establecimiento. Lo mismo ocurrirá cuando en el exterior del establecimiento se expongan o anuncien los precios de determinados productos, que sirven como criterio orientador de los consumidores porque son precios que retienen en la

efectivamente ofrece el producto o servicio a los consumidores o usuarios y estos deciden de *motu proprio* cambiar hacia otro diferente al ofertado. La oferta señuelo será desleal por estar instrumentalizada en una venta a pérdida y por estar vacía de contenido, pero no de otros actos de competencia desleal como denigración, inducción a error o engaño. Podría caer en los apartados b) y c) del artículo 17.2. de la LCD, pero no en el apartado a). Por ello, los principales problemas que suscita esta práctica son los de índole probatorio⁶⁷⁵.

La experiencia norteamericana ha sido más prolija y es ahí donde se puede observar interesantes ejemplos. La *Federal Trade Commission* define las ofertas señuelo como:

«[...] un cebo publicitario que manifiesta un intento hipócrita de venta. Su propósito es disuadir a los clientes para que cambien y compren otra en unas condiciones más ventajosas para el anunciante, que el cebo primario que anunció.»⁶⁷⁶

Resulta interesante el asunto «Better Living, Inc. v. Federal Trade Commission», en el que un comerciante ofertaba a un precio muy ventajoso unos automóviles, pero cuando los consumidores interesados acudían a su establecimiento este les comunicaba que los modelos en cuestión se habían agotado, ofreciéndoles a continuación otros vehículos del establecimiento⁶⁷⁷. Se trataba efectivamente de una oferta señuelo y vacía de contenido.

Finalmente, una situación similar por tratarse no sólo de una venta a pérdida a través de una oferta engañosa a la que se le sumaba la imposición de una cláusula abusiva obligando a contratar prestaciones complementarias tiene lugar en el asunto «Green v. United States»⁶⁷⁸

memoria, sin hacer referencia a que se trata de un descuento o de una oferta limitada de esos productos.» Por tanto, el carácter de señuelo se pone de manifiesto cuando «[...] una vez el consumidor ya ha visitado el establecimiento, el dependiente se niegue a enseñar o a vender el producto ofrecido, o se haya esforzado en convencer al consumidor, muchas veces desacreditando las características o cualidades de las prestaciones promocionadas, de que es mejor la adquisición de otras ofertas.» —p.251—

⁶⁷⁵ Vid. PALAU RAMÍREZ, F., *Descuentos promocionales. Un análisis desde el Derecho ...*, ob. cit., al mantener que la dificultad principal para probar la deslealtad de esta conducta es la de demostrar que los dependientes, o en su caso el vendedor propietario, han realizado conductas que inducen a error a los consumidores. Por ello, para subsanar este obstáculo, «[...] la jurisprudencia de los Estados Unidos acoge la deslealtad de la oferta señuelo a partir de la constatación de que el número de productos vendidos sobre los que recaía la promoción es ridículo en comparación con la cantidad de productos similares vendidos, o de que los vendedores sólo reciban comisiones por la venta de los productos más caros, pero no de la venta de productos a un precio inferior que eran los promocionados.»

⁶⁷⁶ La traducción es libre, de modo que se ofrece el texto en inglés para que el lector saque sus propias conclusiones. Establece lo siguiente: «*Bait advertising is an alluring but insincere offer to sell a product or service which the advertiser in truth does intend or want to sell. Its purpose is to switch customers from buying the advertised merchandise in order to sell something else, usually at a higher price or on a basis more advantageous to the advertiser. The primary aim of a bait advertised FTC, Guides Against Bait Advertising*, §. 238.0»

⁶⁷⁷ Vid. «Better Living, Inc. v. Federal Trade Commission», 259, F.2d, 271.

⁶⁷⁸ Vid. «Green v. United States», 312, A.2d, 788, 1973, *certiorari denied*, 419, US, 827, 95, S. Ct. 45, 42 L.Ed. 2d., 51, D.C. App.1973, citado por PALAU RAMÍREZ, F., *Descuentos promocionales. Un análisis desde el Derecho ...*, ob. cit., p. 251, en el que los demandados ofrecían una máquina de coser a 63 dólares cuando su precio de mercado era de 219 dólares, pero cuando los compradores interesados se presentaban en el

5.3. En el Derecho español

Por su parte, en nuestra jurisprudencia resulta especialmente relevante la resolución del TDC, de 11 de diciembre de 1995, «Electrodomésticos de Alicante S.A., c. Comerciantes de Electrodomésticos de Alicante S.A., Audicolor S.L., y Electro Alicante S.L.» —expte. 354/1994—⁶⁷⁹. En ella el TDC mantiene en el FD. 8.º, párrf. 2.º que:

«[...] una oferta agresiva, como muchas que se hacen por parte de los competidores no se considera, en principio, contraria a la competencia. La cuestión es que esa oferta se hizo sin disponer de existencias, era una oferta vacía, cuyo solo efecto se concentraba en dañar a Ernesto. La falta de existencias en la cadena Tien-21 se ha comprobado por las actas notariales aportadas por el denunciante y esta falta de existencias no se debía a un aluvión de demandas en compra por parte de los consumidores que hubiera vaciado los almacenes [...] El objeto de la oferta en cuestión parece ser el de contrarrestar la oferta de Ernesto mediante el lanzamiento publicitario de una oferta vacía y sus efectos dañaron la imagen de esta última empresa.»

5.4. La inducción por presión

La existencia de una presión excesiva sobre los consumidores y usuarios para que contraten otros productos o servicios, una vez que han resultado atraídos por el cebo es otro de los elementos que puede ayudar a delimitar la existencia de la inducción a error a través de la venta a pérdida. Múltiples podrían ser los ejemplos, pero la diferencia fundamental estriba en determinar si los regalos o servicios gratuitos ofertados deben de considerarse como una venta a pérdida o como un acto promocional.

establecimiento manifestaban que el precio de 63 dólares era para adquirir el motor y la aguja, de modo que por el soporte y el pedal pedían la diferencia de precio hasta los 219 dólares.

⁶⁷⁹ El 14 de junio de 1990, «Electro Bazar Ernesto, S.A.», —Ernesto— formuló denuncia contra «Comerciantes de Electrodomésticos de Alicante S.A.», «Audicolor S.L.», y «Electro Alicante S.L.» —CELSA— y dos empresas más por supuesta competencia desleal. Consistente, según la denunciante, en que el grupo Tien-21, del cual es cabeza en la provincia de Alicante la citada empresa, había insertado en el periódico «Información de Alicante» un anuncio en el que se ofertaba un modelo de televideo a un precio de venta al público considerablemente inferior al que él lo había adquirido del fabricante. En el anuncio se citaba que la validez de la oferta era de una semana de duración —del 12 al 19 de marzo de 1990—. En el año 1990 «Ernesto» compró una partida de 800 televisores con vídeo incorporado marca «Amstrad 20, TVR-3-TV-Color» por un precio unitario de 54.000 pesetas, realizando una campaña de publicidad para su venta. En el contrato de venta «Ernesto» se compromete a abonar la diferencia al comprador si el mismo aparato se vende a precio más bajo en Alicante. Y coincidiendo con la fecha del día del Padre, la cadena Tien-21 realizó la oferta del mismo aparato de televisión-vídeo en su publicidad, entre otros aparatos de sonido e imagen, por el precio de 50.700 pesetas, en la semana previa. Dicha oferta era válida hasta el 19 de marzo de 1990, o hasta agotar existencias. Por ello, con fecha 13 de marzo de 1990 se persona un notario a requerimiento de «Ernesto» en el almacén de CELSA que comprueba y levanta acta de que sólo hay un aparato del citado «Televideo Amstrad». Igualmente personado en el establecimiento de «Electrodomésticos 2000 del Grupo Tien-21» y comprueba que no hay existencias. Personado en otra tienda de electrodomésticos del «Grupo Tien-21», «Audicolor, S.L.» y «Electro Alicante, S.L.» y da fe de que sólo hay uno, aunque un empleado afirma haber vendido 15.

Este es el caso de las ventas conjuntas de menaje, equipo de música, vídeo, y enciclopedias a través de charlas organizadas, de larga duración, entre otros supuestos. Lo que unido a la machacona repetición del mismo mensaje, la existencia entre el público de personas afines que manifiestan y coinciden con las ventajas que destacan los vendedores y en las que se trata de seducir al comprador constituyen claros ejemplos de inducción por presión.

Cabe preguntarse si el ofrecimiento de esos productos o servicios se hace a pérdida o deben ser calificados como parte de una promoción. En cualquier caso, si el señuelo se vende a pérdida con la intención de desviar la atención hacia otros productos o servicios, con respecto a éste existirá un acto de competencia desleal por infracción del artículo 17.2. a) de la LCD. Aunque con la venta de las enciclopedias obtenga margen suficiente para cubrir las pérdidas.

Siguiendo con este argumento, la existencia de agresividad en la operación de mercadotecnia sobre los consumidores o usuarios para conseguir que contraten podría constituir también ser un claro ejemplo de inducción a error. El problema nuevamente radica en determinar con claridad la frontera entre las técnicas de utilizadas y que efectivamente tratan de inducir a la compra del producto o servicio, y la agresividad de la oferta señuelo para forzar la compra.

5. La paradoja del 17.2. a) de la LCD: un ejemplo más del modelo profesional

La mayor parte de la doctrina mercantilista de este país, tal vez en una especie de inercia conceptual motivada por la propia exposición de motivos de la LCD ha aceptado sin reticencias un paradigma que debe ser cuestionado, la calificación del modelo regulatorio de competencia como social. Ya en el primer capítulo de esta exposición se rebatió la conceptualización del modelo de competencia como un modelo social. Sin embargo, la calificación del modelo de una u otra manera y las notas derivadas de todos y cada uno de sus preceptos individual y conjuntamente se empeñan en demostrar lo contrario⁶⁸⁰.

⁶⁸⁰ De hecho, la LCD viene exigiendo para su aplicación la existencia de relación de competencia, lo que sólo es posible entre competidores. Ya que resulta bastante complicado que un consumidor o un usuario demande individualmente a una concurrente por actos de competencia desleal. En todo caso a través de las asociaciones de consumidores y usuarios, aunque tampoco por esta vía parece ser sencillo. Sin embargo, parece constituir un avance hacia el modelo social, al menos inicialmente, la reciente aprobación la Ley 39/2002, de 28 de octubre —BOE, de 29 de octubre de 2002— en la que se transpone al ordenamiento jurídico español diversas directivas europeas con el objeto de unificar la normativa entre los distintos países comunitarios. Dicha norma que por sus características debería ser objeto de un detenido estudio, pero ello excedería del objeto de este trabajo. No obstante, conviene destacar que afecta a numerosa normativa sustantiva relativa al mercado y a los consumidores y usuarios. Destacado principalmente, en relación con la calificación del modelo una especie de retorno al modelo profesional. Lo que viene a confirmar las críticas realizadas a la calificación que ha venido realizando la doctrina del modelo de competencia. Y esta afirmación realizada en diversas ocasiones en este trabajo se ve confirmada en la nueva redacción del artículo 6, b) y 6 bis b) de la LGP, donde se vuelve a la cláusula de la buena fe mercantil, que ya se encontraba en el artículo 5 de la LCD como norma general y en el artículo 3. c) y 6 de la LGP. Sin que quepa hablar aquí de normativa general y normativa especial como ha venido realizando parte de nuestra jurisprudencia —*vid.* «Colegio de Economistas de Valencia c. Colegio Oficial de Gestores Administrativos de Valencia», FD. 3.º

Es innegable que algunas de sus notas podrían acercarlo a los criterios que delimitan el concepto de modelo regulatorio social de competencia, pero en modo alguno de sus características puede inferirse esa calificación. La legitimación activa que se dispensa es amplia, pero la posibilidad de realizarlas en la práctica son pocas. El presente epígrafe tiene por objeto poner de manifiesto las contradicciones de un precepto construido para concurrentes y en el que protección de los consumidores y usuarios es indirecta y claramente insuficiente.

El artículo 17.2. a) de la LCD no es una excepción. Las dificultades técnicas de perseguibilidad por los consumidores y usuarios individualmente y por las asociaciones representativas de modo colectivo son grandes. Desde el momento en que el consumidor o el usuario sea consciente de la inducción al error ya no está engañado. Las ventas a pérdida que se realicen con esa finalidad no podrán ser calificadas como desleal por ser simplemente inidónea, al menos con relación al consumidor o con el usuario que no es inducido a error. Si se apercibiera de la inducción al error y fuera efectivamente engañado lo que podría hacer es impugnar el contrato que ha celebrado con el establecimiento. Pero difícilmente iniciará acciones contra el empresario en cuestión por competencia desleal. Unas acciones que sí podrán ser realizadas por otros concurrentes. Ello le permitirá luchar directamente contra otro competidor e indirectamente esa autotutela beneficiará a los consumidores y usuarios y al propio mercado.

Llegados a este punto cabría preguntar cuál sería la eficacia práctica directa para los consumidores y usuarios. La respuesta es evidente, directamente ninguna, y en todo caso indirectamente porque qué consumidor o usuario en su sano juicio ejercitaría acciones individuales contra un establecimiento por venta a pérdida susceptible de inducirlo a error sobre el nivel general de precios del mismo establecimiento. Sobre todo porque si ejercita dichas acciones es porque tiene un conocimiento mayor que el resto de los consumidores, y sale fuera de la categoría de consumidor medio que pudiera verse afectado por la oferta señuelo. Y curiosamente sería ese mismo consumidor el que perdería la legitimación.

El artículo 17.2. a) de la LCD se convierte así en una paradoja porque aún cuando el objetivo que persigue es la defensa de los consumidores y usuarios, lo cierto es que difícilmente estos podrían ejercitar acciones en el marco de este

de la SAP de Valencia, de 6 de marzo de 1998—, porque ello supondría restar mecanismos de protección a los concurrentes —*vid.* TATO PLAZA, A., *La publicidad comparativa*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 221 quien mantiene que: «Cuando un mismo supuesto de hecho pueda ser considerado al mismo tiempo, un caso de publicidad ilícita y un acto de competencia desleal, aquella persona que esté legitimada para el ejercicio de las acciones podrá optar por el ejercicio de una de ellas, bien acumular ambas en una misma demanda.»— No obstante, el Legislador manteniendo la cláusula de la buena fe, evidentemente de carácter mercantil, vuelve por sus propios fueros a encardinarse en el modelo profesional al incorporar como parámetro de valoración en el artículo 6. bis, b) «[...] las normas de corrección y buenos usos mercantiles.» Algo que parecía no ser necesario, puesto que hubiera sido suficiente con mantener la referencia a la buena fe, que como se ha indicado, tanto en la LDC como en la LGP es de carácter mercantil. Siguiendo la tendencia hacia los sistemas de autorregulación por la vía de códigos de conducta —a este respecto *vid.* en materia de códigos de conducta en materia publicitaria <http://www.aap.es/data/frames/frcod.htm>—.

precepto. Y en todo caso, serán los propios concurrentes los que en la directa protección de sus intereses defiendan indirectamente los de los consumidores y usuarios. Así que por mucho que la LCD en su Exposición de Motivos se autocalifique como un ejemplo del modelo regulatorio de competencia de carácter social, la protección de los consumidores y usuarios no resulta eficaz, perdiendo ese pretendido carácter social.

Resulta además paradigmático que la especialidad de la inducción al error, como una especie del acto desleal de confusión o engaño tenga lugar cuando se instrumenta en una venta a pérdida. Esta especialidad opera de un modo atrayente, lo que dificulta y desmotiva a las asociaciones de consumidores y usuarios que aparecen legitimadas en el artículo 19.2. b) de la LCD. Incluso cabría preguntarse si a éstas asociaciones les compensaría iniciar acciones contra una gran superficie. Sobre todo teniendo en cuenta las dificultades técnicas y el coste que implica una demanda de estas características. Elementos como el asesoramiento legal, la delimitación del concepto de «consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz», el informe pericial sobre los costes, los sondeos de opinión y los estudios de mercado para delimitar los consumidores y usuarios afectados o potencialmente afectables por la práctica en cuestión entre otros, no parecen estar al alcance de las citadas asociaciones⁶⁸¹. Tal vez la situación haya sido resuelta, al menos formalmente, con la transposición al ordenamiento español de la Directivas Comunitarias en materia de protección de los consumidores y usuarios por Ley 39/2002, de 28 de octubre encaminadas a unificar la normativa entre los distintos países comunitarios⁶⁸². La norma viene a introducir, ahora sí de un modo efectivo la acción de cesación dirigida al prestatario de servicios o productos para que cesen y no reiteren su conducta en el futuro al establecer mecanismos para legitimar activamente a determinados organismos para que procedan a la protección de intereses colectivos y difusos, en aplicación de la Directiva 98/27/CE. Incluyendo un elemento esencial como la exención del deber de prestar caución, imposición de multas coercitivas disuasorias, legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la LGDCU, o por la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores concediendo legitimación al Instituto Nacional de Consumo y de los órganos o entidades correspondientes de las CC.AA y de las Corporaciones locales con competencia en materia de defensa de los consumidores. En estos supuestos, cuando el acto de competencia desleal sea

⁶⁸¹ En este sentido, aunque en relación al estudio del artículo 6 de la LCD, pero perfectamente extrapolable al análisis del artículo 17.2. a) de la LCD, *vid.* OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, J. J., *Comentarios a la Ley de ...*, ob. cit., 1994, p. 178. Precisamente porque los actos de confusión del artículo 6, y de engaño del artículo 7 de la LCD se convierten en tipos especiales al instrumentarse en estrategias de venta a pérdida. De ahí que «El consumidor que, inducido por el error, celebra un contrato, si luego desea instar su resolución o solicitar la indemnización que corresponda, no ejercerá las acciones ni el procedimiento [de la] LCD, sino las que se deduzcan del contrato celebrado. Otra cosa es que, si el error efectivo padecido ha sido consecuencia de alguna conducta del catálogo de deslealtades, ello supondría una presunción cualificada de que realmente se ha producido el error de consentimiento. De ahí se infiere que es improbable que un consumidor en concreto pueda ejercitar acciones [de la] LCD, porque si ha celebrado el contrato, habrá de defenderse de la deslealtad en sede contractual y, si no celebra, probablemente carezca de interés legítimo para gozar de legitimación activa.»

⁶⁸² BOE, de 29 de octubre de 2002, núm. 259.

susceptible de afectar a los consumidores y usuarios estos dispondrán de medios para impedir los efectos nocivos, sin que dicha protección se haga depender de un modo indirecto de la autotutela de aquéllos concurrentes que ejercitaran las acciones pertinentes.

6. Contingencia de la posición dominante

Tras el estudio realizado del artículo 17.2. a) de la LCD se observa que el Legislador no exige que el agresor tenga posición dominante. De tenerla evidentemente la estrategia podría, de concurrir otros elementos, tener mayores visos de éxito, pero no es un requisito de procedibilidad. La razón reside en el hecho de que la conducta puede ser realizada por cualquier concurrente, este o no en posición de dominio, y sus efectos anticompetitivos y desleales serán desplegados cualquiera que sea la posición que el agresor adopte. Por tanto, deberá proceder a la represión de éstos comportamientos, siempre que la conducta se realice en el mercado con fines concurrenciales y resulte por sus características objetivamente idónea para producir el resultado perseguido. Sin que tampoco el resultado sea una condición de perseguibilidad. Pero que de darse, será tenido en cuenta a los efectos de determinar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

CAPÍTULO VII

LAS VENTAS A PÉRDIDA DENIGRATORIAS

—17.2. b)—

1. Introducción

Resulta evidente que la venta a pérdida de cualquier producto o de la prestación de un servicio y realizada en el establecimiento puede afectar a la imagen que de estos tengan sus destinatarios. Y también a la estrategia de los oferentes en su doble vertiente, para los fabricantes en cuanto a las estimaciones de producción, y en cuanto a los distribuidores porque se ve afectada su demanda.

La *realidad económica subyacente* en la redacción de este precepto parece ser la protección de la imagen del producto, servicio o establecimientos ajenos. Una norma que opera en beneficio tanto de los consumidores y usuarios, como de los revendedores que también pueden quedar afectados directa e indirectamente por el descrédito de los productos que compran o revenden al concurrir otro oferente con prestaciones idénticas a un precio inferior a su coste⁶⁸³. Sin embargo, sobre esta conducta concurren dos disciplinas, por un lado, las normativas protectoras en materia de propiedad industrial e intelectual que operan directamente en un primer plano. Y en un segundo plano se encuentra un sistema de protección más amplio, la normativa de libre y leal competencia⁶⁸⁴. Se trata de proteger los recursos destinados por el titular a la promoción de la imagen de los productos o servicios con los que concurre en el mercado, y que contribuyen a la configuración racional de los precios en atención a criterios de eficiencia y propios méritos.

⁶⁸³ La expresión producto ha de ser entendida en sentido amplio, comprensivo de productos en sentido estricto y de servicios. Lo que es posible gracias a una extensión de la interpretación literal que viene a confirmar el significado y razón de la norma. *Vid.* LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 316-320. Con similar criterio MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal ...*, ob. cit., p. 519.

⁶⁸⁴ *Vid.* BERCOVITZ, A., «Significado de la Ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», en *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, (Coord. BERCOVITZ, A.), BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pp. 19-20.

Por esta vía, y con la finalidad de proteger la imagen de un producto — incluyendo también a los servicios, y a los establecimientos ajenos— directamente, e indirectamente la configuración racional de los precios, el Legislador trata de evitar aquellas ofertas señuelo que se instrumenten en comportamientos obstaculizadores susceptibles de desacreditarlos⁶⁸⁵. Pero no en sentido amplio, sino sobre aquellas cualidades de la imagen más significativas para los consumidores y usuarios a los que va dirigida el comportamiento denigratorio. Es aquí donde radica la deslealtad de la conducta al afectar el desenvolvimiento de las relaciones de competencia con base en los propios méritos. Al tratar de desacreditar la imagen de los productos o prestaciones con la que otros competidores concurren en el mercado se está tratando de influir en la percepción que de la misma tienen sus destinatarios. De conseguirlo, se estaría incidiendo directamente sobre la oferta o la demanda del agredido, lo que no sólo le infligiría pérdidas, sino que le obligaría a reorganizar su actividad. Estas estrategias provocarían directamente

«[...] la reducción del interés de compra por parte de la demanda natural de estos productos de marca, la relajación del oferente en el servicio de atención al cliente ante la perspectiva de la competencia de precios por parte de un operador que no asume los mismos costes y el desinterés de la demanda, el enrarecimiento de las relaciones entre fabricante y detallistas (a quienes los precios de los competidores llevan a creer que son discriminados en el precio de sus suministros) y así a la introducción de factores de desajuste en el sistema de distribución establecido por el fabricante, o la distorsión de las relaciones entre los detallista y su clientela, a la que la venta a pérdida de otros detallistas llevan a desconfiar de los márgenes practicados actualmente y en el pasado por sus proveedores habituales.»⁶⁸⁶

Este precepto, al igual que el anterior parece encontrarse, como ya se ha indicado, más próximo a la normativa de libre competencia que de competencia desleal. El precepto parece estar construido sobre otras normas de la propia LCD como el artículo 9 —actos de denigración—, con la particularidad de que el

⁶⁸⁵ Vid. MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal ...*, ob. cit., pp. 157-158, quien califica como obstaculización «[...] aquellos actos que, sin contar con una justificación objetiva, afectan negativamente la posición concurrencial de un tercero, y en especial vacían o pueden vaciar el valor y mérito de aquellos elementos a que está ligada dicha posición —y de los que dependen ciertas expectativas en el mercado) o de cualquier forma interfieren el normal desarrollo de la actividad de un tercero en el mercado, y en su caso y de forma adicional, procuran o son adecuados para procurar a quien los realiza un provecho propio.» Entre los actos de obstaculización el autor cita comportamientos como «[...] la destrucción o eliminación del material publicitario ajeno, el bloqueo de la línea de teléfono u otros canales de comunicación de un tercero, la perturbación de la normal recepción de las emisiones, transmisiones o retransmisiones de radio o televisión de un tercero, la difusión de información que genera entre sus destinatarios desconfianza injustificada en otros oferentes o en sus productos o establecimientos, el boicot que no quede cubierto por los artículos 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia o por el artículo 16 de la Ley de Competencia desleal —como podrían ser las campañas de «compre nacional» —prestando siempre la debida atención a la posible finalidad no concurrencial de la conducta—, o la confección de una publicidad distribuida gratuitamente —financiada con publicidad) con materiales previamente publicados por un tercero —que exige el pago de una contraprestación por su publicación) [...]»

⁶⁸⁶ Vid. MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal ...*, ob. cit., p. 518.

comportamiento desleal se instrumenta en una venta a pérdida⁶⁸⁷. El artículo 17.2.b) de la LCD califica como ilegales y prohíbe los comportamientos que instrumentados en una estrategia de venta a pérdida, y fuera de los supuestos excepcionados por la jurisprudencia, «(2) cuando tenga por efecto (1) desacreditar la imagen de un producto o establecimiento ajenos». Una norma que ya en esta primera fase del estudio contiene no pocas dificultades interpretativas, y por razones de simple lógica se invertirá el estudio, primero con la expresión «desacreditar», y segundo, la expresión «cuando tenga por efecto».

2. Consecuencias de estas prácticas sobre la imagen de un producto o establecimiento ajenos

2.1. Que pueda «desacreditar»

El Diccionario de la Real Academia define la denigración como «acción o efecto de denigrar», y denigrar como «deslustrar, ofender la opinión o fama de una persona»⁶⁸⁸. Luego, en relación a la calificación de la conducta como denigratoria, no se hace ninguna referencia a las cosas, y sin embargo, la opinión que los terceros tengan de una persona o la fama que la misma, también puede verse afectada por su relación con esas cosas. En cualquier caso, el término que más se acerca a esta acepción del término es el de «desacreditar». Se define como la acción de «disminuir o quitar la reputación de un persona o el valor y la estimación de una cosa.» Esa reputación, valor o estimación no es sino una referencia a la imagen de la persona directamente o de la persona indirectamente a través de la cosa. Por consiguiente, para que se pueda producir afectación de la imagen o desacreditación de cualquier tipo debe de haber primero algún tipo de acreditación, prestigio o imagen. De modo que la denigración y el descrédito, aún cuando parecen términos similares no lo son en la práctica, en la medida en que el primero aparece unido exclusivamente a la opinión, fama o imagen de una persona y el segundo a la imagen de la persona como estimación o valor de la cosa. Evidentemente, la denigración que recae sobre la cosa —producto o servicio— puede afectar a quien concurre con ella en el mercado, pero no necesariamente. Y como se observa, una difícil y sutil diferencia separa a dos conceptos que sin duda alguna operan sobre una misma realidad.

Estas dificultades de delimitación están presentes en la normativa de competencia desleal. El artículo 9 califica como desleales los actos de denigración que impliquen:

⁶⁸⁷ Este mismo interrogante se plantea SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La venta a pérdida como supuesto de competencia desleal [Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2.ª) de 12 de junio de 1992], *RGD*, núm. 589-590, 1993, p. 10353., al manifestar que «[...] Lo mismo para productos que para establecimientos, la pregunta que se plantea nuevamente es la de si la deslealtad concurrencial resultante de su desacreditación no está cubierta ya por la regulación que hace el artículo 9 de los *actos de denigración*. Si, además, la venta a pérdida se viera respaldada por alguna iniciativa publicitaria, podría alegarse su carácter de publicidad desleal de acuerdo con el artículo 6. a) LGP.»

⁶⁸⁸ *Vid. Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia*, voces «denigración», «denigrar», «desacreditar», 22.ª ed., v.1, Madrid, 2001, p. 746.

«[...] la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.»

El precepto recoge en el marco de los actos de denigración no sólo conductas que afecten al «crédito», opinión, fama o imagen de una persona, sino también aquellas que afecten a las «prestaciones». Además, el elemento clave reside en la palabra «crédito», un concepto jurídico indeterminado sobre el que recae la calificación de un comportamiento como leal y competitivo o desleal y denigratorio.

Este mismo principio, el «crédito» es el que aparece presente en otro precepto de la normativa de competencia desleal, el artículo 17.2. b). Aunque en este caso en su acepción de crédito en relación a la «imagen de producto o establecimiento ajenos». De ahí que el término empleado, ahora sí correctamente, sea el de «desacreditar». Por tanto, el Legislador en la LCD utiliza el término «desacreditar» como una variedad específica de actos de denigración. Esta disquisición parece no estar contenida en el lenguaje común, pero resulta evidente que si en la finalidad del comportamiento denigratorio.

La afectación de la imagen del producto, servicio o establecimiento propio por los actos denigratorios de otro concurrente afectan tanto a la oferta como a la demanda de quien la sufre. De modo que cuando el descrédito recaiga sobre las cosas —productos, servicios o establecimientos— con los que está concurriendo también recaerá en la persona que lo oferta. Por tanto, el artículo 17.2. b) de la LCD prohíbe la realización de un comportamiento desacreditativo de obstaculización que forma parte de una estrategia dirigida a perjudicar a otro en beneficio propio, no basada en los méritos sino en una conducta desleal contraria a las exigencias de la buena fe contractual.

Sin embargo, la intención en la estrategia de descrédito no parece ser un elemento cuya presencia resulte esencial. Puede darse el caso de que la empresa que vende a pérdida lo realice en el marco de una estrategia de oferta señuelo y sin más finalidad que atraer la competencia hacia el resto de productos del mismo establecimiento. Pero aunque no buscado, puede que el producto utilizado para instrumentalizar esa estrategia tenga como efecto el descrédito de la imagen de un producto o incluso de un establecimiento ajeno. De modo que será suficiente con prohibir los efectos que el acto de denigración pueda producir en atención a la delimitación de la objetiva idoneidad de la conducta para alcanzar el resultado lesivo. Y en caso de producirse será tenido en cuenta a los efectos de proceder a la valoración del daño y en su caso de la correspondiente indemnización, pero no opera como una *conditio sine quanon* de reproche y perseguibilidad de la conducta desleal.

2.2. Que exijan la presencia de intención

De lo visto hasta el momento, la expresión *desacreditar* parece contener la realización de una acción dirigida a disminuir, a influir negativamente en la reputación, en la imagen o en la estimación de una persona o de una cosa que el mercado, los concurrentes o los consumidores y usuarios le han venido atribuyendo. Viene a indicar la presencia de un elemento volitivo en la acción, una especie de deslealtad, que con una marcada intención va dirigida a la consecución de un fin, el descrédito de un producto, servicio o establecimiento ajeno⁶⁸⁹.

No obstante, de lo expuesto hasta el momento pueden extraerse dos conclusiones, la primera, que los actos de denigración son una categoría en los que el comportamiento consistente en realizar una venta a pérdida que tenga por efecto desacreditar es una especie, y la segunda, que en ambas conductas está siempre presente una intención directiva, salvo en los supuestos culposos o negligentes de actos denigratorios o de descrédito a través de una venta a pérdida. Pero con independencia de la presencia o no de dicha intención lo realmente relevante es la prohibición de los comportamientos concurrenciales, que intencionadamente o no puedan afectar al crédito que tenga la imagen del producto, servicio o del establecimiento.

El citado precepto califica como actos de denigración:

«[...] la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.»

Lo que trata de evitar la norma es el menoscabo del crédito de las personas y de las cosas, lo mismo que ocurre en el artículo 17.2. b) de la LCD. Aunque en este caso resulta más evidente que la protección del crédito de las personas se hace a través de la protección de la imagen y valor inherente a los productos, servicios o establecimientos ajenos. Y para ello, simplemente declara desleal cualquier comportamiento que produzca el menoscabo de dicho crédito en las personas o en las cosas, con independencia de que su conducta manifieste intencionalidad alguna. Aunque difícilmente cabría esperar, pero no imposible, conductas culposas objetivamente idóneas para producir el resultado prohibido.

Parece que en ambos preceptos —artículo 9 y artículo 17.2. b) de la LCD— está siempre presente, con excepción de los supuestos negligentes, el elemento intencional, que es el que informa y dirige comportamiento denigratorio dirigido a

⁶⁸⁹ Vid. ALONSO SOTO, A., «Supuestos de competencia desleal por venta a pérdida y discriminación», en BERCOVITZ, A., (Coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, p. 85, quien parece pronunciarse en sentido contrario a la presencia de intención denigratoria porque supondría encajar el supuesto en el marco de los actos de denigración del artículo 9 de la LCD, al mantener que «[...] tampoco se exige la presencia de un elemento intencional que, de darse, permitiría que la conducta pudiera calificarse como un acto de denigración y ser sancionada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 9.º de la Ley de Competencia Desleal»

desacreditar. En la conducta denigratoria una voluntad dirigida a menospreciar las características cuantitativas y/o cualitativas de un producto, servicio o establecimiento ajenos en la esperanza de que ello redundará en beneficio propio. Para que la estrategia denigratoria dirigida a producir el descrédito tenga éxito deberá ir dirigida a denigrar los elementos o características más significativamente valoradas por los consumidores y usuarios, sobre los productos, servicios o establecimientos que la clientela del mercado en causa o relevante considere más significativos⁶⁹⁰. En definitiva y como acertadamente establece el artículo 9 de la LCD, que el comportamiento desleal sea apto para menoscabar su crédito en el mercado para sus destinatarios. Y ésta objetiva idoneidad también puede estar presente en el comportamiento culposo o negligente.

La imagen de marca viene a ser el resultado del análisis consciente o inconsciente por sus destinatarios de variables como precio, calidad, cantidad, satisfacción de las necesidades esperada o de atención al cliente entre otras. Por tanto, el concepto de imagen al que hace referencia la norma deberá estar en función de la percepción que de ella tienen sus destinatarios con respecto al precio de compra, y que por lo general responderá a la relación entre la calidad y la cantidad⁶⁹¹. Y ello, porque aún siendo conscientes de que el precio no siempre responde a la relación entre la calidad y la cantidad de los productos o de las prestaciones, éste sigue siendo uno de los elementos más significativos a la hora de realizar los juicios de valor para la toma de la decisión de compra⁶⁹².

⁶⁹⁰ Vid. MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal ...*, ob. cit., p. 522, al indicar que «Para que la venta a pérdida pueda producir este efecto [denigración] parece necesario que afecte a una pluralidad de productos o servicios ofrecidos en el establecimiento, y en particular que afecte a aquellos que en el sector o segmento considerado sean percibidos por la clientela como indicativos del nivel de precios del establecimiento, esto es, a aquellos sobre los que se pueda construir en el mercado relevante una imagen de establecimiento con precios reducidos.»

⁶⁹¹ Vid. MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal ...*, ob. cit., pp. 521-522, quien en relación con el establecimiento mantiene que «[...] la imagen cuyo descrédito se considera desleal en este ámbito no es la reputación del establecimiento en términos generales, sino una reputación vinculada al nivel de precios de los productos allí ofrecidos, y en especial vinculada a la práctica de precios que pueden considerarse bajos en relación con el conjunto de establecimientos competidores.» Si bien múltiples estudios demuestran la escasa relación entre el precio, la calidad y la cantidad, en este precepto lo relevante es la imagen que los consumidores y usuarios tienen del producto, para los que el precio sigue siendo uno de los principales elementos de valoración. De ahí, que entre las diferentes estrategias de *marketing* se trate de dificultar la posibilidad de que los consumidores o usuarios puedan realizar comparaciones homogéneas de productos o servicios cuyo valor de utilidad sea muy similar, para lo que cambian variables como la forma y tamaño de los productos, las características y el contenido de las prestaciones entre otras.

⁶⁹² En relación con la escasa eficacia del precio como indicador de la relación calidad precio vid. PALAU RAMÍREZ, F., *Descuentos promocionales. Un análisis desde el Derecho ...*, ob. cit., p. 255, quien emplea los trabajos de MANZANI, L., *Ribassi di prezzo, offerte promozionali e concorrenza sleale*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 182. Especialmente interesante a los efectos de esta idea es el cálculo que las grandes superficies hacen de los precios de los productos que venden casi de una forma científica, que poco tiene que ver con la imagen de calidad normalmente asignada a precios altos. Al respecto vid. MOUTON, D., y CRU, T., *Merchandising estratégico*, Fundemi Books, 2.ª ed., Barcelona, 1993, pp. 113-119, donde se procede al cálculo y tarificación de los productos o de una familia de productos siguiendo tres fases: «[...] definición de tipología de productos, definición de los artículos de competencia y cálculo de precios por compensación y modulación de márgenes.» Por ello, la imagen asignada a un producto, servicio o establecimiento en relación con un determinado nivel de precios debe ser tomados con cautela por los tribunales a los efectos de concluir si se está produciendo o no denigración de la imagen. Este es el camino que parece seguir la jurisprudencia comparada de Suiza y Alemania. En nuestra jurisprudencia vid., entre otras, las siguientes sentencias: SAP de Cantabria, de 12 de mayo de 1993; SAP de Barcelona, de 14 de enero de 1998; SAP de Baleares, de 19 de

Por tanto, la denigración contenida en el artículo 17.2. b) de la LCD parece estar estrechamente relacionada con el precio, mientras que la contenida en el artículo 9 del mismo texto, no. La diferencia entre ambas normas parece residir en el medio empleado para «desacreditar». Una se instrumenta en una venta a pérdida, y la otra no siempre. La especialidad radica precisamente en el medio empleado para desacreditar por tres motivos. En primer lugar, porque se instrumenta en una estrategia de ventas a pérdida dirigida a menoscabar la imagen que los consumidores y usuarios, los concurrentes y en definitiva el propio mercado tiene de un producto, servicio o de un establecimiento ajeno. En segundo lugar, porque en el artículo 9 de la LCD la conducta denigrante y desleal se produce no por la venta pérdida sino por la realización, ya sea por acción o por omisión de la difusión de manifestaciones «[...] sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes», pero no por venta a pérdida⁶⁹³. Y finalmente, porque mientras el artículo 9 de la LCD parece contener un concepto amplio de denigración siempre que el comportamiento sea apto para menoscabar el crédito de un tercero —calidad, cantidad, origen, características de las prestaciones, servicio posventa o atención al cliente entre otras—, en el artículo 17.2. b) de la LCD esa aptitud parece quedar claramente delimitada por el precio.

Razón por la cual, la diferencia fundamental entre estas conductas radica en el medio empleado. La especialidad viene determinada por la manifestación con fines concurrenciales del comportamiento mismo siempre que este se muestre objetivamente idóneo para denigrar. Aunque ello no implica la realización de ninguna manifestación sobre la actividad, sobre las prestaciones, sobre el establecimiento o sobre las relaciones mercantiles de un tercero. Mientras que la denigración contenida en el artículo 9 de la LCD sí. Por tanto, lo que prohíbe el artículo 17.2. b) de la LCD es el mero hecho objetivo de vender a pérdida cuando tenga por efecto el descrédito, sin que sea necesaria la realización de ninguna otra manifestación para que el comportamiento sea objeto de reproche. A diferencia del descrédito producido por los medios descritos en el artículo 9 de la LCD. Se prohíbe por tanto, la aptitud o idoneidad objetiva de la conducta para producir el resultado, la denigración o la desacreditación de un producto, servicio o establecimiento no propio.

febrero de 1998. En ellas se viene a poner de manifiesto, como acertadamente ha indicado MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal ...*, ob. cit., p. 519, que «[...] el descrédito de la imagen de los productos ajenos no surge *es re ipsa* de la venta a pérdida». Debiendo valorarse con sumo cuidado las conclusiones que puedan inferirse de la relación calidad precio.

⁶⁹³ En el caso de que la realización o difusión de manifestaciones se fundamenten en elementos exactos, verdaderos y pertinentes, la deslealtad desaparece. Y el comportamiento pasa a convertirse en un instrumento competitivo, basada en los propios méritos. Lo mismo que ocurre con el artículo 6. c) de la LGP para los supuestos de publicidad comparativa.

2.3. Y «cuando tenga por efecto»

En relación con esta expresión cabe preguntarse qué es lo que persigue el Legislador con la expresión «efectos». Está exigiendo la presencia de un resultado efectivo de denigración a través de la venta a pérdida, como el resultado de una acción ordenada y dirigida hacia la consecución del resultado de descrédito, lo que implica que sólo se castigue por el resultado. O por el contrario, debe interpretarse el término «efecto» en sentido amplio, entendido como la objetiva idoneidad de la venta a pérdida para producir el resultado de desacreditar la imagen de un producto, servicio o establecimiento. Lo que implica la posibilidad de represión de las conductas preparatorias y las acciones dirigidas a alcanzar dicho fin. En el marco de esta segunda opción, de producirse el resultado sólo vendrá a confirmar la objetiva idoneidad del comportamiento. Y deberá ser tenido en cuenta a los efectos de determinar la gravedad de la conducta anticompetitiva, así como la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. De no optar por esta segunda interpretación podría darse el supuesto de que determinados actos preparatorios o de prácticas desleales en curso siendo objetivamente idóneas para producir el resultado lesivo de descrédito, no podrán ser objeto de represión hasta que alcancen el resultado prohibido. De modo que la norma estaría llegando *ex post* y no *ex ante* cuando ésta no parece ser la finalidad perseguida por el Legislador con la normativa de libre y leal competencia⁶⁹⁴. Por tanto, la objetiva idoneidad del comportamiento desleal para producir el resultado de lesivo a través de la venta a pérdida es suficiente para considerar el comportamiento como el resultado que trata de evitar la norma.

3. Los efectos del descrédito

La imagen que los destinatarios tienen de un producto, servicio o de un establecimiento es fruto del esfuerzo constante de sus titulares. En los casos de las marcas que triunfan porque las que no tienen demanda son condenadas al ostracismo. Y las que triunfan pueden llegar a tener un valor muy superior a la suma de los activos de la propia empresa. De ahí que las inversiones y esfuerzos dirigidos a la marca sean objeto de protección. Y a los consumidores y usuarios la satisfacción de la utilidad del producto o servicio en cuestión más la garantía sobre la imagen y otras connotaciones inherentes. La marca es capaz de conseguir que los destinatarios a los que va dirigido no tengan que realizar nuevos análisis sobre la utilidad, la relación calidad-precio y las representaciones positivas por el prestigio implícito. Simplemente con haber realizado este análisis en la primera

⁶⁹⁴ Vid. ALONSO SOTO, A., «Supuestos de competencia desleal por ..., ob. cit., p. 85 al mantener que «[...] Lo esencial para que un comportamiento de tal naturaleza pueda calificarse como desleal será el que se haya producido un determinado resultado, el descrédito del competidor.» De seguir este planteamiento y exigir la presencia de un resultado efectivo de descrédito se estaría dejando de perseguir conductas preparatorias realizadas en el mercado y con finalidad concurrencial objetivamente idóneas para producir el resultado de descrédito. Si ésta hubiera sido la interpretación deseada por el Legislador podría haber utilizado directamente la expresión «resultado» o «consecuencia». Por ello, tal vez la interpretación del término «efectos» utilizada por el Legislador debería realizarse en el sentido amplio apuntado.

compra podrá prescindir de realizarlo en su totalidad en otras compras posteriores, siendo suficiente con la comprobación de determinados elementos⁶⁹⁵. Así pues, las marcas operan como una garantía de calidad y de servicio que ahorra a sus destinatarios el coste de oportunidad del análisis y los costes de búsqueda para satisfacer sus necesidades. Es por ello, por lo que las inversiones realizadas no sólo son objeto de protección por la normativa específica sino también por la normativa de competencia desleal. Es en esta segunda acepción donde el precepto analizado contiene algunas peculiaridades, por un lado, la protección de la imagen de los productos en sentido amplio, comprensivo de los servicios, y por otro, la imagen de los establecimientos ajenos, que ha de entenderse en sentido estricto como *la firma*, y el nivel de precios.

La referencia al término *imagen* podría ser entendido en sentido amplio como un signo distintivo con la extensión de la definición contenida en el artículo 4 de la LM al definirla como marca

«[...] todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otra empresa».

La referencia que el artículo 17.2. b) de la LCD hace a la imagen no es a la imagen de marca en sentido estricto, pues esta es objeto de protección específica a través de los derechos de exclusiva. Por lo que la imagen a la que hace referencia el citado artículo tiene un campo de aplicación más amplio que a la marca en sentido estricto. Algunas de estas características atribuibles a la imagen de un producto, servicio o establecimiento podría ser objeto de protección por otros derechos de exclusiva como los derechos de propiedad industrial e intelectual. Sin embargo, esa amplitud de protección de la imagen desde la disciplina de la competencia desleal va dirigida a una característica muy concreta, aquella que sufre los efectos de la venta a pérdida, la imagen en relación al nivel de precios. Y más concretamente, sobre el nivel de precios comúnmente conocido y esperado por sus destinatarios para un producto, para un servicio o para los productos o servicios de un establecimiento ajeno.

4. El producto

La referencia a la expresión «producto» se entiende como comprensiva también de los servicios⁶⁹⁶. Al igual que la interpretación realizada de los términos «efecto», «desacreditar» e «imagen», el término «producto» ha de ser interpretado también en sentido amplio por dos razones. La primera, como

⁶⁹⁵ Con un criterio similar *vid.* MONTEAGUDO, M., *La protección de la marca renombrada*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 269-275.

⁶⁹⁶ Entre la doctrina más relevante es una opinión generalizada que el término producto utilizada por el Legislador en la LCD —al igual que el concepto de empresario—, ha sido utilizado en un sentido amplio, comprensivo de productos propiamente dichos y de prestaciones de servicios. En este sentido *vid.* MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal ...*, *ob. cit.*, p. 519.

comprendido de producto en sentido estricto como objeto que se revende en el mercado o como prestación de servicios. Y la segunda, estrechamente relacionada con las cualidades cualitativas y cuantitativas del producto o servicio en cuestión. Y es desde esta concepción amplia desde donde cobra sentido la normativa de la competencia desleal como una regulación dirigida a evitar todos aquellos comportamientos que resulten contrarios a las exigencias de la buena fe.

Es suficiente con que el comportamiento desleal sea susceptible de producir el descrédito, sin que sea necesario que el resultado efectivamente haya producido el descrédito de uno o más productos. Con que el comportamiento afecte a un solo producto será de aplicación la norma, y en el supuesto de que se vieran afectados varios productos será tenido en cuenta a los efectos de proceder a la determinación de la gravedad de la conducta, y en su caso a la indemnización correspondiente.

Cualquier producto que se ofrezca en el mercado tiene una imagen, incluso aquellos que se ofrecen bajo las denominadas marcas blancas. Cualquiera que sea la forma que revistan, se haya buscado o no por sus creadores. La simple oferta en el mercado con fines concurrenciales a través de un producto o servicio, ya sea por su propio fabricante o por el distribuidor de la misma, supondrá que sus destinatarios —los consumidores y usuarios, los revendedores e incluso aquellos que no la adquieren pero que toman conciencia de que otros las adquieren y lo que ello supone— asuman, consciente o inconscientemente una determinada opinión sobre el producto en cuestión, sus cualidades, sobre el oferente y el adquirente. En definitiva, esta diferenciación frente a otros opera como un signo distintivo. La propia concurrencia atribuye a su titular una serie de derechos frente al resto.

La Ley define la marca como «[...] todo signo o medio que distinga o sirva, para distinguir en el mercado productos o servicios de una persona, de productos o servicios idénticos o similares de otra persona.» Luego, de lo expuesto parece entenderse que la referencia que el Legislador realiza a la imagen es en realidad a la marca. Por tanto, cuando el producto se oferta bajo una marca y con los requisitos que ésta establece es objeto de protección por la LM en cuyo artículo 40 establece que el titular de una marca registrada podrá:

«[...] ejercer ante los órganos jurisdiccionales las acciones civiles y penales que correspondan contra quienes lesionen su derecho y exigir las medidas necesarias para su salvaguardia [...]»⁶⁹⁷

El requisito de que la marca esté registrada para poder tener Derecho al ejercicio de las acciones que le confiere a su titular la LM excluye la posibilidad de protección a través de esta norma de aquellos productos y o servicios que no estén amparados por una marca registrada, y queden fuera del régimen previsto

⁶⁹⁷ En el artículo 10. bis del Convenio de la Unión de París siempre ha habido una estrecha relación entre la normativa de propiedad industrial y la normativa de competencia desleal. *Vid.* MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia ...*, ob. cit., pp. 32 y ss. De ahí que en la doctrina se hayan realizado esfuerzos por delimitar la frontera entre ambas disciplinas. *Vid.* AREÁN LALÍN, M., «El uso obligatorio de la marca registrada ... ob. cit.

para la marca «notoriamente conocida» del artículo 6.2. d)⁶⁹⁸ La Ley define el concepto de notoriedad para marca y nombre comercial como aquellos que:

«[...] por su volumen de ventas, duración, intensidad o alcance geográfico de su uso, valoración o prestigio alcanzado en el mercado o por cualquier otra causa, sean generalmente conocidos por el sector pertinente del público al que se destinan los productos, servicios o actividades que distinguen dicha marca o nombre comercial [...] Cuando la marca o nombre comercial sean conocidos por el público en general, se considerará que los mismos son renombrados y el alcance de la protección se extenderá a cualquier género de productos, servicios o actividades [...]»⁶⁹⁹

Es en este supuesto donde la LCD cobra especial importancia a la hora de proteger la imagen de un producto, servicio o establecimiento, del descrédito que pueda sufrir o sufrir por la venta a pérdida de otro competidor, cuando no se encuentre protegido por los derechos de exclusiva. Precisamente porque

«[...] En lo tocante a la desacreditación de productos, la venta a pérdida incide prioritariamente, antes que sobre los precios de los mismos o su volumen de ventas, sobre el prestigio de los mismos. Basta con traer aquí la reflexión doctrinal acerca del daño que la venta a pérdida ocasiona a productos que se venden bajo el prestigio de la marca renombrada. En esas situaciones, un precio anormalmente bajo puede quebrar la asimilación que los consumidores hacen entre el prestigio de la marca y su alto precio de ese producto es consecuencia de una correspondiente merma en su calidad. Se concluye así que el artículo 17.2. b) de la LCD encuentra una primera justificación en su aptitud para combatir procesos de envilecimiento de la marca renombrada.»⁷⁰⁰

En relación con este supuesto podría darse el caso de que un fabricante o distribuidor concurriera en el mercado fabricando y distribuyendo sus productos que son de gran aceptación. Uno de sus competidores en relación directa de competencia compra a dicho oferente una determinada partida de esos productos con el correspondiente descuento para revenderlos con un margen o directamente a precio de mercado. Pero lo que hace es ofertarlos a un precio inferior a su coste

⁶⁹⁸ El concepto de marca «notoriamente conocidas» ha de entenderse como establece el propio precepto en el sentido del artículo 6. bis del Convenio de París.

⁶⁹⁹ Vid. artículo 8.2. de la LM. Un precepto que trae causa del artículo 6. bis. del Convenio de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 20 de marzo de 1983.

⁷⁰⁰ Vid. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La venta a pérdida como supuesto de competencia desleal [Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2.ª) de 12 de junio de 1992], *RGD*, núm. 589-590, 1993, p. 10352. Sin embargo, la imagen sobre la que parece pronunciarse el autor es la imagen de precios, en consonancia con lo planteado por parte de nuestra doctrina. Vid. ALONSO SOTO, R., «Supuestos de competencia desleal por ..., ob. cit., p. 85., y MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal* ..., ob. cit., p. 519. Al indicar que «[...] la venta a pérdida como medio de desacreditación de un establecimiento competidor será desleal en la medida en que sirva para fomentar entre los consumidores la idea de que los precios ofertados en aquél son realmente elevados, con la consiguiente disminución de la clientela [...] Tal planteamiento es imaginable entre establecimientos que se encuentran en una situación de competencia directa, tanto en lo relativo a los productos que ofrecen, como en cuanto a su proximidad geográfica». Un planteamiento que como se tratará a continuación será extensible a los supuestos de desacreditación de la imagen de precios de los productos o servicios.

de adquisición. Éste es un problema que suele producirse cuando una gran superficie se implanta en un nuevo mercado. En una primera fase, durante la negociación con los fabricantes y distribuidores locales para que le suministren productos o les presten servicios tratan de apurar los márgenes a los que éstos les venden. Los motivos por los que negocian con los proveedores locales pueden ser múltiples, pero básicamente se debe al hecho de que no quieren asumir los costes del diseño de esa infraestructura productiva para un producto o para un servicio cuya demanda es básicamente de carácter local y que difícilmente dejaría un margen de beneficios aceptable en relación a la rentabilidad media por metro cuadrado de superficie. De modo que realizan unas grandes compras iniciales, que en muchos casos son financiadas total o parcialmente por el proveedor, obligándoles además en algunos supuestos a sobredimensionar su capacidad productiva para hacer frente al aumento de la demanda, entrando en un incremento de costes fijos y en inversiones sólo recuperables a largo plazo. Durante la segunda fase de su estrategia vuelven a renegociar con los proveedores y ante la naturaleza abusiva de las condiciones que impone la Gran Superficie el pequeño distribuidor local decide romper las negociaciones. A lo que la Gran Superficie responde importando un gran volumen de género muy similar a un precio bajo, inundando el mercado y reduciendo la demanda que tradicionalmente venía teniendo el fabricante o distribuidor local, no pudiendo hacer frente a los pagos derivados de sus costes fijos y variables. De modo que se ven obligados a aceptar las condiciones que de un modo u otro imponen las grandes superficies. En este supuesto, la venta a pérdida produciría tanto en el producto del lugar donde se implanta como el sustitutivo que se importa una afectación en la imagen de precios y de marca. Se generará una percepción falsa en los consumidores y usuarios sobre las prestaciones que el producto, servicio o los establecimientos que ofertan los productos o servicios afectados por la venta a pérdida⁷⁰¹.

Asimismo, la normativa de competencia desleal cobra especial importancia en los supuestos de apropiación de signos distintivos ajenos en materia de marca en los supuestos de los artículos 6.2. d) y 8. de la LM y 4.4. g) de la Directiva sobre marcas, ya que los citados preceptos no incorporan el Derecho o la facultad de prohibir al titular de la marca apropiada. Una situación que se ha puesto de manifiesto en interesantes sentencias como la del TS de 22 de enero de 1999, la de la AP de Barcelona, de 27 de enero de 1995, la de la AP de Madrid, de 22 de mayo de 1998 y la AP de Valencia, de 5 de mayo de 1993, entre otras⁷⁰².

⁷⁰¹ Para un análisis del envilecimiento que puede sufrir la imagen de un producto o servicio de una marca renombrada *vid.* FERNÁNDEZ-NOVOA, C., «Reflexiones preliminares sobre la Ley de Competencia Desleal», *La Ley*, núm. 2761, de 7 de junio de 1991, pp. 1179-1184. Con acierto el autor mantiene que: «Es indudable, a mi juicio, que la venta de productos dotados con una marca renombrada por debajo del precio pagado al fabricante por un revendedor tendrá —frecuentemente— por efecto desacreditar el *goodwill* y la buena imagen del producto diferenciado por la marca renombrada. El debilitamiento del prestigio inherente a la marca renombrada puede producirse en tal supuesto por dos razones fundamentales. A saber: porque la marca renombrada ve menoscabada su buena fama frente a los consumidores que vinculan el prestigio de la marca con un alto precio; o bien porque los consumidores que actúan más racionalmente, pueden pensar que la reducción ostensible del precio del artículo de marca es consecuencia de una reducción paralela del nivel de calidad de los productos diferenciados por la marca renombrada.»

⁷⁰² Para un estudio de la marca renombrada y los efectos que la venta a pérdida puede tener como comportamiento desleal dirigido a obstaculizar la imagen de un producto, servicio o establecimiento *vid.*

En la primera, el TS se pronuncia en el asunto «Precisión Mecánica Naval de Canarias, S.A. c. D. Manuel T.» La demanda ha venido dedicándose a la reparación mecánica y electrónica de motores y accesorios de navíos y vehículos entre otros. En dicha empresa trabajó durante doce años D.^a ÁNGELES, P. P. Y tras salir de dicha empresa ésta y el demandado —su marido—, constituyeron en 1998 la mercantil «Servicios Importaciones y Exportaciones, S. L.», con un objeto social similar al de la empresa de la que había salido. Posteriormente, D. MANUEL T. en calidad de administrador de la nueva entidad solicitó en el Registro de la Propiedad Industrial la inscripción como marca la denominación «Premenaca», que había venido utilizando la entidad actora.

En este asunto, no se procede a la aplicación de la normativa sobre marcas cuya única vía al no estar registrada dicha marca es la prevista en el artículo 3.3. de la derogada LM a través de la acción reivindicatoria, sino que a instancia del demandante procede a la aplicación de la normativa de competencia desleal al indicar en el FD. 2.º que:

«[...] La Ley de Competencia desleal tiene por finalidad, según dice su artículo 1, la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales (artículo 2). El artículo 5 declara como cláusula general, que se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. Esto sentado, *ninguna duda cabe sobre la deslealtad que significa acudir al Registro de la Propiedad Industrial para registrar como marca la denominación utilizada en el mercado y creada por la sociedad mercantil legalmente constituida, y conocida por «Premenaca», en la que prestó largos años de servicios la esposa y consocia del solicitante con el 50% de participación en la Sociedad Limitada de análogo objeto social.*

También es inequívoca la voluntad de utilizar en el mercado la denominación o de entorpecer el uso de quien la creó, y no es preciso que se haya llegado a poner en práctica porque descubierta la solicitud de instancia de la recurrente, el Registro suspendió la inscripción, y se está en el supuesto del artículo 18 número 2 que se concede la acción contra el acto desleal tanto para que cese como para prohibirlo si ésta todavía no ha comenzado, que es el caso enjuiciado.»

MASSAGUER FUENTES, J., voz «Marca renombrada», en *EJB*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 4196-4197; *idem*: *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, pp. 157-158; TAIX, R., *La protección de la marca renombrada por los Tribunales de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial—Andena, Madrid, 1993, pp. 160-169; MONTEAGUDO, M., *La protección de la marca renombrada*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 269-275; FERNÁNDEZ NOVÓA, C., *Derecho de marcas*, Montecorvo, Madrid, 1990, pp. 126-131, no sólo con la marca renombrada, sino también para otras creaciones protegidas, que podría ser también de aplicación al presente supuesto; *idem*: «Reflexiones preliminares sobre la Ley de Competencia Desleal», v. VXIV, *ADI*, 1991-1992, pp. 15 y ss.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La venta con pérdida como supuesto de competencia desleal. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección. 2.^a) de 12 de junio de 1992», *RGD*, núms. 589-90, 1993, pp. 10352 y ss.; OTERO, J. M., «La venta con pérdida tras la entrada en vigor de la Ley de ..., ob. cit., p. 1459-1460.

El demandante tenía la posibilidad de acudir a la normativa sobre marcas a través del derogado artículo 3.3. de la LM a través del ejercicio de la acción reivindicatoria «con anterioridad a la fecha de concesión o en un plazo máximo de cinco años desde la fecha de publicación de dicha concesión.» Los hechos sobre los que recaen ambas normativas protectoras son coincidentes donde las partes pueden optar entre la LM o LCD. Sin embargo, en este supuesto parece más interesante la LCD y las acciones previstas en el artículo 18.

La segunda, con similar criterio, la SAP de Madrid «El Corte Inglés, S.A. e Hipercor, S.A. c. Mobelcor Mobiliario y Declaración, S.L.», de 22 de mayo de 1998, por acto de competencia desleal consistente en la asociación de un triángulo isósceles idéntico al utilizado por las demandantes. A juicio del Tribunal el demandado realiza un comportamiento desleal en un intento «evidente que trata de utilizar el prestigio, notoriedad y fama de las mismas para conseguir captar clientela» y a la que los consumidores y usuarios atribuyen un determinado valor operando como un signo distintivo—FD. 7.º—. En este supuesto se acude a la normativa en materia de marcas, nombre comercial o rótulo de establecimiento sino a la normativa de competencia desleal al indicar en el FD. 5.º que:

«[...] la protección de la competencia leal no se realiza sólo a través de la defensa de la Propiedad Industrial, sino más genéricamente a través de la Ley de Competencia Desleal. Esta idea básica tiene interés especialmente en un supuesto como el que nos ocupa, en el que no importa en sí si el signo distintivo que es utilizado por las entidades actoras se encuentra o no protegido por la Propiedad Industrial, sino la forma y utilización del signo triángulo isósceles con fondo verde y letras en blanco por parte de la entidad hoy demandada, quien lo comenzó a utilizar en fecha muy posterior a que lo hicieran las entidades actoras, y conociendo la existencia y uso del mismo por ellas, como reseñamos ya anteriormente, lo que fue reconocido por el representante legal de la entidad «Mobelcor» en prueba de confesión.»

A similar conclusión llega la SAP de Valencia «Procter y Gamble España y Richardson.Vicks Inc. c. Sociedad Química de Perfumería y Color, S.A.», de 5 de mayo de 1993. En este supuesto las demandantes acuden a la normativa de competencia desleal para evitar que los champúes del demandado «Neymi» y «Tayko» puedan generar confusión con su champú de la marca «Vidal Sassoon».

Finalmente, de lo expuesto hasta el momento puede observarse con claridad como la normativa en materia de propiedad industrial se muestra insuficiente para proteger determinados signos distintivos atribuidos a la imagen del producto, servicio o establecimiento al no estar registrados, por lo que es la normativa en materia de competencia desleal la que viene a llenar el vacío al respecto.

4.1. Cantidad de productos, servicios o establecimientos afectados

Para el Legislador es suficiente con que el acto de denigración tenga efecto sobre «un» concreto producto o servicio⁷⁰³. Pero cabe preguntarse si esa referencia es al producto o servicio como género —«un» como artículo indeterminado—, o a un único producto o servicio perfectamente delimitado —«un» como uno, adjetivo—. La respuesta a este interrogante no es baladí, porque si se acepta la primera opción la imagen denigrada vendrá dada por el conjunto de las ventas a pérdida realizadas. Debiendo determinarse el número de ventas a pérdida necesarios para calificar la ilicitud o no del acto. Pero por el contrario, en la segunda opción, si el acto de denigración se produce con respecto a un solo producto, por ejemplo, un solo par de zapatillas de marca, la simple realización de una sola venta a pérdida por el agresor que implique un acto de denigración supondrá un acto de competencia desleal. De lo expuesto, parece más probable la segunda opción, donde la utilización de la palabra «un» parece claramente dirigida a identificar e individualizar con claridad el concreto acto de denigración a través de una venta a pérdida de producto o de la prestación de un servicio. En el supuesto de que el descrédito efectivamente haya recaído en multitud de ventas a pérdida esto será tenido en cuenta a los efectos de calcular la gravedad de la conducta realizada, y en su caso la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

4.2. Supuestos especiales

Cabría preguntarse qué es lo que ocurriría si la venta a pérdida se realizara sobre un *producto o servicio en un paquete cerrado*, como pudiera ser un viaje de vacaciones en el que se ofrece no sólo los billetes de avión, las maletas, el hotel, pensión completa, las excursiones y una flamante pareja de relojes marca «Viceroy» de regalo. Resulta evidente que el negocio de la agencia de viajes o del *tour operador* no radica en la reventa de los relojes. Pero también es evidente que la oferta de los mismos en el *pack* puede tener por efecto denigrar la imagen de marca del producto en cuestión, aun cuando esta no haya sido la finalidad perseguida. Una especie de supuesto culposo. Pero y si el negocio de sujeto que tiene la agencia de viajes no es el viajes realmente, sino la venta de relojes marca «Viceroy» que trata de hacerse hueco en un determinado mercado. En este supuesto, el viaje sería utilizado como señuelo mientras que los relojes se estarían vendiendo a pérdida de modo que los potenciales compradores, utilicen o no el viaje, posiblemente acaben comprando su reloj en la agencia de viajes.

Un ejemplo similar cabe imaginar en los supuestos de ventas conjuntas de enciclopedias cuando junto a ellas se regalan una televisión o un equipo de sonido de una marca conocida. En este supuesto los oferentes locales de los mismos productos podrían ver como la imagen de marca del producto, servicio o establecimiento podría verse afectada por la inclusión en la oferta de los aparatos

⁷⁰³ Vid. MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal* ..., ob. cit., p. 525.

de marca. La especialidad de esta práctica viene dada porque alguno de los productos se vende a pérdida y no se supera el límite del 15 por ciento previsto en el artículo 8.2. de la LCD. Puede incluso, que la finalidad perseguida por el oferente de las enciclopedias sea simplemente vender las enciclopedias y no denigrar la imagen de marca de esos productos o de los establecimientos que los venden. Aún cuando el precio al que vende las enciclopedias le deja margen suficiente para obtener beneficios vendiendo a pérdida los productos gancho.

Resulta evidente que en los dos supuestos anteriores la imagen de producto o servicio pueden verse denigradas. En cualquier caso, lo realmente difícil sería determinar con claridad qué productos y qué prestaciones de servicios se están vendiendo a pérdida y cuáles como consecuencia de ello están afectando a la imagen de un producto o servicio concreto en ese *pack*. En cualquier caso, se tratará básicamente de un problema probatorio, que ha de tratar de individualizar y probar la existencia de una venta a pérdida que tenga o pueda tener por efecto desacreditar la imagen de un concreto producto o servicio. Con lo que el artículo 17.2. b) de la LCD desplegará plenamente todos sus efectos. En estos casos, lo difícil será individualizar el coste de cada uno de los productos para poder determinar si los vende a pérdida, y si forman parte o no de una estrategia promocional o predatoria.

4.3. Posibilidad de extensión a otros signos distintivos

Llegados a este punto cabría preguntarse si el tenor literal del artículo 17.2. b) de la LCD es únicamente aplicable para reprimir comportamientos desleales que puedan denigrar la imagen del producto, servicio o establecimientos ajenos asimilado a la marca. O por el contrario, podría extenderse a otros signos distintivos como los nombres de dominio o la denominación social. La norma parece limitarse a la imagen de marca y su posible denigración por la realización de ventas a pérdida por un tercero. Sin embargo, el concepto que se utiliza por el Legislador parece ser el de la imagen de precios del producto, servicio o establecimiento ajeno en el mercado relevante. En este caso puede verse afectada la imagen de marca, pero también otros signos distintivos que como consecuencia de la venta a pérdida de un producto, servicio o de estos en un establecimiento podrían adquirir fama de caros. Por ello, de la redacción del artículo 17.2. b) de la LCD nada impide que bajo el término «imagen» se incluya también la protección de otros signos distintivos como los nombres de dominio o la denominación social. cuando como consecuencia de la venta a pérdida la imagen de los mismos, en relación a su nivel de precios pudiera verse desacreditada⁷⁰⁴.

⁷⁰⁴ Para el estudio de los supuestos de apropiación de una marca o de cualquier otro signo distintivo, sobre todo en relación con los nombres de dominio o la denominación social *vid.* MASSAGUER FUENTES, J., «Conflictos de marcas en Internet», *RGD*, núm. 648, 1998, pp. 11107-11123.

5. La extensión a los servicios

Parece evidente la extensión del término «producto» contenido en el artículo 17.2. b) de la LCD a las prestaciones de servicios. Ésta parece ser la intención presente en la mente del Legislador. Sin embargo, no se debería dar por hecho esta idea y se debería profundizar en ella, a los efectos de encontrar una respuesta satisfactoria al hecho de que sí se haga referencia en el precepto anterior —17.2. a) de la LCD— y no en el siguiente —17.2. b) de la LCD—. Cabría preguntarse si ello obedece un simple *lapsus*, y la prestación de servicios estaba presente en la mente del Legislador con la utilización de la expresión productos. O por el contrario, a juicio del mismo Legislador sólo es posible la denigración a través de la venta a pérdida de la imagen de un producto o establecimiento, pero no de un servicio.

En relación con estos interrogantes, difícilmente el Legislador pudo cometer un error al omitir la referencia expresa a la imagen de producto o establecimiento ajeno y no a los servicios. Parece partir de la idea de que el producto puede salir de las manos de su creador y circular en el tráfico con una determinada imagen y precio de modo que la venta a pérdida del mismo no sólo puede afectar al producto, sino al resto de establecimientos que lo tienen como parte del género que ofertan. Son el producto y el establecimiento ajenos quienes pueden ver denigrada la imagen, en concreto el nivel de precios con el que normalmente concurre. Pero nunca podría ser extensible a la prestación de servicios en la medida en que estos van inexorablemente unidos a las personas físicas o jurídicas que los prestan. Parece partir de la idea de que aunque los terceros vendan a pérdida servicios idénticos, nunca podrían afectar o influir negativamente en la imagen de los servicios que presta otro concurrente, en la medida en que estos servicios estarían dotados de identidad propia.

Sin embargo, cabría imaginar una empresa que no sólo vende un producto sino que establece toda una línea de servicios a través de establecimientos asociados. Una empresa que sin capacidad para generar una red de distribución en exclusiva acude a través de acuerdos con determinados profesionales, por ejemplo, con técnicos en electrónica para que presten dichos servicios. Evidentemente a la prestación de servicios les alcanza la imagen del producto cuyo servicio técnico prestan. Y en el concepto de imagen se encuentra el precio al que facturan la mano de obra. Luego si en una determinada plaza comercial concurrieran varios de estos profesionales en régimen de competencia, la venta a pérdida por uno de ellos de las prestaciones que está ofertando, tendría efectos negativos sobre la imagen que esa prestación de servicios se tiene en dicha plaza. Lo que probablemente podría ser empleado por el agresor como una estrategia para disciplinar, persuadir, generar barreras de entrada o salida o expulsar a otros competidores.

Una situación similar puede plantearse en los supuestos en los que un competidor oferta un *pack* compuesto de bienes y prestaciones de servicios. En

dicho *pack* el agresor no presta directamente los servicios, sino que los subcontrata a otros concurrentes que a su vez se los presta, entre otros, a sus competidores. En este momento, el agresor oferta el *pack* a un precio inferior a sus costes, asumiendo directamente las pérdidas que sufre tanto en los productos que oferta como en los servicios que ha contratado, recibe y revende. En este caso, los servicios que presta junto a los productos que entrega pueden efectivamente denigrar la imagen de los servicios que prestan otros concurrentes y de su establecimiento. Además, con esta estrategia el agresor podrá influir sobre las ventas de su competidor al incidir directamente sobre la demanda en la compra pudiendo disciplinarlo y obligarlo a aceptar condiciones comerciales a las que de otro modo no hubiera accedido, evitar o retrasar su entrada o salida del mercado o simplemente expulsarlo. Y en la segunda etapa de la estrategia, el agresor podrá influir directamente sobre el que presta los servicios en su relación con competidores directos del agresor. Precisamente porque al vender a pérdida la prestación del servicio ha conseguido concentrar la mayor parte de la oferta de la empresa que presta los servicios. Simplemente se ha posicionado como uno de los clientes más importantes de su proveedor o prestador de servicios. Pudiendo influir sobre la política comercial en la prestación de servicios. Finalmente y al igual que en el ejemplo anterior la conducta del agresor va a afectar a la imagen de los servicios que tradicionalmente se han venido prestando en el mercado relevante o en causa.

6. El establecimiento

En el caso de la imagen del establecimiento se produce algo similar al supuesto anterior cuando el acto de competencia desleal recae sobre el nombre comercial. El régimen jurídico viene regulado en los artículos 7, 8 y 87 a 91 de la LM, calificando como tal:

«[...] todo signo susceptible de representación gráfica que identifica a una empresa en el tráfico mercantil y que sirve para distinguirla de las demás empresas que desarrollan actividades idénticas o similares [...]»⁷⁰⁵

Si bien es cierto que el registro del nombre comercial en el Registro de la Propiedad Industrial tiene un carácter potestativo, el titular del mismo podrá optar, entre ejercitar las acciones que le confiere la LM cuando haya inscrito su derecho, o por la normativa de competencia desleal —haya o no registrado su derecho—, cuando la venta a pérdida tenga por efecto desacreditar la imagen asociada al nombre comercial.

⁷⁰⁵ Vid. artículo 87.1. LM. En el que se contiene una definición muy similar a la contenida en el derogado artículo 77 de la LM al establecer que «será protegido en las condiciones establecidas en el artículo 8 del Acta vigente en España del Convenio de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial de 20 de marzo de 1883, siempre que su titular demuestre que lo ha usado en España [...]»

Similar situación se producía con la antigua LM en relación al rótulo del establecimiento, pudiendo optar entre la protección por la LM o por la LCD. Se definía como:

«[...] el signo o denominación que sirve para dar a conocer al público un establecimiento y para distinguirlo de otros destinados a actividades idénticas o similares.»⁷⁰⁶

Aunque el régimen jurídico del mismo ha desaparecido en la nueva LM, dejando su protección a la normativa de competencia desleal⁷⁰⁷. Debiendo tener presente el régimen transitorio previsto en la DT. 3.^a de la LM. Y en cualquier caso,

«[...] la protección otorgada por los rótulos de establecimiento podrá hacerse valer a través del registro de una marca o nombre comercial, pudiendo convivir en diferentes ámbitos territoriales si no existiera oposición de tercero, como consecuencia del nuevo procedimiento, en que se suprime el examen de oficio de las anterioridades.»⁷⁰⁸

Por tanto, el titular de los citados nombres comerciales, registrados o no, ante una práctica desleal de un competidor que venda a pérdida y que tengan por efecto desacreditar la imagen de su establecimiento, podrá optar entre la protección que le confiere la LM, o en su caso, por la que le reconoce la LCD⁷⁰⁹. Y transitoriamente, si optase por la LM deberá tener presente la DT, 3.^a

⁷⁰⁶ Vid. la definición contenida en el derogado artículo 82 de la LM.

⁷⁰⁷ Vid. la exposición de motivos, apartado IV, párrafo 12, en el que establece que, «[...] La Ley alineándose con los sistemas de nuestro entorno político y económico, suprime el carácter registral de los rótulos de establecimiento, dejando la protección de esta modalidad de propiedad industrial a las normas comunes de competencia desleal [...]»

⁷⁰⁸ Vid. exposición de motivos, apartado IV, párrafo 12, *in fine*.

⁷⁰⁹ Una situación en la que parece también concurrir la LGP cuando la conducta desleal se realice en el mercado a través de cualquier medio de publicidad y con fines concurrenciales, haya o no llegado a sus destinatarios o producido el resultado lesivo. En estos mismos términos aparece redactada la definición contenida en el artículo 2 de la LGP al definir la publicidad como «[...] toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.» Por tanto, la conducta también podrá ser objeto de represión a través de la normativa sobre publicidad al ser suficiente que la conducta se muestre objetivamente idónea para alcanzar el resultado prohibido, y en este caso en concreto, a través de cualquier acto de publicidad. Un acto de publicidad sobre las ventas a pérdida que al poder tener como efecto la denigración de la imagen de un producto, servicio o establecimiento ajeno está induciendo a los consumidores y usuarios que son precisamente, los destinatarios del acto de publicidad desleal, pues son el conjunto de ellos en donde reside la imagen que trata de protegerse de la denigración. La propia LGP recoge este tipo de publicidad desleal definiéndola en su artículo 6. a) como aquella publicidad que «por su contenido forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades.»

6.1. Ubicación o sede

Al igual que los términos anteriormente analizados, la referencia que el Legislador hace a «establecimiento ajenos» también debe ser interpretado en sentido amplio y comprensivo de cualquier clase sede física o virtual desde la que se realice la prestación de cualquier actividad de carácter comercial o industrial. Siempre que vaya dirigida al mercado y con fines concurrenciales.

6.2. Número de productos o servicios necesarios para que afecte a la imagen de precios del establecimiento ajeno

A diferencia de lo que ocurre con los productos o servicios —donde es suficiente con que se vea afectada la imagen de marca de un solo producto o servicio a través de la venta a pérdida cuando tenga por efecto denigrar—, en el concepto de «establecimiento ajenos» el número de productos o servicios necesarios para que afecte a la imagen dependerá en cada caso. Para ello deberán tenerse en cuenta dos cuestiones. El primer lugar, que el número en sí mismo no es importante, lo realmente significativo es que los productos o servicios cuya imagen se vea afectada sean relevantes a los efectos de configurar la imagen de precios bajos del resto de establecimientos que se encuentren en una situación de competencia. Y en segundo lugar, como complemento de este primer argumento, en el caso de que entre ese «resto de establecimientos» hayan unos que tan sólo ofrezcan unos pocos productos o servicios. Por lo que estos han de ser lo suficientemente significativos para que la venta a pérdida realizada por el agresor pueda afectar a la imagen de precios del resto de productos o servicios del mismo establecimiento.

En este caso, la protección de los efectos desleales del resto de los establecimientos que compiten con el agresor se hace a través de la defensa de la imagen de precios que estos tienen en el mercado con respecto a la percepción que de los mismos tienen sus destinatarios. Dicha imagen es un todo cuyo contenido se determina por las partes de las que se compone, en concreto por los precios a los que venden los productos o servicios.

Pero además, la imagen de precio de un establecimiento no viene sólo determinada por el precio en sí mismo considerado. El precio, aún cuando no siempre responde directamente a la calidad del producto o servicio si viene a ser uno de los elementos más importantes a la hora de que los consumidores y usuarios tomen su decisión. Aunque no siempre, por lo general el precio viene a ser el resultado de una ecuación en la que se tienen en cuenta otros elementos también valorados por los consumidores y usuarios⁷¹⁰.

⁷¹⁰ En este sentido resulta especialmente significativo el estudio de la imagen de los diferentes tipos de establecimientos realizados por el BBA en 1986 sobre una muestra de 3000 personas. Citado por MOUTON, D., y CRU, T., *Merchandising estratégico*, Fundemi Books, 2.ª ed., Barcelona, 1993, pp. 113-119. Los estudios BBA se fundamentan en preguntar a los consumidores y usuarios sobre su conducta en la vida cotidiana sobre 12 parámetros, de ellos se pueden extraer 9 estereotipos diferentes de los que a su vez se

6.3. Número de «establecimientos»

Resulta evidente que la calificación de un establecimiento entre sus demandantes como de buenos precios o de precios caros resulta decisivo a los efectos de concurrir con éxito. Responda o no a la realidad, la opinión que del establecimiento tenga el resto de los consumidores y usuarios, la diferencia de precios entre el establecimiento que vende a pérdida le puede perjudicar seriamente.

La utilización de la palabra «establecimiento» en singular parece indicar que es suficiente con que la imagen de uno sólo se vea afectada por la venta a pérdida realizada por otro competidor para que este comportamiento pueda ser calificado como desleal. La imagen del establecimiento a tener en cuenta, tal y como se ha venido indicando, es aquella que está estrechamente relacionada con el nivel de precios del mismo.

Asimismo, la referencia al establecimiento no puede ser entendida como una alusión a la firma. Esta es un concepto más amplio que el del establecimiento. Una sola firma, puede tener múltiples establecimientos en el territorio nacional, con la misma o con diferente estrategia de precios, y sin embargo, sólo el radicado, por ejemplo, en la provincia de Valladolid se está viendo afectado en su imagen de precios por las ventas a pérdida realizadas por otro competidor de la misma zona. No obstante, firma y establecimiento operaran como conceptos similares en los supuestos en los que la firma coincida con un solo establecimiento.

inferen las preferencias de estos en atención a la imagen de los establecimientos. Así se ponen de manifiesto las preferencias por orden de importancia de los consumidores sobre los servicios que prestan diferentes establecimientos como hipermercados, supermercados, establecimientos próximos, establecimientos populares y grandes almacenes. Entre estas preferencias en orden decreciente se encuentran: «1. Cajas abiertas, siempre en número suficiente, 2. Servicios post-venta, 3. Probadores, 4. Cajas especializadas para pequeño volumen de compras, 5. Amplios parkings de fácil acceso, 6. Carritos siempre disponibles, próximos a la entrada, 7. Aseos, 8. Personal para informar, 9. Surtidores de gasolina en número suficiente, 10. Teléfonos, 11. Información sobre ofertas a la entrada del almacén. 12. Carritos con posibilidad de sentar a los niños, 13. Servicios nocturnos una vez por semana, 14. Servicio de transporte de las compras hasta el coche, 15. Impresión automática de talones en la caja del almacén, 16. Crédito, 17. Servicio de reparación de calzado, 18. Servicio de copia de llave. 19. Servicio de lavado, 20. Una cafetería, 21. Establecimiento automático de facturas a partir de códigos de barras, 22. Comercios especializados en una galería comercial o en el parking, 23. Servicios nocturnos una vez por semana, 24. Servicios nocturnos los sábados, 25. Animación para las ofertas, 26. Música, 27. Tarjeta de crédito del establecimiento, 28. Guardería para niños». A título de ejemplo se expondrán 5 de las 25 opciones por orden de importancia decreciente en establecimientos y las preferencias de los consumidores y usuarios sobre la imagen de cada tipo de establecimiento en atención a los criterios citados.

Hipermercados	Supermercados	Estbl. próximos	Estbl. populares	Grand. Almac.s
1. Gasolina más barata	1. Productos frescos	1. Personal agradable	1. Fácil acceso	1. Pago con tarjeta
2. Precios más baratos	2. Estanterías atractivas	2. Sin cola en la caja	2. Personal disponible	2. Decoración cuidada
3. Fácil aparcamiento	3. Aliment. con surtido	3. Productos frescos	3. No pérd. de tiempo	3. Prod. de calidad
4. Todo mismo sitio	4. No hay colas en caja	4. Secci.s atractivas	4. Promoc. Intersts.	4. Ambiente agradable
5. Tda compra una vez	5. Resp.fch.límite venta	5. Limp., bien conser	5. Fácil localización	5. Personal disponible

Por tanto, será suficiente con que un establecimiento ajeno se pueda ver desacreditado en su imagen o en la de los productos o servicios que oferta. Y en el caso de que el descrédito alcance a más establecimientos será tenido en cuenta a los efectos de determinar la responsabilidad. La referencia a que el Legislador hace a «ajenos» no encaja con el artículo determinante previo «un». Por ello, y en la medida en que la ilicitud concurrencial por venta a pérdida pueda desacreditar a un solo establecimiento ajeno o no propio, será suficiente para que se aplique el precepto. Sin que sea necesario proceder a indicar el número de establecimientos ajenos cuya imagen de producto o de establecimiento se haya visto afectada por la descrédito inducido por la venta a pérdida de la competencia.

7. Delimitación del concepto de ajeneidad

Tal vez, la utilización en plural del término «ajenos» se haya realizado pensando en los dos elementos anteriores, imagen de marca de producto e imagen de marca de establecimiento.

Ajeno será todo aquello que no sea propio. Sin embargo, aunque parece más bien un supuesto de laboratorio cabría preguntar qué pasaría si el agresor directamente o a través de las empresas en las que participa formara parte, a su vez, de la persona física o jurídica titular de los derechos sobre la imagen de los productos, servicios o establecimiento que se está viendo denigrada por la venta a pérdida. En este caso, el agresor estaría realizando una doble estrategia al perder por una doble vía, cuando directamente vende a pérdida y cuando indirectamente pierde en el valor de la participación que tiene en la otra empresa titular de tales derechos. Los perseguidos por la «canibalización» de sus propios intereses pueden ser múltiples, pero dejando al margen los supuestos altruistas y los negligentes, los objetivos de cualquier práctica desleal suelen ser coincidentes e inspirados por una finalidad monopolística. En este caso, el agresor no podría ser sancionado por la denigración sobre la imagen del producto, servicio o establecimiento por la parte en la que tuviera participación en la medida en que no se reuniría la nota de ajeneidad exigida por el Legislador. No obstante, esta excepción no podría operar con respecto al resto de los titulares legítimos cuyos derechos sobre la imagen de un producto, servicio o establecimiento pudieran verse o efectivamente se vieran afectados por la venta a pérdida realizada con la finalidad de desacreditar.

En cualquier caso, sin olvidar la posibilidad de que tenga lugar el supuesto anteriormente señalado, el precepto analizado de la LCD desplegaría todos sus efectos a través de la protección de los consumidores y usuarios, para los que la venta a pérdida con efectos denigratorios podría inducirlos a confusión o error sobre las cualidades cuantitativas y cualitativas generalmente atribuidas al producto, servicio o establecimiento cuya imagen se está viendo afectada⁷¹¹.

⁷¹¹ A través de esta vía se daría entrada a la protección de los intereses de «cualquier persona que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por el acto de competencia desleal» en los términos previstos en el artículo 19 de la LCD.

8. Los derechos de exclusiva ante las normas de competencia

Ante la concurrencia sobre un mismo supuesto de derechos de exclusiva, libre y leal competencia en venta a pérdida que influya desacreditando cabría preguntarse cuál debería aplicarse.

La tensión entre ambas disciplinas es evidente, ya que los primeros implican una excepción al principio general de libre y leal competencia en atención a criterios de política económica. De modo que los primeros aparecen subordinados a los segundos. Sin embargo, la aproximación entre ambas disciplinas es de tal naturaleza que en algunas ocasiones llegan a colisionar o superponer al tratar de proteger zonas comunes⁷¹². Este es el caso de la normativa sobre derechos de exclusiva y la normativa sobre libre y leal competencia, en los que los primeros, siempre que se cumplan los requisitos en ellos previstos opera como un primer ámbito de protección, mientras que la segunda, opera en un campo más amplio⁷¹³.

En el seno de un modelo regulatorio profesional emergente la normativa sobre competencia desleal vendría a dificultar el desarrollo monopolista de

⁷¹² Actualmente es de gran interés el debate sobre las relaciones entre el Derecho de la competencia y los derechos de propiedad industrial. A propósito del mismo entre nuestra doctrina, ya en 1991 el trabajo de BERCOVITZ, A., «The challenge of protecting biotechnologies», en Pantinova, *90 Strategies for the protection of innovation*, Tagüier, U., Klüber Academie Publishers and Deutscher Wirtschaftsdienst, Brussels and Luxembourg, 1991, pp. 149 y ss. Un tema de extraordinaria actualidad a raíz del debate sobre la generalización de patentes para combatir el SIDA y otras enfermedades en los países subdesarrollados. Los enfermos nacionales de estos países nunca formaron parte de las previsiones que las ventas de los medicamentos iban a tener sobre las inversiones y sobre los beneficios. Lo mismo ocurre con los derechos de exclusiva sobre los programas de ordenador, la tecnología, el desarrollo del mapa del genoma humano y su aplicación, entre otras. Partimos de la base crítica de que el desarrollo de estos descubrimientos sólo han sido posible se gracias al desarrollo cultural, económico, tecnológico y social, de modo que estos se deben a la sociedad en la que nacen. El problema radica en determinar cuál es la frontera entre lo que se considera ético y moralmente correcto en la explotación económica de la invención y la necesidad de que pueda aplicarse a todos los que lo necesiten. Una especie de gestión solidaria del conocimiento. La expresión utilizada en la campaña publicitaria de un turismo venía a hacerse eco de esta situación al indicar que «la tecnología es un Derecho, no un privilegio». El beneficio y los resultados económicos no pueden estar por encima de los intereses del propio grupo social del que nace y al que se debe. Las normas jurídicas han de reflejar el necesario reequilibrio entre la protección de las inversiones realizadas y la función social que la mismas ha de cumplir.

⁷¹³ Una situación fronteriza que se reproduce también entre los supuestos de competencia ilícita y los supuestos de represión penal de comportamientos dolosos o culposos sobre los signos distintivos protegidos, o sobre la represión de comportamientos contrarios a la libre competencia como las maquinaciones para alterar el precio de las cosas en sus diferentes variables. En este sentido y de un modo bastante gráfico *vid.* BERCOVITZ, A., «Significado de la Ley y requisitos generales de ...», *ob. cit.*, p. 20, mantiene que la relación entre los derechos de exclusiva y la disciplina de la competencia desleal operan como dos círculos concéntricos de protección al indicar que: «Puede decirse que la protección de los derechos exclusivos de propiedad industrial y la protección contra la competencia desleal forman dos círculos concéntricos. El círculo interior, el más pequeño, es el que protege los derechos absolutos. Y el más amplio representa la protección contra la competencia desleal. Ello significa que el empresario tiene su núcleo de protección más fuerte en los derechos exclusivos de propiedad industrial, en los derechos que le otorgan sus patentes o sus marcas. Y tiene, además, un círculo de protección más amplio, pero menos sólido, que es el de la competencia desleal; porque esa protección no se da en todo caso, sino que depende de las circunstancias en que actúe el competidor. Ahora bien, hay que hacer notar que las fronteras entre la protección de los derechos exclusivos de propiedad industrial y la protección contra la competencia desleal no son inmutables, sino que están sujetas a alteraciones. De manera que en ocasiones el Legislador puede hacer que actos considerados como de competencia desleal pasen a integrarse en el ámbito de protección de los derechos exclusivos y viceversa. Este es precisamente un fenómeno que cobra especial relevancia en la actualidad».

aquellos que tras ingentes inversiones tratan de explotar sus derechos de exclusiva⁷¹⁴. La falta de esa protección monopolista impediría la conformación de concurrentes fuertes con capacidad de competir, producir y ofrecer⁷¹⁵. De ahí que se busque una situación de equilibrio en el modelo regulatorio de carácter social entre las protección de los derechos de exclusiva y el derecho de libre y leal competencia.

Por tanto, en el primer círculo se encuentra la protección más fuerte de los derechos de exclusiva, una especie de protección absoluta de los citados derechos siempre que se hayan cumplido con las exigencias de la normativa correspondiente. Y en el segundo lugar, en el círculo más amplio de protección se encontraría la normativa sobre competencia desleal, cuya protección no depende de un derecho absoluto sino de que la conducta, por sus circunstancias, pueda ser calificada como desleal cuando resulte contraria a las exigencias de la buena fe.

La elección por el primer, el segundo o por ambos círculos de protección en los supuestos que concurren, es una facultad a disposición de los respectivos titulares cuyos derechos puedan verse o efectivamente hayan sido afectados por la vulneración de los derechos atribuidos por las normativas sobre derechos de propiedad industrial e intelectual, o por la competencia desleal a través de una venta a pérdida. Y en cualquier caso, el titular de los derechos de exclusiva podrá optar entre la protección de su marca, rótulo o establecimiento acudiendo a la LM, o bien acudiendo a la LCD, o a ambas.

9. Requisitos de objetiva idoneidad para denigrar

9.1. Duración e intensidad de la práctica

En el presente epígrafe se tratará de responder a la cuestión de cuánto tiempo es necesario que transcurra para que la práctica denigratoria a través de la imagen de precios pueda producir el resultado lesivo en el caso de que no sea

⁷¹⁴ Históricamente la normativa sobre competencia desleal surge como una expansión de las regulaciones de propiedad industrial y con respecto al Derecho de marcas *vid.* MENÉNDEZ, MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 32-33, quien pone de manifiesto los esfuerzos que históricamente la doctrina comparada ha venido realizando para diferenciar la propiedad industrial de la disciplina sobre la competencia desleal a partir del Derecho de marcas. Acudiendo entre otros a FRANCESCHELLI, R., *Trattati di diritto industriale*, v.1, Milano, 1960, pp. 19 y ss.; POUILLET, *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale*, París, 1898, p. 8 y ss.; JAEGER, «Valutazione comparativa degli interessi e concorrenza sleale», *Riv. Dir. Ind.*, 1970, pp. 37 y ss.; SANTAGATA, *Concorrenza sleale e interessi protetti*, Napoli, 1975, pp. 13 y ss.; LE MOAL, *Droit de concurrence*, París, 1979, pp. 163 y ss.; CALLMANN, *The law of unfair competition, trademarks and monopolies*, Mundelein, Illinois, 1967, pp. 168 y ss.

⁷¹⁵ La plasmación de esta idea aparece con claridad en la evolución de la doctrina, legislación y jurisprudencia norteamericana en materia de libre y leal competencia durante el siglo XIX. El desarrollo salvaje del capitalismo y por ende de la protección con la que venían operando los monopolistas y el coste social de ella derivado, con tres grandes crisis económicas a sus espaldas, es lo que promueve el nacimiento de la normativa *antitrust*. Al respecto *vid.* VILLEGAS CAYON, J., *Monopolio y competencia. Las Leyes antitrust de los Estados Unidos base de la libertad económica*, ed., Librería Jurídica Villegas, Madrid, 1970, pp. 3-91; DARAMAS PELÁEZ, M., *Concentración de empresas y defensa de la competencia (Las fusiones ante el derecho «antitrust»*, v.II, Madrid, 1972, pp. 7-264.

suficiente con una sola venta a pérdida. Dos son las cuestiones a las que habrá que dar respuesta, la primera el tiempo y la segunda, estrechamente relacionada, la intensidad de la conducta. A ambos interrogantes sólo podrá darse una respuesta y es que dependerá de cada caso concreto y de la idoneidad objetiva del acto para producir el daño⁷¹⁶.

El periodo de tiempo que ha de transcurrir será aquel que sea necesario para que la venta a pérdida produzca el resultado denigratorio de la imagen de precios de un producto, de un servicio o del establecimiento ajenos que venden dichos productos o prestan esos servicios.

Cuando se emplea la expresión «periodo de tiempo» se está haciendo referencia tanto a un supuesto ya acontecido como uno que está por producirse. En el primero, la duración de la práctica es relativamente fácil de determinar al encontrarse entre una fecha y otra ciertas y pasadas. De la lectura del artículo 17.2. c) de la LCD nada impide su aplicación a los supuestos en los que aún no se ha producido el resultado lesivo de denigración de la imagen de precios de un producto, servicio o de los establecimientos ajenos que los ofertan. Lo mismo ocurre con la referencia a la intensidad de la conducta que inevitablemente vendrá a modular el periodo de tiempo que ha de transcurrir para que la venta a pérdida pueda producir el efecto de desacreditar la imagen de un producto, servicio o establecimiento «ajenos».

Por tanto, la determinación de la duración de la práctica y la intensidad de la misma son elementos que habrán de tenerse en cuenta al objeto de diferenciar las ofertas promocionales o señuelo de las ventas a pérdida que puedan tener por efecto la denigración.

Una oferta de corta duración, siempre que no sea a pérdida, no producirá efectos denigratorios si va acompañada de las suficientes indicaciones o publicidad para que sus destinatarios tengan conocimiento del carácter excepcional y promocional⁷¹⁷. Por consiguiente, si la oferta promocional se realizase través de una venta a pérdida indicando suficientemente el carácter excepcional de la misma, tampoco se estaría ante la prohibición contenida en el artículo 17.2. b) de la LCD. Precisamente porque la conducta no tendría entidad para afectar a la imagen de precios que los destinatarios tengan. Se podría estar ante otro supuesto de venta a pérdida desleal, pero no ante el que se analiza en el presente epígrafe.

⁷¹⁶En relación con el análisis de la duración de la práctica desleal en forma de una oferta señuelo y de sus efectos denigratorios *vid.* PALAU, R., *Descuentos promocionales. Un análisis desde el Derecho ...*, ob. cit., p. 255, quien parece seguir en este punto a MANSANI, L., *Ribassi di prezzo, offerte promozionali e concorrenza sleale, ...* ob. cit., p. 165-167; *vid.* también MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal ...*, ob. cit., p. 519, que habla duración suficiente.

⁷¹⁷Este es el criterio seguido por nuestra jurisprudencia en la SAP de Cantabria, de 12 de mayo de 1993, «no lo encontrarán más barato en Cantabria»; la SAP de Barcelona, de 14 de enero de 1998, «venta a pérdida de juguetes»; la SAP de Baleares, de 14 de enero de 1998. Un criterio también seguido por la jurisprudencia alemana y suiza.

Por tanto, si nada se dice del carácter excepcional de la venta a pérdida ni en los supuestos de corta ni larga duración, la conducta será calificada como desleal cuando se revele objetivamente idónea para desacreditar la imagen de precios de los productos, servicios o establecimientos ajenos. Debiendo tener presente para ello la objetiva idoneidad de la conducta para producir el resultado lesivo en atención al medio en el que se instrumenta y su duración e intensidad relativa en el mercado relevante.

9.2. Cualidades sobre las que incide el descrédito

Las cualidades más valoradas por los consumidores y usuarios ya han sido expuestas en el anterior epígrafe. Y es precisamente sobre estas características en las que puede incidir la denigración pudiendo contemplar múltiples formas y efectos. Sin embargo, la denigración que el precepto prohíbe es aquella que viene asociada al nivel de precios del producto, del servicio o de establecimientos ajenos. De modo que se estará ante el supuesto contemplado en el artículo 17.2. b) de la LCD cuando la venta a pérdida influya sobre el nivel de precios directamente, o bien, indirectamente a través del incremento de los costes de los rivales afectando negativamente en cualquiera de las cualidades esenciales valoradas por los consumidores y usuarios. Y por tanto, la influencia negativa en la imagen de precios que los consumidores y usuarios tienen como consecuencia de la venta a pérdida habrá de incidir sobre aquellos elementos en los que se construye esa misma imagen de precios.

Y como se ha indicado, tampoco es necesario que la influencia negativa sobre la imagen de precios haya tenido lugar en la práctica, es suficiente con que se hayan realizado actos preparatorios o definitivos en el mercado y con fines concurrenciales para promover las prestaciones propias o las de un tercero.

9.3. Existencia de mecanismos de control por el fabricante o el oferente

De lo visto hasta el momento parece que la venta a pérdida del artículo 17.2. b) de la LCD sólo podrá realizarse por aquellos oferentes que sean a su vez fabricantes, pero no por los distribuidores y minorista finales. Básicamente porque el productor podrá controlar con cierta facilidad los precios finales de sus compradores, tanto cuando tenga una línea propia de distribución como cuando no. De modo que cuando algunos de sus compradores revenda a un precio inferior al precio al que él le vende —fuera de los supuestos excepcionados—, podría producir efectos negativos sobre la imagen de marca de su producto. Lo que el fabricante o distribuidor puede evitar simplemente negando el aprovisionamiento. Una negativa que no podrá calificarse como discriminatoria porque quedaría amparada por el artículo 16.2. de la LCD al indicar que existe causa justificada, ni

tampoco como una práctica concertada del artículo 1 de la LDC, ni de abuso de posición dominante del artículo 6 de la LDC⁷¹⁸.

De ahí que se haya planteado que la venta a pérdida no es posible sin la anuencia de los productores. Un planteamiento que quiebra cuando el revendedor ha hecho acopio suficiente de género como para revender a pérdida sin que tenga que volver a aprovisionarse. De modo que podrá continuar vendiendo a pérdida, quedándole al productor en materia de competencia desleal la vía del artículo 17.2. b) de la LCD.

9.4. Las pretendidas cautelas sobre la apreciación de la figura

De lo expuesto, para que se aplique el precepto no sólo ha de producirse el hecho objetivo de venta a pérdida desleal sino también el objetivo y subjetivo de influenciar negativamente sobre la imagen de precios. Un concepto que se determinará por la percepción y valoración que de los mismos tengan los consumidores y usuarios del mercado de referencia y no por la venta a pérdida. Pero esta percepción habrá que tomarla con cautela y este parece ser el criterio seguido por los tribunales en segunda instancia que

«[...] se han orientado en la línea más moderada aquí propuesta, reconociendo que el descrédito de la imagen de los productos ajenos no surge *ex re ipsa* de la venta a pérdida de determinados productos en un establecimiento (SAP *Cantabria* 12-V-1993 «no lo encontrarán más barato en Cantabria», *Barcelona* 14-I-1998 «venta a pérdida de juguetes», *Baleares* 19-II-1998 «perfumes», en la línea mantenida por los tribunales de los países que, como Alemania y Suiza han inspirado los términos de la Ley de Competencia Desleal»⁷¹⁹

Los estudios económicos llegan a una conclusión irrefutable y compartida por todos. No siempre van de la mano precio y calidad, y tampoco la imagen que los consumidores y usuarios tienen de los mismos. Sin embargo, el precepto no habla para nada de la relación precio o calidad. Utiliza la expresión «imagen» que se ha venido interpretando con referencia al nivel de precios de un producto, servicio o establecimiento no propio. Esa imagen forma parte de la percepción que los consumidores y usuarios del mercado de referencia tienen de la misma. Por ello, la imagen afectada por la venta a pérdida no es la que podría determinarse técnicamente de la relación entre precio y calidad, sino por la valoración que de la misma tienen sus demandantes en el mercado de referencia. La percepción de la imagen de precios es algo evidentemente subjetivo y la coincidencia en las percepciones de sus destinatarios no es algo casual, sino el fruto de la estrategia

⁷¹⁸ Al respecto resulta de interés el estudio que hemos realizado en relación a las prácticas discriminatorias. También *vid.* PALAU RAMÍREZ, F., *Descuentos promocionales. Un análisis desde el Derecho ...*, ob. cit., p. 256; y MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal ...*, ob. cit., p. 521.

⁷¹⁹ *Vid.* PALAU RAMÍREZ, F., *Descuentos promocionales. Un análisis desde el Derecho ...*, ob. cit., p. 250 y referencias posteriores.

comercial diseñada por el oferente, se ajuste o no a la relación calidad precio⁷²⁰. Por todo ello, no debería tomarse en consideración, por ser irrelevante a los efectos de declarar la deslealtad o no del comportamiento, la relación real entre calidad y precio, sino la imagen de precios que los consumidores y usuarios del mercado en causa tengan de la misma.

En atención a las características de este elemento subjetivo a la hora valorar la percepción que los consumidores y usuarios del mercado de referencia tengan de un producto, servicio o establecimiento. Es precisamente esta cautela la que ha de inspirar el análisis de las ofertas señuelo, pero no la única. La especialidad de la venta a pérdida contemplada en el artículo 17.2. b) de la LCD radica precisamente en que no se indica la causa por la que se vende a un precio anormalmente reducido. Es aquí donde se produce el acto de denigración en relación con la imagen que tienen los consumidores y usuarios. De modo que si los oferentes expresan de algún modo que se trata de una venta de carácter excepcional automáticamente debería desaparecer la denigración. Precisamente porque el bajo precio tiene una causa justificada como en los supuestos excepcionados.

En estos casos se podría estar ante otro supuestos de venta a pérdida desleal como el del 17.2. a) o el 17.2. c) pero no ante el contemplado en el 17.2. b) de la LCD. Es por ello, por lo que la jurisprudencia española, alemana y suiza citada no sancionan estos supuestos. La razón es evidente, no se produce el descrédito de la imagen de precios de los consumidores y usuarios de los productos, servicios o establecimientos ajenos porque son conscientes del carácter excepcional de dichos precios. A este respecto son de interés la SAP de Cantabria «Unión Cántabra de Empresarios Detallistas de Alimentación —UCEDA— c. Pryca» de 12 de mayo de 1993, ante el Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Santander por competencia desleal. Y en cuyo FD. 2.º se estima que PRYCA

«[...] ha efectuado ventas con obsequio en promoción concretadas en: 1. Por la venta de un jamón serrano marca «El Castillo» a 965 pesetas por kilo, y el regalo de una lata de cinco litros de aceite marca «Carbonell», y 2. Por la venta de un pollo asado, regalo de una botella de vino, siendo el precio de la oferta de 465 pesetas por unidad [...]»⁷²¹.

⁷²⁰ Estrategias de supermercados AL DIA como «siempre precios bajos»; o la del Grupo PASCUAL «lo importante es la calidad»; o la de los supermercados que utilizan el marketing para dificultar que los consumidores y usuarios de referencia puedan comparar los precios de productos o servicios homogéneos, entre otras. Todas ellas estrategias diferentes que muestran con claridad cual puede ser el precio que sus clientes están percibiendo. Y que en modo alguno ha de coincidir con la realidad técnica y objetiva en la determinación del precio en atención al valor de utilidad y calidad.

⁷²¹ Folios 167 y siguientes de las actuaciones. Y para un estudio más detenido de las ventas con obsequio y las ventas a pérdida *vid.* PORTELLANO DIEZ, P., «La regulación de las ventas con obsequio en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y su regulación con la Ley de Competencia Desleal», en *La prohibición de la venta a pérdida*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1997, pp. 128-149; *Vid. ídem. Descuentos promocionales. Un análisis desde el Derecho contra la competencia desleal y la normativa de ordenación del comercio*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998.

La deslealtad del acto gira en torno a los posibles actos de competencia desleal, por un lado, la del artículo 8.2. de la LCD al indicar que se «reputará desleal la oferta de cualquier clase de ventaja o prima» y expresando literalmente el último párrafo de dicho apartado que estas últimas circunstancias «se presumirán verificadas cuando la ventaja efectiva exceda del 15% del precio de la prestación principal», y por otro lado, la del artículo 17.2. b) de la LCD. En relación con este último acto de competencia desleal, el tribunal exige que la referencia a la percepción de los consumidores y usuarios ha de realizarse con

«[...] un sentido ponderado y por referencia a criterios de racionalidad media que es la presumida en «el consumidor», sin que tal inducción pueda deducirse sólo del mismo precio bajo coste [...]»

De modo que cuando se aporta información o de la simple oferta puede inferirse el carácter excepcional de la oferta no se estará ante la infracción del artículo 17.2. b) de la LCD⁷²². La existencia de productos, servicios o establecimientos con precios altos y con demanda en el mercado forman parte de una estrategia de inversión y diferenciación tan legítima como la de precios bajos, justo precio o comercio justo. El camino recorrido para llegar a esa situación pueden haber sido muy diverso, pero en cualquier caso, habrá exigido grandes inversiones en imagen.

Cabría pensar en dos supuestos próximos. El primero, el de una empresa como el Grupo Pascual donde no sólo invierten en una estrategia de diferenciación basada en la calidad que extienden como un paraguas al resto de productos de la marca, y no en el precio. La mayoría de los consumidores en pruebas ciegas son incapaces de diferenciar entre las leches que ofrece el Grupo Pascual y otras como La Asturiana, Danone, PMI o Celgán, entre otras. Sin embargo, sí pagan un mayor precio al adquirir los productos Pascual. Y en el segundo ejemplo, cabría pensar en el grupo Danone que siempre ha invertido en una estrategia de diferenciación cuidando su imagen de producto sano y de calidad. Esta imagen ha calado en los consumidores que pagan sin reparo el precio de dichos productos, cuando en el mismo expositor se ofertan otros productos a precio inferior y de calidades tan similares que no justifican las diferencias en los precios.

Es más, si los dos ejemplos citados fueran analizados por un técnico en la materia, probablemente la imagen de precios de los productos que se ofrecen no responda a la calidad de los mismos. Sin embargo, el artículo 17.2. b) de la LCD

⁷²² Vid. SAP de Cantabria de 12 de mayo de 1993, en cuyo FD. 3.º se establece que «[...] Los criterios de racionalidad media antes comentados, hacen referencia a juicio de esta Sala, a circunstancias incitas en la propia venta bajo coste, además del precio y pasó cuando la venta acompaña de información relativa a que se trata de una oferta por razones especiales (aniversario, días señalados de festividad, promoción del fabricante por ser nuevo en el mercado, etc.) que revelan al consumidor la razón de la venta al precio en cuestión con signos de verosimilitud, la posibilidad de error decae y el precio competitivo aparece para él justificado. En el supuesto enjuiciado las dos operaciones mencionadas, son rodeadas por la demandada con anuncios de que se trata de ocasiones especiales, aniversario de centro y operación de vuelta a casa tras las vacaciones, que revelan la razón del precio de venta bajo coste y desvanecen el pretendido error en el consumidor.»

no hace ninguna referencia a la imagen de precios que tengan los técnicos sino precisamente a los consumidores del mercado de referencia, sus demandantes. Lo relevante es que el comportamiento se revele objetivamente idóneo para denigrar la imagen de precios a través de una venta a pérdida ilícita. Cuestionar el juicio sobre la imagen de precios por la escasa relación con la calidad implica vaciar de contenido el artículo 17.2. b) de la LCD. Esta idea no está presente ni en los estudios económicos citados, ni en la jurisprudencia. Simplemente será suficiente con demostrar la objetiva inidoneidad de la conducta para producir el descrédito de la imagen de precios. Precisamente porque de una manera o de otra está presente el carácter excepcional de la oferta.

10. Consecuencias de estas prácticas

10.1. El mercado

La finalidad de la prohibición de la venta a pérdida en la de garantizar un mercado en libre y leal competencia. Aunque por sus características parece una norma más próxima al Derecho *antitrust* que de la normativa sobre competencia desleal. Precisamente porque con ella se trata de garantizar la configuración racional de los precios y la imagen de éstos en un doble sentido. Por un lado, para garantizar las inversiones realizadas para alcanzar dicha imagen. Y por otro, y como consecuencia del primero, para proteger la percepción de precios que los consumidores y usuarios tienen de dichos productos o servicios. Por tanto, la norma protege directamente a los concurrentes por las inversiones realizadas, al mercado para que opere de un modo leal y eficiente, e indirectamente a los consumidores y usuarios, que de este modo siguen manteniendo la certeza de la imagen de un producto o establecimiento, evitando así la inducción al error y los costes de búsqueda.

Y aunque los tres intereses aparecen presentes, el bien jurídico primordial es la defensa del mercado, y de ahí que se el precepto se haya calificado como más próximo a la normativa *antitrust* que a la disciplina de la competencia desleal. Con esta norma se consigue evitar aquellas ventas a pérdida desleales más graves, que de no hacerlo producirían un incremento del coste social. Lo que podría producir las siguientes consecuencias: 1. Si las fuerzas de los oferentes son similares, cabría pacto o lucha. 2. Pero si no son similares uno acabaría destacando frente al resto. Entre las posibles consecuencias cabría señalar que: 1. Se desmotivaría a los oferentes de seguir invirtiendo en la imagen de los productos, servicios o de los establecimientos en los que se venden. 2. Reducción de la oferta, cantidad y calidad. 3. Reducción de la inversión en I+D. 4. Posibilidad de acuerdos y prácticas concertadas en mercados oligopolistas. 5. Tendencia al monopolio. 6. Generación artificial de barreras de entrada y salida. 7. Expulsión de competidores más eficientes. 8. O bien, puede disciplinar a competidores u obligarles a aceptar condiciones comerciales a las que de otro modo no hubieran accedido.

Todas estas consecuencias no son admisibles ni en la CE ni en el modelo regulador de competencia por el que se ha optado. Las leyes en esta materia tratan de garantizar un mercado en libre y leal competencia en beneficio e interés de todos los que en él participan.

10.2. Los concurrentes

En la medida en que esos concurrentes vendan a pérdida esos productos o servicios, reorientarán la demanda trasladándola desde los que legítimamente tienen derecho a la explotación de dicha imagen en beneficio propio hacia los que no la tienen. Como consecuencia las inversiones realizadas no podrían recuperarse operando como costes hundidos. Una situación insoportable para los competidores más pequeños. Incluso siendo más eficientes. Por lo que la no prohibición de estas conductas les abocaría a abandonar las inversiones que realizan.

10.3. Los consumidores y usuarios

Para los consumidores y usuarios, porque de este modo se evita el riesgo de confusión o error sobre la percepción de precios que estos tienen. En esta última acepción la norma tiene un carácter tuitivo que podría ser calificado de excesivo. Ciertamente es que los consumidores y usuarios están alcanzando niveles de formación, educación y responsabilidad que los acercan a una especie de mayoría de edad. Sin embargo, la madurez a la que han llegado no puede ser concebida en términos generales. No pudiendo el Legislador abandonar mecanismos de tutela como el presente, aunque sea de un modo indirecto. A título de ejemplo, en mercados que aunque siempre han estado ahí como la bolsa o los de alta tecnología es precisamente ahora cuando se está produciendo el consumo masivo. Factores como el incremento de la renta media de los consumidores y usuarios, el acceso a fuentes de financiación dirigidas a facilitar la compra. Incluyendo la necesidad y dependencia de utilización de determinados productos o servicios como parte de una nueva cultura o de la moda hacen que la demanda de determinados productos o servicios se haya incrementado hasta niveles insospechados.

Por ejemplo, en el mercado de capitales recientemente se ha producido un aumento de la inversión, una especie de popularización. Y ha tenido lugar como consecuencia de la confluencia de factores como; disminución de los tipos de interés a nivel europeo e internacional; incremento del atractivo de la bolsa o de cualquier producto de inversión con múltiples posibilidades en función del riesgo que se quiera asumir; disminución de la retribución de las imposiciones por depósitos o por imposiciones a plazo fijo; incremento aparente de los rendimientos en sectores como los de alta tecnología, lo que estimula la inversión por las expectativas de ganancias; o la existencia de ahorro privado coincidiendo con periodos de privatización y mejora de los incentivos fiscales entre otros. La confluencia de estos elementos propician la aparición en el mercado bursátil de

consumidores y usuarios de productos o servicios bursátiles que no pueden ser calificados como inversores en el sentido técnico que tradicionalmente ha venido teniendo. Precisamente porque estos «nuevos inversores» no disponen de los medios o mecanismos necesarios para reducir el riesgo de su inversión hasta el límite de lo aceptable. Las familias se han endeudado por encima de sus posibilidades generando una burbuja especulativa por vulgarización de la demanda. En una especie de inercia inconsciente en la valoración del riesgo en las operaciones y activos en los que invierten.

De los diferentes ejemplos expuestos resulta evidente que en este mercado el consumidor o el usuario medio normalmente informado y diligente no tiene la mayoría de edad necesaria para operar en estos mercados. De ahí que la norma deba seguir cumpliendo con su carácter tuitivo⁷²³.

Una situación similar se produce en los mercados de alta tecnología. Factores como el incremento de la capacidad adquisitiva, disminución del coste de acceso, vulgarización del uso hasta el punto de convertirse no sólo en una necesidad sino en una cuestión de moda. Todas ellas razones ponen que manifiesto el incremento del consumo de la tecnología, pero también muestra una vez más la falta de madurez de una gran parte de los consumidores y usuarios, que en muchos casos compran por impulso, sin conocer realmente sus necesidades, ni las características de lo que compran. Por todo ello, no se puede hablar, salvo excepciones puntuales de que el conjunto se compone en su mayoría de sujetos maduros⁷²⁴.

⁷²³ En relación con este mercado y la diferencia de medios y capacidad entre unos inversores y otros fue puesto de manifiesto en la denuncia del jueves, 28 de diciembre de 1995, que publicó el Periódico El Mundo, p. 53. En la misma se expone los entresijos de una operación de abuso de poder de mercado donde se observa a las claras la diferencia de recursos entre unos inversores y otros. La operación realizada por el Banco Bilbao Vizcaya se conoce en la jerga bursátil como *OTC over the counter*, que responde al vencimiento de una operación fuera del mercado. El BBV como inversor se había comprometido a pagar en función de la subida que experimentara el IBEX-35 a fecha de 27 de diciembre. En estas fechas el IBEX-35 había subido bastante, de modo que minutos antes de que cerrara la Bolsa de Madrid, el BBV ordenó la venta masiva de valores incorporados al IBEX-35 por valor de unos 6000 millones de pesetas, lo que produjo una disminución del índice general del 6,8% en cinco minutos —a más de 1000 millones por minuto—. Esta venta produciría ciertas pérdidas para el BBV, pero a buen seguro que fueron ampliamente compensadas por la menor retribución a la que tendría que pagar sus otras obligaciones al bajar el IBEX-35, porque no cabe ninguna otra explicación. Pero el resto de los ahorradores que incitados por el BBV vendieron sus valores perdieron mucho más. Tal vez al día de hoy sería más difícil que situaciones como estas se produjeran, no sólo por la regulación penal de los artículos 284 y 285 «información privilegiada y manipulación del mercado», así como la vigilancia de organismos independientes como la Comisión Nacional del Mercado de Valores. A lo que habrá que sumar la posible aprobación de la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado —abuso de mercado—. Bruselas, de 30 de mayo de 2001, COM (2001), 281 final, 2001/0118 (COD). Asimismo es necesario hacer referencia al Proyecto de Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, *BO del Congreso de los Diputados*, de 8 de marzo de 2002, núm. 69.

⁷²⁴ En este sentido es interesante la resolución del TDC, ya analizada y que resuelve la denuncia de «Retevisión c. Telefónica» en relación con la campaña publicitaria «los planes claros». La campaña publicitaria desplegada por Telefónica introdujo tanto ruido en el mercado que los consumidores y usuarios no fueron capaces de distinguir entre la mejor oferta realizada por Retevisión y la oferta vacía de contenido realizada por Telefónica. Una práctica que operaba con la denominada hipótesis de sobrecarga informativa conforme a la cual, hay un límite en todos y cada uno de los consumidores y usuarios en cuanto a la información que es capaz de recibir y procesar de un modo racional y eficiente. A mayor abundamiento resulta de interés, entre otros, DOMÍNGUEZ PÉREZ, E., «Algunas consideraciones en torno al carácter

11. Contingencia de la posición dominante

La capacidad para realizar ventas a pérdida con la intención de denigrar la imagen de un producto o de un establecimiento ajeno se encuentra al alcance de empresas con y sin posición de dominio. Aunque evidentemente deberán tener un determinado poder de mercado para realizar el comportamiento. Lo que puede venir por disponer de una ventaja estratégica, competitiva o comparativa que les permite ser más eficientes.

El artículo 17.2. b) de la LCD no exige la presencia de una posición dominante para la realización de este comportamiento. O al menos no en los términos en los que el concepto de posición dominante ha venido siendo definido por el TJCE. La existencia de posición de dominio junto a otros factores cualificarán la conducta para alcanzar el resultado de denigración. Pero en el proceso se pueden alcanzar otros resultados igualmente lesivos. Será suficiente para proceder a su represión que el comportamiento se manifieste objetivamente idóneo para producir el resultado de denigración de la imagen del producto o establecimiento ajeno, sin que el resultado sea una condición de perseguibilidad. Y de producirse confirmará la idoneidad del comportamiento para producir los efectos lesivos y será tenido en cuenta para calcular la sanción y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios

predatorio ínsito en el abuso de posición dominante en el asunto «Planes Claros» (Comentario a la Resolución del TDC de 8 de marzo de 2000)», *ADI*, t. XXI, Marcial Pons, 2000, pp. 251-274; MILLER, G. A., «The magical number seven, plus or minus two: Some limits our capacity for processing information», *Psychol. Rev.*, v. 63, núm. 2., 1956, pp. 81-97; JACOBY, J., SÉLLER, D. E., KOHN, C. A., «Brand choice behavior as a function old information load», *Jourl. of Mark. Research*, v. 11, febrero, 1974, pp. 63-69; *idem.*, «Brand choice behavior as a function old information load: Replication and extension», *Jourl. of Mark. Research*, v. 11, junio, 1974, pp. 33-42; SÉLLER, K. L., y STAELIN, R., «Effects of quality and quantity of information of decisions effectiveness'», *Jourl. of Cons. Research*, v. 14, septiembre, 1987, pp. 200-213; LICHTENSTEIN, D. R., y BURTON, S., «The relationship between perceived and objective price-quality», *Jourl. of Mark. Research*, v.26, noviembre, 1989, pp. 429-443.

CAPÍTULO VIII

VENTA A PÉRDIDA CON FINALIDAD EXCLUYENTE

—17.2. c)—

1. Introducción

Nuestra doctrina mercantilista más autorizada plantea con razón que el artículo 17.2. de la LCD en sus diferentes apartados, y con mayor claridad en el apartado c) se constituyen por sus notas delimitadoras y fines perseguidos en unos preceptos más propios de la normativa *antitrust* que de la disciplina de la competencia desleal⁷²⁵. Una situación que se pone de manifiesto tanto en la exposición de motivos de la LCD. Lo que parece implicar una superación del denominado modelo regulatorio de competencia profesional, pero que en realidad gira en torno al empresario y a su actividad de empresa⁷²⁶. En la propia tramitación parlamentaria de la LCD ya se observó las dificultades que el Legislador encontraba a la hora hacer confluir los intereses del modelo profesional y las necesidades de un modelo de competencia con cláusula social⁷²⁷. Parecían confundirse la necesidad de la consecución de objetivos de política económica con el instrumento para llevarlos a cabo⁷²⁸. Por eso la mayor parte de la doctrina coincide al afirmar que el precepto es más propio de la disciplina de libre competencia que de la competencia desleal. El verdadero fin perseguido por la

⁷²⁵ Vid. OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, J. J., *Competencia desleal. Análisis de ...*, ob. cit., p. 188; *idem. Comentarios a la Ley de ...*, ob. cit., p. 252.

⁷²⁶ Vid. ALONSO SOTO, R., «Supuestos de competencia desleal por ...», ob. cit., p. 85.

⁷²⁷ Precisamente por la estrecha relación entre la LDC y la LCD con la finalidad social de ordenación económica perseguida por la norma. Hasta el punto de que la normativa *antitrust* puede ser objeto de aplicación por la jurisdicción ordinaria. A este respecto *vid.* GUTIÉRREZ, A., y MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A., «Nuevas perspectivas en la aplicación de las normas de defensa de la competencia por la jurisdicción civil», *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, núm. 1, 2002, pp. 39-45, y en la doctrina italiana *vid.* GHIDINI, G., «Reflexiones sobre la disciplina italiana de la competencia desleal a la luz de los principios pro-competitivos de la Constitución Económica», *RDM*, núm. 245, julio-septiembre, 2002, pp.1109-1123.

⁷²⁸ En la propia tramitación parlamentaria [...] Además, hay que indicar que desapareció del proyecto original el apartado d) del artículo 17.2. de la LCD en el que aún resultaba más evidente, si cabe, su realidad como instrumento más propio de libre competencia que de la competencia desleal al incluir como acto de competencia desleal las ventas a pérdida: «Cuando suponga una grave puesta en peligro de la existencia de un determinado mercado.» Un claro precepto de normativa *antitrust* más que de competencia desleal, aunque la evidente diferencia no parecía estar muy clara en la mente de sus señorías por lo hasta la supresión de este precepto del originario proyecto, la norma realizó un camino un tanto tortuoso, primero se suprimió por la enmienda número 73, posteriormente es introducida de nuevo en el Senado y al final resulta rechazada nuevamente en el Congreso.

norma es la protección del correcto funcionamiento del mercado, lo que se consigue a través del ofrecimiento a los concurrentes de medios para que a través de la autotutela alcancen los beneficios de la libre y leal competencia al mercado, al resto de los concurrentes y a los consumidores y usuarios⁷²⁹.

No obstante, las diferencias entre las regulaciones sobre libre y leal competencia cada vez son más difusas. Originariamente, aún cuando las regulaciones sobre derechos de exclusiva cumplieran también con fines de política económica, curiosamente más próximos a determinados grupos, lo cierto es que la frontera actual es cada vez más difusa y tiende a converger, en la medida en que ambas regulaciones persiguen la misma finalidad con una clara orientación marcada por la CE. Es más, el que la disciplina de la competencia desleal pretenda a través de una regulación especial establecer los causes adecuados para que todos los que participen en el mercado compitan con base en sus propios méritos y en criterios de eficiencia, no obsta para que a través de la misma Ley se alcancen fines de política económica. Y es precisamente por esta razón por la que la interpretación y aplicación de este precepto debe realizarse utilizando la estructura conceptual, doctrinal y jurisprudencial que ofrece el Derecho *antitrust* de donde trae causa⁷³⁰.

2. La venta a pérdida del Derecho antitrust a la disciplina de la competencia desleal

Los comportamientos desleales instrumentalizados en venta a pérdida con finalidad predatoria pueden ser objeto de represión en nuestro ordenamiento

⁷²⁹ Con similar criterio *vid.* BERENGUER FUSTER, L., «La venta a pérdida en la Ley de Competencia Desleal», en *La prohibición de la venta a pérdida ...*, ob. cit., p. 69, al exponer en relación con la clasificación de los actos de competencia desleal realizado por MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia ...*, ob. cit., pp. 131-132, que «[...] algunos supuestos concretos de ventas a pérdida pueden ser concebidos no sólo como actos contra el mercado, sino como actos contra los competidores —los precios predatorios son actos contra el mercado en la medida que constituyen un ataque brutal contra los competidores encaminado a expulsarlos del mercado— o también contra los consumidores. Aun así, esa clasificación es acertada, particularmente en el extremo referido a la venta a pérdida que, con independencia de que pueda ser también un acto contra los competidores y, en algún supuesto, contra los consumidores constituye fundamentalmente un acto contra el funcionamiento del mercado.» Y con similar criterio *vid.* SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La venta a pérdida como supuesto de competencia desleal [Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2.ª) de 12 de junio de 1992], *RGD*, núm. 589-590, 1993, p. 10356, que reproduce parte del FD. 5.º de la SAP de Cádiz de 12 de junio de 1992 en el que se indica que «El interés privado del empresario en conflicto le lleva a evitar la concurrencia del otro, pero los intereses colectivos del consumo y el propio interés público del Estado, no permiten tal planteamiento. *La institución de la competencia pasa a ser así el objeto directo de la protección* y es beneficioso para los consumidores y la sociedad la concurrencia de ambas revistas en un mismo sector de consumo, pues los datos revelados evidencian la práctica imposibilidad de eliminación mutua, sino simplemente de lucha constante por mayor cuota de mercado.»

⁷³⁰ *Vid.* BERENGUER FUSTER, L., «La venta a pérdida en la Ley de Competencia Desleal», en *La prohibición de la venta a pérdida ...*, ob. cit., p. 67, al indicar que «[...] la elaboración de la teoría de los precios predatorios ha tenido lugar en el seno del derecho de defensa de la competencia. Ello ha sido así por cuanto que normalmente los precios predatorios serán expresión de un abuso de posición de dominio, o se trata de actos desleales que tengan trascendencia en el mercado, y aún pueden ser producto del acuerdo de varios competidores. Nos encontramos así ante supuestos de aplicación respectivamente de los artículos 6, 7 y 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.» Con similar criterio MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario de la Ley de ...*, ob. cit., 1999, p. 524.

jurídico a través de diferentes vías. Un mismo comportamiento desleal consistente en vender a pérdida puede ser objeto de represión desde diferentes normativas en atención al fin perseguido por las diferentes normas. Aun cuando la consecución de cualquiera de estos fines implica también la consecución de los fines de otras normativas, en el Derecho *antitrust* la finalidad principal es la obtención de un mercado en libre y leal competencia. Este principio inspira y rige la normativa en materia de *antitrust* y por ende la represión de los comportamientos desleales instrumentalizados en ventas a pérdida con finalidad predatoria. Por tanto, sólo serán objeto de represión por esta vía aquellos comportamientos predatorios que efectivamente lesionen la libre competencia⁷³¹. No se trata de cualquier lesión de orden concurrencial, sino una cualificada, bien sea por la realización de actos desleales o bien porque se instrumentalice en una práctica concertada o en un abuso de posición dominante de los artículos 1 y 6 de la LDC. De ahí, que la legislación, la doctrina y jurisprudencia tradicional comparada hayan venido exigiendo que la empresa que lo realice tenga posición dominante, ya sea individual o conjunta. Porque de lo contrario difícilmente una empresa sin dicha posición, dispondría de los recursos económicos necesarios para realizar un comportamiento con entidad suficiente como para afectar negativa y significativamente a la libre competencia. En estos supuestos las autoridades *antitrust* parten de un principio que podría calificarse de intervención mínima. Destinando sus escasos recursos a la represión de aquellos comportamientos más graves bajo el principio *minimis non curat Praetor*. Pudiendo quedar sin represión comportamientos que siendo anticompetitivos, desleales y capaces de afectar a la libre competencia al poder expulsar, disciplinar o eliminar a competidores más eficientes. En estos supuestos, a las partes afectadas sólo les queda la posibilidad de acudir para la defensa de sus legítimos derechos a jurisdicción ordinaria por las vías prevista en cada ordenamiento, ya sea a través de la indemnización del daño por culpa extracontractual como es el caso del Derecho francés o italiano, o por la vía de una normativa especial en materia de competencia desleal como en el ordenamiento español.

La finalidad perseguida con la represión de la venta a pérdida es coincidente en la normativa de libre competencia y competencia desleal, el interés del mercado. Aunque a través del mismo se protejan indirectamente otros intereses como los de los concurrentes y los de los consumidores y usuarios. Es por ello, por lo que para el análisis del artículo 17.2. c) de la LCD se tomará el aparato legal, jurisprudencial y doctrinal empleado en la materia *antitrust*.

De las diferentes posibilidades propuestas por la doctrina y la jurisprudencia parece más adecuada la realizada por JOSKOW y KLEVORIC que estructuran el estudio de los precios predatorios en dos fases⁷³².

⁷³¹ Pero no cualquier lesión, sino una cualificada, la del artículo 7 de la LDC. Esto es, «a) que ese acto de competencia desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado» y «b) que esa grave distorsión afecte al interés público». O bien, que la venta a pérdida se instrumentalice en una práctica concertada del artículo 1 o abusando de posición de dominio del artículo 6 de la LDC.

⁷³² Vid. JOSKOW, P., y KLEVORICK, A., «A framework for analyzing predatory pricing policy», *Yale L. J.*, núm. 89, 1979, pp. 213 y ss. Un planteamiento que también es seguido por la OCDE, *Predatory pricing*,

Dos fases:

No ha de olvidarse que la racionalidad económica de las ventas a pérdida con finalidad excluyente o precios predatorios obedece a una lógica muy simple y dividida en dos etapas *low price now, high price later*. Primero reduce los precios para disuadir, disciplinar e incluso excluir, a competidores que pueden ser más eficientes y luego recuperar las pérdidas en las que hubiera incurrido a través de rentas monopolísticas.

Sin embargo, para que el agresor se aventure a una estrategia de precios predatorios tan arriesgada y costosa será necesario que concurran una serie de elementos. Sobre todo cuando dispone de otros medios como la compra o la fusión entre otros. Por lo que habrá que determinar los dos elementos que permitan inferir la existencia de los precios predatorios, uno objetivo y otro subjetivo.

En el primero —*objetivo*— se trata de delimitar el escenario y a las condiciones que han de concurrir para que la venta a pérdida con finalidad excluyente pueda tener lugar. En definitiva y antes de proceder al análisis de los costes se deberá determinar la aptitud del mercado, del agresor y del resto de concurrentes para que la práctica pueda tener lugar.

Para abordar esta tarea deberá definirse el mercado en causa o relevante, procediendo al estudio de la oferta y de la demanda. Para inferir si la estructura de la misma permitiría al agresor realizar su estrategia excluyente. Debiendo incidir en la estructura de la oferta —capacidad financiera del agresor para realizar el comportamiento desleal, capacidad para hacer frente al incremento de la demanda con la correspondiente exceso de capacidad instalada o posibilidad de instalarla a corto plazo, posibilidad de utilizar subvenciones cruzadas, poder de mercado de los concurrentes, del agresor y de los agredidos, existencia de barreras de entrada y salida, existencia de productos o servicios alternativos o sustituibles entre otras— y la estructura de la demanda —tipo de producto o servicio por su valor de utilidad, sustituibilidad o elasticidad de la demanda, características de los clientes como número o poder de compra entre otros— y en definitiva, cualquier otro elemento que permita determinar la idoneidad objetiva del depredador y de su comportamiento desleal y en su caso, del mercado y de los concurrentes para

1989, pp. 3 y ss.; por la legislación Canadiense donde se incluye un análisis en dos etapas con base en su experiencia entre 1980 y 1990, recogido en las *Predatory Pricing Enforcement Guidelines Competition Act Canada*, Québec, 1992; y en la UE, sin duda por la influencia del trabajo encargado por la Comisión a PHILIPS, C. L., *Predatory pricing ...*, ob. cit. Al que habrá que sumar la jurisprudencia de EE.UU. de los últimos cuarenta años. A este respecto resulta de interés por el detalle al que descende el trabajo de MCCAREINS, R. M., *Dilemma in predatory pricing law*, que se puede encontrar en http://ls.wustl.edu/Students/Courses/Ellis/Antitrust/Predatory_Pricing_Law.htm; asimismo, en español sería de interés el análisis de la jurisprudencia entre 1967 y 1993, realizado por GUNNAR, N., «El consenso internacional sobre el análisis de predación de precios», ob. cit., pp. 30-40, <http://europa.eu.int/comm/competition/international/others/>

realizar ventas a pérdida con finalidad predatoria y con potencialidad de recuperación a través de rentas monopolísticas.

En la doctrina y jurisprudencia tradicional se ha venido exigiendo la existencia de una posición dominante para la realización de dichos comportamientos. Sin embargo, y en el marco de la segunda hipótesis, no siempre la existencia de posición dominante es un requisito necesario, siendo suficiente con que el agresor tenga poder de mercado y concurren otras circunstancias que posibiliten la realización del comportamiento anticompetitivo o desleal. De no admitir esta posibilidad supuestos de venta a pérdida con carácter predatorio quedarían sin represión por falta del requisito de la posición de dominio.

En segundo lugar —*subjetivo*—, probada la capacidad del agresor para realizar el comportamiento desleal a través de evidencias o signos que hagan sospechar de la existencia de ese comportamiento desleal y de la potencialidad de éxito del mismo, habrá de proceder a probar la existencia de intención por parte del agresor. La intencionalidad del agresor es algo muy difícil de probar salvo que sea por confesión voluntaria o existan pruebas de las que pueda inferirse, sin lugar a dudas, la voluntad y el dolo intencional. Teniendo en cuenta la gravedad del comportamiento y la sanción prevista en la LCD la declaración voluntaria será algo difícil de conseguir del agresor, que además habrá tenido sumo cuidado de no dejar rastro de su comportamiento. Por ello resulta decisivo el estudio de costes, ya que tanto en aplicación de la normativa *antitrust* como de la disciplina de la competencia desleal permitirá inferir objetivamente la intencionalidad del agresor en relación a un determinado nivel de costes.

La jurisprudencia comunitaria ha establecido que un precio inferior al coste variable es predatorio por si mismo; un precio menor al coste variable medio pero mayor al coste variable es lícito porque aunque no es económicamente rentable a largo plazo si puede serlo a corto plazo cuando la empresa disponga de exceso de capacidad, debiendo el agresor probar la intencionalidad; y finalmente, un precio mayor al coste variable medio es siempre lícito porque con su prohibición se estaría beneficiando a competidores ineficientes.

Escapa a la exigencia de intención las ventas que carezcan de finalidad predatoria como las ventas a pérdida por negligencia y las ventas a pérdida de carácter filantrópico. Sin embargo, las ventas a pérdida sin finalidad excluyente pueden producir los mismos efectos, aunque no sería objeto de represión por el artículo 17.2. c) de la LCD, sino en todo caso por infracción de los apartados a) y b) de la LCD y 1, 6 y 7 de la LDC.

3. Presupuestos objetivos y subjetivos

Los presupuestos objetivos a tener en cuenta para identificar y proceder a la represión de los comportamientos desleales instrumentalizados en venta a pérdida

son coincidentes en el Derecho de *antitrust* y en la disciplina de la competencia desleal. Tanto cuando el citado comportamiento se realice desde una posición dominante, como cuando no.

Una consecuencia que igualmente debe ser objeto de reproche por sus efectos anticompetitivos y desleales sobre el mercado, que es precisamente el bien jurídico protegido por la norma. El resultado lesivo se produce con el falseamiento del libre juego de la oferta y la demanda al realizar un comportamiento no basado en criterios de eficiencia y racionalidad económica, sino en un desmesurado abuso de competencia. El abuso de la competencia no debe ser confundido con el abuso de posición dominante —que simplemente es una manifestación o concreción de un tipo de abuso—, sino como el ejercicio abusivo de derechos atribuidos por el Derecho constitucional de la libertad de empresa.

4. La especialidad del artículo 17.2. c) de la LCD

La especialidad de este precepto radica en el hecho de que el Legislador no exige que el agresor tenga posición dominante. Simplemente declara desleales por resultar contrario a las exigencias de la buena fe aquellos comportamientos que instrumentalizados en una venta a pérdida formen «[...] parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.» Sin duda el Legislador era consciente, tal y como se ha venido exponiendo con cierto consenso por la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, que estas estrategias son extrañas, de difícil realización y consecución, sólo al alcance de empresas con extraordinarios recursos financieros y siempre que la estructura de la oferta y la demanda revista unas determinadas características. Sin embargo, no exige expresamente que el comportamiento sea realizado desde una posición de dominio, porque conoce que el resultado lesivo prohibido en la norma también lo pueden alcanzar agresores que no estén en posición de dominio. Ello permitirá la represión por esta vía de los comportamientos desleales que instrumentalizados en venta a pérdida sean realizados por concurrentes que sin tener dicha posición de dominio si tengan una posición de fuerza que les permita la realización de dicha conducta.

De lo expuesto hasta el momento se puede concluir que la venta a pérdida desleal por su finalidad excluyente pueda ser objeto de represión tanto cuando la conducta sea realizada desde una posición dominante como desde una simple posición de fuerza⁷³³.

⁷³³ Un planteamiento extraordinariamente avanzado por dos motivos. En primer lugar, porque se realiza en el seno de un gobierno socialista del que en principio habría que esperar unas normas más protectoras que las que recientemente se han aprobado a través de la normativa ordenadora del comercio interior. Debe tenerse presente que la regulación de la venta a pérdida parte del principio general de libertad de precios y consiguientemente carácter excepcional de la prohibición. Luego la venta a pérdida con carácter general es lícita, mientras que en la normativa sobre comercio interior se parte del principio general de prohibición de las ventas con pérdida y sólo se permiten aquellas que el propio artículo expresamente excluye en el párrafo segundo del citado precepto. Y en segundo lugar, porque la doctrina que ha venido planteando la posibilidad de realización de comportamientos desleales como la venta a pérdida sin exigir posición dominante en el

Y ambas posibilidades están contenidas en el artículo 17.2. c) de la LCD, pero el Legislador hace recaer la deslealtad de la conducta no en las características del agresor, del mercado, la oferta o la demanda, sino en la intencionalidad e objetiva idoneidad de dicho comportamiento para excluir del mercado a un competidor o grupo de competidores del mercado relevante.

El Legislador español, sin duda influenciado por la jurisprudencia comunitaria pone especial énfasis en el elemento subjetivo, en la intencionalidad excluyente del agresor que se manifiesta en una estrategia instrumentalizada en una venta a pérdida desleal. Una intencionalidad que evidentemente es difícil de probar salvo que el agresor lo declare. Y que en su defecto podrá inferirse como ha venido manteniendo la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada en atención a determinados niveles de costes y a otros factores⁷³⁴.

5. Estudio del artículo 17.2. c) de la LCD

El presupuesto básico será que se realicen una o varias ventas por debajo de cierto nivel de costes. Una vez se haya realizado la calificación como desleal se procederá a determinar la objetiva idoneidad para producir el resultado lesivo.

5.1. «Cuando forme parte de [...]»

La primera parte de este artículo parece indicar que la venta a pérdida forma parte de una estrategia más amplia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores. En la realización de esta conducta se pueden producir múltiples consecuencias, todas igualmente reprobables entre el inicio de la conducta y el resultado final de eliminación.

agresor es posterior. Entre nuestra doctrina *vid.* SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La venta a pérdida como supuesto de competencia desleal [Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2.ª) de 12 de junio de 1992], *RGD*, núm. 589-590, 1993, p. 10354; BERENGUER FUSTER, L., «La venta a pérdida en la Ley de Competencia Desleal», en *La prohibición de la venta a pérdida ...*, ob. cit., pp. 93-94; MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal ...*, ob. cit., pp. 523-524., y recientemente por FERNÁNDEZ DE ARAÓZ Y GÓMEZ-ACEBO, A. y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., «Precios predatorios y abuso de posición dominante: análisis crítico ...», ob. cit., p. 21. En el Derecho comparado resulta de interés el trabajo de BAKER, J. B., «Unilateral competitive effects theories in merger analysis», *Antitrust*, 1997, pp. 21-22; NEWTON, C., «Do predators need to be dominant?» ..., ob. cit., pp. 127-132.

⁷³⁴ En la doctrina norteamericana se ha llegado a plantear que la exigencia de la presencia de un elemento subjetivo, la prueba de la intencionalidad excluyente del agresor por algunos circuitos judiciales venía a ser la extinción de la represión de los precios predatorios. Resultaría suficiente con que los agresores no dejaran rastros de su comportamiento desleal, aun cuando lo hubieran realizado y hubieran vendido por debajo de un determinado nivel de costes. En este sentido se pronunció el editorial del *Wall Street Journal*, «Predatory pricing RIP. The end of predatory pricing cases», de 1 de abril de 1986, pp. 30 y ss. No deja de parecer una aportación crítica sobre la exigencia de la prueba del elemento subjetivo. Partiendo de la aplicación del test de AREEDA-TURNER la prueba de la intencionalidad excluyente podrá extraerse no sólo del análisis de los costes, sino de otros factores que deberán ser debidamente valorados por el tribunal.

5.2. «[...] una estrategia encaminada [...]»

Con la expresión «estrategia encaminada» parece exigirse la presencia de un elemento intencional. Lo que se manifiesta en las características intrínsecas a la práctica y siempre que resulte objetivamente idónea para alcanzar el resultado de expulsar a uno o varios competidores del mercado. Sin la presencia de este elemento la intención y su manifestación en la estrategia, la venta a pérdida no podría calificarse como acto de competencia desleal en los términos del artículo 17.2. c) de la LCD. Sin embargo, la venta a pérdida con finalidad excluyente constituye una estrategia en sí misma. A la que pueden incorporarse otras acciones en función del fin perseguido, pero en cualquier caso, la simple venta con finalidad excluyente constituye por sí misma una estrategia. Por todo lo expuesto resulta difícil de entender la interpretación que del precepto ha realizado la SAP de Cantabria, de 12 de mayo de 1993, en cuyo FD. 3.º mantiene que:

«[...] Idéntica suerte adversa debe correr la demanda y apelación en los relativo al supuesto comprendido en el apartado c) del mencionado art. 17.2. y ello por cuanto exigiendo el articulado que la venta a pérdida forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o un grupo de competidores del mercado, la afirmación del ilícito concurrencial sí exige la acreditación de la estrategia de la que aquella conducta forma parte, supuesto que tampoco ha sido acreditado y sin que sea suficiente para su probanza el reconocimiento de que el interés de todo comerciante sea la existencia de una competencia menor, pues ello forma parte de las leyes naturales del mercado. La estrategia que menciona el artículo se configura como una serie de actos diferenciados conducentes a un mismo fin, cuya realidad se encuentra huérfana de apoyo probatorio.»

El «apoyo probatorio» al que hace referencia será la prueba de la realización de la venta a pérdida por debajo de un determinado nivel de costes, y siempre que no se encuentre en cualquiera de los supuestos excepcionados. Y de seguir el criterio interpretativo del artículo 17.2. c) de la LCD realizado por la AP de Cantabria sería muy difícil que se condienaran este tipo de comportamiento, debido a las dificultades añadidas a la necesidad de que se pruebe la pertenencia de dicha venta a pérdida de una estrategia excluyente. La simple prueba de que se ha vendido por debajo del coste variable medio, o en su defecto por debajo del coste marginal debería ser suficiente para probar la intención predatoria. Resulta evidente que cualquiera que sea la finalidad perseguida por el «Centro Comercial Pryca» efectivamente pueden expulsar. Lo cierto es que la venta a pérdida de dos productos a través de una oferta promocional encubierta efectivamente puede expulsar a un competidor o grupo de competidores del mercado, y resulta contrario al interés del propio mercado al afectar negativamente a la configuración racional, leal y eficiente de los precios.

Y de mantener con carácter general esta interpretación restrictiva al exigir la prueba de la estrategia con base en otros elementos sin aceptar la venta a pérdida, en sí misma como el exponente más significativo de dicha estrategia, muy difícilmente se podrá reprimir este tipo de comportamientos y sus efectos nocivos en el mercado.

5.3. «[...] a eliminar [...]»

En todos los comportamientos competitivos en general y en la venta a pérdida en especial está presente una intención monopolista dirigida a arrebatar a sus competidores sus respectivos beneficios. Y la máxima expresión de este comportamiento se manifiesta en la eliminación o expulsión del competidor o grupo de competidores del mercado. El que lo alcance o no dependerá de múltiples factores, pero ésta es la idea presente. De modo que en el camino hacia la eliminación se encuentran otros comportamientos igualmente reprochables como el intento de debilitamiento pero no de expulsión, el intento de disciplinar a la competencia para obligarlos a aceptar condiciones comerciales a las que de otro modo no hubieran aceptado, el intento de disuadir o persuadir o el intento de generar artificialmente barreras de entrada o salida entre otros.

Como se ha indicado, no es necesario que el resultado de eliminación efectivamente se produzca. Siendo suficiente para proceder a la represión que el comportamiento se realice en el mercado, con fines concurrenciales y se manifieste objetivamente idóneo para producir el resultado lesivo. Precisamente por ello el Legislador utiliza la expresión «encaminada a eliminar». La intención de eliminación está presente en todos los comportamientos descritos, aunque el resultado que se alcance, bien sea por incapacidad, por estrategia o por ambas se posponga para un momento posterior.

Por ejemplo, puede que el agresor no tenga capacidad para eliminar a su competidor, pero si de debilitarlo lo suficiente como para que este acceda a implantar una determinada política de precios o de distribución. En estos casos, tanto la simple amenaza de realizar la venta a pérdida, como la realización efectiva del comportamiento con resultados como los descritos, y que resultan igualmente excluyentes, pudiendo quedar fuera del ámbito de aplicación del precepto si la expresión «eliminación» no se interpretara en sentido amplio. Simplemente porque la venta a pérdida en cuestión no sería objetivamente idónea para alcanzar el resultado de expulsión de un competidor o grupo de competidores del mercado. El hecho de que el agresor no elimine efectivamente al agredido no depende de él porque carece de la capacidad necesaria para realizar este comportamiento, pero la finalidad que inspira su conducta es precisamente la de eliminación de su competidor.

Lo mismo ocurre cuando con la venta a pérdida se pretende la generación artificial de barreras de entrada o de salida. Una estrategia que trata de evitar o

disuadir a otro competidor de entrar o salir del mercado. En este caso la decisión de no eliminación del agresor vendría determinada por factores estratégicos. Podría ser que al agresor no le interese eliminar efectivamente al agredido porque al eliminarlo no pudiera hacer frente a la demanda que satisfacía el expulsado; o que de poder hacer frente esto no fuera rentable; o porque al salir del mercado podría dejar un hueco con suficiente demanda residual como para que competidores potenciales decidieran entrar en dicho mercado, entre otros factores.

5.4. «[...] a un competidor o grupo de competidores»

La referencia a uno o varios competidores, no hace sino poner de manifiesto la potencialidad del comportamiento desleal del agresor para eliminarlos. El reproche de deslealtad se producirá desde el mismo momento en que cualquier competidor pueda verse afectado.

La referencia a competidor, ya sea en singular o plural exige la presencia de una relación de competencia. Tanto en una relación directa como indirecta o si se prefiere, de competidores en primera o en segunda línea. No ha de olvidarse que quien sufre las consecuencias de este comportamiento desleal en sede de competidores no sólo es el competidor que vende el mismo producto o presta el mismo servicio que el agresor, o incluso un producto o servicio que no siendo idéntico resulta sustitutivo. También resultan afectados por su comportamiento los proveedores del agredido y así sucesivamente.

Es precisamente por ello, por lo que el reproche de deslealtad aparece cuando como consecuencia del comportamiento puedan verse eliminados uno o varios competidores.

Finalmente, podría parecer que el bien jurídico que se trata de proteger es a los competidores, pero la realidad es que el verdadero fin que subyace es el interés del propio mercado, que se protege indirectamente al permitir a los competidores acudir a la jurisdicción ordinaria.

5.5. «[...] del mercado»

Al mercado al que parece hacer referencia es al mercado en causa o de referencia limitado geográficamente a las ventas a pérdida que constituyan actos de competencia desleal y produzcan o puedan producir efectos en el mercado español. A los efectos de delimitar el mercado relevante habrá de tenerse en cuenta el análisis realizado en el primer capítulo.

6. Número de ventas a pérdida necesarias para calificarla como desleal

El precepto no indica nada acerca del número de ventas pérdida que han de realizarse, ni el periodo. Simplemente, exige que el comportamiento sea idóneo para expulsar del mercado de referencia a un competidor o grupo de competidores. Luego será el interprete el que determine en cada caso el número de ventas a pérdidas hacen falta para calificarlas de desleales. No obstante, lo relevante no será ni el número de ventas, ni la duración de la misma, sino la idoneidad e intensidad del comportamiento para producir el resultado excluyente. Téngase en cuenta que una sola venta a pérdida podrá ser suficiente para producir en resultado prohibido⁷³⁵.

La norma no exige el transcurso de un determinado periodo de tiempo durante en el que se realice el comportamiento desleal. Por tanto, será suficiente para calificar una venta a pérdida como desleal una sola venta, siempre que ésta sea objetivamente idónea para alcanzar el resultado lesivo prohibido. Y en el caso de no ser objetivamente idónea por sí misma, si se realiza en el marco de una estrategia con finalidad excluyente, la simple manifestación del acto concurrencial, incluso con una sola venta podría ser suficiente para que la misma sea calificada como desleal. Precisamente porque la norma no exige el resultado excluyente.

El número de ventas necesario para expulsar a un competidor o grupo de competidores del mercado dependerá de la intensidad de las mismas y de las características del mercado, la competencia, los consumidores y usuarios y el propio producto o servicio en el que se instrumenta la estrategia. Y evidentemente varía en cada supuesto.

7. Innecesariedad de capacidad de recuperación

En consonancia con el planteamiento en el marco de la segunda hipótesis, tampoco es necesario que el agresor disponga objetivamente de la capacidad real de recuperación. Será suficiente con que el agresor venda por debajo de un determinado nivel de costes y que ésta forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado. Un planteamiento en consonancia con la jurisprudencia del TJCE en el asunto «Tetra Pak International SA c. Comisión» donde mantiene que:

⁷³⁵ Vid. MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario de la Ley de Competencia Desleal ...*, ob. cit., p. 525, al mantener que «[...] en determinados sectores y bajo ciertas condiciones, la eliminación de un competidor o grupo de competidores puede ser el resultado de una sola venta a pérdida, como sucederá cuando ésta se enmarque en la oferta hecha para la adjudicación de un suministro de productos, de una prestación de servicios o de una realización de obras.» Y en sentido contrario a la hora de analizar la palabra «estrategia» parece pronunciarse BARONET ALDABÓ, C., «Venta a pérdida y libertad de precios», *CJ*, año 3, núm. 23, octubre, 1994, p. 20 al indicar que el «[...] solo hecho de emplear la palabra *estrategia* y de la eliminación de uno o varios competidores nos debe hacer pensar en prácticas de carácter prolongado en el tiempo [...]»

«[...] Para calificar de eliminatorios los precios que aplica la empresa de que se trate, no sería oportuno exigir además, como prueba adicional, una demostración de que la empresa tenía una oportunidad real de recuperar sus pérdidas. En efecto, una práctica de precios predatorios debe poder ser sancionada tan pronto como exista un riesgo de eliminación de los competidores.» —punto. 4.—

Como se observa, dos son las cuestiones que se barajan. La primera, la innecesidad de que se produzca el resultado perseguido por la empresa, cualquiera que este sea. Y en segundo lugar, consecuente con este planteamiento, al no exigir el Tribunal la demostración de que el agresor tenga una capacidad real de recuperación⁷³⁶. Un elemento más del que deducir que el comportamiento desleal podría ser realizado por cualquier empresa con independencia de cual sea su poder y de la capacidad de ésta para recuperarse de las pérdidas tras una estrategia de precios predatorios.

8. Jurisprudencia y resoluciones en venta a pérdida

Ver anexo III

9. Traslación de la doctrina del TJCE al ordenamiento español

Los dos supuestos que a continuación se van a estudiar (1) «AKZO Chemie BV c. Comisión», de 3 de julio de 1991 y en (2) «Tetra Pak International c. Comisión», de 14 de noviembre de 1996 ya han sido estudiados en el marco de la primera hipótesis⁷³⁷. El volver sobre los mismos obedece a la necesidad de comprobar la posibilidad de aplicación de la segunda hipótesis de trabajo a estos. La diferencia entre la aplicación de la normativa *antitrust* del Derecho comunitario y la española y en su caso de la disciplina de la competencia desleal dependerá de la delimitación del mercado relevante afectado y de la gravedad de los efectos del comportamiento desleal.

Las características fundamentales de estos asuntos son:

(1) El primero, «AKZO Chemie BV c. Comisión» es el primer asunto sobre precios predatorios que llega a tanto a la Comisión «ECS c. AKZO», de 14 de diciembre de 1985, como el TJCE «AKZO Chemie BV c. Comisión», de 3 de julio de 1991, aunque en propiedad habría que hablar de venta a pérdida como concepto más amplio que el anterior⁷³⁸.

⁷³⁶ Vid. GIUDICI, P., *I prezzzy predatorii*, ... ob. cit., pp. 113, 201 y 275 en relación con el estudio del *recoupment-test*.

⁷³⁷ STJCE en el asunto «AKZO Chemie BV c. Comisión», de 3 de julio de 1991, *Rec.*, 1991, 1, p. 3359, y «Tetra Pak International c. Comisión», de 14 de noviembre de 1996, *Rec.*, 1996, p. I-5951.

⁷³⁸ Decisión 85/609/CEE de la Comisión en «ECS/AKZO Chemie», de 14 de diciembre de 1985, en el asunto IV/30.698, *DOCE*, L-374, de 31 de diciembre de 1985, p. 1; y posteriormente la STJCE en «AKZO Chemie BV c. Comisión», de 3 de julio de 1991, asunto C-62/86, *Rec.*, 1991, 1, p. 3359.

El mercado británico e irlandés del agente blanqueador para harinas, un peróxido orgánico conocido como peróxido de benzoilo, estaba controlado por las empresas «Engeneering and Chemical Supplies Ltd.», «Diaflex» y «AKZO UK» con unas cuotas de mercado muy similares —punto 17 Decisión—. La empresa «AKZO UK» es una filial totalmente participada por «AKZO CEIME», que junto a sus filiales constituyen la división de especialidades químicas del grupo «AKZO NV». En dicho contexto, la empresa «ECS» decide ampliar sus actividades hacia el mercado de agentes blanqueadores para un mercado más amplio, el de la industria del plástico. De este modo tanto «ECS» como «AKZO» participan en dos mercados perfectamente diferenciados, por un lado, el de blanqueadores para la harina, y por otro, el de blanqueadores para plásticos en el que «AKZO» tenía posición dominante. Precisamente, desde dicha posición y a raíz de la decisión de «ECS» de participar en el segundo mercado —el de blanqueadores para plásticos—, es amenazada por «AKZO». Quien procede a reducir progresivamente sus precios en el primer mercado, el de blanqueadores para harinas. La gravedad para «ECS» de la amenaza y en su caso la realización de la misma tendría consecuencias negativas, precisamente porque

«[...] mientras que el mercado de aditivos para harinas resultaba vital para ECS, sólo tenía importancia limitada para AKZO, mucho más interesada en el mercado de peróxidos orgánicos para su aplicación en la industria del plástico»⁷³⁹

A denuncia de «ECS» la Comisión investiga y practica registros en las oficinas de «AKZO» encontrando documentos en los que se contenía la estrategia a seguir para eliminar a «ECS»⁷⁴⁰. En el fallo, salvo el inciso iii) de la Decisión de

⁷³⁹ Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., «La aplicación del artículo 86 del ..., ob. cit., p. 251; *idem*. *Precios predatorios y Derecho antitrust. Estudio comparado de los ordenamientos estadounidense, comunitario y español*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 147.

⁷⁴⁰ En el artículo 1 de la Decisión de la Comisión se hace constar que AKZO: « i) Había proferido amenazas directas contra ECS, en el transcurso de reuniones celebradas a finales de 1979, con el objeto de conseguir que se retirase del mercado de peróxidos orgánicos aplicables a los «plásticos»; ii) Había ofrecido y suministrado sistemáticamente a partir de diciembre de 1980 (*grosso modo*) aditivos de la harina a Provincial Merchants, Allied Mills y a la clientela de ECS en el sector de «grandes fabricantes de harina independientes» a precios anormalmente bajos, con objeto de dañar la viabilidad comercial de ECS, obligándola a abandonar su clientela a AKZO o a bajar sus precios hasta vende con pérdidas para poder conservarla; iii) Había ofrecido ofertas selectivas a los clientes de ECS por los aditivos de la harina, manteniendo lo precios considerablemente superiores —hasta el 60%— que practicaba frente a compradores comparables que ya formaban parte de su clientela habitual; Había ofrecido a los clientes de ECS bromato de potasio y una mezcla de vitaminas —cuando normalmente no suministraba este último producto) a precio de reclamo, en el marco de un contrato global que comprendía el peróxido de benzoilo, con el fin de atraer a su clientela hacia la gama completa de aditivos de la harina, eliminando de este modo a ECS; v) había mantenido, dentro del plan cuyo objetivo era dañar a ECS, los precios de los aditivos de la harina en el Reino Unido a un nivel artificialmente bajo durante un periodo prolongado, situación que podía soportar gracias a que sus medios económicos eran superiores a los de ECS; vi) Había seguido una política comercial eliminadora respecto a los proveedores de RHM y de Spillers, obteniendo de dichos clientes detalles precisos sobre ofertas que les hacían otros proveedores de aditivos de la harina —incluida ECS— y realizando seguidamente una oferta a un precio ligeramente inferior a la oferta más baja de la competencia, con el fin de conseguir el pedido, a lo cual debe añadirse —en el caso de Spillers— la obligación impuesta al cliente de comprar a AKZO todas sus provisiones de aditivos de harinas.» De no haber encontrado dichos documentos, que son autoinculpatorios difícilmente AKZO habría sido sancionada.

la Comisión —ofertas selectivas para clientes de «ECS»— y el párrafo 5 del artículo 3.º —prohibición de establecer condiciones de venta discriminatorias entre los clientes de «ECS» para atraerlos y los de «AKZO»—, el Tribunal vino a confirmar la Decisión de la Comisión. Concretamente en el punto v) del artículo 1 de dicha Decisión la Comisión mantiene que esta conducta sólo ha sido posible durante un periodo de tiempo prolongado gracias a que sus medios económicos eran superiores a los de «ECS», o si se prefiere, a la existencia de subvenciones cruzadas entre la matriz y sus filiales, en concreto, entre el mercado de peróxidos blanqueadores para el mercado de plásticos y los peróxidos blanqueadores para el mercado de las harinas —punto 43 STJCE—. Una vez que «AKZO» consiguió eliminar a competidores potencialmente peligrosos como SCADO, entre otros, «pudo subir el precio del producto sobre el cual se apreciaba la competencia»⁷⁴¹.

El asunto «AKZO» es un claro ejemplo de practicas anticompetitiva instrumentalizadas en políticas de precios anormalmente bajos en relación con un determinado nivel de costes que implica «[...] un comportamiento irrazonable o injusto, dirigido a eliminar o a perjudicar a algún competidor»⁷⁴². La empresa abuso de su posición de dominio, utilizando entre otras estrategias las subvenciones cruzadas para cubrir las pérdidas que sufría en un mercado con los beneficios de otros⁷⁴³. En estos casos, la capacidad financiera derivada de la posición de dominio constituye el medio, mientras que las subvenciones cruzadas, el instrumento de la estrategia anticompetitiva.

(2) El segundo supuesto al que se hace referencia es el asunto «Tetra Pak International c. Comisión». En el mismo se conoce en relación con una práctica predatoria instrumentalizada en políticas de precios. La empresa «Tetra Pak International» está especializada en la fabricación de máquinas de llenado y de los envases de cartón de productos alimenticios líquidos y semilíquidos, tanto en envasado aséptico como en el no aséptico a nivel comunitario⁷⁴⁴. En su sector tiene posición de dominio en ambos mercados, con especial relevancia en el mercado del envasado aséptico.

En este asunto «Tetra Pak» es acusada, básicamente, de realizar tres prácticas anticompetitivas desde su posición dominante contraria al artículo 86

⁷⁴¹ Vid. punto 56, apartado vii) de la STJCE (*traducción no oficial*).

⁷⁴² A este respecto *vid.* el *Décimo Informe sobre Política de la Competencia*, Comisión de las Comunidades Europeas, 1985, p. 85. Una opinión que como acertadamente ha indicado HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, —p.159— ya había manifestado con anterioridad en el Memorándum de 1966 en materia de concentración en Europa, en relación con este tipo de abusos en relación con la capacidad financiera vía «competencia basada en los precios en la que una empresa se involucra para eliminar del mercado a un competidor que no tenga capacidad financiera para resistir durante un período largo las ventas a un precio inferior al coste», *Le problème des concentrations dans le Marché Commun*, Bruselas, 1966.

⁷⁴³ Sobre las subvenciones cruzadas *vid.* el estudio realizado en el capítulo IV en el marco de estudio de la primera hipótesis de trabajo.

⁷⁴⁴ En el mercado de envases asépticos la estructura era cuasimonopolista, en el que «Tetra Pak» tenía cuotas que oscilaban entre el 90 y el 95 por ciento, mientras que el resto, entre el 5 y 10 por ciento restante estaba en manos de «PKL». Mientras que en el mercado de envases no asépticos la estructura era oligopolista en el que «Tetra Pak» tenía una cuota entre el 50 y el 55 por ciento, «Eulopack» el 27 por ciento y «PKL» un 11 por ciento.

(*actualmente, artículo 82*) consistente en precios predatorios, estrategia restrictiva de la oferta y vinculación contractual abusiva de clientes⁷⁴⁵. Comienza con la denuncia presentada por «Eulopak Italia», el 27 de septiembre de 1993 contra la empresa «Tetra Pak Italiana» y sus empresas asociadas en Italia por prácticas comerciales contrarias al artículo 82 del TCE, al explotar abusivamente su posición dominante. Según la denuncia el abuso consistía en la venta de envases de cartón a precios predatorios, la imposición de condiciones desleales para el suministro de máquinas de llenado y, en algunos casos, la venta de este material a precios también predatorios.

En un primer momento la Comisión se pronuncia en la Decisión, de 24 de julio de 1991, «Tetra Pak II» sancionándola. Posteriormente es recurrida ante el TPICE quien en sentencia de 6 de octubre de 1994 confirma en su mayor parte la Decisión de la Comisión. Finalmente, «Tetra Pak» recurre, ahora en casación, ante el TJCE quien se pronuncia el 14 de noviembre de 1996⁷⁴⁶. A juicio de la Comisión primero, del TPI después y del TJCE en casación, la empresa «Tetra Pak» vendió el envase «Rex» a un precio inferior a su coste variable directo medio —entre el 10 y el 34 por ciento—, durante un periodo de unos siete años⁷⁴⁷. Para ello, «Tetra Pak Italia» desde su posición de cuasimonopolio realizó subvenciones cruzadas y con ella compensaba las pérdidas que sufría en el mercado de envases no asépticos con los beneficios derivados del mercado de envases asépticos «Brick»⁷⁴⁸. Las pérdidas en las que «Tetra Pak» Italia incurrió durante estos siete años eran sufridas por otras sociedades del grupo que le vendían a un precio inferior al coste variable directo medio. Con esta estrategia «Tetra Pak» incrementó su cuota de mercado para el envase «Rex» en Italia sin

⁷⁴⁵ Puntos 24 a 45 de la Decisión 92/163/CEE de la Comisión, IV/31.043, «Tetra Pak II», *DOCE*, núm. L-72, de 18 de marzo de 1992, p. 1.

⁷⁴⁶ Decisión 92/163/CEE de la Comisión, IV/31.043, «Tetra Pak II», *DOCE*, núm. L-72, de 18 de marzo de 1992, p. 1. La Decisión se recurre ante el TPICE quien se pronuncia el 6 de octubre de 1994, «Tetra Pak c. Comisión», asunto T-83/91, *Rec.* p.II-755. Finalmente «Tetra Pak» recurre en casación ante el TJCE pronunciándose el 14 de noviembre de 1996, «Tetra Pak International c. Comisión», asunto C-333/94, *Rec.*, 1996, p. I-5951.

⁷⁴⁷ La determinación del coste variable directo medio es tal vez uno de los mejores medios para determinar si efectivamente una empresa ha realizado ventas a unos precios anormalmente bajos, estos es, por debajo de un determinado nivel de costes. Para ello habrá de acudir a criterios, en muchos casos discutibles, sobre la imputación y proporción de determinadas partidas de gastos —punto 49 de la Decisión—. De este modo, la investigación sobre los costes se centraría única y exclusivamente sobre los gastos en los que se ha incurrido en la producción del producto investigado. Aunque este método facilita el cálculo no parece el más adecuado en la medida en que con él se pierde la visión de conjunto de la estrategia y política de costes de la empresa. No obstante, al quedar el análisis de los costes circunscrito a un producto en concreto, es evidente que el coste variable directo medio será inferior al coste variable medio, luego aparece con mayor claridad que la política de precios de «Tetra Pak» para el envase «Rex» no sólo fue inferior a los costes, sino que claramente perseguía una finalidad predatoria.

⁷⁴⁸ Un poder que a juicio de la Comisión se ve con claridad en las cláusulas contractuales tan restrictivas que consiguió imponer al indicar que: «Es difícil imaginar que empresas con un comportamiento dictado por las leyes del mercado puedan imponer a sus clientes cláusulas contractuales tan restrictivas como las que se han visto. Ello confirma, si aún era necesario, el poder cuasi monopolístico del que dispone «Tetra Pak» en los mercados asépticos. El hecho de que Tetra Pak consiga imponer estas condiciones no sólo respecto de sus productos asépticos, sino también respecto de sus productos no asépticos ilustra, igualmente, la posición de dicho grupo en este último sector, y ello gracias a la conexión, mencionada más arriba —punto 104—, que existe entre los cuatro mercados considerados.» —punto 146, de la Decisión de la Comisión 92/163/CEE, de 24 de julio de 1991 relativa a la aplicación del artículo 86 del Tratado CEE, IV/31.043 —Tetra Pak II—.

que su competidor, «Eulopak» pudiera hacerse con un hueco, llegando incluso a cerrar una fábrica de reciente creación.

Tras la exposición de los hechos acaecidos en el mercado comunitario se realizará la ficción de imaginar que los mismos han quedado limitados al mercado español para observar su funcionamiento. Se trata de estudiar como modelo los dos asuntos y observar las posibles soluciones a las que pudiera dar lugar. La represión de estos comportamientos por el Derecho español podría dar lugar a la infracción de tres normativas diferentes. Por un lado, una infracción de la normativa *antitrust* de la LDC, por otro lado, una infracción de la disciplina de la competencia desleal, y finalmente, una infracción de la normativa de comercio interior.

En el primer supuesto, una infracción de la normativa *antitrust* en aplicación del artículo 6 de la LDC por abuso de posición dominante y en su caso, si el comportamiento desleal o anticompetitivo tuviera entidad suficiente como para falsear la competencia afectando al interés general en aplicación del artículo 7 de la LDC, a través del cual se daría entrada al artículo 17.2. c) de la LCD.

En ambos casos, se dan los supuestos para el estudio del comportamiento desleal⁷⁴⁹. En una primera etapa del análisis habrá que determinar la objetiva idoneidad del mercado, de los concurrentes, del agresor, de los consumidores y usuarios y del producto o servicio para que el comportamiento desleal tenga lugar⁷⁵⁰. Comprobados estos elementos objetivos se procederá a determinar la intencionalidad excluyente del agresor al vender a pérdida como parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado. La prueba de la intencionalidad predatoria de la venta a pérdida no es fácil. Difícilmente el agresor va a confesar que ha realizado dicho comportamiento bajo pena de ser sancionado por lo que deberá acudir a otras piezas de convicción y entre ellas el estudio de sus costes. Así pues, si los agresores —AKZO Chemie BV o Tetra Pak International S.A.— han vendido por debajo del coste marginal la conducta es predatoria, si ha vendido por encima del coste marginal pero por debajo del coste variable medio sólo se considerarán predatorios cuando se pruebe por el denunciante que forman parte de una estrategia de eliminación, y finalmente, si los costes se encuentran por encima de los costes medios totales la conducta será lícita. En ambos supuestos, los costes estaban por debajo de los costes marginales luego la conducta hubiera sido objeto

⁷⁴⁹ Ha de tenerse presente que la intervención de las autoridades *antitrust* parte de un principio *de minimis* o si se prefiere en aplicación de este principio al operar bajo la máxima *de minimis non curat Praetor*. Un principio que parte de la finalidad perseguida por la normativa *antitrust* que siguiendo criterios de política económica trata de establecer, garantizar y velar por un mercado en libre y leal competencia, desistiendo de reprimir aquellos comportamientos que carezcan de entidad suficiente. Para estos actos de competencia desleal el Legislador establece un sistema en el que se encauza la autodefensa de los intereses de los concurrentes, la disciplina de la competencia desleal.

⁷⁵⁰ De deberán tener en cuenta factores como la estructura de la oferta y de la demanda, existencia de empresas con posición de dominio o con poder de mercado, pocos oferentes, demanda fragmentada, escasa elasticidad de la demanda con pocos productos sustitutivos, existencia de barreras de entrada y salida, capacidad de recuperación del agresor, entre otros.

de sanción por el TDC español. Tanto si se realiza desde una práctica concertada, desde una posición dominante o por falseamiento sensible del mercado que afecte al interés general —artículos 1, 6 y 7 de la LDC—

Asimismo, en el marco de la segunda hipótesis objeto de estudio podría barajarse la posibilidad de que el agresor no detentara una posición de dominio pero sí poder de mercado, que junto con otros elementos pudiera determinar el éxito del comportamiento. En estos casos los efectos anticompetitivos y desleales serían tan perniciosos como los que pudiera realizar un agresor desde una posición dominante⁷⁵¹. Un planteamiento que viene a confirmar el TJCE en el asunto «Tetra Pak International c. Comisión» al indicar que:

«[...] La aplicación del artículo 86 del Tratado presupone la existencia de un vínculo entre la posición dominante y el comportamiento supuestamente abusivo, vínculo que normalmente no existe cuando un comportamiento en un mercado distinto del mercado dominado produce efectos en ese mismo mercado. Cuando se trata de mercados distintos, pero conexos, sólo la existencia de circunstancias especiales pueden justificar la aplicación del artículo 86 a un comportamiento que se desarrolla en un mercado conexo, no dominado, y que tiene repercusiones en ese mismo mercado. A este respecto, una empresa que ocupa una posición cuasimonopolística en determinados mercados y una posición preeminente en mercados distintos, pero estrechamente conectados, se encuentra en una situación comparable al disfrute de una posición dominante sobre los referidos mercados considerados en su conjunto. Por lo tanto, el artículo 86 del Tratado puede ser aplicable a un comportamiento supuestamente abusivo de tal empresa en dichos mercados distintos, sin que sea necesario demostrar que ocupa una posición dominante.»

Aunque aquí el concepto de posición dominante se sigue manteniendo como un requisito de perseguibilidad, y no sólo en el mercado en el que se realiza la práctica, sino que evoluciona al definir mejor el concepto de mercado relevante. Teniendo en cuenta además el concepto de posición dominante individual, conjunta y las subvenciones cruzadas como parte de la posición dominante.

Sin embargo, en el marco de la segunda hipótesis no se exige como requisito de perseguibilidad que la empresa agresora tenga posición dominante, siendo suficiente con que el agresor tenga poder de mercado y concurren otros

⁷⁵¹ Un planteamiento que viene a confirmar el TJCE en el asunto «Tetra Pak International c. Comisión» al indicar que «La aplicación del artículo 86 del Tratado presupone la existencia de un vínculo entre la posición dominante y el comportamiento supuestamente abusivo, vínculo que normalmente no existe cuando un comportamiento en un mercado distinto del mercado dominado produce efectos en ese mismo mercado. Cuando se trata de mercados distintos, pero conexos, sólo la existencia de circunstancias especiales puede justificar la aplicación del artículo 86 a un comportamiento que se desarrolla en un mercado conexo, no dominado, y que tiene repercusiones en ese mismo mercado. A este respecto, una empresa que ocupa una posición cuasimonopolística en determinados mercados y una posición preeminente en mercados distintos, pero estrechamente conectados, se encuentra en una situación comparable al disfrute de una posición dominante sobre los referidos mercados considerados en su conjunto. Por lo tanto, el artículo 86 del Tratado puede ser aplicable a un comportamiento supuestamente abusivo de tal empresa en dichos mercados distintos, sin que sea necesario demostrar que ocupa una posición dominante.»

elementos. Luego no será necesario que el agresor tenga una posición dominante para realizar la venta a pérdida con finalidad excluyente, ni siquiera sería necesario comprobar la posibilidad de éxito con un resultado excluyente y la capacidad de recuperación del agresor. Sería suficiente con probar que se ha realizado un comportamiento desleal consistente en vender a pérdida con finalidad excluyente y que dicho acto, en relación a sus características se muestra objetivamente idóneo para producir el resultado lesivo prohibido.

Por todo lo dicho, habría que concluir que de haberse producido los supuestos anteriores en el ámbito del mercado español la solución habría sido la misma. Se haya realizado desde un posición de dominio o con poder de mercado, aunque con la salvedad de que la sanción sería diferente y estaría en función de la duración de la práctica, la intensidad, mercado afectado, cuota de mercado y reiteración del comportamiento.

En segundo lugar, si los supuestos de hecho se plantearán ante la jurisdicción ordinaria en aplicación del disciplina de la competencia desleal, la solución de los tribunales españoles debería ser la misma. Básicamente porque el artículo 17.2. c) de la LCD admite los mismos criterios interpretativos expuestos con anterioridad. Sin que para la represión de estos comportamientos se exija como requisito de perseguibilidad que el agresor tenga posición de dominio. Las medidas aplicables derivadas del comportamiento desleal serían las del artículo 18 de la LCD y en su caso la sanción sería debidamente determinada por el juez. Y se aplicaría para los dos asuntos —AKZO y Tetra Pak— en los términos en los que se ha estudiado el artículo 17.2. en sus apartados a), b) y c) de la LCD.

Finalmente, en tercer lugar y en aplicación del artículo 14 de la LOCM, una conducta que puede ser realizada tanto desde una posición de dominio como de simple poder de mercado, e incluso con escaso poder. Este precepto se encuentra en una norma de carácter administrativo pero es en sí misma una norma sobre competencia, un híbrido entre competencia desleal y libre competencia en la medida en que con ella no sólo se trata de proteger a los concurrentes, sino también al mercado y a los consumidores y usuarios. La peculiaridad de los dos supuestos estudiados radica precisamente en que eran actos de competencia desleal entre empresas. Las facturas que pudieran realizar los agresores a la luz de la normativa sobre comercio interior se escaparían del artículo 14 de la LOCM en para evitar la sanción prevista en la norma, la matriz simplemente podría facturar a un precio menor, de modo que no se vulnerase la prohibición. Una conducta para cuya realización no tendría grandes dificultades los productores o fabricantes del producto que venden sus filiales y la administración carecería de los medios adecuados para determinar el precio al que adquieren las empresas matrices⁷⁵².

⁷⁵² El artículo 14 de la LOCM también resulta de aplicación a los productores y fabricantes tras la incorporación a la LOCM la Disposición Adicional Sexta que establece que: «Lo dispuesto en los artículos 9, 14 y 17 de la presente Ley, será de aplicación a las entidades de cualquier naturaleza jurídica, que se dediquen al comercio mayorista o que realicen adquisiciones o presten servicios de intermediación para negociar las mismas por cuenta o encargo de otros comerciantes.»

10. Los precios predatorios al alza en el artículo 17.2. c) de la LCD

Cuando un concurrente contrata su aprovisionamiento de género o de materias primas lo hace a los efectos de satisfacer su demanda real y en su caso potencial. El aprovisionamiento en ambos casos deberá realizarse con sumo cuidado y bajo criterios de eficiencia y racionalidad empresarial porque compromete el desarrollo de la actividad empresarial presente y futura. Bajo estas premisas resulta cuando menos extraño la realización de operaciones de aprovisionamiento que no respondan a la necesidad real de satisfacer el aprovisionamiento. Una operación que parece no operar bajo los criterios de un empresario diligente, ni por la cantidad adquirida, ni por el precio pagado por ella.

El riesgo es un elemento innato a la actividad empresarial de ahí que el empresario se encuentre en una lucha constante por controlarlo. Incluso estos esfuerzos por prever el riesgo son insuficientes y se producen errores de cálculo y como consecuencia de ello, errores de aprovisionamiento. Previsibles o imprevisibles tienen como causa común un error y obedecen a la naturaleza de la propia actividad mercantil. Sin embargo, entre dichos errores no cabría admitir desde el Derecho *antitrust* y desde la disciplina de la competencia desleal aquellos supuestos en los que el aprovisionamiento obedezca a una finalidad distinta. Comportamientos que no pretenden cubrir su demanda sino de evitar que otros competidores en el mercado relevante puedan hacer frente a la suya. En estos supuestos, la operación de aprovisionamiento no obedece a criterios de eficiencia y racionalidad económica, sino a otros fines.

Sean cuales fueren los motivos que inspiran estos comportamientos, el Legislador consciente de los efectos negativos que entraña procede a la represión de los supuestos más graves a través del artículo 281 del CP⁷⁵³. Pero sólo para dos concretos bienes jurídicos, las materias primas y los productos de primera necesidad. Luego cuando no se trate de estos dos supuestos no podrá procederse a la represión penal de los mismos. Por ejemplo en la actividad de compra de género que realiza el comercio minorista y no referido a productos de primera necesidad. La finalidad de esta norma penal está muy próxima a la finalidad perseguida por las normas *antitrust*, la de proteger el mercado, a los competidores y a los consumidores y usuarios. Aunque limitado a unos concretos bienes jurídicos, o si se prefiere al mercado de materias primas y de productos de primera necesidad, quedando fuera todos aquellos supuestos que no encajen en dicho marco⁷⁵⁴.

⁷⁵³ El artículo 281 del CP establece que: «El que detrajere del mercado materias primas o productos de primera necesidad con intención de desabastecer a un sector del mismo, de forzar una alteración de precios, o de perjudicar gravemente a los consumidores, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.» Para un estudio más detenido *vid.* VALLE MUÑIZ, J. M., «ARTÍCULO 281», en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (Direc. QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F., y otros), 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 663-664.

⁷⁵⁴ Sería interesante la interpretación del concepto jurídico indeterminado de «primera necesidad». Para una persona con unos niveles de ingresos medios no tendría un concepto similar al que tendría una persona de un mayor poder adquisitivo. En la categoría de productos de «primera necesidad» podría englobarse productos como leche, pan, aceite y azúcar entre otros. Pero no es lo mismo una leche de marca blanca que una leche de

En aplicación de la normativa comunitaria en materia *antitrust* se ha procedido a la represión de los precios predatorios al alza en los asuntos «General Motors», «United Brands», «British Leland», «Deutsche Grammophon c. Metro», «Ministerio Público c. Jean Louis Tournier», «François Lucazeau c. SACEM y otros» y «Sterling Airways» entre otros⁷⁵⁵.

Sin embargo, en nuestra legislación en materia de libre y leal competencia se carece de un tipo específico para proceder a la represión de estos comportamientos. Salvo que se realicen desde el Derecho *antitrust* en el marco de una práctica concertada del artículo 1 de la LDC, desde una posición dominante individual o colectiva del artículo 6 de la LDC, o cuando el acto implique un falseamiento sensible de la libre competencia que afecte al interés general del artículo 7 de la LDC⁷⁵⁶. O bien, desde la disciplina de la competencia desleal cuando el comportamiento implique un acto contrario a las exigencias de la buena fe del artículo 5 de la LCD, ya que al menos en principio encontraría dificultades para encajar en el catálogo general de actos de competencia desleal⁷⁵⁷. La deslealtad radica en la posición desde la que se realiza el acto, pacto colusorio o abuso de posición dominante por ser contrarias a las exigencias de la buena fe o afectar al interés general del mercado. Pero no por el comportamiento desleal en sí mismo considerado, el precio predatorio al alza o si se prefiere, la compra predatoria.

No obstante, cabría preguntarse si es posible o no la represión de los precios predatorios al alza a través del artículo 17.2. c) de la LCD. El precepto establece como requisito para calificar las ventas a pérdida como comportamiento desleal que se venda por debajo de un determinado nivel de costes y que dicha venta se

marca que tiene un precio superior en un 100 por ciento. En este supuesto, el concepto de «primera necesidad» habrá que llenarlo de contenido.

⁷⁵⁵ Vid. «General Motors», 1975, *Rep.*, 1367; «United Brands», 1978, *Rep.*, 207; «British Leland», 1986, *Rep.*, 3263; «Deutsche Grammophon c. Metro», 1971, asunto 78/70, *Rep.*, 487, punto 19, p. 501; «Ministerio Público c. Jean Louis Tournier», de 13 de julio de 1989, asunto 394/87; «François Lucazeau c. SACEM y otros», de 13 de julio de 1989, asuntos 110/88, 241/88 y 242/88.

⁷⁵⁶ El TDC ha tenido la oportunidad de asistir a varios supuestos en los que han tenido lugar precios predatorios al alza. Entre ellas las resoluciones de 21 de septiembre de 2000 «Asociación Provincial de Comercializadores de Pescado de Vigo» —expt. 474/99— y resolución de 20 de mayo de 1994 «Funerarias del Ampurdanesas» —expt. 338/1993—.

⁷⁵⁷ En este supuesto podría encontrar cobijo la sentencia de la AN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 24 de marzo de 1997 que conoce del recurso interpuesto por «Trint España, S.A.» a la resolución del TDC de 8 de julio de 1992, y la STS de 8 de marzo de 2002 que viene a confirmar la sentencia de la AN. El asunto parte de la aplicación por la Comisión de los Reglamentos 2376/1989 y 2727/1989 por el que se decide poner a la venta mediante licitación de aceite de oliva virgen y aceite de oliva lampante en poder del SEMPA. Dicha licitación fue prácticamente acaparada por las empresas «Farahuil» y «Huileiries Reunies» domiciliadas en Marsella y pertenecientes a una familia que a su vez controla las empresas «Frint Limited» y «EG Cornelius and Co. Ltd» domiciliadas en Italia y «Societa Anonima Raffinazione Olii» domiciliada en el Reino Unido, y además a través de una sociedad de cartera controla las empresas «Frint España, S.A.» y «Frint Lus». De ellas, sólo la empresa «Frint España S.A.» vende las cantidades procedentes de la subasta con lo que el precio de aceite de oliva virgen por 100 Kg. pasó de 26.389 pesetas a 29.100 pesetas en agosto de 1989 —subiendo el precio en 2711 pesetas—. Mientras que los 100 Kg. de aceite de oliva virgen lampante pasó de 24.133 a 27.300 —subiendo el precio 3167 pesetas—. Se trata de un supuesto de acaparamiento a través del control de la licitación lo que le permite determinar el precio de venta posterior del producto. Incluso aunque la licitación sea de carácter público la deslealtad del comportamiento es evidente, tanto en el número de licitadores como en el precio que se ofrece.

realice con la finalidad y en el marco de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado. La represión de estos comportamientos obedece precisamente a la necesidad de limitar aquellas prácticas desleales y anticompetitivas que no se fundamentan en los propios méritos y en la eficiencia, que resultan contrarios a la exigencia de la buena fe y producen efectos negativos sobre los intereses del propio mercado, de los concurrentes y los consumidores y usuarios, aunque desde el lado de la oferta.

Es precisamente en este último inciso donde radica la duda. Y en atención a lo dicho cabría preguntarse si este precepto es o no aplicable a los mismos supuestos, por identidad de objeto, sujeto y causa con el artículo 17.2. c) de la LCD y tenga lugar desde el lado de la demanda. Parece que esta interpretación cabría desde una interpretación finalista del precepto. En concreto, aquellos supuestos en los que se realice un comportamiento desleal consistente en acaparar las fuentes de aprovisionamiento a través de la práctica de precios predatorios al alza, o si se prefiere compras predatorias, para adquirir determinado género o materias primas. Para ello, habría que interpretar el concepto de venta a pérdida en sentido amplio incluyendo las compras con finalidad excluyente. Una posibilidad que parece no estar expresamente contemplada en el catálogo general de actos de la LCD.

A estos efectos cabría preguntarse si es posible que en una interpretación finalista de la norma *a complitudine* estuviera o no esta posibilidad contemplada en la mente del Legislador, aunque esto sería lo menos importante⁷⁵⁸. Lo relevante sería determinar si en el actual momento histórico y económico esta interpretación podría encontrar cobijo. Básicamente y en atención a lo expuesto a lo largo del estudio del artículo 17.2. c) de la LCD parece que podría ser posible la extensión de la regulación de la prohibición de la «venta a pérdida desleal» que se produce desde la oferta, a la compra con pérdida desleal que es lo que ocurre cuando se realizan precios predatorios al alza desde la demanda⁷⁵⁹. Y al igual que el artículo 17.2. c) de la LCD la deslealtad de la conducta recaerá precisamente en la exigencia de que la misma forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado. Debiendo continuar con la interpretación del precepto en los términos expuesto ya que sería perfectamente trasladable el aparato doctrinal y jurisprudencial estudiado en el marco de la primera y segunda hipótesis.

⁷⁵⁸ Vid. LARENZ; K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, ... ob. cit., p. 350, que «[...] las ideas normativas de los autores de la Ley son, como hemos visto, sólo un criterio de interpretación entre otros; no son, en modo alguno vinculantes para el intérprete. La meta última de la interpretación no es averiguar la “voluntad real” del Legislador histórico, sino averiguar el significado de la ley hoy jurídicamente decisivo [...] el posible sentido literal es, como sabemos, variable.»

⁷⁵⁹ Para una visión de la interpretación finalista *a completudine* vid. PERELMAN, C. *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1979, p. 81. Una interpretación que parece posible en el marco del artículo 3 del Código Civil al establecer que la interpretación literal de las normas jurídicas «[...] según el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas [...]» deberán ser interpretadas «[...] atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas [...]»

En este sentido, de estar en el marco de una estrategia desleal debería procederse a la represión de las mismas. Para que tenga lugar no se exige la presencia de un resultado lesivo, sino que es suficiente con que la conducta se muestre objetivamente idónea para producir dicho resultado lesivo⁷⁶⁰. Incluso puede que el resultado no sea un fin en si mismo, sino que con este comportamiento lo que se persiga sea disciplinar a los competidores, obligarles a aceptar condiciones comerciales a las que de otro modo no hubieran accedido, generar artificialmente barreras de entrada o salida o disuadir a competidores. Y estos otros objetivos encajan en lo que el Legislador ha calificado como «[...] estrategia encaminada a [...]» Finalmente, en el caso de producirse el resultado de eliminación como consecuencia de la estrategia sería tenido en cuenta a los efectos no sólo de probar la idoneidad objetiva del comportamiento desleal, sino también a los efectos de determinar la indemnización de los daños y perjuicios.

No ha de olvidarse que los efectos sobre el mercado de estos comportamientos, sin perjuicio de su represión penal, podrían producir los mismos efectos desleales que la venta a pérdida desleales y que trata de evitar la disciplina de la competencia desleal. Incluso para la realización de estos comportamientos, tampoco es una *conditio sine qua non* que la empresa que los realice tenga una posición dominante. Resulta evidente que las empresas que se encuentren en dicha posición estarán mejor preparadas para realizar esos comportamientos en un mercado inexpugnable⁷⁶¹. Sin embargo, bajo determinadas condiciones estos comportamientos también podrán ser realizados por empresas que no detenten posición de dominio, pero si cierto poder de mercado pudiendo producir los mismos efectos lesivos indeseados a través de la práctica de precios predatorios al alza. Y de extender la aplicación del artículo 17.2. c) de la LCD cabría proceder a la represión de los precios predatorios al alza, incluso cuando no se realicen desde una posición dominante por empresas con cierto poder de mercado.

No obstante, las dificultades prácticas que entraña esta interpretación son grandes. Precisamente porque la prohibición de la venta a pérdida en la LCD tiene un carácter excepcional, ya que parte del principio general de libertad de precios y de la libertad de venta a pérdida que orbita sobre el derecho constitucional a la libertad de empresa del artículo 38 de la CE, prohibiendo sólo los supuestos más graves⁷⁶². A la luz de esta regulación restrictiva de la norma, la extensión de la

⁷⁶⁰ En este sentido *vid.* STJCE de 14 de noviembre de 1996, «Tetra Pak International c. Comisión», asunto C-333/94, *Rec.*, 1996, p. I-5951, p. 44, en relación con la necesidad de proceder a la represión de los precios predatorios aunque no se haya producido el resultado lesivo al mantener que: «El objetivo buscado, que es el de preservar una competencia no falseada, no permite esperar a que una estrategia de tales características logre la eliminación efectiva de los competidores.»

⁷⁶¹ La utilización de la expresión inexpugnable se realiza para hacer referencia a todas aquellas circunstancias de carácter objetivo que han de coincidir para que la práctica predatoria pudiera de ser realizada por la empresa agresora para poder tener éxito. Factores como oferta dispersa salvo por parte del agresor, demanda dispersa, valor de utilidad del producto o de la prestación de servicio, o dificultad para acceder a fuentes de suministro alternativas entre otros factores.

⁷⁶² Sobre las dificultades que entraña una interpretación amplia una norma que debe ser interpretada restrictivamente *vid.* LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, ... *ob. cit.*, pp. 350-353. Un autor que admite esta posibilidad al indicar en relación con la interpretación amplia de una disposición excepcional

restricción con la inclusión de los supuestos de precios predatorios al alza cuando formen parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado sería forzada.

11. La especial y avanzada regulación de la venta a pérdida en el Derecho antitrust español

La prohibición de los comportamientos desleales instrumentalizados en ventas a pérdida en nuestro ordenamiento jurídico son especialmente avanzados, porque no sólo reprime estos comportamientos desde una doble perspectiva, desde el Derecho *antitrust* y desde la disciplina de la competencia desleal, sino que además, consciente el Legislador de la estrecha relación entre ambas disciplinas ha procedido a establecer nexos de unión.

En sede de libre competencia a través de la represión de las prácticas concertadas del artículo 1 de la LDC y de la represión de los abusos de posición dominante a través del artículo 6 de la LDC. En sede de competencia desleal a través de la prohibición del artículo 7 de la LDC de comportamientos susceptibles de distorsionar gravemente las condiciones de competencia en el mercado que afecte al interés público. En este supuesto, los comportamientos desleales a los que se refiere son los que vulneren la cláusula general del artículo 5 LCD y el catálogo de actos contenido en los artículos 6 a 17 de la LCD. Por tanto, a través del artículo 7 de la LDC el TDC podrá proceder a la represión de los comportamientos desleales y entre ellos al contenido en el artículo 17.2. de la LCD, claro está, siempre que dichos comportamientos desleales cumplan con las exigencias del artículo 7 de la LDC.

Las interrelaciones entre ambas disciplinas también constituye un avance. La LCD se relaciona con la LDC a través del artículo 15.2. por infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial. De este modo, la represión de la venta a pérdida se puede realizar desde una doble vía, tanto desde la normativa *antitrust* como desde la disciplina de la competencia desleal. Y con el tradicional planteamiento en el que se ha venido exigiendo posición dominante, y desde la menos tradicional, cuando el agresor no detente dicha posición pero sí una posición de cierto poder que le permita realizar la conducta.

que: «[...] Se tiene que evitar que, mediante una interpretación demasiado amplia de las disposiciones excepcionales, o mediante su aplicación analógica, la intención del Legislador se trueque finalmente en lo contrario a ella. Pero esto no significa que la disposición excepcional haya de interpretarse tan “estrictamente como sea posible” o que la analogía quede excluida en todo caso. Aquí es decisiva de nuevo la razón por la que el Legislador ha exceptuado precisamente esos casos. Acerca de ello dará información, sobre todo, las ideas normativas de las personas que tomaron parte en la legislación. Si éstas se dirigen exclusivamente a un determinado grupo de casos, la interpretación tampoco debería incluir nuevos casos cuando esto no fuera posible según el sentido literal de los términos elegidos; pues de lo contrario, se estaría infringiendo el principio de igual trato a lo de igual sentido.»

12. Contingencia de la posición dominante

Este planteamiento es empleado por parte de nuestra doctrina más relevante en el estudio del artículo 17.2. c) de la LCD⁷⁶³. Unos criterios que fueron empleados por el Legislador español incluso antes de conocer las apreciaciones del TJCE en el asunto «Tetra Pak International S.A» como se ha podido observar en el estudio realizado en los capítulos IV y siguientes.

⁷⁶³ Vid. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La venta a pérdida como supuesto de competencia desleal [Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2.ª) de 12 de junio de 1992], *RGD*, núm. 589-590, 1993, p. 10354. Al indicar que: «Un razonamiento similar nos llevaría a considerar que los precios predatorios han de ser abordados desde el artículo 6 de la LDC como una manifestación del abuso de posición dominante, con lo que se reduciría la utilidad disciplinaria que frente a esas prácticas cabe atribuir al artículo 17.2. c) LCD. Ahora bien, frente a esa observación puede decirse, con razón, que cabe imaginar la utilización de la venta a pérdida desleal por parte de empresas a las que cabe imputar que, sin llegar a ser titulares de una posición de dominio, sí ostentan una posición de fuerza en el mercado, a partir de la cual llevan a cabo sistemáticamente y sin justificación objetiva la venta de productos por debajo del precio de adquisición, con la finalidad de perjudicar a sus competidores de inferior dimensión.» Con similar criterio vid. MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal ...*, ob. cit., pp. 523-524, en relación con el concurso de normas existentes entre el artículo 17.2. c) de la LCD y el 6 de la LDC al indicar que: «[...] el ilícito del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia tiene por presupuesto la existencia actual de una posición dominante, circunstancia ésta de la que no depende la deslealtad de la venta a pérdida en el artículo 17.2. c) de la Ley de Competencia Desleal. De este modo, la Ley de Defensa de la Competencia concentra su interés, y en principio a ello reserva sus efectivos y poderosos medios, en el reforzamiento de la posición de dominio, mientras que la Ley de Competencia Desleal permite anticipar la reacción jurídica a un momento anterior a la misma adquisición de la posición de dominio. Lo dicho, como es obvio, no impide a los órganos de defensa de la competencia conocer y resolver aquellos casos en los que la venta a pérdida predatoria sea realizada por quien tiene una posición dominante, sirviéndose para ello del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia y, precisamente, sobre la base de la comisión del acto de competencia desleal tipificado en el artículo 17.2. c) de la Ley de Competencia Desleal como de hecho se viene haciendo (*cf.* RRTDC 30-XII-1991, expediente 295/1991 «N.C.A. Electromedicina c. General Electric CGR España, S.A.», 3-II-1992, expediente A 16/91 «Tecnotrón»). Y a la inversa, no ha de impedir que el abuso de posición de dominio consistente en una venta a pérdida predatoria sea tratado como acto de competencia desleal por violación de normas reguladoras de actividad concurrencial.» En un sentido similar vid. BERENQUER FUSTER, L., «La venta a pérdida en la Ley de Competencia Desleal», en *La prohibición de la venta a pérdida ...*, ob. cit., pp. 93-94, al mantener que: «[...] con independencia de que la mayor parte de la elaboración de la doctrina de los precios predatorios se haya producido en el campo del derecho antitrust, ello no significa que no puedan presentarse supuestos de prácticas unilaterales de precios predatorios realizadas por empresas que no se encuentren en posición de dominio, y ahí la virtualidad del artículo 17.2. c) de la Ley de Competencia Desleal que permite la persecución de ese tipo de prácticas. Hay que tener en cuenta que la política de precios predatorios siempre tiene finalidad anticoncurrencial, por lo que si la alteración de la competencia es sensible y afecta por ello el interés público, aun cuando no sea realizada desde una posición de dominio, puede suponer una infracción del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia.» También se ha pronunciado en un sentido similar PAZ-AREZ, C., «El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust», *RDM*, 1981, pp. 110 y ss.; Finalmente en la Recientemente desde la disciplina *antitrust* estas ideas han sido expuestas, tal y como se expone al comienzo de nuestra segunda hipótesis por BAKER, J. B. «Unilateral competitive effects theories in merger analysis», *Antitrust*, 1997, pp. 21-22; NEWTON, C., «Do predators need to be dominant?», ... ob. cit., pp. 127-132.

CAPÍTULO IX

LA VENTA A PÉRDIDA EN LA LOCM

1. Introducción

Consciente el Legislador de los efectos negativos que para el mercado interior tiene la realización de estos comportamientos, y las dificultades que había venido encontrando la represión de la venta a pérdida desde el Derecho *antitrust* y desde la disciplina de la competencia desleal procede a la aprobación del artículo 14 de la LOCM. Un precepto que será objeto de estudio en el marco de la segunda hipótesis, precisamente porque para la represión de estos comportamientos no se exige que la empresa que lo realiza tenga una posición de dominio, poder de mercado o poder competitivo. Es suficiente con que cualquiera de los concurrentes sometidos a la LOCM oferte en el mercado interior productos a precios inferiores al precio de adquisición o coste de producción según factura — aunque con ciertos ajustes—, con independencia de que quien la realice sea comerciante o no, o la venta sea civil o mercantil⁷⁶⁴. No obstante, la mayor parte de estas reventas son adquiridas para su consumo por los consumidores y en el marco del artículo 7 de la LGDCU deberán ser interpretadas a favor de estos⁷⁶⁵.

La LOCM nace para dar respuesta en un contexto socioeconómico en los que los mercados están soportando grandes cambios. La dispersión normativa existente no parece poder responder a los mercados de nuevas tecnologías, los desequilibrios entre empresas grandes y pequeñas debidas a las nuevas formas de distribución y las nuevas modalidades de ventas debilitan la consecución del objetivo del desarrollo de un mercado interior español y comunitario leal, competitivo y eficiente. Y donde los beneficios que se deriven del mismo alcance

⁷⁶⁴ Al precio que figura en la factura se le realizan ciertos ajustes en el mismo párrafo, por otro lado lógicos como la deducción de «[...] la parte proporcional de los descuentos que figuren en la misma, o al de reposición si éste fuese inferior a aquél o al coste efectivo de producción si el artículo hubiese sido fabricado por el propio comerciante, incrementados, en las cuotas de los impuestos indirectos que graven la operación.»

⁷⁶⁵ Con similar criterio entre nuestra doctrina *vid.* ALONSO ESPINOSA, F. J., «Prohibición de la venta con pérdida», en *Régimen Jurídico del General del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista.* (Coord. ALONSO ESPINOSA, F. J., LÓPEZ PELLICER, J. A., MASSAGUER FUENTES, J., y REVERTE NAVARRO, A.), McGraw-Hill, Madrid, 1999, p. 246.

a los consumidores y usuarios. Unas deficiencias que trata de corregir el Legislador, tal y como mantiene en su exposición de motivos, al indicar que:

«[...] el correcto funcionamiento eficiente, que permita asegurar el aprovisionamiento de los consumidores con el mejor nivel de servicio posible y con el mínimo coste de distribución. Para alcanzar este objetivo, es preciso que el mercado garantice la óptima asignación de los recursos a través del funcionamiento de la libre y leal competencia.»

En este contexto, la actual LOCM parte de la Proposición de Ley de Comercio presentada por Convergencia i Unió en el marco de la V Legislatura, de 11 de octubre de 1994⁷⁶⁶. En esa Proposición aparece regulada por primera vez la venta con pérdida en los artículos 79 a 81, con una redacción muy similar a la contenida en la Ley Catalana 1/1983, de 18 de febrero en los artículos 17 a 19⁷⁶⁷. Los artículos de la proposición establecen:

«79.1. Se considera venta a pérdida aquella actividad comercial que se realiza cuando el precio de venta practicado por el comerciante de cualquier producto es inferior al precio de compra.

79.2. La venta a pérdida únicamente se podrá efectuar en la venta en rebajas, la venta en liquidación, la venta de saldos y cuando se trate de productos perecederos en el momento en que se encuentren amenazados de rápidas alteraciones en otros tipos de ventas ocasionales que se determinen reglamentariamente.

80. Se entiende por precio de compra aquel que resulta de deducir del precio unitario de factura todas las bonificaciones de cualquier tipo debidamente incluidas, y de incorporarle los gravámenes que afecten directamente al producto, siempre que consten en la misma factura, así como los portes desde el almacén al suministrador al almacén del comprador, siempre que éste los pague directamente al transportista. En ningún caso se considerarán, a los efectos de la deducción del precio a la que se refiere el párrafo anterior,

⁷⁶⁶ *BOCG*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie B, 11 de octubre de 1994, núm. 10-14.

⁷⁶⁷ *BOE*, de 14 de marzo de 1983, núm. 62, p. 7473, *DOCE*, *Generalitat de Catalunya*, de 25 de febrero de 1983, núm. 307. La regulación de la venta a pérdida se realiza en los artículos 17 a 19. «17. 1. Se considera que existe venta a pérdida cuando el precio de venta practicado por el comerciante de cualquier producto es inferior al precio de compra o de reposición si el nuevo aprovisionamiento se ha efectuado o se puede efectuar a la baja. 2. La venta a pérdida, en el ámbito territorial de la Generalidad de Cataluña, únicamente podrá efectuarse en la venta en rebaja, la venta en liquidación, la venta de saldos y cuando se trate de productos perecederos en el momento en que se vean amenazados de rápida alteración o en otros tipos de ventas ocasionales cuando se determine por reglamento. 18. Se entiende por precio de compra el que resulta de deducir del precio unitario de la factura todas las bonificaciones de cualquier tipo debidamente incluidas en el mismo y de incorporar en éste los gravámenes que carguen directamente el producto, siempre que consten en la misma factura, así como los portes desde el almacén del suministrador hasta el almacén del comprador, siempre que este último los pague directamente al transportista. En ningún caso se considerarán, a los efectos de la deducción del precio a que se refiere el párrafo anterior, las retribuciones o las bonificaciones de cualquier tipo que signifiquen compensación por servicios prestados. 19. A los efectos de la determinación del precio de compra se considerarán las facturas de la mercancía o del producto objeto de la venta a pérdida.» Este régimen jurídico fue declarado inconstitucional en el párrafo primero del artículo 17.1., y nulo parcialmente el 17.2. por la STC de 1 de julio de 1986, que responde a los recursos de inconstitucionalidad acumulados números 352/1983 y 367/1983.

las retribuciones o las bonificaciones de cualquier tipo que signifiquen compensación por servicios prestados.

81. A los efectos de determinación del precio de compra se considerarán las facturas de las mercancía o del producto objeto de la venta a pérdida.»

Estos preceptos constituyen la base sobre la que se construye el actual artículo 14 de la LOCM, tras las enmiendas número 161 del Grupo Socialista y número 421 del Grupo Catalán⁷⁶⁸. En el citado precepto se prohíbe la venta con pérdida siendo redactado en los siguientes términos:

«1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, no se podrán ofertar ni realizar ventas al público con pérdida, fuera de los supuestos regulados en los capítulos IV y V del Título II de la presente Ley, a menos que, quien la realice, tenga por objetivo alcanzar los precios de uno o varios competidores con capacidad para afectar, significativamente, a sus ventas, o se trate de artículos percederos en las fechas próximas a su inutilización. En todo caso, deberá respetarse lo dispuesto en la Ley sobre Competencia Desleal.

2. A los efectos señalados en el apartado anterior, se considerará que existe venta con pérdida, cuando el precio aplicado a un producto sea inferior al de adquisición según factura, deducida la parte proporcional de los descuentos que figuren en la misma, o al de reposición si éste fuese inferior a aquél o al coste efectivo de producción si el artículo hubiese sido fabricado por el propio comerciante, incrementados, en las cuotas de los impuestos indirectos que graven la operación.

Las facturas se entenderán aceptadas en todos sus términos y reconocidas por sus destinatarios, cuando no hayan sido objeto de reparo en el plazo de los veinticinco días siguientes a su remisión. En el caso de que no sean conformes se dispone sobre la anterior un plazo adicional de diez días para su subsanación y nueva remisión de la correspondiente factura rectificada. A los efectos de lo dispuesto en este artículo, no se tendrán en cuenta las modificaciones contenidas en facturas rectificativas emitidas en fecha posterior a los plazos indicados.

3. No se computarán, a los efectos de la deducción en el precio a que se refiere el párrafo anterior, las retribuciones o las bonificaciones de cualquier tipo que signifiquen compensación por servicios prestados.

4. En ningún caso, las ofertas conjuntas o los obsequios a los compradores podrán utilizarse para evitar la aplicación de lo dispuesto en el presente artículo.»

Como se observa, y con el fin de garantizar «la óptima asignación de recursos a través del funcionamiento de la libre y leal competencia» el artículo 14 de la LOCM se configura como uno de los pilares sobre el que se construye lo que

⁷⁶⁸ *BOCG*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie B, de 11 de octubre de 1994, núm. 10-14, pp. 103-181.

el Legislador en la exposición de motivos denomina «marco legal mínimos». Cuya finalidad es precisamente conseguir un mejor funcionamiento de la libre y leal competencia en el mercado interior.

Normativa que tiene un carácter supletorio y opera en defecto de las normas dictadas por aquellas CC.AA. que teniendo asumida esta competencia en sus respectivos Estatutos de Autonomía, no hubieran procedido a su desarrollo. Sin embargo, determinados preceptos y entre ellos el artículo 14 de la LOCM forma parte de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil por la vía del artículo 149.1.6. de la CE, de modo que las CC.AA. no tienen competencias legislativas en estas materias, aunque sí de ejecución.

Por ello, las regulaciones de la venta a pérdida o de la venta con pérdida en materia de comercio interior desarrolladas por las CC.AA. han quedado derogadas por el artículo 14 de la LOCM, por lo que el estudio de la figura se centrará en este precepto. Un artículo que viene a regular una forma o modalidad de venta en materia de comercio interior, entendiendo por tal «[...] aquella actividad desarrollada profesionalmente con ánimo de lucro consistente en ofertar la venta de cualquier clase de artículos a los destinatarios finales de los mismos, utilizando o no un establecimientos» —artículo 1.2. de la LOCM—.

Esta artículo opera como una especie de híbrido a caballo entre la LDC y la LCD. Y trata de evitar las ventas con pérdida al entender que es una modalidad contraria a la óptima asignación de recursos y a la libre y leal competencia al conculcar los principios que inspiran el mercado interior. En ella concurren todos los intereses en juego, aunque la protección de los concurrentes y los consumidores y usuarios se realiza de una manera indirecta con la prohibición y represión de la venta con pérdida. Para ello, la norma parte de la prohibición absoluta de la venta con pérdida, a diferencia de la regulación contenida en la LCD donde la venta a pérdida tiene un carácter excepcional, y a la que se somete explícitamente en el párrafo segundo del artículo 14.1., estableciendo a continuación los supuestos de venta con pérdida autorizados.

Entre estos supuestos se encuentran diferentes modalidades de venta también inspirados en el ánimo de lucro. Aunque éstas pretenden limitar las pérdidas derivadas de un menor atractivo del género por deterioro, desperfecto, desuso o obsolescencia como las ventas a saldos —artículos 28 a 29 de la LOCM—; las ventas de carácter excepcional y con la finalidad de extinguir la actividad comercial o de determinado género como consecuencia de una decisión judicial, administrativa o por el comerciante o adquirente denominada ventas con liquidación —artículos 30 y 31 de la LOCM—; las ventas con pérdidas forzadas por la propia competencia y que se realizan para alcanzar los precios de uno o varios competidores con capacidad para afectar significativamente a sus ventas calificadas como una excepción por realineamiento y en este supuesto habría que incluir los supuestos de ventas con pérdidas cuando el precio de reposición resulta inferior al precio de adquisición —artículo 14.1. de la LOCM—; y finalmente, las

ventas con pérdida de productos perecederos en fechas próximas a su inutilización.

En el estudio se prestará especial atención a dos modificaciones legislativas, la primera, y ante la facilidad con la que se podía manipular la factura se aprueba el párrafo segundo del artículo 14.2., 17.2. párr. 3º, y 17.3 de la LOCM⁷⁶⁹; y la segunda, también con la finalidad de evitar la vulneración de la prohibición de la venta con pérdida a través del juego que permite las facturas entre los que participen en la cadena de distribución, al extender la DA 6.ª la aplicación de los artículos 14 y 17 de la LOCM

«[...] a las entidades de cualquier naturaleza jurídica que se dediquen al comercio mayorista o que realicen adquisiciones o presten servicios que se dediquen al comercio mayorista o que realicen adquisiciones o presten servicios de intermediación para negociar las mismas por cuenta o encargo de otros comerciantes»⁷⁷⁰

Por tanto, fuera de estos supuestos no cabe en el marco del mercado interior español realizar otras ventas con pérdida. En especial no será posible realizarlas en el marco de estrategias promocionales, una posibilidad que venía siendo admitida por el TDC, si bien solía justificar su no intervención en atención a la escasa gravedad y corta duración de la venta a pérdida, ni tampoco por la jurisdicción ordinaria ante la que las partes no conseguían probar la intención predatoria —artículo 27 de la LOCM—. Tampoco podrá superarse este umbral en las ventas especiales que se realicen a determinados colectivos del artículo 15 de la LOCM; a las ventas en rebajas de los artículos 24, 25 y 26 de la LOCM; ni a las ventas con obsequios de los artículos 32, 33 y 34 de la LOCM, al quedar expresamente prohibido por el artículo 14.3. de la LOCM la realización de ofertas conjuntas con obsequios para evitar la prohibición de la venta con pérdida⁷⁷¹.

2. Posible justificación de la venta con pérdida en la LOCM por la insuficiencia de la LCD

Disponiendo como disponíamos de la normativa *antitrust* a nivel nacional y comunitario, así como la disciplina de la competencia desleal para la represión de determinadas modalidades de ventas a pérdida, procede en estos momentos exponer las líneas generales que llevan al Legislador español a regular

⁷⁶⁹ Ante la facilidad con la que se podía manipular la factura se aprueba el párrafo segundo del artículo 14.2. y 17.2. párr. 3º, y 17.3. pasa a ser cuarto con nueva redacción. Modificaciones introducidas por Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, *BOE*, del 30 de diciembre.

⁷⁷⁰ Disposición Adicional 6.ª incorporada por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, *BOE*, del 30 de diciembre.

⁷⁷¹ En este sentido *vid.* la Comunicación de la Comisión sobre las promociones de ventas en el mercado interior. Propuesta de Reglamento Europeo y del Consejo relativo a las promociones de ventas en el mercado interior, Bruselas, 2 de octubre de 2001, COM (2001) 546 final, y las Enmiendas 27-31 a la Propuesta de Reglamento (COM (2001) 546 – C5-0475/2001 – 2001/0227 (COD)) de 2 de abril de 2002, PE 307.508/27-31. Propuesta que tiene por objeto evitar que determinadas regulaciones de los Estados miembros introduzcan medidas ineficientes o que eviten la competencia.

nuevamente la figura en el marco del comercio interior. Cabría preguntarse si las disposiciones de las que se disponían eran insuficientes para asegurar un mercado en libre y leal competencia.

En la exposición de motivos de la norma se justifica su oportunidad básicamente en dos elementos: el primero, por un evidente cambio de la realidad motivada por

«[...] los profundos cambios que ha experimentado la distribución comercial minorista en España [por un lado para las empresas de tecnología modernas, y por otro lado, por la integración que afectaba a las formas tradicionales de comercio]⁷⁷², la incorporación de nuevas tecnologías y formas de venta y el reto que ha supuesto de Unión Europea así como la dispersión normativa [...]»

Y el segundo, como consecuencia de la necesidad de adaptación a esa nueva realidad a través de un proceso de «[...] sistematización, modernización y adecuación a la realidad de los mercados [...]» se observa la necesidad de establecer «[...] un sistema de distribución eficiente, que permita asegurar el aprovechamiento de los consumidores con el mejor nivel de servicio posible y con el mínimo coste de distribución [...]» de modo que se «[...] garantice la óptima asignación de los recursos a través del funcionamiento de la libre y leal competencia». Para ello, resulta necesario «[...] el establecimiento de un marco de buenas prácticas comerciales [...]». Un marco legal de mínimos que «[...] deberá producir un mejor comportamiento de todos los agentes del sector [...]» como la regulación de nuevas modalidades de venta al público para evitar los abusos sobre los adquirentes, nuevas reglas en la distribución, modernización de las estructuras comerciales así como la configuración de las reglas del juego competencial entre el Estado y las CC.AA. Todos ellos, esfuerzos y objetivos en la LOCM que pretenden que los efectos derivados del mercado interior alcancen a los consumidores y usuarios a través del correcto funcionamiento de la competencia.

En este contexto y a juicio del Legislador, no parecen suficiente las normativas sobre libre y leal competencia. La primera, porque persigue una finalidad de interés público con efectos positivos sobre los intereses de todos los que participan. Por ello, en su exposición de motivos mantiene que la norma trata de

«[...] garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, siendo asimismo compatible

⁷⁷² Entre dichos supuestos de distribución están excluidos los productos agrarios por Ley 19/1982, de 26 de mayo, de Contratación de Productos Agrarios —*BOE*, núm. 137, de 9 de junio de 1982— posteriormente desarrollada por el Real Decreto 2707/1983, de 7 de septiembre —*BOE*, núm. 255, de 25 de octubre de 1983— y por la Ley 38/1994, de 30 de diciembre, de regulación de las Organizaciones Interprofesionales Agroalimentarias —*BOE*, núm. 313, de 31 de diciembre de 1994—, a la que afecta la Disposición Adicional Primera de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social —*BOE*, núm. 315, de 31 de diciembre de 1996—.

con las demás leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias jurídicas o económicas, de orden público o privado.»

Y la segunda, en un esfuerzo por trasladar y

«[...] adecuar el ordenamiento concurrencial a los valores que han cuajado en nuestra constitución económica. Ambas normativas en el marco de nuestro sistema económico se fundamentan en el principio de libertad de empresa, sobre el que gravita en el plano institucional el principio de libertad de competencia».

De ahí que ambas normativas, desde los diferentes intereses de los que parten, que al final son coincidentes, traten de evitar que el mercado sea falseado por prácticas desleales susceptibles de falsear su correcto funcionamiento. Ambas normativas, en la consecución de sus objetivos también alcanzan fines de comercio interior, pero este es un fin en si mismo cuyo desarrollo y protección corresponde al Estado a través del artículo 149.1.6. de la CE. En concreto, como establece el artículo 1 de la LOCM, la ley

«[...] tiene por objeto principal establecer el régimen general del comercio minorista, así como regular determinadas ventas especiales y actividades de promoción comercial, sin perjuicio de las dictadas por las CC.AA. en el ejercicio de sus competencias en la materia»⁷⁷³.

Y se entiende por comercio minorista

«[...] aquella actividad desarrollada profesionalmente con ánimo de lucro consistente en ofertar la venta de cualquier clase de artículos a los destinatarios finales de los mismos, utilizando o no un establecimiento.» — artículo 1.2. LOCM—.

Una definición que, como se ha indicado anteriormente, deberá ser completada con la Disposición Adicional Sexta, tras su incorporación por Ley 55/1999, de 29 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social⁷⁷⁴. Una norma que extiende la calificación de comerciante minoristas a los efectos de aplicar los artículos 9, 14 y 17 a:

«[...] las entidades de cualquier naturaleza jurídica, que se dediquen al comercio mayorista o que realicen adquisiciones o presten servicios de

⁷⁷³ En sentido contrario al objeto declarado en la LOCM por insuficiente *vid.* MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., CALONGUE VELÁZQUEZ, A., LAGUNA DE PAZ, J. C., y GARCÍA DE COCA, J. A., *Informe sobre la proposición de Ley de Comercio*, Instituto de Estudios Económicos, diciembre, 1994, p. 48-53, al indicar que «En resumidas cuentas, hay que reconocer que los autores de esta propuesta legislativa no están queriendo en realidad establecer una ley reguladora del régimen verdaderamente general del comercio minorista, ni siquiera determinar el régimen jurídico general *específico* de esta manifestación de la actividad comercial, sino simplemente regular sólo algunos elementos del régimen jurídico aplicable al comercio minorista, que son en su mayoría propios de la legislación mercantil, aunque se les someta a la vez a ordenación jurídico-administrativa principalmente por la vía de su sujeción a la potestad fiscalizadora y sancionadora de la Administración pública.»

⁷⁷⁴ *Vid.* BOE, de 30 de diciembre de 1999.

intermediación para negociar las mismas por cuenta o encargo de otros comerciantes.»

Luego si la extiende a los efectos de estos artículos, también está afectando a la definición que el propio Legislador da de comerciante minorista al no encajar en la contenida en el artículo 1.2. de la LOCM. Se trata de aquellas entidades que se dediquen al comercio mayorista o realicen adquisiciones o presten servicios de intermediación para negociar las mismas por cuenta o encargo de otros comerciantes y que oferten con ánimo de lucro a sus destinatarios finales, sin que éstos destinatarios sean consumidores. Se parte de la premisa de que los destinatarios finales a los que se refiere el párrafo segundo del artículo primero de la LOCM son los mismos que los previstos en el artículo 1.2. de la LGDCU, extendiéndolo no sólo a los consumidores, sino también a los usuarios al indicar que

«[...] son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes producen, facilitan o suministran.»⁷⁷⁵

Por ello, el concepto de «comercio minorista» y el concepto de «destinatarios finales» debe ser interpretado en un sentido más amplio que el contenido en el artículo 1.2. de la LOCM, tras la extensión de los sujetos afectos por la DA 6.^a de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre de 1999.

⁷⁷⁵ Parece evidente que la LOCM va dirigida exclusivamente a la regulación del comercio minorista de productos, pero también se extiende a las prestaciones de servicios cuando formen parte de la venta del producto. De ahí que pudiera ser factible la aplicación del concepto de consumidores y usuarios de la LGDCU y por ende del concepto de destinatarios finales. En relación con la posibilidad de extender la aplicación de la LOCM a las prestaciones de servicios se *vid.* ALONSO ESPINOSA, F. J., «Prohibición de la venta con pérdida», en *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista ...*, ob. cit., p. 246, al indicar que «[...] la prohibición de la venta a pérdida debe extenderse también a aquellos supuestos en los que el vendedor haya realizado ciertas modificaciones o transformaciones sobre el objeto de las ventas a pérdida. De este modo pueden darse supuestos de prestación de servicios incluibles en el ámbito de la prohibición de la venta con pérdida. Se trata de aquellas prestaciones de servicios que actúan como presupuesto necesario de la venta de ciertos objetos —*v. gr.*, el servicio de revelado de fotografía para después vender los positivos a pérdida. Pero ello debe valorarse con cautela, ya que las prestaciones de servicios con pérdida no quedan dentro del marco de la prohibición *ex* artículo 14 de la LOCM sino tan sólo si suponen una actividad de transformación o modificación respecto del bien objeto de la venta a pérdida que constituya presupuesto necesario y directo de la misma.» Una opinión que cobra especial importancia a raíz de la introducción de la DA. 6.^a en la que expresamente se extiende la aplicación de los artículos 9, 14 y 17 LOCM «[...] a las entidades de cualquier naturaleza jurídica, que se dediquen al comercio mayorista o que realicen adquisiciones o presten servicios de intermediación para negociar las mismas por cuenta o encargo de otros comerciantes.» En sentido contrario aunque partiendo del estudio del artículo 13 de la LOCM *vid.* BASSOLS COMA, M., «Comentario al artículo 13 LOCM», en *Comentario a la Ley Orgánica del Comercio Minorista* (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., y LEGUINA VILLA, J.), Tecnos, Madrid, 1997, p. 232, al indicar que «La materia a la que se contrae la Ley y su artículo 13.1. es exclusivamente, la venta de «artículos». Aunque la Ley no precisa el alcance de esta referencia y en otros preceptos utiliza los términos de mercancías (art.4), productos (art.10), «objetos o bienes» (art.9), lo cierto es que habrá que interpretar que los «servicios» quedan excluidos del ámbito de la Ley y del régimen de libertad de precios, previsto en el artículo 13, regulándose por normativa específica.»

Por tanto, si la finalidad perseguida por la LOCM es la de establecer un régimen jurídico general del comercio minorista, regulando determinadas ventas especiales y actividades de promoción al objeto de alcanzar los fines expuestos en su exposición de motivos. De ahí la oportunidad y necesidad de la normativa reguladora del comercio interior establecimiento de un marco legal de mínimos entre los que se encuentra la prohibición de la venta con pérdida. Una figura que previamente estaba regulada en la LCD y a la que expresamente se somete. En principio, parece haber contradicción entre ambas normativas, sin embargo, hay que tener presente cuáles son los fines perseguidos por ambas. El Legislador, en atención a los fines perseguidos por el comercio minorista establece unos criterios más rígidos que los exigidos por la normativa *antitrust* y por la disciplina de la competencia desleal. Tal vez porque es consciente del coste social que generan estrategias empresariales no basadas en competencia racional y eficiente. Y finalmente, por las dificultades procedimentales del artículo 17.2. de la LCD, es por lo que procede a la redacción del artículo 14 de la LOCM a los efectos de satisfacer los fines que está llamada a alcanzar una norma ordenadora del comercio interior. Una norma que como se observará resulta mucho más restrictiva que la contenida en el artículo 17.2. de la LCD.

Este artículo 14 de la LOCM se configura como una opción de política legislativa con un claro enfoque proteccionista del comercio tradicional frente a las grandes superficies. Una opción que obedece a varios motivos, por un lado, a la situación desventajosa en la que se encuentra el comercio tradicional y urbano ante las técnicas de distribución de las grandes superficies. Y por otro lado, por las deficientes técnicas del artículo 17.2. de la LCD para la represión de las ventas a pérdida desleales en el ámbito jurídico. Entre las que cabe señalar la tardanza de los procedimientos que parece poco acorde con la celeridad que exige el tráfico mercantil y la existencia de procedimientos y gastos procesales que desmotivan a las empresas en un doble sentido. A las que resultan afectadas, a denunciarla prefiriendo realizar otros acuerdos, y a las que las están en condiciones de realizarla, no pensárselo y buscar otras alternativas ante las dificultades que encuentra en nuestro ordenamiento la represión de este tipo de comportamientos.

Para evitar estos inconvenientes, y en el marco del ejercicio de las potestades atribuidas por el artículo 149.1.6. de la CE el Legislador desarrolla en el seno de la LOCM el artículo 14 el régimen jurídico de la «prohibición de la venta con pérdida». Si bien, la técnica legislativa empleada difiere de la utilizada en la LCD, donde se parte de la prohibición absoluta de la venta con pérdida. De este modo, el artículo 14 de la LOCM se configura como una norma de competencia, a caballo entre la libre competencia y la competencia desleal de carácter jurídico privado civil y mercantil con forma y procedimiento administrativo⁷⁷⁶. Aunque el supuesto de hecho en el que se basa es el mismo que el de la venta a pérdida. Y a diferencia de las anteriores normativas, ésta no permite que la Administración realice juicios de valor sobre la lealtad o deslealtad

⁷⁷⁶ Situación ya puesta de manifiesto por TRONCOSO y REIGADA, M., «Notas críticas a la Proposición de Ley de Comercio Interior del Grupo Parlamentario Catalán», *La Ley*, núm. 3634, de 21 de octubre de 1994, p. 4.

del comportamiento, quedando reservado a la jurisdicción ordinaria, civil, penal y a las autoridades *antitrust* nacionales y comunitarias. El sistema es simple y fija un umbral por debajo del cual se califica el comportamiento como venta con pérdida, precio de adquisición, de reposición o coste de producción, y luego el instrumento de la prueba, la factura confiriéndole un valor *iuris tantum*. Para ello, el Legislador establece que:

«[...] se considerará que existe venta con pérdida, cuando el precio aplicado a un producto sea inferior al precio según factura, deducida la parte proporcional de los descuentos que figuren en la misma, o al de reposición si éste fuere inferior a aquél o al coste efectivo de producción si el artículo hubiese sido fabricado por el propio comerciante, incrementados, en las cuotas de los impuestos indirectos que graven la operación.»

Así que cuando concurren estas circunstancias la venta infringe la prohibición de realizar ventas con pérdida y será objeto de sanción por la Administración a través de las CC.AA., y en aplicación de los artículos 63.1. 65.1., 66. b). y 67 de la LOCM.

3. El artículo 14 de la LOCM como límite a la libertad de empresa comercial

La sistemática empleada en la regulación de la prohibición de la venta con pérdida en la LOCM es similar a la realizada en la regulación de la venta a pérdida de la LCD. Aunque con finalidades diferentes pero en el fondo coincidentes, la regulación de la prohibición de la venta con pérdida no podía ser de otro modo. Precisamente porque la misma supone una limitación al principio de libertad de precios que gravita alrededor del principio constitucional del artículo 38 de libertad de empresa. De ahí, que en el ámbito del comercio interior y previo a establecer un marco de mínimos de buenas prácticas comerciales para asegurar el correcto funcionamiento de la competencia, el Legislador proceda una vez más a enarbolar la bandera de la libertad de precios y empresa en el artículo 13 de la LOCM, para a continuación proceder a limitarlo en el mismo artículo, en el mismo y en el siguiente párrafo, así como en el artículo 14 de la LOCM⁷⁷⁷.

⁷⁷⁷ El artículo 13 establece que: «1. Los precios de venta de los artículos serán libremente determinados y ofertados con carácter general de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de defensa de la libre y leal competencia, con las excepciones establecidas en leyes especiales. 2. Esto, no obstante, el Gobierno del Estado, previa audiencia de los sectores afectados, podrá fijar los precios o los márgenes de comercialización de determinados productos, así como someter sus modificaciones a control o a previa autorización administrativa, en los casos siguientes: a) Cuando se trate de productos de primera necesidad o de materias primas estratégicas; b) Cuando se trate de bienes producidos o comercializados en régimen de monopolio o mediante concesión administrativa; c) Como medida complementaria de las políticas de regulación de producciones o de subvenciones u otras ayudas a empresas o sectores específicos; d) Excepcionalmente y mientras persistan las circunstancias que aconsejen la intervención, cuando, en un sector determinado, se aprecie ausencia de competencia efectiva, existan obstáculos graves al funcionamiento del mercado o se produzcan situaciones de desabastecimiento.»

El incidir de nuevo en el principio de libertad de precios parece exagerado ya que el principio está consagrado en la Constitución a través del artículo 38 y la interpretación del mismo por el TC así como el carácter excepcional de las limitaciones⁷⁷⁸. Por lo que el artículo 13 de la LOCM más parece una recapitulación de los límites al principio de libertad de empresa y precios sobre los que ya había consenso en materia de libre y leal competencia. Salvo las excepciones prevista en leyes especiales y sectores intervenidos en caso de productos de primera necesidad, productos producidos y comercializados en régimen de monopolio o concesión administrativa, como complemento a políticas de subvenciones o ayudas a determinados sectores, y cuando se observe ausencia de competencia efectiva en el mercado o se produzcan situaciones de desabastecimiento. Unos límites que al igual que ocurre con el principio de libertad de precios ya operaban en otras normas y no parecía necesario incorporarlos nuevamente en el ámbito de la regulación del comercio interior para su aplicación por la Administración⁷⁷⁹. Sin embargo, de no haberlo realizado podrían haberse introducido algunas dudas interpretativas acerca de los límites al principio de libertad de precios, partiendo del hecho de que esta norma es de naturaleza jurídico administrativa igual que la intervención administrativa de los precios, lo que podría haber generado desigualdades entre las diferentes CC.AA. que procedieran a regular en este marco y contrarias al principio de unidad de mercado del artículo 149.1.13. de la CE⁷⁸⁰.

La prohibición generalizada de realizar venta con pérdida en el artículo 14 de la LOCM parece contrario al principio general de libertad de precios que gravita sobre el principio constitucional de libertad de empresa. Aunque la regulación de esta modalidad de venta se realice en el marco de una norma jurídico administrativa persiguiendo unos fines de política legislativa perfectamente defendibles, la materia que esta norma esta regulando, como expresamente señala la DF. Única, párrafo tercero de la LOCM, es de carácter mercantil. Evidentemente, la determinación del umbral de legalidad no es fácil, pero ello no es óbice para que se proceda a solucionarlo con una norma administrativa con unos fines coincidentes, pero diferentes a los que ya contenía una norma jurídico privada como la LCD. Tal vez, lo mejor hubiera sido mejor llenar de contenido los conceptos jurídicos indeterminados del artículo 17.2. de la LCD como precio de adquisición o coste de producción a los efectos de facilitar el

⁷⁷⁸ Vid. BASSOLS COMA, M., «Comentario al artículo 13 LOCM», en *Comentario a la Ley Orgánica del Comercio Minorista* ob. cit., p. 231., al mantener que «Si se exceptúa la previsión de que para el futuro toda excepción a la libertad de precios deberá tener rango de Ley, o bien fundamentarse en los supuestos previstos del apartado 2, el precepto es prácticamente innecesario. En efecto, la aplicación de la normativa sobre la libre y leal competencia es inherente al sistema y su apartado 2 propicia la confusión en cuanto sus presupuestos, como tendremos ocasión de comprobar, no se corresponden con los principios ordenadores de la intervención administrativa de precios.»

⁷⁷⁹ En este sentido Convergència i Unió para quien a través de la enmienda número 485 el artículo 13 le parece innecesario por ya estar presente en la legislación civil y mercantil, mientras que con un criterio opuesto el Grupo Socialista, para quien a través de la enmienda 226 considera que el artículo 13 y las limitaciones que incorpora al principio de libertad de precios son fundamentales y posibles al amparo del artículo 149.1.13. de la CE.

⁷⁸⁰ Vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., CALONGUE VELÁZQUEZ, A., LAGUNA DE PAZ, J. C., y GARCÍA DE COCA, J. A., *Informe sobre la proposición de Ley de ...*, ob. cit., p. 43.

cálculo y represión de esas modalidades de venta. Especificando a continuación los supuestos de venta a pérdida que entrando en el marco de la prohibición deben quedar exentos en atención, básicamente a criterios de racionalidad económica. Por tanto, hubiera sido mucho mejor

«[...] suprimir pura y simplemente el artículo 14 porque basta y es mejor la regulación del 17 de la Ley de competencia desleal. Podrá objetarse que siempre será difícil demostrar que la venta a pérdida forma parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores. Y es cierto. Pero no parece razonable que el ordenamiento establezca una presunción implícita de que toda venta a pérdida —salvo supuestos tasados de excepción— es desleal o dañosa para los consumidores, o en fin, perjudicial para cualquier interés público o privado. Debe ser cada agente económico quien, en principio, evalúe los riesgos y se atenga a las consecuencias económicas de sus decisiones en este orden, siempre que, naturalmente, no lesione claramente derechos o legítimos intereses de terceros.

Si se quiere reforzar las previsiones de la Ley de competencia desleal con sanciones administrativas, basta con configurar el correspondiente tipo de infracción mediante remisión a la regulación de aquella Ley, o incluso introduciendo la correspondiente reforma en ella.

Y si lo que se quiere es modificar el régimen sustantivo de la venta a pérdida establecido en el artículo 17 de la Ley de competencia desleal, hágase clara y abiertamente. Acabamos de señalar que nos parece mejor su regulación que la que proponen ahora el Grupo Socialista y Ciu, pero si es eso lo que se quiere, hágase con la adecuada técnica legislativa y no se permita la coexistencia de dos regulaciones de sentido y efectos tan diversos.»⁷⁸¹

Finalmente, con independencia de la oportunidad o idoneidad de la técnica legislativa empleada por el Legislador, lo cierto es que habiendo limitado el principio de libertad de precios en el artículo 13 de la LOCM, procede nuevamente a limitarlo en el artículo siguiente con la prohibición absoluta de la venta con pérdida, para reconocer a continuación los supuestos autorizados. De ello deduce la clara convicción del Legislador de evitar a toda costa la realización de comportamientos que a la luz del principio de libertad de precios puedan encubrir actos de venta con pérdida. Una norma que sigue persiguiendo la protección del comercio urbano y del pequeño comerciante frente a las grandes superficies, en donde el artículo 14 de la LOCM opera como un límite a la libertad de precios.

⁷⁸¹ Vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., CALONGUE VELÁZQUEZ, A., LAGUNA DE PAZ, J. C., y GARCÍA DE COCA, J. A., *Informe sobre la proposición de Ley de ...*, ob. cit., p. 126.

4. Calificación de la venta con pérdida

La LOCM parte de la prohibición general de realizar venta con pérdidas tomando como base dos elementos, por un lado, el umbral a partir del cual se considera que se ha realizado venta a pérdida, y por otro lado, la prueba de la misma. En el primero, desde una perspectiva dinámica se califica como venta con pérdida, incluyendo los impuestos indirectos, el vender por debajo del «precio de adquisición según factura», el precio de «reposición si este fuere inferior» al de adquisición, o «al coste efectivo de producción si el artículo hubiese sido fabricado por el comerciante». Y en segundo lugar, la prueba de haber realizado ventas por debajo de los citados umbrales de legalidad se instrumenta en la factura. Procediendo a continuación a establecer un régimen de excepciones o autorizaciones de determinadas ventas con pérdida en atención a criterios de racionalidad económica.

De ahí que metodológicamente se proceda al estudio de cada uno de estos elementos para comprender el significado, alcance y contenido del citado precepto.

4.1. «precio de adquisición según factura [...]»

En este punto se realizan una presunción y una consecuencia, la primera, que el precio de adquisición es el que figura en factura, y la segunda, que vender por debajo de dicho precio constituye una venta con pérdida prohibido.

En cuanto al primero, el concepto de precio de adquisición se utiliza en sentido estricto, estableciendo una presunción *iuris tantum* en relación con el que figura en el documento. Sin embargo, el precio de adquisición de un producto o servicio para una empresa no viene determinado únicamente por el precio que figura en la factura, sino que habrá que sumarle multitud de costes en los que se ha incurrido antes, durante y después de la adquisición. En este sentido la norma de valoración 13 del Plan General de Contabilidad de 20 de diciembre de 1990, bajo el título «Existencias» establece como precio de adquisición:

«[...] el consignado en factura más todos los gastos adicionales que se produzcan hasta que los bienes se hallen en el almacén, tales como transportes, aduanas, seguros, etc. El importe de los impuestos indirectos que graven la adquisición de las existencias solo se incluirán en el precio de adquisición cuando dicho importe no sea recuperable directamente de la Hacienda Pública.»⁷⁸²

⁷⁸² Vid. norma 13.^a del Plan General de Contabilidad aprobada por Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre. Con respecto a la reducción que experimenta la factura en los supuestos de ventas de productos cuyos envases pueden ser reutilizados es de interés la Resolución de la Dirección General de Tributos de 23 de mayo de 1987 —BOE, núm. 123, de 23 de mayo de 1987—, que entendía que el importe de dichos envases debía ser tomado como parte del precio de adquisición, aunque posteriormente este criterio, como acertadamente ha indicado MARÍN LÓPEZ, J. J., «Prohibición de venta con pérdida», en *Comentarios a las*

Unas partidas que no aparecen en el artículo 14 de la LOCM y de ahí que el término «precio de adquisición» haya de ser interpretado en sentido estricto. Sólo el precio que aparezca reflejado en la factura, concretamente en el total a pagar, en el que estarán contemplados los impuestos indirectos sin que se admitan a los efectos de calcular el precio, las deducciones por retribución o las bonificaciones en compensación de los servicios prestados. Unas partidas que son insuficientes a los efectos de calcular el precio de adquisición en los términos que establece el Plan General de Contabilidad.

Por ello, la utilización del término «precio de adquisición» parece poco afortunada, teniendo en cuenta, que si lo que el Legislador quería era limitar el precio al que figura en la factura, podría haber sido un término más acertado la utilización de «precio de compra», porque quien paga el precio compra a un vendedor. Diferenciándolo de este modo del coste en sentido genérico o con carácter específico el coste de compra o adquisición en el que sí estarían incluidas las diferentes partidas a las que se ha hecho referencia. Tampoco parece acertada la utilización de la expresión «cuando el precio aplicado a un producto», para hacer referencia a la operación típica del comercio minorista, la reventa.

En cuanto a la segunda, la determinación del umbral de legalidad en atención a la interpretación restrictiva de «precio de adquisición», precio de «reposición si este fuere inferior» o «coste de producción si el artículo hubiese sido fabricado por el propio comerciante» tampoco parece acertada. La interpretación restrictiva viene determinada por el instrumento probatorio, la factura, y resulta evidente que ésta escasamente refleja la realidad de los costes empresariales. Resulta evidente que esta forma de determinación del umbral de legalidad responde a una legítima opción de política legislativa⁷⁸³. De este modo el Legislador consigue evitar de un plumazo las discusiones y las dificultades técnicas dirigidas a determinar el coste y el umbral de legalidad que venían del artículo 17.2. de la LCD o de la aplicación de la normativa *antitrust* a través de los artículos 1, 6 y 7 de la LDC. Dificultades técnicas que siguen vigentes en cada una de éstas normativas.

leyes de Ordenación del ..., ob. cit., pp. 269-270, parece cambiar con el artículo 6, apartados 1, 2, y 3 de la Ley 11/1997, de Envases y Residuos de Envases, de 24 de abril —BOE, núm. 99, de 25 de abril de 1997—.

⁷⁸³ En este sentido la cuestión de inconstitucionalidad planteada en la Sala de lo Contencioso Administrativo de Cataluña, —Barcelona, núm.6) en relación con el artículo 14 de la LOCM. El citado tribunal no eleva la cuestión de inconstitucionalidad interesada por el recurrente al indicar en el Fundamento de Derecho Primero que «Del examen del concreto precepto de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, no parece a juicio de esta suscribiente motivo alguno para considerar que el mismo pueda ser contrario a la Constitución, por lo que no procede plantear la cuestión de inconstitucionalidad interesada por la parte recurrente.» De ahí que en el Fundamento de Derecho Segundo y a los efectos de determinar la factura como elemento probatorio de la venta con pérdida mantenga que «De la relación del artículo citado se desprende que los únicos documentos que el Legislador quiso que se tuvieran en cuenta para definir la venta con pérdida son las facturas y los únicos documentos que se deben aplicar en el cálculo del precio de coste son los reflejados en la factura correspondiente y no en otros documentos nexos.» Como vemos, una opción de política legislativa que a juicio del tribunal no tiene indicios de inconstitucionalidad, por lo que no admite las notas de abono como elementos para probar el coste efectivo.

Asimismo, facilita la instrucción de los correspondientes expedientes sancionadores sin que la Administración realice valoraciones sobre los mismos, ya que operan de un modo automático en el ámbito de las competencias atribuidas por la LOCM⁷⁸⁴. Dejando abierto, en su caso, la represión de estos comportamientos a través de la disciplina de la competencia desleal.

No obstante, con el objetivo político de proteger al comercio minorista tradicional y urbano frente a las grandes superficies y las nuevas formas de distribución no vale cualquier cosa. Parecía evidente la necesidad de proceder a facilitar el cálculo del precio de adquisición para la represión de la venta a pérdida del artículo 17.2. de la LCD. Tal vez, teniendo en cuenta que esta norma no construye un auténtico sistema de comercio interior, hubiera sido más interesante modificar los preceptos de la LCD⁷⁸⁵. Efectivamente son legítimos los intereses del Legislador en el marco de la competencia exclusiva atribuida por el artículo 149.1.13. de la CE, pero la técnica empleada ha introducido asimetrías e inseguridad en el ordenamiento jurídico y en el interprete. Una situación que se ha producido al construir una norma con finalidad jurídico-administrativa sobre los fundamentos en los que se asienta la normativa *antitrust* y la disciplina de la competencia desleal⁷⁸⁶.

4.2. Valor probatorio

Con el objetivo de facilitar el cálculo y fijar el umbral de legalidad por la realización o no de la venta con pérdida el Legislador acude a la factura como instrumento probatorio. De conformidad con el artículo 51 del Código de Comercio los contratos mercantiles son prueba del contrato

«[...] cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, la clase a que correspondan y la cantidad que tengan por objeto, con tal que conste su existencia por cualquiera de los medios que el Derecho civil tenga establecidos.»

En este sentido, los artículos 1214 y ss. del CCiv. establecen que la prueba puede hacerse «por instrumentos —públicos y privados—, por confesión, por inspección personal del Juez, por peritos, por testigos y por presunciones.» La factura opera como un medio de prueba más entre los que la LOCM prevé en el

⁷⁸⁴ Al respecto *vid.* ALONSO ESPINOSA, F. J., «Prohibición de la venta con pérdida», en *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista ...*, op cit., p. 248, cuando mantiene que «[...] La LOCM ha optado así por un criterio de *simplicidad* ante la determinación del principal elemento definidor del supuesto de hecho prohibido que coadyuve, por ello, a dotar de seguridad jurídica y efectividad práctica a la prohibición.»

⁷⁸⁵ Con similar criterio *vid.* MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., CALONGUE VELÁZQUEZ, A., LAGUNA DE PAZ, J. C., y GARCÍA DE COCA, J. A., *Informe sobre la proposición de Ley de ...*, ob. cit., p. 51, al indicar que «[...] los autores de esta propuesta legislativa no están queriendo en realidad establecer una ley reguladora del régimen verdaderamente general del comercio minorista, ni siquiera determinar el régimen jurídico general *específico* de esta manifestación de la actividad comercial, sino simplemente regular sólo algunos elementos del régimen jurídico aplicable al comercio minorista, que son en su mayoría propios de la Legislación mercantil, aunque se les someta a la vez a ordenación jurídico-administrativa [...]»

⁷⁸⁶ *Vid.* TRONCOSO y REIGADA, M., «Notas críticas a la Proposición de Ley de ...», ob. cit., p. 4.

artículo 11.2. como el «recibo u otro documento análogo». Y sobre ella, además, transcurrido el plazo previsto en el artículo 14 de la LOCM se establece una presunción *iuris tantum* en relación con la perfección del contrato documentado en la factura en aplicación del artículo 1225 del CCiv. De este modo, siguiendo la antigua jurisprudencia del TS en aplicación de este precepto en las sentencias de 24 de enero de 1921, 14 de diciembre de 1928, 10 de octubre de 1931 y 9 de marzo de 1965, a la factura como documento privado se le ha atribuido en los términos de este artículo el valor de «escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causa habientes.»⁷⁸⁷

Siguiendo con este criterio, múltiples pueden ser los medios de prueba que las partes pueden emplear a los efectos de la prueba de las obligaciones cuyo cumplimiento reclaman o la extinción a la que se oponen. Sin embargo, la opción que realiza el Legislador por este sistema encuentra dos problemas, por un lado, el valor probatorio de la misma, y la segunda, los problemas para la determinación del precio de adquisición unitario.

En cuanto al primero, la factura establece una presunción *iuris tantum* al utilizar en el artículo 14.2. de la LOCM la expresión «se considerará que existe venta con pérdida». Luego es posible aportar otros elementos de prueba que coadyuven a determinar con claridad el precio de adquisición, siempre que estos se incorporen definitivamente a la factura en el plazo de veinticinco días siguientes a su recepción, y diez días más en el caso de que no sean conformes. Pero ha de concluirse que el medio de prueba es la factura y no otros documentos, aunque estos tengan algún efecto sobre la factura sino aparecen reflejados en ella⁷⁸⁸. De ahí, que para evitar que determinadas correcciones sobre las facturas cuestionen el funcionamiento del artículo 14 de la LOCM, como las correcciones posteriores por *rappels* o descuentos que no figuran en factura entre otras, es por lo que el Legislador ha introducido por Ley 55/1999, de 29 de diciembre un nuevo párrafo en el apartado segundo en el que se indica que:

«[...] Las facturas se entenderán aceptadas en todos sus términos y reconocidas por sus destinatarios, cuando no hayan sido objeto de reparo en el plazo de los veinticinco días siguientes a su remisión. En el caso de que no sean conformes se dispone sobre la anterior un plazo adicional de diez días para su subsanación y nueva remisión de la correspondiente factura rectificada. A los efectos de lo dispuesto en este artículo, no se tendrán en

⁷⁸⁷ Vid. URÍA, R., MENÉNDEZ, T., y VERGEZ, M. *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, Civitas, Madrid, 2001, p. 40.

⁷⁸⁸ Vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., CALONGUE VELÁZQUEZ, A., LAGUNA DE PAZ, J. C., y GARCÍA DE COCA, J. A., *Informe sobre la proposición de Ley de ...*, ob. cit., pp. 268-269., al mantener en relación con la determinación del precio de adquisición según factura que el citado precepto «[...] no establece una mera presunción consistente en considerar como precio de adquisición el de factura, pero permitiendo la aportación de contraprueba de la que se desprenda, en contra de la presunción, que el precio real de adquisición es distinto del que figura en la factura. Muy al contrario, el precio de adquisición es a todos los efectos el reflejado en la factura, por lo que resultan absolutamente irrelevantes los datos que, aun probados, no estén consignados en ella.»

cuenta las modificaciones contenidas en facturas rectificativas emitidas en fecha posterior a los plazos indicados.»

Por tanto, la factura opera como un medio probatorio, estableciendo sobre la misma una presunción *iuris tantum*, pudiendo realizar algunos reparos a su contenido aunque limitado a término para evitar modificaciones posteriores que impidan la aplicación del precepto. Transcurrido el término para realizar reparos, la factura se convertiría en una presunción *iuris et de iure* a los efectos del artículo 14 de la LOCM⁷⁸⁹. Esta calificación es nuevamente una opción del Legislador porque evidentemente en esa factura no se están contemplando los gastos generales en los que incurre el oferente minorista. Sin embargo, esta opción para que no se acepten más modificaciones transcurrido el término está convirtiendo a la factura en una presunción *iuris et de iure*. Una restricción de Derecho administrativo sancionador contraria al principio de contradicción, por lo que debería poder ser desvirtuada por cualquier otro medio de prueba, y no quedar limitado a la factura.

Por ejemplo, si el comerciante minorista demandante de género ha solicitado 200 cajas de zapatos, modelo XY. A la fecha de su recepción comprueba parte de las cajas y manifiesta su conformidad con la factura. Posteriormente, transcurridos 40 días y habiendo vendido 100 cajas procede la venta de las otras 100 cajas y comprueba que son del modelo XX, por lo que solicita una rectificación de factura y que le sirvan de nuevo el modelo XY. En este caso, la factura extemporánea de rectificación no puede modificar la factura a los efectos del artículo 14 de la LOCM y sin embargo cabría preguntarse por la posibilidad de aportarla como medio de prueba. Este interrogante plantea dos importantes cuestiones, la primera relacionada con el principio de legalidad penal que ha de inspirar el procedimiento administrativo sancionador, y la segunda, en relación con la aplicación del principio *non bis in idem* en la relación entre el artículo 14 de la LOCM y la normativa de libre y leal competencia.

Finalmente, en cuanto a la segunda duda que se planteaba al inicio de este epígrafe en relación con el precio de adquisición el Legislador parece partir

⁷⁸⁹ Sólo se admiten las modificaciones que figuren en factura, en este sentido la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 28 de marzo de 1994, en relación con la falta de requisitos que deben reunir las facturas para poder solicitar la devolución del IVA soportado el Tribunal no acepta las rectificaciones que figurando en albaranes no lo estén en las facturas. En un sentido similar, aunque sin llegar a esta afirmación, en relación con los descuentos *vid.* ALONSO ESPINOSA, F. J., «Prohibición de la venta con pérdida», en *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista ...*, op cit., p. 251., en donde el autor pone de manifiesto que «[...] la exigencia legal de que los descuentos deben figurar en la factura como presupuesto de su carácter deducible, excluye la posibilidad de deducción —obviamente sólo a los efectos de determinar la existencia de venta con pérdida— de descuentos futuros y/o condicionados al alcance de determinados niveles de compra, ventas o similares y, en general, aquellos descuentos no determinados en concreto al tiempo que la venta y constatados en la factura que documenta la misma.» La referencia que hace sólo a la determinación de los descuentos en relación con la venta con pérdida, pone de manifiesto que es únicamente a estos efectos a los que habrá que tener en cuenta la aplicación del artículo 14 de la LOCM. Nuevamente, este artículo parece operar como una isla en el océano del ordenamiento jurídico, sin ningún tipo de conexión al no permitir que se incorporen a la factura descuentos posteriores y documentados con notas de abono por *rappels*.

nuevamente de una situación ficticia, al presuponer que la factura vendrá detallada. Que en la mayoría de los casos la factura aparezca perfectamente detallada no implica que siempre deba venir así. No es una obligación de las partes, a no ser que así sea exigida por del adquirente, sobre todo a los efectos de deducirse los impuestos indirectos que gravan la operación. No obstante, en algunos supuestos, estando perfectamente definida la operación en los términos de la normativa de facturas, estas se realizan de un modo conjunto sin que figure el precio unitario al incluirse productos heterogéneos. En dicha factura se expresan las cantidades pero no el precio unitario. Y como se observa, en estos supuestos la determinación del precio de adquisición plantea algunos inconvenientes. En este sentido, el RD 2204/1985, de 18 de diciembre regula el deber de expedición y entrega por empresarios y profesionales. La norma ha sufrido múltiples modificaciones, pero éstas no afectan en lo básico a los requisitos que los empresarios y profesionales deben cumplir cuando expiden y entregan facturas⁷⁹⁰. Entre dichos requisitos la norma establece en su artículo 2.1. la obligación de «expedir y entregar factura por cada una de las operaciones que realicen, [...] incluso en las calificadas como de autoconsumo.» A continuación, en el artículo 2.2. con carácter imperativo identifica como objeto de facturación «la totalidad de las entregas de bienes y prestaciones de servicios», sin que específicamente se exija la determinación unitaria de los productos o servicios y del precio pagado por ellos. Un requisito necesario a los efectos del artículo 14 de la LOCM, sin que se describa la operación y ello sea suficiente para determinar la base imponible del impuesto. Una situación que parece complicarse desde la óptica del comercio minorista cuando el artículo 2.2. del RD permite la unificación de facturas para un mismo destinatario aunque limitado al plazo de un mes. Tampoco parece solucionarlo el artículo 3 donde se establecen los requisitos que han de reunir las factura, pues no se exige expresamente el detalle del precio unitario, y este elemento resulta fundamental. Ni siquiera cabría realizar esta interpretación del

⁷⁹⁰ Afectado por la introducción de la DA. 5.ª y por el Real Decreto de 5 de febrero de 1999, núm. 215/1999 artículo 3. Modificado por Real Decreto de 27 de febrero de 1998, núm. 296/1998, artículo 4, 4.2. h), 2.2, 4.1. Modificado, artículo 2º.2, por Real Decreto de 16 de enero de 1998, núm. 37/1998, artículo 5.º. Modificado, artículos. 2.2, a) y b), 8 bis.1 párr. primero y 9.1., por Real Decreto de 16 de mayo de 1997, núm. 703/1997, artículo 2; Desarrollado por el artículo 9. bis, por Orden de 22 de marzo de 1996. Modificado, por los artículos. 2.2. e) y f), 9.bis 2 y 3, del Real Decreto de 26 de enero de 1996, núm. 80/1996, artículo 2.1. y 3; Añadido por el artículo 2.3 e), por el Real Decreto 26 de enero de 1996, núm. 80/1996, artículo 2º.2; Modificado, artículos. 3. 4 y 8. 2. b), por Real Decreto de 24 de febrero de 1995, núm. 267/1995, artículo 3; Añadido, por el artículo 3 apartados. 5.º, del Real Decreto de 2 septiembre de 1994, núm. 1811/1994; Modificado por los artículos 4. 2., 4.4; 6 y 8 bis, por Real Decreto de 2 septiembre de 1994, núm. 1811/1994; Añadido por los artículos. 8 bis, 9 bis y Disps. Adics. 3.ª y 4.ª del Real Decreto de 29 de diciembre de 1992, núm. 1624/1992, artículo 4. Modificado por los artículos. 1 a 4, 6, 8.2, 9 y 12, del Real Decreto de 29 de diciembre de 1992, núm. 1624/1992, artículo 4º; Modificado, artículo 2.º, por Real Decreto de 30 de diciembre de 1991, núm. 1841/1991, artículo 3.º; Derogado parcialmente, artículo 3.º 1.b), párr.3.º, del Real Decreto de 9 de marzo de 1990, núm. 338/1990, Disp. Final. En ninguna de las citadas modificaciones anteriormente citadas por orden cronológico inverso se hace referencia al detalle en factura del precio unitario del producto o servicio y a la imposibilidad de realizar facturas conjuntas con un precio total, lo que podría permitir supuestos que vulneren la prohibición del artículo 14 de la LOCM. No ha de olvidarse que de este modo habría ciertas dificultades para calcular el precio unitario. Y los oferentes que tuvieran incoado algún expediente sancionador podrían utilizar esa indefinición en su favor alegando incorrecta delimitación del precio unitario por la administración. De este modo se pone de manifiesto la diferencias existentes entre la legislación fiscal y la mercantil.

artículo 3.1. c) del RD donde establece como requisito en la factura la «descripción de la operación y su contraprestación total».

Por todo ello, la determinación del precio unitario en facturas con el precio global plantea dificultades. El fundamento de esta referencia al precio unitario es hasta cierto modo comprensible, en la medida en que lo que parecía estar presente en la mente del Legislador fiscal era la identificación de los sujetos activos y la determinación de la base imponible en la factura. Este pequeño contratiempo para el cálculo del precio unitario tal vez podría quedar resuelto con la inclusión en el artículo 3.1. c) del citado RD la obligación de realizar facturas en las que se muestre el precio unitario del producto o de la prestación de servicio. Tal vez, con una redacción como la que sigue: «Descripción de la operación que permita la determinación del precio unitario y su contraprestación total.» Una obligación que no plantearía grandes dificultades para el comerciante si se tiene en cuenta la presencia generalizada de los sistemas de facturación informatizada.

4.3. «[...] deducida la parte proporcional de los descuentos que figuren en la misma»

A los efectos de proceder al cálculo de la venta con pérdida en este precepto se incluirán los descuentos, siempre que figuren en la factura, y en la proporción en la que afecten a la determinación del precio unitario. Precisamente, porque estos descuentos minoran el precio de adquisición finalmente pagado por el comprador. Para que se tomen en cuenta se exige que figuren en la factura y que tengan su origen en la compra venta misma pudiendo tener carácter gratuito o no, como los descuentos por pronto pago, los descuentos por fidelidad o los descuentos promocionales entre otros. Si cumple con esta exigencia, el importe total del descuento habrá de distribuirse proporcionalmente entre todos los productos o servicios que figuren en la factura. Evidentemente esta es una buena forma de facilitar el cálculo del precio unitario del producto o del servicio relacionado con el producto que aparece en la factura⁷⁹¹. Pero esta forma de calcular los descuentos podría no responder a la naturaleza de los mismos y desvirtuar el precio unitario de adquisición de aquellos que no hubieren sido vendidos con descuento. Por ejemplo, qué ocurriría si en la factura se encontraran tres productos, en la que dos están en promoción especial, mientras que el tercero no. Si se le aplica el importe del descuento de los productos rebajados al producto no rebajado el precio de adquisición sería muy inferior a su precio de venta. Y sin embargo, el Legislador acepta esta desvirtuación del precio de adquisición

⁷⁹¹ De este modo, como acertadamente ha indicado CRUZ ROCHE, I., «Promociones en precios y ventas a pérdida», ... ob. cit., p. 112., al indicar se trata de acabar con el argumento utilizado por los distribuidores conforme al cual «[...] ellos no realizan venta a pérdida, sino que lo que hace es aplicar los descuentos promocionales que negocian con los fabricantes a un único producto de los diferentes que adquieren. Así, por ejemplo, si adquieren dos marcas de detergentes, dos de suavizantes, uno de lavavajillas, dos de jabón, una de gel líquido, etcétera, por un importe de 1.000 millones y obtienen un descuento promocional del 5 por 100, es decir, 50 millones, en vez de distribuir el descuento promocional entre los diferentes productos, lo concentran todo en uno sólo, lo que les permite ofrecerlo a mitad del precio de venta del fabricante.»

unitario al alcanzarle los descuentos en aras de facilitar el cálculo y en su caso la represión de la venta con pérdida. Como se puede observar, en contra del criterio manejado por algunos del carácter eminentemente proteccionista de la LOCM, este podría ser un instrumento fácilmente utilizable por las grandes superficies en sus relaciones con los proveedores, que de este modo podrían concentrar los beneficios de los descuentos en determinados productos.

Por ejemplo, el proveedor de una gran superficie dispone de multitud de referencias para la venta, y entre ellas, productos tan heterogéneos como equipos de alta fidelidad, azúcar, aceite y atún en conservas, entre otros. Si el proveedor ofrece los productos musicales con un descuento del 25 por ciento sobre el 40 por ciento que inicialmente le había cargado, para él no implica una vulneración de la LOCM —sigue ganando un 15 por ciento— Y además provee el azúcar, el aceite y el atún conjuntamente con los productos musicales, a éstos sí les alcanzará el descuento. Ni el proveedor, ni la gran superficie incumplen la prohibición del artículo 14 de la LOCM y sin embargo, ésta última dispondrá de productos gancho a precios ventajosos. Precisamente, porque el vendedor, siguiendo con el ejemplo anterior vende tres productos y extiende los descuentos de dos de ellos, que resultan especialmente significativos, a productos gancho. Cada uno se vende de uno modo independiente y no en una oferta. De este modo, por arte de «birle y birloque», el precio de adquisición de productos como el azúcar, el aceite y las conservas de atún en lata se adquieren a un precio de adquisición muy inferior al que efectivamente se deduce de la determinación del precio unitario sin el descuento. Un precio de adquisición que ya de por sí resulta inferior al precio de adquisición que se determinaría en aplicación del artículo 17.2. de la LCD.

Ello agravaría aún más la situación de aquellos comerciantes minoristas que compitan en el mismo segmento que una gran superficie que no sólo contará con el descuento por volumen de compras. Sino que además no podrán competir con los descuentos de colaboración encubiertos en las facturas como descuentos promocionales. Pudiendo concentrar los descuentos en productos especialmente sensibles.

Por otro lado, no cabría incluir entre los descuentos aquellos que aunque figuren en la factura tengan su origen en cualquier bonificación o retribución por servicios prestados, como pudieran ser los acuerdos de colaboración entre el vendedor y el comprador⁷⁹². En estos supuestos, el origen del descuento procede

⁷⁹² En este supuesto se encuentran los acuerdos del fabricante con el comerciante minorista conforme al cual le práctica un descuento siempre que se comprometa a colocar sus productos en una determinada parte del local, por ejemplo en cabecera de góndola y a un metro y 35 centímetros del suelo, los descuentos por participar en los folletos publicitarios y los descuentos por participar en las promociones como los aniversarios, entre otros. Con similar criterio *vid.* ALONSO ESPINOSA, F. J., «Prohibición de la venta con pérdida», en *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista ...*, op cit., p. 250, en relación con las dificultades que plantea la distinción entre los descuentos que deben ser incluidos en el artículo 14 de la LOCM y aquellos por contraprestación de servicios, el autor entiende que «[...] parece correcto situarla atendiendo a que la retribución o bonificación por un servicio prestado significará un dar, un hacer o, más excepcionalmente, un no hacer (por lo que siempre habrá que restringir la admisibilidad de los supuestos de «no hacer» a los que se hallen claramente justificados), por parte del comprador, que implicará, a su vez, una

de una relación contractual que establece una obligación de dar, hacer o no hacer, pasada, presente o futura y no por la venta en sí misma considerada. Una opción, que a los efectos de aplicación de este artículo parece acertada para evitar que por la vía de descuentos se cuelen pagos por contraprestaciones entre los proveedores y los comerciantes minoristas, lo que hubiera desvirtuado la aplicación del precepto.

4.4. «[...] o al de reposición si este fuere inferior a aquél»

En este supuesto el Legislador está contemplando una excepción a la prohibición de la venta con pérdida por realineamiento de la competencia⁷⁹³. Se está siguiendo los criterios establecidos por la norma 13.^a del PGC para la valoración de las existencias al permitir las correcciones de valor. La norma establece que:

«Cuando el valor de mercado de un bien o cualquier otro valor que le corresponda sea inferior a su precio de adquisición o a su coste de producción, procederá efectuar correcciones valorativas, [...]»⁷⁹⁴

La racionalidad económica de la que parte esta excepción es simple, minorar las pérdidas en las que pudiera incurrir un oferente minorista cuando su precio de adquisición o coste efectivo de producción, deducida la parte proporcional de los descuentos que figuren en la factura, sea inferior al precio de reaprovisionamiento. Precisamente, porque de no permitirlo se estaría perjudicando al comerciante que de un modo diligente y ante la posibilidad de disminución de la demanda de su producto en el mercado, por ejemplo porque su precio es mayor al de su competencia, proceda a venderlo con pérdida. De ahí que el Legislador, con buen criterio permita al adquirente o productor que disponga en stock de productos con precio de adquisición superior al de reposición que pueda, si lo desea, proceder a la venta por debajo del precio de adquisición o a su coste de producción hasta el límite del precio de reposición, precisamente porque el reaprovisionamiento es menor. Este realineamiento en materia de precios con la competencia no implica necesariamente que se adquieran nuevamente dichos productos sino que es suficiente con que el precio de reposición sea inferior⁷⁹⁵.

ventaja patrimonial para el vendedor y que deberá responder a un contexto de *cooperación comercial* entre ambos, normalmente dirigida a promocionar la venta de productos suministrados por el primero.»

⁷⁹³ Una excepción ya contemplada en la doctrina del TDC en la resolución de 3 de febrero de 1992, en el asunto «Máquinas de fotos automáticas» —expte. A 16/91—, por colocar sin licencia dos máquinas de fotos automáticas a menor precio en la puerta de un local dedicado a fotografía y video. En la que se mantenía que «[...] una bajada de precios no puede calificarse en modo alguno como predatoria, si es practicada de acuerdo con patrones de conducta que existían en el mercado». También contemplada con similar criterio en el artículo 1 de la *Loi de Finances* al establecer que *aux produits dont le prix de revente est aligné sur le prix légalement pratiqué pour les même zone d'activité*. Con similar criterio se puede observar posteriormente en la SAP de Alicante, de 25 de octubre de 1998, en cuyo FD. 3.º *in fine*.

⁷⁹⁴ RD 1643/1990, de 20 de diciembre por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, *BOE*, de 27 diciembre de 1990, núm. 310/1990, p. 38531, *rec.*, *BOE*, de 14 marzo de 1991, núm. 63/1991, p. 8433.

⁷⁹⁵ Con similar criterio *vid.* MARÍN LÓPEZ, J. J., «Prohibición de venta con pérdida», en *Comentarios a las leyes de Ordenación del ...*, ob. cit., p. 271, al indicar que: «[...] El precio de reaprovisionamiento es

El precio de reposición que habrá de tomarse en cuenta será aquél al que puedan acceder aquellos competidores que se encuentren en una relación de competencia directa en el mercado relevante⁷⁹⁶. Habrá de tratarse de productos o servicios idénticos para el mercado de referencia a los que el comerciante tiene en stock, porque de lo contrario los precios de los productos a comparar serían heterogéneos.

Finalmente, resulta significativo que el precio de adquisición o el coste efectivo de producción al que se hace referencia se toma sin tener en cuenta los descuentos que pudieran figurar en la factura en aplicación del artículo 14.2. de la LOCM, a los que remite al utilizar el término «aquél». Un criterio lógico, porque los descuentos estarán en función de cada relación vendedor comprador. Y sólo deberán ser tomados en cuenta si los descuentos son generales para todos, excluyendo del cálculo los descuentos particulares, porque a ellos no tendrá acceso el minorista que quisiera reaprovisionarse. Así pues, en el caso de descuentos por volumen de compras general, el descuento que se habrá de tomar en cuenta a los efectos de calcular el precio del reaprovisionamiento serán aquellos a los que pueda acceder el minorista en atención a su capacidad de compra, y no a los que pudiera acceder otro minorista con mayor o menor capacidad.

4.5. «[...] o al coste efectivo de producción si el artículo hubiese sido fabricado por el propio comerciante, [...]»

El precio de adquisición que se ha de tomar en cuenta cuando el minorista fabrique el producto para su venta será el coste efectivo en el que haya incurrido. Sin embargo no se especifica lo que se entiende por «coste efectivo de producción». Las normas de valoración contenidas en la parte quinta del PGC, así como las contenidas en las adaptaciones sectoriales plantean dudas interpretativas en relación con los elementos que conforman el concepto de coste de producción. Así la norma de valoración 13.^a establece que:

«[...] El coste de producción se determinará añadiendo al precio de adquisición de las materias primas y otras materias consumibles, los costes directamente imputables al producto. También deberá añadirse la parte razonablemente corresponda de los costes indirectamente imputables a los

meramente referencial, en el sentido de que se toma en consideración —si resulta inferior al precio de adquisición, como es lógico— sin necesidad de que el comerciante efectivamente se reaprovisione de ese producto al precio más bajo. De hacerlo así el «precio de reposición» se trocaría en «precio de adquisición».

⁷⁹⁶ Este parece ser el criterio expuesto por PORTELLANO DÍEZ, P., «Prohibición de la venta con pérdida», en *Comentarios a la Ley de ordenación del comercio minorista y ...*, op cit., p. 142., al manifestar que: «[...] El precio de reposición en el que habrá de fijarse será el que marcará el proveedor que vendió al comerciante, sino cualquier otro que señale el comerciante. Indicará el de un tercero cuando éste establezca un precio en ese momento inferior al de su proveedor, pues si el comerciante tuviera que volver a comprar en ese punto del tiempo lo haría al tercero.» Aunque no especifica que se trate de competidores con estructura de compra similares y que se encuentren en relación de competencia directa, porque de lo contrario se estarían comparando elementos no homogéneos.

productos de que se trate, en la medida en que tales costes correspondan al precio de fabricación.»

En aplicación de esta norma de valoración se han producido dudas interpretativas. Cuanto más a la hora de determinar lo que el Legislador entiende como coste efectivo de producción a los efectos del cálculo de la venta con pérdida⁷⁹⁷. Por ello, metodológicamente se deberá proceder previamente al estudio del concepto de coste de producción en relación con las existencias para con posterioridad delimitar el concepto de coste efectivo de producción.

En cuanto a la delimitación del primero, el concepto de coste de producción en aplicación de la norma de valoración citada las dudas interpretativas que ha suscitado han motivado que el ICAC en cumplimiento de las atribuciones que le hace la DF 5.^a del PGC dicte la resolución de 9 de mayo de 2000. Y que ha sido objeto de estudio detalla con ocasión del análisis del artículo 17.2. de la LCD. Un estudio del concepto en sentido amplio y perfectamente extrapolable tanto a los supuestos que tengan lugar en el ámbito del Derecho *antitrust* nacional y comunitario, como en el de la disciplina de la competencia desleal. Y como no, a los que tengan lugar en el marco del comercio interior. Un concepto amplio que sirve de partida a los efectos de determinar el concepto acotado por el Legislador en el artículo 14.2. de la LOCM como «coste efectivo de producción».

Así pues, en cuanto al segundo, el concepto de coste efectivo de producción, es un concepto más restringido que el de coste de producción. Parece que el Legislador ha querido acotar aún más el concepto de coste de producción limitándolo a los efectos de la aplicación del artículo 14 de la LOCM a aquellos gastos en los que ha incurrido el comerciante para la producción de los productos o servicios relacionados con esos productos fabricados por el minorista y destinados a la venta, esto es, con las del grupo 3 del PGC. Por consiguiente, el coste de producción efectivo estará formado por los costes directos más los costes indirectos que razonablemente corresponda imputar a cada producto. Como la imputación de gastos en los supuestos de producción conjunta, el coste de las materias primas en los procesos productivos, los gastos de comercialización y gastos posteriores a la venta, los gastos generales de administración o dirección de empresa y los gastos financieros. Esto permitirá identificar el coste unitario del producto y compararlo con el precio de venta a los efectos de determinar la existencia o no de una venta con pérdida.

A mayor abundamiento, la resolución del ICAC define los costes de producción de un producto en la norma de valoración segunda como:

«[...] el formado por el precio de adquisición —determinado de acuerdo con lo señalado en las normas de valoración del Plan General de Contabilidad—

⁷⁹⁷ Una situación que no sólo no aparece clara en la citada norma del PGC, ni tampoco en el apartado 3 de la disposición final primera del RD 776/1998, de 30 de abril por el que se aprueban las normas de adaptación del PGC a las entidades sin fines lucrativos y las normas de información presupuestaria de estas entidades.

de las materias primas y otras materias consumibles necesarias para su producción, así como los costes directamente imputables al producto, y la parte que razonablemente corresponda de los costes indirectamente imputables al producto de que se trate, en la medida en que tales costes correspondan al periodo de fabricación, elaboración o construcción [...]»

Por tanto, en el marco de esta definición se procederá a estudiar los diferentes elementos de los que se compone. En este sentido, se entiende por costes directos «[...] los que derivan de recursos cuyo consumo se puede medir y asignar de una forma inequívoca a un determinado producto.»⁷⁹⁸

Por su parte, se entiende por costes indirectos

«[...] los que derivan de recursos que se consumen en la fabricación, elaboración o construcción de un producto, afectando a un conjunto de actividades o procesos, por lo que no resulta viable una medición directa de la cantidad consumida por cada unidad de producto [...]» por lo que para su determinación «es necesario emplear unos criterios de imputación razonables»

Estos criterios de asignación e imputación de costes a productos deberán establecerse, siguiendo el principio de uniformidad, para cada producto desde su inicio hasta que estén terminados, comercializados y vendidos, incluyendo los gastos posteriores a la venta⁷⁹⁹. Además, deberán figurar en la Memoria de las cuentas anuales donde se incluya información sobre los criterios de imputación de costes utilizado incluyendo los supuestos de producción conjunta, y en caso de modificación de dichos criterios las razones excepcionales y justificadas más la incidencia cuantitativa que la misma supone en las existencias y en el resultado del ejercicio⁸⁰⁰.

Se entiende por proceso de producción conjunta aquél en el que se fabrica más de un producto, por lo que habrá de procederse a la imputación de costes a cada producto basándose

«[...] en criterios o indicadores lo más objetivos posibles con la orientación, con carácter general, de que los costes imputados a cada producto sean lo más paralelos o proporcionales al valor neto de mercado o de realización del citado producto.»⁸⁰¹

⁷⁹⁸ Vid. norma de valoración 4.ª de la resolución del ICAC de 9 mayo de 2000, *BOE*, de 13 de junio de 2000, núm. 141.

⁷⁹⁹ Vid. norma de valoración 4.ª 4, 5.ª, 6.ª, 7.ª, 8.ª, 9.ª, 10.ª, 11.ª y 12.ª de la resolución del ICAC de 9 mayo de 2000, *BOE*, de 13 de junio de 2000, núm. 141. Lo que no implica que necesariamente coincida con el ejercicio contable.

⁸⁰⁰ Vid. norma de valoración 4.ª 5 de la resolución del ICEC de 9 de mayo de 2000, *BOE*, de 13 de junio de 2000, núm. 141.

⁸⁰¹ Vid. norma de valoración 5.ª de la resolución del ICEC de 9 de mayo de 2000, *BOE*, de 13 de junio de 2000, núm. 141.

En el supuesto de que de dicho proceso se queden subproductos, residuos, desechos, desperdicios o materiales recuperados estos podrán ser aprovechables o no. Los primeros, se valorarán conforme a los criterios expuestos con anterioridad, a través de indicadores lo más objetivos posibles, y los segundos, al tener una importancia secundaria, a través del «[...] valor neto de realización o el precio de reposición, según corresponda, importe que se deducirá del coste del producto o productos principales.»⁸⁰² En el caso de que durante el proceso de fabricación se produjeran mermas se imputarán al coste de producción⁸⁰³.

Serán también incorporados al coste de producción los gastos financieros entendiéndose por tales, «[...] aquellos que derivan de la utilización de recursos financieros ajenos a la empresa para el desarrollo de su actividad», como los intereses y comisiones devengados como consecuencia de la utilización de fondos ajenos. Estos gastos se incrementan como mayor valor de las existencias en curso con proceso de fabricación de ciclo largo —superior a un año—, siempre que los gastos se hubieren devengado antes de que las existencias estén en condiciones de ser destinadas al consumo final o a su utilización por otra empresa⁸⁰⁴. Para que estos gastos se consideren parte de los costes de producción se siguen unos criterios de imputación. El ICAC diferencia entre gastos financieros derivados de fondos propios y ajenos, y a su vez en estos últimos los comerciales, calificados como fuentes de financiación específica, y los no comerciales⁸⁰⁵. El acotamiento tiene por finalidad diferenciar entre los gastos imputables al coste de producción y los no imputables.

Así pues, tomando como referencia el valor contable de las existencias, serán gastos imputables al coste de producción aquellos los que procedan de fuentes de financiación ajenas —obsérvese que se no tienen en cuenta a los efectos del cálculo los fondos propios—, incluyendo las deudas comerciales y sólo por la parte proporcional en la que hubieren incidido durante el proceso de fabricación del producto, excluyendo por tanto, la financiación específica de otros

⁸⁰² Vid. de valoración 5.^a 2. de la resolución del ICAC de 9 de mayo de 2000, *BOE*, de 13 de junio de 2000, núm. 141, p. 20850. La norma 5.^a 3. califica como subproductos «Los de carácter secundario o accesorio de la fabricación principal.»; como residuos, desechos o desperdicios «Los obtenidos inevitablemente y al mismo tiempo que los productos o subproductos, siempre que tengan valor intrínseco y puedan ser reutilizados o vendidos.»; y como materiales recuperados, «Los que, por tener valor intrínseco, entran nuevamente en almacén después de haber sido utilizados en el proceso productivo, y una vez que han sido reacondicionados para su uso.»

⁸⁰³ Vid. norma de valoración 6.^a de la resolución del ICAC de 9 de mayo de 2000, *BOE*, de 13 de junio de 2000, núm. 141., p. 20850. En el caso de que la merma se produzca en los productos terminados, conforme al párrafo segundo de la norma 6.^a, «se considerará pérdida del ejercicio en que se producen y se recogerán contablemente en el registro de existencias finales.»

⁸⁰⁴ Vid. Norma de valoración 9.^a 2. de la resolución del ICAC de 9 de mayo de 2000, *BOE*, de 13 de junio de 2000, núm. 141, p. 20851. Se consideran gastos financieros «aquellos que se derivan de la utilización de recursos financieros ajenos a la empresa para el desarrollo de su actividad. Entre otros, se consideran gastos financieros, los intereses y comisiones devengados como consecuencia de la utilización de fuentes ajenas de financiación.»

⁸⁰⁵ Vid. norma de valoración 9.^a 3. c. de la resolución del ICAC de 9 de mayo de 2000, *BOE*, de 13 de junio de 2000, núm. 141, p. 20851.

elementos⁸⁰⁶. Finalmente, se establece un límite y una exigencia. El límite viene dado por la prohibición de capitalizar los gastos financieros cuando estos tengan como consecuencia que el valor del género fabricado sea superior a su valor de mercado o de reposición en atención a la naturaleza del bien⁸⁰⁷. Y la exigencia por su parte, viene dada porque se obliga a que estos criterios se tengan en cuenta a los efectos de la formulación de las cuentas anuales consolidadas y la situación de la sociedad como sujeto contable⁸⁰⁸.

También se incorporarán para el cálculo del coste de producción, como mayor o menor coste de los activos, las diferencias de cambio cuando tengan su origen en deudas con diferencias de cambio en moneda distinta del euro, para plazo superior a un año y para existencias de ciclo largo. Siempre que se cumpla con los requisitos anteriormente señalados y que repite en la norma de valoración 10.^a al exigir que:

«[...] la deuda generadora de las diferencias se haya utiliza inequívocamente para la [...] fabricación de existencias, concretos e identificados; que el periodo de [...] fabricación de las existencias sea superior a doce meses; que la variación en el tipo de cambio se produzca antes de que [...] las existencias se encuentren en condiciones de ser destinadas al consumo final o a su utilización por otras empresas; que el importe resultante de la incorporación al coste no supere, en ningún caso, el valor de mercado o de reposición del inmovilizado o de las existencias.» Finalmente se establecen nuevamente un límite y una exigencia. En el marco de la primera, «los importes capitalizados de acuerdo con esta opción tendrán la consideración de un elemento más [...] de las existencias y estarán sujetos, en su caso, a [...] provisión.» Y en el marco de la segunda, se aplicarán «para la formulación de las cuentas anuales consolidadas, teniendo en cuenta la situación del grupo de sociedades como sujeto contable.»

Por otro lado, cuando se trate de costes de producción no identificable de forma individualizada se procede a establecer un método de valoración de existencias. No se admitirá el empleo del coste estándar para la valoración de existencias, salvo que entre este y el sistema de valoración conjunta no haya diferencias y se haga constar en la Memoria de las cuentas anuales⁸⁰⁹. En estos casos se «[...] adoptará, con carácter general, el método del precio medio ponderado o coste medio ponderado», sin que «en ningún caso se admita la media simple para determinar dichos parámetros.»⁸¹⁰ El fabricante podrá optar entre el sistema FIFO —primera entrada, primera salida— o el sistema LIFO —última

⁸⁰⁶ Vid. norma de valoración 9.^a 2. de la resolución del ICAC de 9 de mayo de 2000, *BOE*, de 13 de junio de 2000, núm. 141, p. 20851.

⁸⁰⁷ Vid. norma de valoración 9.^a 4. de la resolución del ICAC de 9 de mayo de 2000, *BOE*, de 13 de junio de 2000, núm. 141, p. 20851.

⁸⁰⁸ Vid. norma de valoración 9.^a 5. de la resolución del ICAC de 9 de mayo de 2000, *BOE*, de 13 de junio de 2000, núm. 141, p. 20851.

⁸⁰⁹ Vid. norma de valoración 11.^a 5. de la resolución del ICAC de 9 de mayo de 2000, *BOE*, de 13 de junio de 2000, núm. 141, p. 20852.

⁸¹⁰ Vid. norma de valoración 10.^a 1. de la resolución del ICAC de 9 de mayo de 2000, *BOE*, de 13 de junio de 2000, núm. 141, p. 20851.

entrada, primera salida— u otros análogos, debiendo «[...] informar sobre la diferencia de valoración de las existencias que existe con respecto a la valoración que se deduciría de haber aplicado el método del precio medio ponderado o coste medio ponderado»⁸¹¹. Pero sea cual sea el método por el que opte ello «[...] permita conseguir el objetivo de la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa.» Y deberá hacerse conforme al principio de unidad desde el inicio hasta el final del ejercicio⁸¹².

Asimismo, a los efectos del cálculo del coste habrá que tener en cuenta la valoración de las existencias, los importes por devoluciones de compras, las procedentes de devoluciones de ventas y los *rappels* que deberán figurar en la Memoria⁸¹³. En relación con la primera, para el cálculo de la devolución de las compras la norma de valoración 11.ª 5. establece que éstas «[...] se imputarán como menor valor de las existencias objeto de la devolución [...]» y

«[...] en el caso de que no fuera viable identificar las existencias devueltas, se imputarán como menor valor de las existencias que correspondan de acuerdo con el método de ordenación de entradas y salidas de existencias utilizado por la empresa.»

En relación con la segunda, la valoración de existencias por devoluciones de ventas la norma 11.ª 6. establece que

«[...] se incorporarán por el precio de adquisición o coste de producción que les correspondió de acuerdo con el método de ordenación de entradas y salidas de existencias utilizado, salvo que su valor de mercado fuere menor, en cuyo caso se registrarán por dicho importe.»

Y como menor valor de las existencias habrá que imputar los *rappels* por compras siempre que se puedan identificar, entendidos como:

«[...] descuentos y similares que se basen en haber alcanzado un determinado volumen de pedidos, así como otros descuentos originados entre otras causas

⁸¹¹ Vid. norma de valoración 10.ª 2. y 3. de la resolución del ICAC de 9 de mayo de 2000, *BOE*, de 13 de junio de 2000, núm. 141, p. 20851.

⁸¹² Vid. norma de valoración 10.ª 4. de la resolución del ICAC de 9 de mayo de 2000, *BOE*, de 13 de junio de 2000, núm. 141, p. 20851. Y con similar criterio la norma 11.ª 9., al establecer que «De acuerdo con el principio de uniformidad contenido en la primera parte del Plan General de Contabilidad, una vez adoptado un método de valoración de existencias deberá mantenerse uniformemente en el tiempo y aplicarse para el conjunto de existencias de la empresa que presenten similares características o naturaleza. No obstante, con carácter excepcional, se podrá cambiar el método de valoración de las existencias siempre que se haya producido una modificación de las circunstancias que exija el cambio de criterio para conseguir un mejor reflejo de la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa, que deben suministrar las cuentas anuales. En este sentido, en los cambios de criterios contables en la valoración de las existencias habrá que tener en cuenta la norma de valoración vigésima primera de la quinta parte del Plan General de Contabilidad; el efecto acumulado del citado cambio se calculará, como mínimo, a partir de la información que se deriva de los libros, documentos y justificantes que el empresario debe conservar obligatoriamente de acuerdo con lo previsto en el Código de Comercio.»

⁸¹³ Vid. Normas de valoración 11.ª 6. 2.º párrafo, 7. 2.º párrafo, y 8.2.º párrafo de la resolución del ICAC de 9 de mayo de 2000, *BOE*, de 13 de junio de 2000, núm. 141, p. 20852.

por incumplimiento de las condiciones del pedido que sean posteriores a la recepción de la factura»⁸¹⁴.

En el caso de que no se puedan identificar los *rappels* y otros descuentos en su totalidad «se imputarán como menor valor de las existencias identificadas en proporción al descuento que les sea imputable», y la parte no identificable, «no afectarán al valor de las existencias» y «en todo caso se registrarán como un ingreso del ejercicio en que se devenguen de acuerdo con su naturaleza.»

Finalmente, la resolución del ICAC aborda las correcciones de valor de las existencias a las que necesariamente habrá de procederse cuando el precio de mercado o cualquier otro valor sea inferior al precio de adquisición o coste de producción debiendo dotarse las correspondientes provisiones por depreciación cuando sea reversible y la pérdida definitiva cuando sean irreversibles⁸¹⁵. La propia norma delimita el concepto de valor de mercado en las materias primas, para los productos en curso y para las mercaderías y productos terminados. Para las primeras, las materias primas en los casos de correcciones valorativas se valorarán por su precio de adquisición, pero cuando no se vayan a utilizar en el proceso de fabricación o no se continúe con la fabricación del producto estas se valorarán por su «valor neto de realización si fuese menor que el precio de reposición.»⁸¹⁶ Para las segundas, las mercaderías y los productos terminados se entenderá por valor de mercado «su valor de realización, deducidos los gastos de comercialización que correspondan.»⁸¹⁷ Y para los terceros, los productos en curso se tomará en cuenta «[...] el valor de realización de los productos terminados correspondientes, deducidos la totalidad de costes de fabricación pendientes de incurrir y los gastos de comercialización.»

Asimismo, la norma establece en su segundo apartado las correcciones valorativas de los contratos de venta en firme con cumplimiento futuro. Éstos no serán objeto de corrección valorativa en los términos anteriores, siempre que:

«[...] el precio de venta estipulado en dicho contrato cubra, como mínimo, el precio de adquisición o el coste de producción de tales bienes, más todos los costes pendientes de realizar que sean necesarios para la ejecución del contrato.»

⁸¹⁴ Vid. norma de valoración 11.^a 8. de la resolución del ICAC de 9 de mayo de 2000, *BOE*, de 13 de junio de 2000, núm. 141, p. 20852.

⁸¹⁵ Vid. norma de valoración 12.^a de la resolución del ICAC de 9 de mayo de 2000, *BOE*, de 13 de junio de 2000, núm. 141, p. 20851.

⁸¹⁶ Vid. norma de valoración 12.^a 1. a. de la resolución del ICAC de 9 de mayo de 2000, *BOE*, de 13 de junio de 2000, núm. 141, p. 20852. En el apartado segundo se delimitan los conceptos utilizados. Y se califica como precio de reposición de las materias primas el «[...] importe necesario para adquirir o producir las materias primas que sustituirán a las que se están utilizando.» Por valor de realización se entiende el «[...] importe que se puede obtener por la enajenación de las existencias, teniendo en cuenta las características y el estado de avance productivo en que se encuentre dicho bien.» Finalmente, por valor neto de realización de las materias primas se entiende el «[...] importe que se puede obtener por la enajenación de las materias primas en el mercado, deduciendo los costes estimados de venta necesarios para llevarla a cabo (gastos de comercialización).»

⁸¹⁷ Vid. norma de valoración 12.^a 1. b) de la resolución del ICAC de 9 de mayo de 2000, *BOE*, de 13 de junio de 2000, núm. 141, p. 20852.

Una vez fabricados los productos no se le podrá sumar en concepto de costes de producción indirectos costes como la parte proporcional de los gastos de comercialización, ni los gastos generales de administración, ni las comisiones de ventas, ni los gastos posteriores a la venta como las devoluciones, las garantías de reparación, las revisiones y otros conceptos análogos como los cursos de instrucción unidos a la venta del producto entre otros⁸¹⁸.

Por tanto, la referencia que el Legislador hace en el artículo 14 de la LOCM al «coste efectivo de producción» parece indicar, siguiendo los criterios establecidos por la jurisprudencia comunitaria y española por la jurisdicción ordinaria y por la doctrina *antitrust*, que lo está realizando al concepto de coste marginal. Entendiendo por tal, el coste de producir una unidad más. Y ante las dificultades que pudiera suponer entrañar el cálculo del coste marginal podría acudir a la determinación del coste variable medio siguiendo los criterios expuestos con anterioridad⁸¹⁹.

4.6. «[...] incrementados, en las cuotas de los impuestos indirectos que graven la operación»

El impuesto indirecto aparece como un mayor coste siempre que el sujeto pasivo esté sujeto y no exento al impuesto el precio de adquisición, el precio de reposición o el coste de producción si el artículo hubiese sido fabricado por el propio comerciante. Los impuestos indirectos habrán de ser tenidos en cuenta porque así lo establece el Legislador con buena lógica al utilizar la expresión «incrementados». De ser admitidos los impuestos en unos supuesto y no en otros encontraría dos dificultades, una interpretativa a tenor del artículo 14.2. de la LOCM, y otra material porque no se podrían comparar elementos homogéneos como el precio de adquisición, el precio de reposición y el coste de producción si lo fabrica el propio minorista que soporta los impuestos cuando adquiere las materias primas⁸²⁰. La comparación entre los tres supuestos podría hacerse con o sin impuestos, pero el Legislador ha optado por la primera opción. De este modo, el impuesto habrá de ser tenido en cuenta a los efectos de determinar el precio unitario que es el umbral de legalidad para calificar una reventa como venta con pérdida o no.

Para determinarlo el artículo 14.2. de la LOCM *in fine*, exige que se sume a las partidas anteriores, la «cuota de los impuestos indirectos que graven la

⁸¹⁸ Vid. norma de valoración 7.^a y 8.^a de la resolución del ICAC de 9 de mayo de 2000, *BOE*, de 13 de junio de 2000, núm. 141, p. 20850.

⁸¹⁹ Vid. PORTELLANO DÍEZ, P., «Prohibición de la venta con pérdida» en *Comentarios a la Ley de ...*, ob. cit., p. 142. y MARÍN LÓPEZ, J. J., «Prohibición de venta con pérdida», en *Comentarios a las leyes de Ordenación del ...*, ob. cit., p. 278, quienes parecen tomar como referencia los trabajos de FERNÁNDEZ DE ARAÓZ Y GÓMEZ ACEBO, A., «Libre competencia y precio predatorios: análisis jurídico ...», ob. cit., pp. 1089-1114, e HINOJOSA MARTÍNEZ, L. U., «Los precios predatorios y el Derecho de la competencia comunitaria», *Rev. Inst. Eur.* v.20, 1993, pp. 227-250; TRONCOSO y REIGADA, M., «Prácticas predatorias», ob. cit., p. 4985.

⁸²⁰ Vid. MARÍN LÓPEZ, J. J., «Prohibición de venta con pérdida», en *Comentarios a las leyes de Ordenación del ...*, ob. cit., p. 278.

operación». Luego conviene determinar por un lado, el concepto de «operación» que ha de tenerse en cuenta, y por otro, lo que el Legislador califica como «impuestos indirectos».

En cuanto al concepto de «operación», parece que el concepto viene determinado por la cuota que corresponda del «precio de adquisición», «precio de reposición» o «coste efectivo de producción si el artículo hubiese sido fabricado por el propio comerciante». Esta cuota constituye la base imponible a la que se aplica el tipo de gravamen del impuesto indirecto correspondiente, y que habrá de ser tenida en cuenta a los efectos de calcular el precio de reposición.

En cuanto al concepto de «impuestos indirectos» lo primero será delimitar la figura para a renglón seguido concluir cuáles son los impuestos que recaen sobre la factura.

Así pues, FONROUGE califica el tributo como una «prestación obligatoria, comúnmente en dinero, exigida por el Estado en virtud de su poder de imperio y que da lugar a relaciones jurídicas de Derecho público». En palabras de SAINZ DE BUJANDA, los tributos pueden dividirse en impuestos, tasas y contribuciones especiales, que encuentran acomodo en el artículo 26.1. de la Ley General Tributaria⁸²¹. En esta clasificación se encuentran los impuestos, que en palabras de GIANNINI puede ser definidos como una:

«[...] prestación pecuniaria que un ente público tiene Derecho a exigir en virtud de su potestad de imperio, originaria o derivada, en los casos, en la medida y según los modos establecidos en la ley, con el fin de conseguir un ingreso».

Nuestro ordenamiento define el concepto de impuesto en el artículo 26.1. c) de la LGT del como:

«[...] los tributos exigidos sin contraprestación, cuyo hecho imponible está constituido por negocios, actos o hechos de naturaleza jurídica o económica que ponen de manifiesto la capacidad contributiva del sujeto pasivo, como consecuencia de la posesión de un patrimonio, la circulación de los bienes o la adquisición o gasto de la renta».

A su vez, estos pueden ser divididos en impuestos «directos» e «indirectos», siendo ésta última categoría la que interesa delimitar a los efectos del artículo 14.2. de la LOCM. Aunque no hay criterios homogéneos para definirlo, si hay una serie de notas características. Así los impuestos indirectos son:

«[...] aquellos en los que el sujeto pasivo puede trasladarlos o repercutirlos sobre otra persona, [...] se ligan a acontecimientos pasajeros —producción, consumo o cambio—, [...] y gravan una manifestación indirecta o mediata de la capacidad contributiva —el consumo de la renta, el gasto de la misma—. Éstos pueden dividirse en a) impuestos de consumo que gravan la parte de la

⁸²¹ Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, *BOE*, de 31 de diciembre, núm. 313.

renta que se destina a la adquisición de bienes que satisfacen de un modo inmediato nuestras necesidades; b) impuestos de circulación, que gravan la parte de la renta que se destina a la adquisición de los bienes de inversión; y c), impuestos de tráfico, que gravan el tránsito material de los bienes sin que exista cambio de titularidad»⁸²².

Los «impuestos indirectos» a los que hace referencia el artículo 14.2. de la LOCM son precisamente todos los contemplado en los apartados a), b) y c). En el apartado a) se incluiría el Impuestos sobre el Valor Añadido —IVA—⁸²³ y el Impuestos General Indirecto Canario —IGIC—⁸²⁴. En el apartado b) se puede relacionar directamente con los apartados a) y c) desde el momento en el se produzca el hecho imponible en operaciones sujetas y no exentas como son:

«[...] las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, incluso si se efectúan a favor de los propios socios, asociados, miembros o partícipes de las entidades que las realicen».

En el apartado c) se incluirá los Impuestos Especiales sobre el tabaco el alcohol y los carburantes —IE—⁸²⁵, los Impuestos Aduaneros —IA—⁸²⁶ y para el caso de que el hecho imponible se realice en Canarias, habrá que tener en cuenta el Arbitrio a la Importación y Entrega de Mercancías —AIEM—⁸²⁷.

⁸²² Vid. RECUERDO ASTRAY, J. R., en voz «impuestos directos e indirectos», *Dic. Jur. Esp. Calpe*, Madrid, 1991, p. 499-500.

⁸²³ Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, *BOE*, núm. 312, de 29 de diciembre; *rect. BOE*, de 8 de febrero de 1993, núm. 33. Así como el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, *BOE*, de 31 de diciembre, núm. 314; *rect. BOE*, de 8 de febrero de 1993, núm. 33.

⁸²⁴ Ley 20/1991, de 7 de junio de Modificación de los Aspectos Fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias, *BOE*, de 8 de junio de 1991, núm. 137; *rect.*, *BOE*, de 23 de octubre de 1991, núm. 254. Así como el Decreto 182/1992 de 15 de diciembre por el que se aprueban las normas de Gestión, Liquidación, Recaudación e Inspección del Impuesto General Indirecto Canario y la Revisión de los actos dictados en aplicación del mismo. *BOC*, de 18 de diciembre de 1992, núm. 174; *rect.*, *BOC*, de 30 de diciembre de 1992, núm. 179. Para un estudio más detenido *vid.* CLAVIJO HERNÁNDEZ, F. *Impuesto General Indirecto Canario*, I, Valencia, 1995; NÚÑEZ PÉREZ, G., *El Impuesto General Indirecto y el Régimen Fiscal de Canarias*, Barcelona, 1996, p. 33-36.

⁸²⁵ Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales, *BOE* núm. 312, de 29 de diciembre; *rect.*, *BOE*, de 19 de enero de 1993, núm. 16. Así como el Real Decreto 1165/1995, de 7 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de los Impuestos Especiales, *BOE*, de 22 de julio, núm. 174; *rect.*, *BOE*, de 16 de septiembre, núm. 222.

⁸²⁶ Decreto 511/1977, de 18 de febrero, por el que se aprueba el Texto Refundido de los Impuestos integrantes de la Renta de Aduanas, *BOE*, de 31 de marzo, núm. 77; *rect.*, *BB.OO.* del Estado núms. 114 y 125, de 13 y 26 de mayo. Además el Real Decreto Legislativo 1299/1986, de 28 de junio, por el que se modifica el Texto Refundido de los Impuestos integrantes de la Renta de Aduanas, *BOE*, de 30 de junio, núm. 155. Y el Reglamento (CEE) 2913/92, del Consejo, de 12 de octubre de 1992, por el que se aprueba el Código Aduanero Comunitario, *DOCE*, L-302 de 19 de octubre.

⁸²⁷ Real Decreto 2538/1994 de 29 de diciembre por el que se dictan las normas de desarrollo relativas al Impuesto General Indirecto Canario y al Arbitrio sobre la Producción e Importación en las Islas Canarias, creados por Ley 20/1991 de 7 de junio, *BOE*, de 31 de diciembre de 1994, núm. 313. Así como el Decreto 139/1991 de 28 de junio, por el que se aprueban las normas sobre Gestión, Liquidación, Recaudación e Inspección de las importaciones de bienes sujetas al APIM y de Revisión de actos dictados en aplicación del mismo, *BOE*, de 29 de junio de 1991, núm. 86.

No obstante, la exposición realizada de los impuestos indirectos quedará limitada, a los efectos de la aplicación del artículo 14.2. de la LOCM a aquellos que graven la operación que figura en la factura como IVA, IGIC, AIEM, hidrocarburos, tabaco y alcohol⁸²⁸. Aplicable tanto a los comerciantes minoristas como a los mayoristas en aplicación de la DA. 6.^a de la LOCM.

Finalmente, la norma de valoración 13.^a 2. del PGC establece que:

«[...] el importe de los impuestos indirectos que gravan la adquisición de existencias sólo se incluirá en el precio de adquisición cuando dicho importe no sea recuperable directamente de la Hacienda Pública».

Y la norma 15.^a considera como impuestos indirectos al IVA y al IGIC que incrementan al precio de adquisición. Pero sólo estos impuestos y sin embargo, el artículo 14.2. de la LOCM habla de «impuestos indirectos» en sentido amplio, sin especificar cual de ellos⁸²⁹. Es precisamente en este sentido en el que ha de ser interpretada la referencia que hace el artículo 14.2. de la LOCM. Y en el caso de que el comprador del producto o servicio relacionado con el producto no pueda repercutirlo al comprador el impuesto indirecto formará parte del precio de adquisición⁸³⁰.

⁸²⁸ Vid. ALONSO ESPINOSA, J. F., «Prohibición de la venta con pérdida», en *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista* ..., op. cit., p. 251. «El minorista no podrá, pues, pretender adicionar partes proporcionales de otros impuestos indirectos que graven, *in genere*, su actividad o determinados aspectos de las mismas —como el IAE o el impuestos sobre el consumo de la electricidad, etc.—, sino sólo los especialmente relativos a los productos objeto de comercio y en la proporción que corresponda de acuerdo con la factura —IVA, impuestos que gravan el consumo de combustible, sobre el consumo de bebidas alcohólicas, de tabaco, etc.—»

⁸²⁹ Si se tomara como ejemplo una empresa radicada en Canarias, autorizada para comprar en el mercado internacional para el mercado canario de combustibles. Le sería de aplicación la LOCM tras la incorporación de la DA. 6.^a LOCM —artículo 56.8 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, BOE, de 30 de diciembre de 1999, núm.312, p. 46.095—. Dicha empresa compra el barril de 100 litros de gasolina sin plomo a 27 € c/u. Puestos en la empresa el coste del barril es de 29 €. Compra 100 barriles con un coste total de 2900 € —29*100—. El impuesto que paga por la gasolina sin plomo es de 389,46 € por cada 1000 litros —artículo 50.1.1.1.º Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales, 64.800 pesetas —BOE, de 29 diciembre, núm. 312: *rect.*, BOE, de 19 enero 1993, núm. 16—. Los impuestos especiales que paga la empresa importadora son un mayor coste. Si esa misma empresa vendiera al menor a través de una red de estaciones de servicio, los impuestos que compondrían el coste serían los impuestos indirectos especiales sobre la gasolina sin plomo más el IGIC y el AIEM, correspondiente. Por tanto no se puede coincidir con la NV 15.^a del PGC, salvo que la enumeración que dicha norma hace sea a título ejemplificativo. Debiendo considerar el impuesto indirecto como un coste más a los efectos de calcular el precio de adquisición, el precio de reposición o el coste efectivo de producción si el minorista fabrica el producto.

⁸³⁰ En este sentido *vid.* la resolución del ICAC de 16 de diciembre de 1992 que establece que «[...] el IGIC soportado no deducible formará parte del precio de adquisición de los bienes de inversión o del circulante, así como de los servicios, que sean objeto de operaciones gravadas por el impuesto. No alterarán las valoraciones iniciales los ajustes en el importe del IGIC soportado no deducible consecuencia de la regularización derivada de la prorrata definitiva, incluida la regularización por bienes de inversión, así como de rectificaciones derivadas de variaciones en el destino final dado a los bienes y servicios adquiridos.» En este mismo sentido *vid.* la NV 15.^a al indicar que «[...] El IVA soportado no deducible formará parte del precio de adquisición de los bienes de inversión o del circulante, así como de los servicios, que sean objeto de las operaciones gravadas por el impuesto. En el caso de autoconsumo interno [producción propia con destino al inmovilizado de la empresa] el IVA no deducible se adicionará al coste de los respectivos bienes de inversión.»

4.7. Elementos que no se computan aunque figuren en la factura

En el comercio minorista es práctica habitual los acuerdos de colaboración entre los proveedores y los minoristas, conforme a los cuales, los primeros ofrecen descuentos en sus múltiples formas por la adquisición de su género por los segundos. A cambio de que estos les correspondan, por ejemplo, colocando el género en un determinado lugar del establecimiento, adquieran una determinada partida o mejoren las condiciones de pago entre otras ventajas. En la práctica del comercio, múltiples pueden ser las formas que adopten los descuentos y que básicamente se pueden concretar en la referencia que realiza la norma de valoración 17.^a del PGC «compras y otros gastos», conforme a la cual hay 4 tipos: 1. «descuentos y similares incluidos en la factura que no obedezcan a pronto pago [...]»; 2. «descuentos y similares que le sean concedidos a la empresa por pronto pago, incluidos o no en factura [...]»; 3. «descuentos y similares que se basen en haber alcanzado un determinado volumen de pedidos [...]»; y 4. «descuentos y similares posteriores a la recepción de la factura originados por defectos de calidad, incumplimiento de los plazos de entrega u otras causas análogas [...]»

Por todo ello, el término tradicionalmente empleado de descuento no coincide con el utilizado por el Legislador en el artículo 14.3. de la LOCM. En la medida en que la concepción comercial de los mismos no responde la situación sinalagmática real, la de colaboración entre los proveedores y los minoristas conforme a la cual se entrega o presta un servicio y éste se retribuye en especie. De ahí que consciente el Legislador de esta situación y con buen criterio a los efectos de evitar que se desvirtúe la información contenida en la factura, haya procedido en el artículo 14.3. de la LOCM a prohibir expresamente la práctica de deducciones, bonificaciones o retribuciones de cualquier tipo que tengan su origen en compensación por servicios prestados⁸³¹. De modo que sólo los descuentos que figuren en la factura y no obedezcan a compensación por servicios prestados podrá tomarse en cuenta a los efectos de determinar el precio unitario y por ende, el umbral de legalidad en relación a la determinación de la venta con pérdida. Entre esos descuentos son admisibles entre otros, los descuentos por fidelidad, los descuentos por volumen de compras, los descuentos por pronto pago, los descuentos por defectos de calidad o por incumplimiento de las condiciones de entrega siempre que figuren en factura.

Durante la tramitación parlamentaria se barajó la deducibilidad de los costes de transporte en el artículo 80 de la Proposición de Ley de Convergencia y Unió y

⁸³¹ Un criterio idéntico al seguido por el artículo 18. 2.º párrafo de la Ley Catalana 1/1983, de 18 de febrero —BOE, de 14 de marzo de 1983, núm. 62. *DOCE Generalitat de Catalunya*, de 25 de febrero de 1983, núm. 307—; el artículo 26.2. 2.º párrafo de la Ley Valenciana 8/1986, de Ordenación de la actividad comercial, de 29 de diciembre —BOE, de 30 de enero de 1987. *DOCE. Generalitat Valenciana*, de 31 de diciembre de 1986, núm. 497.—; el artículo 31.3. de la Ley Gallega 10/1988 de Ordenación del Comercio Interior, de 20 de julio —BOE, de 4 de octubre de 1988, núm. 238, *DOCE de Galicia*, de 26 de agosto de 1988, núm. 164—; el artículo 39.2.2.º párrafo de la Ley Aragonesa 9/1989, de Ordenación de la actividad comercial en Aragón, de 5 de octubre —BOE, de 4 de noviembre de 1989, núm. 265, *BO. Aragón*, de 16 de octubre de 1989, núm. 108.—; y finalmente, el artículo 32.4. de la Ley Canaria 4/1994, de Ordenación de la actividad comercial, de 25 de abril —BOE, de 27 de mayo de 1994, núm. 126, *BO. Canarias*, de 29 de abril de 1994, núm. 53.—

en la enmienda número 15 del Grupo Mixto Unió Valenciana⁸³². Sin embargo, como puede observarse no se incorporaron al texto definitivo, luego no serán tomados en cuenta los gastos de transporte a los efectos de determinar el precio unitario⁸³³. Evidentemente, los gastos de transporte constituyen un mayor coste pero, con buen criterio, no serán tenidos en cuenta figuren o no en factura, a los efectos del cálculo para determinar la existencia o no de venta con pérdida⁸³⁴.

4.8. Prohibición de ofertas conjuntas

En el artículo 14.4. de la LOCM el Legislador reincide en la prohibición de realizar venta con pérdida en una determinada modalidad al prohibir expresamente que se realicen ofertas conjuntas o con obsequios a los compradores para evitar la aplicación de la prohibición de la venta con pérdida⁸³⁵. Una prohibición que ya aparecía en los preceptos anteriores, con lo que parece que al reincidir en la prohibición el Legislador desea evitar cualquier duda interpretativa al respecto⁸³⁶.

Sin embargo, la sistemática de la prohibición contenida en el artículo 14 de la LOCM es eficaz y simple porque, salvo los supuestos excepcionados, en ningún caso podrá venderse a un precio inferior al precio de adquisición según factura, al de reposición o al del coste de producción si el minorista fabricase directamente el producto. Por consiguiente, si no se puede vender con pérdida un producto, tampoco podrá venderse con pérdida dos o más productos. En las ofertas

⁸³² Vid. artículo 80 de la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Convergencia y Unió y enmienda número 15 del Grupo Parlamentario Mixto Unió Valenciana.

⁸³³ Esta es una opción del Legislador, que en los términos del artículo 149.1.6. de la CE tiene la competencia exclusiva en esta materia, como así también indica la Disposición Final Única, párrafo tercero. Por ello, las regulaciones autonómicas que contenían la posibilidad de deducción del transporte a los efectos del cálculo de la venta con pérdida han quedado expresamente derogadas con la aprobación del artículo 14 de la LOCM. Entre ellas, el artículo 19.2. de la Ley Aragonesa 9/1989, de Ordenación de la actividad comercial en Aragón, de 5 de octubre —BOE, de 4 de noviembre de 1989, núm. 265, BO. Aragón, de 16 de octubre de 1989, núm. 108.—; el artículo 26.2. de la Ley Valenciana 8/1986, de Ordenación de la actividad comercial, de 29 de diciembre —BOE, de 30 de enero de 1987. DOCE. Generalitat Valenciana, de 31 de diciembre de 1986, núm. 497.—; el artículo 31.2. de la Ley Gallega 10/1988 de Ordenación del Comercio Interior, de 20 de julio —BOE, de 4 de octubre de 1988, núm. 238. DOCE, Galicia, de 26 de agosto de 1988, núm. 164— y el 32.3. de la Ley Canaria 4/1994, de Ordenación de la actividad comercial, de 25 de abril —BOE, de 27 de mayo de 1994, núm. 126. BO. Canarias, de 29 de abril de 1994, núm. 53.—

⁸³⁴ Vid. MARÍN LÓPEZ, J. J., «Prohibición de venta con pérdida», en *Comentarios a las leyes de Ordenación del ...*, ob. cit., p. 275. , cuando mantiene después de exponer los intentos en el proyecto de Ley de incluirlos como minoración del precio de adquisición que: «[...] Como quiera que esas previsiones no han trascendido al texto definitivo de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, resulta impropio reintroducir por vía interpretativa una deducción que fue rechazada en la tramitación parlamentaria.»

⁸³⁵ Esta modalidad de venta aparece regulada en el artículo 9 de la Ley 26/1984, de 26 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y en el artículo 8 de la Ley 3/1991 de 10 de enero.

⁸³⁶ En relación a las ofertas conjuntas y las ventas con obsequio vid. VELA, C., *La regulación jurídica de las primas y regalos*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1987; VERGEZ, M., «Competencia desleal por actos de engaño, obsequios, primas y ...», ob. cit., pp. 51-64; FELIÚ, M. I., «Venta con primas o regalos», *CJ*, núm. 2, 1992, pp. 72 y ss.; OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHANCOURT, J. J., *Comentarios a la Ley de ...*, ob. cit., pp. 184-187; MASSAGUER FUENTES, J., «Publicidad con regalo y venta con prima», en *EJB*, IV, Civitas, Madrid, 1995, pp. 5381 y ss.; PORTELLANO DÍEZ, P., «La regulación de las ventas con pérdida en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y su ...», ob. cit., pp. 195-241.

conjuntas como su propio nombre indica suele ofrecerse dos o más productos, o un producto y algún servicio relacionado con el mismo, de modo que ninguno de ellos podrá rebasar el umbral de legalidad. Por lo que si uno de ellos fuera vendido con pérdida la conducta sería constitutiva de una infracción administrativa grave y en su caso, podría ser calificado como un acto de competencia desleal o un ilícito *antitrust*.

No obstante, la prohibición de realizar ofertas conjuntas no debe alcanzar a los supuestos de concursos, regalos, vales-premio, métodos vinculados a la oferta, promociones publicitarias con regalos, con prima, mediante sorteos, cupones de descuento, tarjetas de puntos acumulables y canjeables por regalos o descuentos en compras futuras, siempre que la finalidad de éstas sea promocional y no la de encubrir actos de venta con pérdida desleales⁸³⁷. En cualquier caso, y a los efectos de la prohibición de realizar ventas con obsequios y de las ofertas conjuntas del artículo 14.4. de la LOCM estas modalidades de venta deberán regirse por los criterios establecidos en los artículos 32, 33 y 34 de la LOCM⁸³⁸.

A los efectos de diferenciar entre unas y otras se puede establecer dos criterios estrechamente relacionados, uno objetivo y otro subjetivo. El primero, porque no se obliga al destinatario de la oferta a contratar la compra de otro producto o servicio, simplemente se persigue con la operación de mercadotecnia. Lo que implica una actividad promocional regida por los principios de veracidad, compromiso, no presión o manipulación con fines ocultos y con la entrega de los obsequios⁸³⁹. Y en el segundo, porque la deslealtad del acto radica en la intención de vender con pérdida que se manifiesta y se reprime a partir de un elemento objetivo, el precio de adquisición, el precio de reposición o el coste de producción si el minorista lo fabrica, y que determinan el umbral de legalidad.

⁸³⁷ Vid. ALONSO ESPINOSA, F. J., «Prohibición de la venta con pérdida», en *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista* ..., op cit., p. 250.

⁸³⁸ Al respecto vid. MARÍN LÓPEZ, J. J., «Prohibición de venta con pérdida», en *Comentarios a las leyes de Ordenación del ...*, ob. cit., pp. 283-284.

⁸³⁹ A este respecto resulta de interés el estudio y sistematización de los principios recogidos en los artículos 32, 33 y 34 de la LOCM por VELA GARCÍA, C., «La promoción de ventas en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», en *Libre competencia y Ley de Ordenación del Comercio Minorista en España*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1997, pp. 195-241.

II. POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA VENTA CON PÉRDIDA

La regulación contenida en el artículo 14.1. y 14.2. 2.º párrafo de la LOCM choca contra dos principios fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico. El primero, el principio de libertad de empresa del artículo 38 de la CE. Y el segundo, el principio de tutela judicial efectiva, en concreto el principio de contradicción del artículo 24.2. de la CE. Dos supuestos que se analizan a continuación.

1. Por infracción del artículo 38 de la CE

El primero, por los términos en los que está redactado el precepto, ya que parte de la prohibición absoluta de la venta a pérdida para posteriormente declarar determinados supuestos autorizados o excepcionados choca frontalmente con el principio constitucional de libertad de empresas, sobre el que orbita el principio de libertad de fijación de precios⁸⁴⁰. La redacción y técnica legislativa empleada en el citado precepto parece mucho menos adecuada a los parámetros constitucionales que la realizada por el propio Legislador en el año 1991 en el artículo 17 de la LCD. Unos criterios que podían haber sido tomados como ejemplo a seguir por la normativa reguladora del comercio interior.

La redacción actual del artículo 14.1. de la LOCM parece, con base en la experiencia obtenida desde la aprobación de la LCD, perseguir evitar los problemas de orden práctico que impedían que el artículo 17 de la LCD llegara a cumplir los fines de política económica a los que está llamado. Básicamente problemas de índole probatorio y relacionados con la indeterminación de conceptos jurídicos como precio de adquisición y coste de producción. Así como los efectos derivados de éstos como la tardanza de los procesos, el coste de los mismos y la falta de órganos especializados, lo que parece poco acorde con la realidad del tráfico mercantil. No obstante, la finalidad perseguida por el Legislador de solucionar estas dificultades técnicas, siendo como es una tarea ardua y difícil no puede soslayar el marco constitucional y en concreto el principio constitucional de libertad de empresa contenido en el artículo 38 de la CE.

En el marco de este precepto, la libertad de precios es un principio que emana del principio de libertad de empresa. Luego, si la norma es la libertad y la excepción la limitación, no se entiende porqué el Legislador establece en el artículo 14.1. de la LOCM la prohibición absoluta de venta a pérdida. Una limitación al principio de libertad de precios que parece encajar con dificultad tras

⁸⁴⁰ Vid. MARÍN LÓPEZ, J. J., «Prohibición de venta con pérdida», en *Comentarios a las leyes de Ordenación del ...*, ob. cit., pp. 262-263; Con similar criterio MARÍN LÓPEZ, J. J., «Prácticas comerciales y protección de los consumidores», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 5., 1995, pp. 116-117; TRONCOSO y REIGADA, M., «Notas críticas a la proposición de Ley de ...», ob. cit., p. 4; PALAU RAMÍREZ, F., «La propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las promociones de ventas en el mercado interior ...», ob. cit., p. 1510.

la lectura del artículo 13 de la LOCM, en la que dichas limitaciones tienen un carácter excepcional. Por lo que la prohibición, tal y como había realizado el Legislador en el año 1991, debería quedar limitada a los supuestos más graves de venta a pérdida. En este sentido:

«[...] la prohibición que en él se sienta de realizar ventas con pérdida, constituye una excepción al principio de libertad de precios que establece el artículo 13 LOCM. Si con arreglo a este precepto el comerciante es libre para fijar sus precios, el que ahora se comenta le impide, empero, vender con pérdida o, dicho en otros términos, perder con la venta. Aun así, la prohibición de la venta con pérdida supera el ámbito de la estricta legalidad y ha de ser examinado como problema con claras implicaciones constitucionales, según hemos señalado en otro lugar. En efecto, en la medida en que la libertad de precios constituye una manifestación del principio de libertad de empresa o de mercado que consagra el artículo 38 CE, la prohibición de venta con pérdida supone una inequívoca limitación del mencionado derecho constitucional. Este dato ha pasado desapercibido a nuestro Tribunal Constitucional, que cuando ha enjuiciado la conformidad a la Constitución de los preceptos autonómicos prohibitivos de la venta con pérdida lo ha hecho siempre desde la perspectiva competencial, sin referencia al aspecto material.»⁸⁴¹

Ha de tenerse presente que la naturaleza del precepto que regula la prohibición de realizar venta con pérdida es de carácter jurídico mercantil, aunque su regulación se haya realizado a través de una norma administrativa. Una forma de legislar que produce innumerables problemas de carácter técnico cuando se trata de realizar la interpretación de unos preceptos que inciden sobre una misma realidad⁸⁴². Precisamente porque:

«[...] No basta, desde luego, con que de modo más o menos acertadamente, de modo más o menos completo, se califique a una norma legislativa, como de Derecho privado o de Derecho administrativo. Es el contenido de los preceptos lo que obliga a estas calificaciones, háganlas o no expresamente el Legislador. Además, en nuestro caso, el artículo 14 del proyecto está calificado expresamente en la Disposición Final como mercantil en cuanto constitutivo de legislación sobre la competencia. Podrá desencadenar, pues, efectos jurídico-privados sin limitaciones —ya que no las establece la propuesta—, además de poder poner en marcha los mecanismos jurídico-administrativos de la Ley de Defensa de la Competencia y los

⁸⁴¹ Vid. MARÍN LÓPEZ, J. J., «Prohibición de venta con pérdida», en *Comentarios a las leyes de Ordenación del ...*, ob. cit., pp. 262-263.

⁸⁴² Vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., CALONGUE VELÁZQUEZ, A., LAGUNA DE PAZ, J. C., y GARCÍA DE COCA, J. A., *Informe sobre la proposición de Ley de ...*, ob. cit., pp. 125-126; vid. también ALONSO SOTO, R., «La Ley de Ordenación del Comercio Minorista y el Derecho de la Competencia», en *Libre competencia y libre ordenación del comercio minorista en España*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1997, p. 161, al indicar que: «[...] En conclusión, la Ley de Ordenación del Comercio Minorista general, en primer lugar y sobre todo, confusión e inseguridad jurídica, lo que provocará inevitablemente una gran litigiosidad. En segundo lugar, la existencia ya señalada, de una dualidad o pluralidad de normas que regulan las mismas materias se traducirá, en unos casos, en un significativo aumento de los conflictos de leyes y, en otro, en la aparición de una jurisprudencia contradictoria.»

específicamente sancionadores que se propone introducir la propia Ley proyectada.

Estas consideraciones no eliminan los problemas de coordinación aplicativa que derivarán del artículo 17 de la Ley de Competencia Desleal y de este nuevo artículo 14 de la proyectada nueva Ley, si llega a serlo definitivamente. Todo lo contrario. Y ello aunque, desde luego, la prohibición como competencia desleal de la venta bajo coste *cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado* del artículo 17.2. c), cubre la mayor parte —y, con mucho, más importante— de los supuestos pensables a que alcanzaría la prohibición de la venta a pérdida del artículo 14, desbordando incluso tales supuestos, aunque no sea más que porque la Ley de competencia desleal — con buen criterio— maneja principalmente el concepto de precio bajo coste que incluye pero excede bastante el supuesto de precio de venta por debajo del precio de adquisición.»⁸⁴³

Unos planteamientos que vienen a ser especialmente relevantes si se tiene en cuenta la solución aportada por la STC Austriaco de 15 de julio de 1995⁸⁴⁴. La sentencia parte de la interpretación del §.3 de la «Ley Federal de mejora del suministro y condiciones de competencia y el principio constitucional de libertad de empresa». El TC declara inconstitucional por resultar contrario al principio de libertad de empresa la prohibición generalizada de realizar ventas con pérdida, admitiéndola sólo con carácter excepcional en determinados supuestos:

El citado precepto establece que:

«1. Puede ser recurrido por omisión, aquel que ofrece para su venta durante sus relaciones comerciales, mercancía cuyo valor es igual o por debajo del precio de coste más el Impuesto General, así como todas las demás entregas que aparecen durante la venta. El precio de coste se calcula sobre la deducción de todos los descuentos o cualquier otra rebaja, incluidas por el proveedor durante la elaboración de la factura (fue modificado en 1998).

2. Las determinaciones del artículo 1 no son aplicables, si la relación de precio cumple con los principios de una gestión comercial ordenada. Especialmente en el caso, de que (fue modificado en 1980):

⁸⁴³ Vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., CALONGUE VELÁZQUEZ, A., LAGUNA DE PAZ, J. C., y GARCÍA DE COCA, J. A., *Informe sobre la proposición de Ley de ...*, ob. cit., pp. 125-126.

⁸⁴⁴ Vid. SCHRICKER, G., «Últimos desarrollos del Derecho de la competencia desleal en Europa», *RGD*, núm. 583, 1993, p. 3309, quien cita la sentencia indicada. Y a similar criterio ya había llegado el mismo Tribunal en la sentencia de 15 de junio de 1990, citada por PALAU RAMÍREZ, F., «La propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las promociones de ventas en el mercado interior ... ob. cit., p. 1510, al poner de manifiesto los problemas que tendrían los pequeños comerciantes al prohibirse con carácter general la venta a pérdida porque: [...] en primer lugar, las pequeñas y medianas empresas también resultan perjudicadas por la norma discutida porque no podrán vender a pérdida, por ejemplo, para superar problemas financieros o corregir previsiones incorrectas; en segundo lugar, la necesidad de fijar el concepto de precio bajo coste causa problemas de inseguridad jurídica y conlleva, por tanto, consecuencias gravosas para el comerciante.»

1. si fuese anunciada o ejecutada la venta según las normas de liquidaciones y eventos de ventas de existencias, ó que
2. que hubiese una amenaza de deterioro de la mercancía, ó que
3. se vendan mercancías percederas o anticuadas. Mercancía anticuada se considera especialmente aquella, cuyo valor comercial ha sido reducido considerablemente debido al desarrollo industrial, ó que
4. la relación de precio se desarrolle acorde a la adaptación de evaluación visible de los precios exigidos y garantizados o en cumplimiento de los decretos legales.»

Por todo lo expuesto parece que

«[...] la Ley de Ordenación del Comercio Minorista puede ser declarada inconstitucional puesto que gran parte de las restricciones de la competencia que incorpora exceden, sin lugar a dudas, los límites de lo admisible por afectar precisamente al núcleo esencial de la libertad de empresa como principio fundamental de nuestro sistema constitucional económico, que resulta indisponible incluso para el Legislador.»⁸⁴⁵

Precisamente, porque cabe pensar que el Legislador podría haberse extralimitado en la redacción del artículo 14.1. de la LOCM en la medida en que parte de la prohibición general de realizar ventas con pérdida. Lo que resulta contrario al principio constitucional de libertad de precios y de libertad de empresa. Por ello no vale establecer la limitación de dicho principio únicamente al ámbito de aplicación de la LOCM ya que su desarrollo se fundamenta en el artículo 38 y no en el artículo 51 de la CE. El precepto que se analiza aunque se trate de limitar al ámbito del comercio interior en la práctica está regulando instituciones de naturaleza mercantil, como expresamente reconoce en el párrafo tercero de la DA. Única. De ahí, que la prohibición general de realizar venta con pérdida resulte contrario al principio constitucional de libertad de empresa. Una situación que hasta el momento no ha encontrado reflejo en nuestra jurisprudencia a través de la elevación de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. La única que en su día se elevó, a juicio del tribunal no reunía las notas para que se elevara al Tribunal Constitucional por la vía del artículo 163 de la CE⁸⁴⁶.

⁸⁴⁵ Vid. ALONSO SOTO, R., «La Ley de Ordenación del Comercio Minorista y ..., ob. cit., p. 161.

⁸⁴⁶ Cuestión de inconstitucionalidad planteada en la Sala de lo Contencioso Administrativo de Cataluña, — Barcelona, núm.6— en relación con el artículo 14 de la LOCM. El citado tribunal no eleva la cuestión de inconstitucionalidad interesada por el recurrente al indicar en el Fundamento de Derecho Primero que «Del examen del concreto precepto de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, no parece a juicio de esta suscribiente motivo alguno para considerar que el mismo pueda ser contrario a la Constitución, por lo que no procede plantear la cuestión de inconstitucionalidad interesada por la parte recurrente.» De ahí que en el Fundamento de Derecho Segundo y a los efectos de determinar la factura como elemento probatorio de la venta con pérdida mantenga que «De la relación del artículo citado se desprende que los únicos documentos que el Legislador quiso que se tuvieran en cuenta para definir la venta con pérdida son las facturas y los únicos documentos que se deben aplicar en el cálculo del precio de coste son los reflejados en la factura correspondiente y no en otros documentos nexos.» Como se observa una opción de política legislativa que a

Y a mayor abundamiento conviene tener presente que de aprobarse en los actuales términos la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las promociones de ventas en el mercado interior [COM (2001) 546), que derogaría los artículos 14 y 26.1 de la LOCM y 8.2 de la LCD⁸⁴⁷.

2. Por infracción del artículo 24.2. de la CE

En segundo lugar, también podría ser declarado inconstitucional el artículo 14.2. 2.º párrafo, introducido por el artículo 56. Uno. 1. De la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, al establecer que:

«[...] Las facturas se entenderá aceptadas en todos sus términos y reconocidas por sus destinatarios, cuando no hayan sido objeto de reparo en el plazo de los veinticinco días siguientes a su remisión. En el caso de que no sean conformes se dispone sobre la anterior un plazo adicional de diez días para su subsanación y nueva remisión de la correspondiente factura rectificada. A los efectos de lo dispuesto en este artículo, no se tendrán en cuenta las modificaciones contenidas en facturas rectificativas emitidas en fecha posterior a los plazos indicados.»

El precepto en el párrafo primero establece una presunción *iuris tantum* a los efectos de declarar una venta de venta con pérdida tomando como referencia el precio de «[...] adquisición según factura, deducida la parte proporcional de los descuentos que figuren en la misma, o al de reposición si éste fuese inferior a aquél [...]» Luego esta presunción admite prueba en contrario, pero sin embargo, la incorporación del segundo párrafo al artículo 14.2. de la LOCM implica que la presunción *iuris tantum* se convierta transcurrido el plazo fijado en la norma —25 días si hay conformidad y otros diez días para facturas rectificativas— en una presunción *iuris et de iure*. Una presunción sobre la que posteriormente se fundamenta la sanción de la venta con pérdida.

Esta calificación es nuevamente una opción del Legislador porque evidentemente en esa factura no se está contemplando los gastos generales en los que incurre el oferente minorista. Sin embargo, esta opción del Legislador de que no se acepten más modificaciones transcurrido el término está convirtiendo a la factura en una presunción *iuris et de iure* de Derecho administrativo sancionador contraria al principio de contradicción. Por lo que debería poder ser desvirtuada por cualquier otro medio de prueba. Evidentemente, cuando la factura es emitida por una de las partes lo que está haciendo es una manifestación de voluntad contractual. Que se plasma en el documento factura y queda sometida por imperio de la ley a término para la conformación y perfección contractual definitiva con la

juicio del Tribunal no tiene indicios de inconstitucionalidad, por lo que no admite las notas de abono como elementos para probar el coste efectivo.

⁸⁴⁷ A este respecto *vid.* PALAU RAMÍREZ, F., «La propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las promociones de ventas en el mercado interior ...», *ob. cit.*, p. 1509,

aceptación de la otra parte, en cuanto a los datos en ella consignados como precio, cantidad, o calidad. Pero de ello no cabe, ni debe deducirse en modo alguno que el transcurso de dicho término convierte a la información contenida en la factura en un documento sobre el que se establece una presunción *iuris et de iure*. Además, desde un punto de vista *ius privatista* la limitación temporal a 25 días desde su remisión, más 10 días para subsanación, en caso de no conformidad, permite justificar aún más el argumento de que deben contarse con otros medios de prueba. Además, los términos en los que está redactado el precepto implica una contradicción con el artículo 9 del RD 2402/1985, de 18 de diciembre en relación con la posibilidad de realizar facturas de rectificación sino están comprendidas en los plazos previstos en el artículo 14.2. 2.º párrafo de la LOCM⁸⁴⁸.

Tal y como se ha analizado con anterioridad, el Derecho administrativo sancionador ha de cumplir con los mismos principios que inspiran el Derecho penal⁸⁴⁹. La imposibilidad de que los administrados aporten transcurrido dicho plazo todas las pruebas que estimen pertinentes a los efectos de desvirtuar el contenido de la factura se tienen por no puestos. Como literalmente reza el precepto «A los efectos de lo dispuesto en este artículo, no se tendrán en cuenta

⁸⁴⁸ El artículo 9.1. del RD 2402/1985, de 18 de diciembre —BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1985; *rec.*, BOE, núm. 20, de 23 de enero de 1986— establece la posibilidad de «[...] rectificar facturas o documentos análogos por ellos emitidos en los supuestos de error, variación de las circunstancias que determinan la contraprestación o cuantía del Impuesto sobre el Valor Añadido repercutido o cuando queden sin efecto las correspondientes operaciones.» Unas correcciones que en los términos del artículo 9.2. y «[...] sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado sexto del artículo 16 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido [...]» deberán «[...] efectuarse inmediatamente después de advertirse la circunstancia que la motiva.» En el párrafo siguiente, el artículo 9.3. establece las condiciones y requisitos de la factura de rectificación al indicar que: «La rectificación deberá realizarse mediante la emisión de una nueva factura o documento en el que se hagan constar los datos identificativos de las facturas o documentos iniciales y la rectificación efectuada. Deberá establecerse series especiales de numeración para estas facturas de rectificación. No obstante, los empresarios y profesionales que, con posterioridad a la emisión de las correspondientes facturas o documentos, concediesen a sus clientes descuentos u otros beneficios podrán emitir notas de abono numeradas correlativamente, en el caso de que dichos clientes no sean empresarios o profesionales si hubiesen exigido la expedición inicialmente de una factura completa. Asimismo, tratándose de descuento o bonificaciones por volumen de operaciones y en los demás casos que se autoricen por el Centro de Gestión y Cooperación Tributaria no será necesaria la especificación de las facturas rectificadas bastando la simple determinación del año a que se refieran.»

⁸⁴⁹ Por consiguiente, sólo se admiten las modificaciones que figuren en factura, y en este sentido la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 28 de marzo de 1994, en relación con la falta de requisitos que deben de reunir las facturas para poder solicitar la devolución del IVA soportado. El Tribunal no acepta las rectificaciones que figurando en albaranes no lo estén en las facturas. En un sentido similar, aunque sin llegar a esta afirmación, en relación con los descuentos *vid.* ALONSO ESPINOSA, F. J., «Prohibición de la venta con pérdida», en *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista ...*, op. cit., p. 251, en donde el autor pone de manifiesto que «[...] la exigencia legal de que los descuentos deben figurar en la factura como presupuesto de su carácter deducible, excluye la posibilidad de deducción —obviamente sólo a los efectos de determinar la existencia de venta con pérdida— de descuentos futuros y/o condicionados al alcance de determinados niveles de compra, ventas o similares y, en general, aquellos descuentos no determinados en concreto al tiempo que la venta y constatados en la factura que documentan la misma.» La referencia que hace sólo a la determinación de los descuentos en relación a la venta con pérdida, pone de manifiesto que es únicamente a estos efectos a los que habrá que tener en cuenta la aplicación del artículo 14 de la LOCM. Nuevamente, este artículo parece operar como una isla en el océano del ordenamiento jurídico, al no permitir que se incorporen a la factura descuentos posteriores y documentados con notas de abono por *rappels*. Esta es una opción legislativa, pero ello no debería impedir que se aportaran otras pruebas para realizar facturas rectificativas. Incluso en el supuesto de venta con pérdida.

las modificaciones contenidas en facturas rectificativas emitidas en fecha posterior a los plazos indicados.» Ello implicaría una auténtica situación de indefensión de los administrados contrario al principio de contradicción del artículo 24.2. de la CE.

El artículo 24.1. de la CE establece que «[...] en ningún caso, pueda producirse indefensión», y sin embargo esto es lo que ocurre con la aplicación de la sanción por parte de la Administración cuando no admite rectificaciones sobre la factura transcurrido el término. Las sentencias del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 1981 y de 29 de marzo de 1990 entre otras, así como la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto «Ozturk», de 25 de febrero de 1984, vinieron a confirmar la concepción mayoritaria en nuestra doctrina en relación con la interpretación del artículo 25 de la CE, al extender el principio de legalidad penal al procedimiento administrativo⁸⁵⁰. Supone la extensión al procedimiento sancionador administrativo del principio penal conforme al cual *nulla crimen, nulla poena sine lege*, con sus correspondientes efectos sobre el proceso al establecer *nulla poena sine legale iudicium*⁸⁵¹. Evidentemente, el artículo 14.2. 2.º párrafo de la LOCM cumple con la exigencia constitucional de los artículos 25 y 53.1. de la CE de que «sólo por Ley [...] podrá regularse el ejercicio de tales derechos» y por ende, de la limitación que supone la sanción administrativa venga contenida en una Ley, pero no así con las garantías que han de inspirar el procedimiento sancionador a la luz del artículo 24.1. y 2. de la CE. La presunción de inocencia del precepto debe ser claramente desvirtuada porque de lo contrario se produciría indefensión. Precisamente, por la imposibilidad de ejercer la contradicción con lo reflejado en la factura, fuera de los plazos previstos por la norma. Ya que la presunción *iuris tantum* en ella

⁸⁵⁰ STC 18/ 1981, de 8 de junio, en recurso de amparo núm. 101/1980, *BOE*, de 16 de junio de 1981; STC 61/1990, de 29 de marzo, en recurso de amparo núm. 370/1988, *BOE*, de 4 de junio de 1990; STDH, en el asunto «Ozturk» de 25 de febrero de 1984 citada por GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, v. II, Madrid, 1998, p. 188, en el que tomo parte como Juez, y en aplicación del artículo 50 de la Declaración Universal de Derechos Humanos remitido a la Corte de Derechos Humanos por el Gobierno Federal de la República de Alemania en septiembre de 1982 por el hecho de que el ciudadano MR. ABDULBAKI ÖZTÜRK no había recibido la asistencia de un interprete en el proceso ante la Heilbronn District Court.

⁸⁵¹ Unos principios que como nos indica GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, v. II, Madrid, 1998, p. 160, tienen su origen en «[...] el primer Código Penal francés de 1791, dictado en aplicación de los principios penales contenidos en la Declaración de derechos de 1789, Código sustituido luego por el de 1810, [...]» Principios que encuentran su plasmación legislativa tras las citadas sentencias del Tribunal Constitucional en los artículos 127 y siguientes de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero y desarrollada por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora. A este respecto resulta de gran interés el trabajo de NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, 1994.

CAPÍTULO X

SUPUESTOS DE VENTA A PÉRDIDA AUTORIZADOS EN LA LDC, LCD y LOCM

1. Introducción

En ambas regulaciones de la prohibición de determinadas modalidades de venta a pérdida se contemplan excepciones. En el caso de la LDC y LCD las excepciones a la prohibición de venta a pérdida han venido determinados por la aplicación de la norma. Y en el caso de la LOCM porque la norma expresamente contempla los supuestos excepcionados o autorizados. En ambos supuestos sus regímenes jurídicos son diferentes aunque coinciden en calificar jurídicamente la misma venta a pérdida. Y por ello, las excepciones contempladas no podían ser diferentes. Se trata de supuestos que aparentemente encontrándose en el ámbito de la prohibición de la norma su represión quedaría fuera de la finalidad perseguida porque están dotados de racionalidad económica, en la eficiencia y carente de finalidad excluyente, lo que beneficia la competencia. De ahí que encontrándose en el ámbito de la prohibición de la venta a pérdida se proceda a la autorización de los supuestos de ventas de saldos, liquidaciones, realineamiento con la competencia y de los productos perecederos próximos a su deterioro definitivo. Supuestos que persiguen el ánimo de lucro como cualquier venta y que en los supuestos citados se manifiesta en un intento de reducir las pérdidas⁸⁵².

2. Supuesto de venta a pérdida permitidos

2.1. Supuestos no perseguidos —LDC—, excepcionados —LCD— y autorizados —LOCM—

⁸⁵² Entre esos supuestos de ventas que también persiguen el mismo ánimo de lucro pero que se ofertan a un precio menor en un intento de reducir las pérdidas se encuentran las venta en rebajas, las ventas en saldos, las ventas en liquidaciones, las ventas en promoción, las ventas de productos perecederos, los supuestos de realineamiento de la competencia.

La utilización de la expresión «no perseguidos» obedece al hecho de que estas prácticas sólo serían objeto de represión desde la normativa *antitrust* si se encontrase en alguno de los supuestos de los artículos 1, 6 y 7 de la LDC. La utilización de la expresión «excepcionados» parece más propio de la disciplina de la competencia desleal ya que parte del principio de libertad de precios declarando desleales los supuestos más graves de venta a pérdida. Y el empleo de la expresión «autorizados» parece más adecuado para referirse al comercio interior, ya que parte del principio general de prohibición de venta con pérdida, declarando a continuación las ventas a pérdidas permitidas.

En cualquier caso, se utilizará indistintamente las expresiones supuestos excepcionados o autorizados para aquellas ventas «a» y «con» pérdida que no son objeto de represión en nuestro ordenamiento jurídico. En ambas modalidades de ventas a pérdida está presente el ánimo de lucro, pero mientras que en unas la venta obedece a una estrategia de excluir a los competidores por medios no basados en sus propios méritos y de ahí su carácter desleal y anticompetitivo, en la otra, la racionalidad económica es la que inspira vender a pérdida.

El estudio de los supuestos excepcionados a la prohibición de la venta a pérdida y venta con pérdida se realizará desde diferentes perspectivas, desde la LOCM, desde la LDC y desde la LCD. Aunque básicamente partiendo de la reciente regulación de la LOCM, que viene a recoger en una norma las excepciones contempladas en la aplicación administrativa de la LDC y judicial de la LCD.

El estudio de estas modalidades de ventas podría parecer en principio baladí ya que la regulación de la prohibición de venta con pérdida en el artículo 14 de la LOCM es más restrictivo que el contenido en el artículo 17. 2. de la LCD o en los artículos 1, 6 y 7 de la LDC. En el marco de la prohibición de ventas a pérdidas las diferentes normativas contemplan excepciones a la prohibición basadas en criterios de eficiencia y racionalidad económica. El estudio de estos supuestos se torna necesario desde el punto de vista metodológico y técnico ya que al tratarse de modalidades de venta a pérdida no perseguidas, excepcionadas y autorizadas, podrían encubrir actos desleales contrarios al principio de eficiencia y racionalidad que inspiran la excepción. Entre las excepciones que serán objeto de estudio se encuentran las ventas de saldos y las ventas de liquidación, las ventas de productos perecederos próximos en las fechas próximas a su inutilización, y en los casos de realineamiento con la competencia. Siempre que en estos últimos el precio de reposición al alcance del agente resulte inferior al precio de adquisición o al coste de producción.

La utilización de la expresión «excepcionados» para estos supuestos vale tanto para la LOCM, donde efectivamente operan como excepción al principio general de prohibir con carácter general la venta con pérdida en el ámbito del comercio interior, como para la LCD que parte del principio general de libertad de precios para a continuación proceder a su limitación en los supuestos más graves.

Incluyendo en este último supuesto la aplicación de la normativa *antitrust* por el TDC a través del artículo 7 de la LDC. De ahí que, a los efectos de proceder al estudio de estas excepciones, se tome como punto de partida el estudio del artículo 14 de la LOCM. Ya que las excepciones contempladas en la LDC —a través de la aplicación de los artículos 1, 6 y 7— y en la LCD —a través de la aplicación del artículo 17.2. en sus apartados a) b) y c)— se han construido con base en la aplicación de las respectivas normativas, y es en este precepto donde por primera vez en nuestro ordenamiento se plasman legislativamente.

Salvando las deficiencias técnicas y constitucionales que entraña el artículo 14 de la LOCM, en el apartado primero del precepto, el Legislador establece una lista tasada en la que contempla los supuestos autorizados y excepcionales a la prohibición general de realizar «ventas con pérdidas». Entre dichos supuestos, habiendo analizado con anterioridad los autorizados de ventas de saldos y ventas de liquidación, procede a continuación el estudio de las excepciones. Entre ellas las ventas de productos perecederos próximos a su inutilización —a)—, y los supuestos de realineamiento con la competencia en los que se encontraría —b)— la autorización de ventas a pérdida cuando el precio de reposición resulta inferior al precio de adquisición o al coste de producción —c)—

A) Los productos perecederos

Regulado en el artículo 14.1. de la LOCM se configura como un supuesto excepcional en el que se admite la «venta con pérdida» cuando «se trate de artículos perecederos en las fechas próximas a su inutilización.» Excepción que sin duda aparece inspirada también en el principio de eficiencia y racionalidad económica que pretende minimizar las pérdidas que pudiera sufrir el comerciante⁸⁵³. Precisamente porque su género está sometido a término, después del cual disminuiría gravemente su valor en el mercado⁸⁵⁴. Con esta excepción el Legislador básicamente está autorizando al comerciante para que opere con la diligencia exigible a un buen comerciante⁸⁵⁵.

No obstante, en atención a lo expuesto hasta el momento, ambos son supuestos de venta a pérdida, porque aunque el comerciante valore el género a «precio de adquisición según factura» no está incluyendo el resto de costes en los que incurre como promoción, transporte, stocks y publicidad entre otros. Partidas

⁸⁵³ Vid. ALONSO ESPINOSA, J. F., «Prohibición de la venta con pérdida», en *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista ...*, op cit., p. 255, al mantener que «Se trata de una excepción coherente con los principios ordenadores de la competencia. En este caso, la venta a pérdida se practica como medio para aminorar las eventuales pérdidas propias derivadas del perecimiento del producto y su consiguiente imposibilidad de colocación en el mercado, lo cual entra en la conducta propia de un ordenado comerciante.»

⁸⁵⁴ Una excepción que parece traer causa de la regulación contenida en el Derecho francés donde se establece que *produits périssables à partir du moment où ils sont menacés d'altération rapide*, Lamy núm. 875.

⁸⁵⁵ En este sentido resulta interesante la diferenciación que al respecto realiza ALONSO ESPINOSA al indicar que «se trata de ventas con pérdida para restar pérdidas mayores y no de ventas a pérdida como modalidad de conducta competitiva» ALONSO ESPINOSA, J. F., «Prohibición de la venta con pérdida», en *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista ...*, op cit., p. 255.

necesarias para poder realizar la venta, luego el coste será superior al precio que figure en factura, de modo que cuando vende por debajo del precio «según factura», se está realmente realizando una venta a pérdida. Sin embargo, el supuesto es lícito también a la luz del artículo 17.2. de la LCD, porque no concurre el elemento subjetivo que da lugar a que opere la restricción.

A diferencia de la regulación francesa, no se define taxativamente lo que se entiende por «productos perecederos en fechas próximas a su inutilización» pero cabría entender que lo hace a los productos alimenticios y «asimilados»⁸⁵⁶. En éste último apartado se podrán incluir todos aquellos artículos sometidos a término para su consumo o disfrute. El significado de este concepto parece fácil de llenar a tenor de la imagen que los consumidores entienden por «fechas próximas a su inutilización» como caducidad o deterioro definitivo de su calidad. Como por ejemplo los productos lácteos, las hortalizas, las carnes o pescados frescos entre otros.

Finalmente, los productos afectados por la obsolescencia como el material tecnológico deberá llevarse, a tenor de los artículos 28 y 29 de la LOCM, por la vía de la «ventas de saldos». Y los que hayan pasado de moda, como la ropa y complementos se encontrarán en el marco de las «ventas en rebaja» a tenor de lo previsto en los artículos 24, 25 y 26 de la LOCM.

B) Las excepciones por realineamiento

Regulada jurídicamente en el artículo 14.1. *in fine* de la LOCM, recoge la denominada excepción por realineamiento cuando «quien la realice tenga por objetivo alcanzar los precios de uno o varios competidores con capacidad para afectar significativamente a sus ventas»⁸⁵⁷. Cronológicamente, esta excepción a la prohibición de realizar venta a pérdida aparece por primera vez en la resolución del TDC de 3 de febrero de 1992⁸⁵⁸. En el FD. 3. 2.º párrafo de la citada resolución admite como excepción la bajada de precios para realinearse, incluso a

⁸⁵⁶ MARTÍN LÓPEZ, J. J., «Prohibición de la venta con pérdida», (*Comentarios a las Leyes de ordenación del ...*, ob. cit., p. 282.

⁸⁵⁷ Una excepción que parece traer causa de la regulación contenida en el Derecho francés donde se establece que «[...] produits dont le prix de revente est aligné sur le prix légalement pratiqué pour les mêmes produits par un autre commerçant dans la même zone d'activité», *Lamy núm. 880*.

⁸⁵⁸ Vid. la resolución del TDC, «Máquinas de fotografía», de 3 de febrero de 1992, *La Ley*, 1992, 4, pp. 916-922. Entre otras cuestiones, también se plantea, la interesante relación de las «barreras de entrada» con el realineamiento. Mantiene en el FD. 3. 2.º que «[...] no puede admitirse desde el Derecho de la competencia que, ante la llegada de un nuevo competidor, el operador económico que estuviera antes en el mercado no practique otra política de precios. Normalmente tendrá que hacerlo si no quiere salir expulsado del mercado y si quiere defender su clientela. El único problema de este tipo de reacciones comerciales es el saber si la reacción se realiza mediante medios lícitos y auténticamente respetuosos con las reglas de orden público constitutivas del Derecho de la competencia». La cuestión será determinar el fundamento de la «barrera de entrada» y su licitud en el Derecho de la competencia, pero en cualquier caso la excepción por realineamiento deberá operar en ambos sentidos, tanto para el que trata de entrar en el mercado, como para el que ya está en él.

pérdida, diferenciándola de los supuestos de bajada de precios con finalidad anticompetitiva o desleal al mantener que:

«[...] De esta manera la réplica comercial de la denunciada —T., S.A.— que actúa por reacción, al seguir una práctica de bajada de precios no hace sino responder a la presencia de un operador nuevo. Lo cual es perfectamente lógico en principio y más bien resulta del reconocimiento de lo que sucede en cualquier mercado cuando llega un competidor antes inexistente. La bajada de precios no puede calificarse en modo alguno de predatoria, ya que es practicada de acuerdo con patrones de conducta que existían en el mercado, ya que T. S.A. tiene precios iguales a los denunciados por D. Álvaro I. S. En otro lugares de Madrid. No puede admitirse en derecho de la competencia que, ante la llegada de un nuevo competidor, el operador económico que estuviera antes en el mercado no practique otra política de precios. Normalmente tendrá que hacerlo si no quiere salir expulsado del mercado y si quiere defender su clientela. El único problema de este tipo de reacciones mediante medios lícitos y auténticamente respetuosos con las reglas de orden público constitutivas del derecho de la competencia. Esto es, si crea barreras con finalidad de impedir la entrada o el asentamiento de otro operador en el mercado, o, en general, realiza políticas o conductas no concordadas con la competencia, por dificultar ilícitamente el normal acceso y permanencia en el mercado por parte de quien pretende ingresar en el mismo, o por parte de quien no quiere verse expulsado.»

Posteriormente también aparece este criterio en la SAP de Alicante, de 25 de octubre de 1998, en cuyo FD. 3.º *in fine* viene a mantener que:

«[...] no cabe reprochar a los actores, con la sanción de considerarlos privados de su legitimación, el hecho de que también ellos hayan aplicado precios inferiores a los fijados por el perito, ya que además de ser los suyos notablemente superiores a los del demandado, es patente que por su parte no había un ánimo concurrencial semejante, sino que, por el contrario, obedecían a una necesidad que les venía impuesta por la política de precios del competidor demandado con la única alternativa real de ceder a sus pretensiones y abandonar el negocio radicando precisamente en ello, es decir, en la diferencia entre los precios medios del sector en la comarca y los inferiores que se vieron obligados a aplicar, los daños y perjuicios que habrán de serles indemnizados»

La finalidad de esta excepción de «venta a pérdida» o «venta con pérdida» es precisamente minimizar los perjuicios que el comerciante tendría en caso de no reducir sus precios. Se exigen dos requisitos para que el comerciante pueda realizar estas ventas, el primero, que efectivamente sus competidores estén realizando ventas por debajo del «precio de adquisición según factura» o al «coste efectivo de producción en el caso de que el comerciante fabricara el producto»; y el segundo, que esa afectación sea significativa sobre el volumen de sus ventas.

Varios son los requisitos objetivos que han de concurrir para que se pueda apreciar esta excepción. Y que el comerciante que va a vender con pérdida

amparado en esta excepción deberá probar de algún modo, ante una eventual inspección de la administración o ante la denuncia al SDC o al TDC, o ante una demanda ante la jurisdicción ordinaria. Básicamente que sus competidores aleguen que está vendiendo por debajo de su «precio de adquisición», y en su caso «coste efectivo de producción». Que esta conducta se viene realizando con anterioridad al momento en el que empieza a vender obligado por las circunstancias, por lo que este es el motivo por el que procede a vender con pérdida⁸⁵⁹. Que el límite a la realineación venga determinado por el stock de género o de materias primas del que dispone el oferente. Porque de lo contrario, por esta vía se podrían eternizar prácticas anticompetitivas, desleales o ilícitos administrativos por encontrarse en el marco de la excepción. Que los «competidores» a los que hace referencia el artículo 14.1. de la LOCM, 1, 6 y 7 de la LDC y 17.2. de la LCD sólo podrán ser los directos, delimitados por el mercado, el producto, el servicio o las prestaciones. En definitiva, los que concurriendo en el mismo mercado sean capaces de ofrecer productos o servicios alternativos a los que ofrece el comerciante que se alinea con su competencia. Sólo un competidor directo podría estar en condiciones objetivas de afectar significativamente a las ventas, debiendo quedar excluidos los competidores que no cumplan estos requisitos objetivos⁸⁶⁰. Y en relación con el último apartado se debe diferenciar entre los criterios seguidos en la disciplina *antitrust* y la disciplina de la competencia desleal por un lado, y en la normativa de comercio interior por otro. Precisamente, para poder determinar objetivamente la relación de competencia en atención a la objetiva idoneidad del comportamiento desleal y su reproche. En materia *antitrust* el TJCE en el asunto «Tetra Pak c. Comisión», expuesto con detalle anteriormente y como acertadamente ha indicado el TDC en la resolución citada más arriba quedaran descartadas:

«[...] las intervenciones esporádicas de operadores puramente ocasionales que actúen sobre segmentos específicos del mercado, bien de índole temporal —período de matriculación en la Universidad, (*ad exemplum*), bien por el producto que puedan ofrecer —fotógrafo ambulante en parques, sitios típicos, etc.—»

⁸⁵⁹ En sentido opuesto *vid.* ALONSO ESPINOSA, J. F., «Prohibición de la venta con pérdida», en *Régimen Jurídico General del ...*, op cit., p. 254, cuando exige un plus, en pos de evitar los abusos de esta excepción, por la que el comerciante que realice la práctica lo haga de «buena fe» y que en su caso «denuncie la venta a pérdida por parte del competidor que condiciona la suya». Varios son los motivos, el primer lugar el artículo 14.1. LOCM no exige este plus, en segundo lugar, la buena fe se le presume al comerciante que se ve obligado a realinearse, en tercer lugar, la exigencia de que presente una denuncia de «venta a pérdida» en su caso venta con pérdida, es un plus que se excede del artículo 14.1. LOCM si el comerciante decide realinearse. En cualquier caso, tanto la denuncia ante la administración, como la que en su caso se haga ante el TDC, o cuando la conducta suponga un falseamiento sensible de la libre competencia capaz de afectar al interés público, o la correspondiente interposición de la demanda ante los órganos jurisdiccionales por la vía de la LCD, operaran como un instrumento probatorio de primer orden, siempre que se sustenten por si misma, y no se utilicen como un instrumento mediato para probar ante la administración la «buena fe» cuando se decide realinear los precios con los de la competencia.

⁸⁶⁰ En este sentido *vid.* ALONSO ESPINOSA, J. F., «Prohibición de la venta con pérdida», en *Régimen Jurídico General del ...*, op cit., p. 254, «[...] parece que el requisito en cuestión quedará cumplimentado cuando se trate de comerciantes del mismo ramo o carácter socioeconómico (por ejemplo, los competidores son, ambos, grandes superficies) y no en el caso inverso (por ejemplo, la gran superficie que opone la excepción de alineamiento ante una venta a pérdida realizada por un pequeño comercio detallista de corte tradicional) y ambos se encuentran en la misma zona geográfica de influencia.»

Resulta difícil, aunque no imposible, que un operador ocasional o un operador usual pero que realice pocas ventas a pérdida esté en condiciones de afectar significativamente la ventas del competidor que decide por este motivo realinearse.

Por su parte, en la disciplina de la competencia desleal para que la venta a pérdida reúna las condiciones objetivamente idónea para producir el resultado lesivo, suele exigirse que se produzcan una pluralidad de ventas a pérdida. Porque de lo contrario difícilmente se estaría en el ámbito de la prohibición contenido en la LCD. Salvo, claro está, que una sola venta sea susceptible de producir el resultado lesivo. Y no cualquier resultado, sino el expresamente contenido en el artículo 17.2. a), b) y c) de la LCD. Y aunque la normativa de comercio interior establece un criterio más estricto, no resulta fácil determinar cuál ha de ser la intensidad de la práctica desleal de otro competidor directo para poder proceder a vender con pérdida y estar amparado por la excepción. Así pues, podrían utilizarse los criterios descritos en la normativa *antitrust* y en la disciplina de la competencia desleal. De modo que el oferente que desee quedar en el marco de la excepción deberá conocer previamente que otro oferente en relación directa esta vendiendo a precios inferiores a los suyos. Ello deberá suponer una amenaza real de que tendrá serias dificultades para colocar el género del que dispone o los productos que le queda por fabricar con cargo a las materias primas de las que ya tiene en stock, o que hubiera contratado y no servidas cuya rescisión implicase un mayor coste que su fabricación y venta con pérdida. Por consiguiente, en la medida en que éste es un supuesto excepcional a la prohibición de realizar ventas «a» o «con» pérdida debe tomarse con sumo cuidado los casos a los que se les pueda aplicar. Y tratar, a los efectos de contemplar la excepción, que concurren los requisitos anteriormente planteados. Unas exigencias que de no cumplirse necesariamente implicarían la no aplicación de la excepción.

No obstante, la posibilidad de infringir estas cautelas son múltiples. Por ejemplo, si una empresa desea realizar ventas «a» o «con» pérdida podría constituir una sociedad que adquiere el género que necesita para realizar su estrategia y oculta su participación a través de sociedades interpuestas. Posteriormente la empresa en cuestión vende «a» o «con» pérdida en el mismo mercado relevante por lo que la empresa matriz podría optar por realinearse, encontrándose de hecho en el ámbito de la excepción a la prohibición. En el caso de eventuales sanciones *antitrust*, judiciales o administrativas, simplemente se procede a liquidar la sociedad simulada.

C) Precio de reposición inferior al precio de adquisición o al coste de producción si el minorista fabricase los productos

Esta es otra modalidad de excepción por realineamiento con la competencia, donde el elemento de referencia a los efectos de determinar la excepción de la venta «a» o «con» pérdida viene dada por un precio de reposición inferior al

precio de adquisición o al coste de producción si el agente fabricase directamente los productos o prestara los servicios.

En la medida en que en el mercado concurren otros competidores en relación directa de competencia mayor dificultad encontrará el concurrente que los ofrezca a un mayor precio. El fundamento de no perseguir esta modalidad de ventas coincide con las anteriormente citadas, eficiencia y racionalidad económica. De ahí que se permitan a los efectos de disminuir las pérdidas en las que incurriría el agente que hubiera adquirido o producido a un precio superior.

La interpretación y aplicación de precio de adquisición y coste de producción es diferente en función de la normativa aplicable. Así pues, en el ámbito de la LOCM sería de aplicación el artículo 14, en el que el precio de adquisición será determinado en relación al precio consignado en la factura en los términos expuesto con anterioridad. Y la referencia al coste de producción en el ámbito de esta normativa deberá tener en cuenta el coste de producción efectivo en los términos expuestos.

Por su parte, en el ámbito de la LCD, el precio de adquisición y el coste de producción habrá de ser interpretado en sentido amplio. Entendiendo por precio de adquisición todos aquellos costes en los que incurre el agente, incluyendo los costes de búsqueda, almacenamiento, personal, gestión, venta y posventa entre otros. Mientras que por coste de producción habrá que entender también en sentido amplio, comprensivo de todos aquellos costes, directos e indirectos en los que hubiera incurrido el agente productor. Finalmente, en el ámbito de la LDC, los criterios a tener en cuenta a los efectos de determinar el precio de adquisición o coste de producción seguirá los mismos expuestos en la LCD. Aunque habrá de estar a la forma en la que estas se manifiesten —artículos 1, 6 y 7 de la LDC—. Una vez determinado objetivamente estos conceptos en el ámbito de aplicación de las respectivas normativas, se tendrá una imagen clara de los límites a partir de los cuales se podrá proceder a la aplicación de la excepción por realineamiento con la competencia. Por esta vía se podrá rebajar el precio del género del que se dispone o de la prestación de servicios que estén obligados a prestar por contrato hasta el límite del precio al que lo está vendiendo su competidor directo, aunque ello implique vender «a» pérdida. Y por último, en la medida en que este supuesto implica una excepción deberá cumplir los requisitos expuestos en el penúltimo párrafo del anterior epígrafe.

2.2. Supuestos autorizados

A) Ventas de saldos —artículos 14.1. 28 y 29 de la LOCM—

En los casos de ventas a saldos se está ante un supuesto excluido de la prohibición de la venta a pérdida en la medida en que con ella el empresario trata de aminorar las pérdidas en las que sin duda incurrirá si no vende con celeridad un

género que ha perdido demanda. Una excepción que parece remitirse únicamente a la venta a pérdida de productos y no de los servicios. Básicamente porque los concurrentes que oferten un determinado servicio no disponen de stock. Y simplemente con dejar de prestar el servicio dejará de sufrir las pérdidas derivadas de la disminución de la demanda. Salvo que estén obligados a prestarlos por una exigencia legal o contractual⁸⁶¹.

Múltiples pueden ser los motivos por los que un determinado producto pueda perder el atractivo para sus destinatarios, pero este tipo de supuestos parece estar referido principalmente a los productos de temporada o moda. Transcurrido dicho periodo, el género pierde su atractivo de modo que si el empresario no lo vende deberá asumirlo como pérdidas.

En cualquier caso, deberá observarse la debida cautela para que los productos vendidos a través de esta modalidad de venta, cuya racionalidad es evidente, no oculten supuestos de venta a pérdida desleales. Se trata de supuestos en los que el agresor adquiere a propósito una partida de género para revenderlo bajo esta modalidad de venta alegando que con ello trata de evitar mayores pérdidas. Conducta con la que inflige pérdidas a otros concurrentes que son incapaces de vender el mismo género al precio al que normalmente lo han venido realizando.

Esta modalidad de venta se encuentra entre los supuestos excepcionados en el artículo 14.1. de la LOCM, las «ventas en saldos» regulada en el Capítulo IV, en los artículos 28 y 29. El régimen jurídico de la misma es competencia exclusiva del Estado en el marco del artículo 149.1.6. de la CE. Siguiendo este criterio

«[...] se considera venta de saldos la de productos cuyo valor de mercado aparezca manifiestamente disminuido a causa de deterioro, desperfecto, desuso u obsolescencia de los mismos»⁸⁶².

A los efectos de determinar el significado y contenido de conceptos como deterioro, desperfecto, desuso u obsolescencia habrá que estar al significado de estándar de utilidad o calidad de los mismos en el mercado de referencia. Ya sean parámetros fijados por el uso, la costumbre o por criterios legales o reglamentarios. Supuestos en los que se permitirá la «venta con pérdida» en aras

⁸⁶¹ Por ejemplo, por la existencia de precios intervenidos administrativamente para el servicio de transporte interurbano en el que los combustibles incrementan significativamente los costes haciendo que entren en pérdidas. En este supuesto no sería admisible negarse a la prestación del servicio, y en todo caso, la empresa podría negociar una compensación por la pérdida de rentabilidad sufrida. Una situación similar podría tener lugar cuando la empresa se compromete a prestar un servicio contractualmente, en el que entre la realización del contrato y su cumplimiento se producen cambios que hacen que su realización no sea rentable o que entre en pérdidas. Con el añadido en estos casos de la existencia de cláusulas contractuales sancionadoras por incumplimiento de la prestación contratada podría ser superior a la pérdida sufrida o a la potencial sanción por infracción de la normativa de la competencia.

⁸⁶² En el marco de productos obsoletos entran de lleno los productos de nueva tecnología como los ordenadores o la telefonía móvil cuya vida útil es muy limitada. *Vid.* MARÍN LÓPEZ, J. J. «Prohibición de venta con pérdida», en *Comentarios a la Ley de Ordenación del ...*, ob. cit., p. 282.

de minimizar los perjuicios que para el comerciante tenga la disminución del valor o atractivo del género que ofrece.

Pero también a los efectos de evitar que estas modalidades de ventas promocionales se utilicen con fines fraudulentos se establecen ciertas cautelas. La primera, dirigida a no considerar como «venta de saldos la de aquellos productos que impliquen riesgo o engaño para el comprador» —artículo 28.2. de la LOCM—. La segunda, la prohibición de que se vendan con esta modalidad promocional productos que no se venden a saldo de una forma habitual —artículo 28.2. *in fine* de la LOCM—. La tercera, un límite temporal que prohíbe esta modalidad de venta cuando «los productos no pertenecieran al comerciante seis meses antes de la fecha de comienzo de la actividad», salvo los supuestos de «los establecimientos dedicados específicamente al referido sistema de venta» —artículo 28.3. de la LOCM—. Y finalmente, en cuarto lugar, dos obligaciones de información: la primera, que este tipo de ventas se anuncie con su nombre «venta de saldo» o «venta de restos» —artículo 29.1. de la LOCM—; y la segunda, la exigencia de que para la venta en saldos se «deberá hacer constar tal circunstancia de manera precisa y ostensible —artículo 29.2. de la LOCM—».

B) Ventas en liquidación —artículos 14.1., 30 y 31 de la LOCM—

Este supuesto, al igual que todos los supuestos excepcionados, autorizados o no perseguidos, se fundamenta en la misma racionalidad económica. Ventas impregnadas del mismo ánimo de lucro y eficiencia que las ventas normales. Precisamente, porque con la liquidación del género, aunque sea a un precio inferior, se trata de evitar las mayores pérdidas en las que incurriría si no se vendiese.

Las «ventas en liquidación» se configuran como un supuesto excepcional por el que se admite la realización de «ventas con pérdida» —artículo 14.1. de la LOCM—, siempre que cumplan los requisitos exigidos en los artículos 30 y 31 de la misma norma. Jurídicamente se define como:

«[...] la venta de carácter excepcional y de finalidad extintiva de determinadas existencias de productos que, anunciada con esta denominación u otra equivalente, tiene lugar en ejecución de una decisión judicial o administrativa, o es llevada a cabo por el comerciante o por el adquirente por cualquier título de negocio en los supuestos de; a) cesación total o parcial de la actividad de comercio; b) cambio de ramo de comercio o modificación sustancial en la orientación del negocio; c) cambio de local o realización de obras de importancia en el mismo; y d) cualquier supuesto de fuerza mayor que cause grave obstáculo al normal desarrollo de la actividad comercial»⁸⁶³.

⁸⁶³ Vid. ALONSO ESPINOSA, F. J., «Prohibición de la venta con pérdida», en *Régimen Jurídico General del ...*, op cit., p. 246; y en relación con las ventas en liquidación propiamente en la misma obra colectiva vid. LÁZARO SÁNCHEZ, E. J., «Ventas en liquidación. Duración y reiteración», pp. 365-385; MARTÍNEZ LÓPEZ-

La liquidación se producirá por decisión judicial, por decisión administrativa, o por el comerciante o adquirente en los supuestos a), b), c) o d) del artículo 30.1. de la LOCM⁸⁶⁴. La liquidación judicial podrá traer causa de una sentencia penal de condena del artículo 129.1. a) del CP, de una quiebra de los artículos 1084 a 1088 del CCo. de 1829⁸⁶⁵ y 1358 de la LECiv.⁸⁶⁶, o de un procedimiento de apremio del artículo 634 LECiv. La liquidación administrativa trae causa de una habilitación legal a la administración como en los supuestos del artículo 36.2. de la LGDCU en los casos de infracciones muy graves, en el artículo 71 de la LOCM, o en los supuestos de los artículos 102. d) y 103. d) de la Ley del Mercado de Valores. La liquidación por el comerciante sólo podrá realizarse en los supuestos del artículo 30.1. a), b), c) y d), siempre que cumpla con los requisitos establecidos en materia de publicidad, requisitos del género y tiempo.

Para el ejercicio de las «ventas en liquidación» se establecen ciertas cautelas. En primer lugar, en relación con los productos, de modo que a) no se podrá realizar esa actividad si los productos que se liquidan «no formaran parte de las existencias del establecimiento»; y b) cuando los productos, aun formando parte de las existencias del establecimiento, fueren adquiridos por el comerciante con objeto de incluirlos en la liquidación». En segundo lugar, en relación con la duración máxima de esta modalidad de venta, se establece que a) «será de tres meses, salvo en el caso de cesación total de la actividad, que será de un año — artículo 31.1. de la LOCM—»; y b) prohibición, una vez finalizada la venta en liquidación en los supuestos del artículo 30. 1. a) y b) de la LOCM, de volver a realizar dicha actividad en los tres años siguientes. En tercer lugar, «el anuncio de las ventas en liquidación deberán indicar la causa de ésta —artículo 30.4. de la LOCM—», y finalmente, en cuarto lugar,

«[...] tampoco se podrá proceder a una nueva liquidación en el mismo establecimiento, excepto cuando esta última tenga lugar en ejecución de

MUÑOZ, J. L., CALONGE VELÁZQUEZ, A., LAGUNA DE PAZ, J. C., y GARCÍA DE COCA, J. A., *Informe sobre la proposición de Ley de ...*, ob. cit., pp. 149-153; MARÍN LÓPEZ, J. J., «Prohibición de venta con pérdida», en *Comentarios a las leyes de Ordenación del ...*, ob. cit., pp. 279-280; y en relación con las ventas en liquidación propiamente *vid.* en la misma obra CARRASCO PERERA, A., y ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., «Ventas en liquidación», pp. 523-538; RUIZ PERIS, J. I., «Ventas en liquidación», en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Civitas, 1997, pp. 233-253.

⁸⁶⁴ Los supuestos a los que se hace referencia son «a) Cesación total o parcial de la actividad de comercio. En el supuesto de cese parcial tendrá que indicarse la clase de mercancías objeto de la liquidación; b) Cambio de ramo de comercio o modificación sustancial en la orientación del negocio. c) Cambio de local o realización de obras de importancia en el mismo; y d) Cualquier supuesto de fuerza mayor que cause grave obstáculo al normal desarrollo de la actividad comercial.»

⁸⁶⁵ El artículo 1084 CCo de 1829 contempla la posibilidad de que «Los síndicos, atendida la naturaleza de los efectos mercantiles de la quiebra, y consultado la mayor ventaja posible de los intereses de ésta, propondrán al Comisario la venta que convenga hacer de ellos en los tiempos oportunos, y el Juez determinará lo conveniente, fijando el minimum de los precios a que podrán verificarse, sobre los que no podrá hacerse alteración sin causa fundada a juicio del mismo Comisario.» La fase de liquidación se encuentra regulada en los artículos 141 a 152 del Anteproyecto de Ley Concursal.

⁸⁶⁶ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil —BOE, de 8 de enero, núm. 7; *rect.*, BOE, 14 de abril, núm. 90—.

decisión judicial o administrativa, por cesación total de la actividad o por causa de fuerza mayor —artículo 31. 2, 2.º párrf. de la LOCM—»

Al igual que en el supuesto anterior tampoco parece extensible esta modalidad de venta a los supuestos de prestación de servicios. Únicamente a los productos, en la medida en que si la prestación de un determinado servicio ha perdido demanda, simplemente con dejar de prestarlo desaparecen las pérdidas. Pero sólo las pérdidas que podrían producirse con la no venta o con la venta a pérdida del mismo, pero no las pérdidas en las que incurriría cuando parte de los beneficios de esas prestaciones de servicios van dirigidas a cubrir costes.

2.3. Un caso especial, las ayudas públicas

A) Introducción

Tras el estudio de los supuestos comúnmente aceptados de venta a pérdida que encontrándose en el ámbito de la prohibición ésta no les alcanza, procede exponer la especial situación en la que se encuentran las ayudas públicas. Se trata de aquéllos casos en los que la concesión de la ayuda incorporada al proceso productivo resulta insuficiente junto a los beneficios generados por la venta de productos o la prestación de servicios para cubrir los costes en los que incurre el agente que los recibe. En algunos casos estas ayudas implican la diferencia entre sufrir pérdidas o estar en beneficios. Incluso cuando la empresa que recibe la ayuda vende a precio de mercado podría en realidad estar vendiendo a pérdida de no ser por la ayuda que ha recibido. Cumplir con la normativa en materia de ayudas de Estado no constituye por sí misma una excepción al cumplimiento del resto del Tratado. Salvo que la ayuda se conceda a sabiendas de que una vez concedida la empresa beneficiaria sea incapaz de cubrir sus costes con el margen de beneficios derivados de la venta del concreto producto o servicio. Y en este último supuesto es donde la concesión de la ayuda sí podría constituir una excepción a la prohibición de la venta a pérdida. Para ello se procederá al análisis de su régimen jurídico lo que permitirá identificar con claridad el supuesto de hecho, y en su caso, la excepción.

Las ayudas públicas son una manifestación más de la necesidad de intervención del Estado en la vida económica. Traen causa de criterios de política económica y básicamente tratan de corregir los efectos negativos que para el interés general se desprende del libre juego de la oferta y de la demanda. Y obedecen al principio de igualdad de medios, traídos sin duda del principio de discriminación positiva conforme al cual, lo que es igual debe ser tratado de igual modo y lo que es diferente debe tratarse de modo diferente. Un principio aplicable a los mercados construidos al amparo de las constituciones europeas que han desarrollado modelos regulatorios de corte social. Un marco donde las ayudas públicas, por simple coherencia, no sólo son lícitas sino exigibles, siempre que cumplan con la finalidad que tienen encomendada. No obstante, en la medida en

que las ayudas públicas introducen distorsiones en el mercado para corregir estas asimetrías también con ellas se están introduciendo nuevas asimetrías. Por tanto, la concesión de las mismas debe ser con un carácter restringido, todo el procedimiento de concesión y control de las mismas debe ser transparente, limitado en el tiempo y dirigido a corregir las diferencias.

Por todo lo dicho, en el presente epígrafe se procederá al estudio de las ayudas públicas partiendo de la experiencia doctrinal y jurisprudencial del Derecho comunitario, para posteriormente acudir al Derecho español. Esto permitirá estar en condiciones de diferenciar entre ayudas públicas autorizadas y no autorizadas. En las primeras, cuando la empresa que recibe la ayuda aunque venda a precio de mercado y esto implique que vende a pérdida, el Derecho *antitrust* debe abstenerse de intervenir, aunque sería cuestionable que no se puedan perseguir estos comportamientos desde la normativa reguladora de la competencia desleal. En las segundas, las ayudas públicas no autorizadas son desleales y contribuyen a disminuir los costes al menos aparentemente, con lo que la distorsión que introduce en el mercado puede resultar contraria, en su caso, a la normativa *antitrust* y a la disciplina de la competencia desleal cuando se encuadre en cualquiera de los supuestos previstos en el artículo 17.2. de la LCD en sus diferentes apartados⁸⁶⁷.

B) Realidad económica subyacente

La realidad económica subyacente es precisamente la necesidad de que el Estado intervenga en la economía para limitar los rigores y efectos distorsionadores que se producen en un mercado en situación de competencia imperfecta. Aunque en la práctica, este criterio lógico y racional queda desvirtuado en su aplicación por otros elementos como la necesidad de evitar la dependencia de determinados sectores estratégicos o por simple clientelismo político. Un planteamiento claramente inspirado en postulados Keynesianos que parece chocar con los planteamientos neoliberales del actual proceso de globalización económica, en el que por un lado se abren las fronteras a los capitales y al mismo tiempo se interviene de un modo proteccionista en determinados sectores, que una vez liberalizados quedan en manos de oligopolios bien conocidos. Y resulta curioso porque los mismos partidarios del Estado de mínimos en situación de bonanza económica no discuten las ayudas públicas, y son los primeros en solicitar la socialización de las pérdidas en los momentos de crisis económica⁸⁶⁸.

En cualquier caso, cualquiera que sea la finalidad de política económica perseguida por los Poderes públicos en la concesión de ayudas, ya este legitimada

⁸⁶⁷ Vid. BERENGUER FUSTER, L., «Comentarios al artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia», en *Anuario de Derecho de la competencia*, Madrid, 1998, p. 165.

⁸⁶⁸ Asimismo vid. CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Intervenciones del Estado y libre competencia en la ...*, ob. cit., pp. 182-184.

o desvirtuada por su autorización o en su ejecución, parece que a nivel internacional existe una tendencia dirigida a limitarlas en cuando sea posible. Pero este criterio restrictivo con el que siempre se debió interpretar la política de ayudas públicas también ha de ser interpretado con similar rigor para que ello no implique la no concesión cuando resulten necesarias. Evidentemente, resultará difícil evitar que determinados grupos que cuentan con una mejor organización se beneficien en mayor medida que otros, pero este es un mal menor contra el que luchar en las políticas de concesión de ayudas públicas.

C) Concepto y naturaleza jurídica de la ayuda pública

A los efectos de determinar si la ayuda pública puede estar ocultando ventas a pérdida autorizadas o no autorizadas, se procederá al estudio de la normativa comunitaria, la doctrina de la Comisión y la jurisprudencia del TJCE. Y con posterioridad, proceder al estudio del régimen legal de la ayudas públicas en el ordenamiento español⁸⁶⁹. En cualquier caso, no conviene confundir el concepto de ayuda pública, subvención y medidas generales⁸⁷⁰.

Por tanto, sea cual sea el criterio de política económica seguido en materia de ayudas públicas en su concesión se deberá cumplir con las exigencias previstas

⁸⁶⁹ El ámbito de aplicación de la jurisprudencia comunitaria en materias de ayudas de Estado se aplica no sólo a aquellas ayudas que se presten en territorio comunitario sino también a aquellas otras que prestadas fuera del territorio comunitario afecten a al comercio de los Estados miembros. Aunque sea a título meramente referencial por delimitarlo geográficamente, se entiende por territorio comunitario a tenor del artículo 299.1. del TCE (*antiguo artículo 227*) el territorio de todos los Estados miembros; los departamentos franceses de Ultramar, las Azores, Madeira y las Islas Canarias —artículo 299.2. del TCE—; los países y territorios de Ultramar del Anexo II —artículo 299.3 del TCE—; los territorios cuyas relaciones asuma un Estado miembro como Gibraltar —artículo 299.4. del TCE—; las Islas Aland —artículo 299.5. del TCE—; y no se aplicará a las islas Feroe ni a las zonas de soberanía del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Chipre —artículo 299.6. a) y b) del TCE—; y sólo parcialmente porque disponen de un estatuto especial las islas del Canal, la Isla de Man —artículo 299.6. c) del TCE—, Groenlandia —artículo 188, (*antiguo artículo 136. bis*), y los territorios españoles de Ceuta y Melilla —artículo 155 del acta de adhesión—.

⁸⁷⁰ En cualquier caso, no deberá confundirse el concepto de «ayuda pública» con el de «subvención» o con «las medidas generales», aunque se suelen utilizar como sinónimos. Precisamente porque el primero es un concepto más amplio que el segundo. Así pues, en las primeras como ha indicado el TJCE en la sentencia de 23 de febrero de 1961 «De Cezamenlijke Steenkolemijnen in Limburg c. Alta Autoridad de la CECA», asunto 30/59, *Rec.* p.1, al indicar que «[...] el concepto de ayuda es más general que el concepto de subvención, ya que comprende no sólo prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también intervenciones que, de diversas maneras, aligeran las cargas que normalmente gravan el presupuesto de empresa y que, por tanto, sin ser subvenciones en el sentido estricto de la palabra tienen el mismo carácter e idénticos efectos.». En las segundas se encuentran las prestaciones dinerarias para asegurar o mantener la empresa que lo recibe en el mercado. Finalmente, tampoco debe confundirse las ayudas públicas con las medidas generales de los artículos 96 y 97 del TCE (*ex artículos 101 y 102*) cuya finalidad es corregir las divergencias entre las regulaciones de los Estados miembros que sean capaces de falsear la competencia. Han sido definidas con gran acierto por BELOQUI URMENETA, L., «Ayudas públicas y medidas generales», en *Derecho de la competencia europeo y español. Curso de iniciación*, Dickinson, 1999, p. 261, al indicar que: «Son beneficios que un poder público concede a empresas, pero beneficios que están permitidos por el Tratado por tener una nota de generalidad que hace que la distorsión que producen en la libre competencia sea casi nula.» Por tanto, las medidas generales tienen un carácter económico general en materias económica, fiscal o laboral que no afecta a los intercambios en los Estados miembros o en el Mercado interior frente al principio de especificidad de la ventaja concedida mediante la ayuda que sí puede afectar real o potencialmente las condiciones de competencia o a los intercambios en el Mercado interior.

en los artículos 87 a 89 del TCE, y 4.c) del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, y el Reglamento (CE) número 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo. En el Derecho comunitario el Legislador procede con una doble técnica, por un lado prohíbe las ayudas públicas con carácter general y a continuación, en el marco del mismo Tratado establece las excepciones. Así pues, en la prohibición general parte del artículo 87.1. TCE, se establece que:

«[...] Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen con falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.»⁸⁷¹

Las notas relevantes del concepto de ayuda de Estado en palabras de la Comisión por primera vez el 30 de junio de 1963, comprende subvenciones, exoneraciones de impuestos y tasas, bonificaciones de intereses, coberturas de pérdidas de explotación, suministro de bienes en condiciones preferentes, garantía de préstamos en condiciones favorables o cualquier otra medida de efecto equivalente⁸⁷². Y pueden definirse como la ventaja de origen estatal y de cualquier tipo que recibe una empresa para aplicar a cualquier fase de su proceso productivo y de la que se puede deducir un falseamiento real o potencial de la competencia y por consiguiente una alteración del comercio entre los Estados miembros⁸⁷³.

Recientemente el Reglamento (CE) 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999 por el que se establecen las disposiciones de aplicación del artículo 87 del

⁸⁷¹ En cualquier caso el empleo del término «ayuda» ha de entenderse en sentido amplio por lo que en él habrá que incluir todo tipo de subvenciones a las empresas, ayudas a la producción, dotaciones de capital, cesión de edificios, terrenos o exoneración de impuestos entre otras. Obsérvese como el TCE ha huido de establecer un concepto de «ayuda pública» debido a las dificultades técnicas de conceptuar un proceso dinámico capaz de revestir múltiples formas. De ahí, que el concepto de ayuda pública se haya ido completando a través de la doctrina de la Comisión y de la jurisprudencia del TJCE.

⁸⁷² Vid. Cuestión Parlamentaria núm. 48 de 30 de junio de 1963, *DOCE*, C-125, 1963.

⁸⁷³ Este es el criterio que se expone en el *XXVI Informe de la política de la competencia*, de mayo de 1997 que mantiene que: 1. La ayuda debe suponer un beneficio o ventaja para la empresa o producción afectada, 2. Debe concederla un Estado o con cargo a fondos estatales, 3. Principio de especificidad conforme al cual la ayuda favorece a determinada empresa, y 4. La ayuda debe afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros. Con criterios similares, aunque tal vez más acertada por su claridad expositiva entre nuestra doctrina vid. PELÁEZ MARÍN, J. M., «Las ayudas de Estado y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Noticias CEE*, núm. 33, octubre, 87, pp. 115-125. Una definición que se fundamenta en lo básico en el propio artículo 87.1. del TCE y que parece seguir y desarrollar de un modo muy claro CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Intervenciones del Estado y libre competencia en la ...*, ob. cit., pp. 197-227. Asimismo y por orden cronológico vid. PASCUAL GONZÁLEZ, M. M., *Las ayudas de Estado de carácter fiscal. Su incidencia en el Régimen Económico y Fiscal de Canarias*, (Tesis doctoral presentada en la Universidad de La Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 2001, inédita), p. 112.; FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El régimen jurídico de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*, Fundación Universidad Empresa, Civitas, Madrid, 1993, p. 13.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., y CALVO CARAVACA, A. L., *Las ayudas de Estado en la Comunidad Económica Europea: análisis y perspectivas*. Estudios Europeos, Secretariado de Asuntos relacionados con la Comunidad Europea de la Comunidad Autónoma de Murcia, 1992, p. 61.; SAMANIEGO BORDIU, G., «Cinco años de experiencia en materia de ayudas de Estado», *Noticias CEE*, núm. 75, abril, 1991, p. 106.

TCE ha venido a plasmar un concepto bastante completo de ayuda pública⁸⁷⁴. La define negativamente como aquella «[...] medida que reúna todos los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo 87⁸⁷⁵. Asimismo resulta interesante la diferenciación contenida en la norma entre los conceptos de ayuda existente, nueva ayuda, ayuda abusiva y ayuda ilegal⁸⁷⁶.

Posteriormente, y en el marco del mismo artículo 87.1. del TCE se procede a establecer las excepciones. Unas normas cuyos contenidos han sido posteriormente complementados por la jurisprudencia del TJCE, la doctrina de la Comisión y las correspondientes normas de desarrollo a las que se hará referencia en cada caso.

Entre esas excepciones previstas, y compatibles *de iure* en el Tratado habrá que hacer referencia a:

1. Las excepciones contenidas en el artículo 87.2. del TCE en sus tres apartados son ayudas calificadas por el TCE como compatibles con el mercado común y que operan de modo automático porque para su otorgamiento no necesitan someterse a la autorización de la Comisión⁸⁷⁷. Unas ayudas contenidas en los apartados a), b) y c) del TCE donde establece que será compatible:

«a) las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;

b) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por acontecimientos de carácter excepcional;

c) las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la

⁸⁷⁴ Vid. DOCE, L-83, 1999, de 22 de marzo de 1999, p. 1.

⁸⁷⁵ Artículo 1, A, a).

⁸⁷⁶ Artículo 1, A, b), califica como *ayudas existentes* «[...] los regímenes de ayuda que fueran aplicables y las ayudas individuales que se hayan llevado a efecto con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado y que sigan siendo aplicables con posterioridad a la misma; [...] es decir, los regímenes de ayudas y ayudas individuales autorizados por la Comisión y el Consejo; la ayuda que deba considerarse que ha sido autorizada con arreglo al apartado 6 del artículo 4 del presente Reglamento o con anterioridad al presente Reglamento pero de conformidad con este procedimiento; las ayuda considerada como ayuda existente con arreglo al artículo 15; la ayuda considerara como ayuda existente al poder acreditarse que en el momento en que se llevó a efecto no constituía una ayuda, y que posteriormente pasó a ser una ayuda debido a la evolución del mercado común y sin haber sido modificada por el Estado miembro. Cuando determinadas medidas pasen a ser ayudas tras la liberalización de una determinada actividad por la legislación comunitaria, dichas medidas no se considerarán como ayudas existentes tras la fecha fijada para la liberalización.» Califica como *ayuda nueva* «toda ayuda, es decir, los regímenes de ayudas y ayudas individuales, que no sea ayuda existente, incluidas las modificaciones de ayudas existentes.» Como *ayuda aplicada de una manera abusiva* «la ayuda utilizada por el beneficiario contraviniendo una decisión adoptada en virtud del apartado 3 del artículo 4 o de los apartados 3 o 4 del artículo 7 del presente Reglamento. Y finalmente, como *ayuda ilegal* califica «cualquier nueva ayuda a efecto contraviniendo lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 93 del Tratado» (*actual artículo 87*).

⁸⁷⁷ En este sentido *vid.* la STJCE, de 17 de septiembre de 1980, «Philip Morris c. Comisión», asunto 730/79, *Rec.*, apartado 17, p. 2761.

división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división;»

2. También podrán considerarse compatibles con el Tratado las ayudas contempladas en el artículo 87.3. del TCE. Aunque como puede observar, la utilización de la expresión condicional «podrán» implica que la citadas ayudas sólo se concedan si tiene lugar la condición. Una ayudas que para su otorgamiento deberán ser compatibles con el Mercado común tras el análisis de la Comisión. Estas modalidades de ayudas condicionadas y excluidas de la prohibición siempre que se concurren las circunstancias expuestas aparecen recogidos en los apartados a), b), c), d) y e) del Tratado. Y establece como excepción:

«[...] a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exija una grave situación de subempleo;

b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;⁸⁷⁸

c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;⁸⁷⁹

d) las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Comunidad en contra del interés común;

e) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión⁸⁸⁰.

⁸⁷⁸ Vid. PASCUAL CONZÁLEZ, M. M., «Las ayudas de Estado de carácter regional: especial incidencia de las ayudas al funcionamiento de naturaleza fiscal», *RVE y H*, núm. 1, 1/2001, pp. 61 y ss.

⁸⁷⁹ Son calificadas como ayudas regionales los de los apartados a) y c) y ayudas sectoriales los b) y d). Las primeras, tienen su origen en la primera Comunicación de la Comisión del Consejo de 11 de noviembre de 1971, —*DOCE*, C-111, de 14 de noviembre— y en la Comunicación dirigida a clarificar la situación e informar a los Estado miembros de los criterios seguidos en la aplicación de las citadas ayudas, de 21 de diciembre de 1978 —*DOCE*, C-31, de 3 de febrero de 1979—. Unos criterios que se reiteran en el Acuerdo EEE, y el artículo 1 del Protocolo 3 del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción —*DOCE*, L-231, de 3 de septiembre de 1994—, y por la Directrices dictadas por la Comisión relativa a las ayudas estatales con finalidad regional —*DOCE*, C-74, de 10 de marzo de 1998—. Las segundas se encuentran en la Comunicación al Consejo sobre política en materia de ayudas públicas —*Doc. COM 78*, 221, *in fine*— y en el *Octavo Informe sobre la política de la competencia*, —número 172—. Específicamente, la Comisión para determinados sectores ha publicado las directrices seguidas. Así, para el automóvil el 31 publicado en el *DOCE*, de 15 de septiembre de 1997, C-279 y prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2001 por la, la Decisión de la Comisión de 13 de junio de 2000 —*Boletín UE*, núm. 6, 2000, punto 1.3.63—. Para pesca y agricultura *vid. JO*, C-100, de 27 de marzo. Finalmente, para terminar esta lista de ejemplos para las fibras sintéticas —*DOCE*, C-186, de 18 de julio de 1991, que resulta prorrogado por *DOCE*, C-179 de 16 de julio de 1992, *DOCE*, C 346, de 30 de diciembre de 1992, *DOCE*, C-142 de 8 de julio de 1995, *DOCE*, C-94, de 30 de marzo de 1996—.

⁸⁸⁰ En este marco entran las ayudas a la construcción naval en aplicación del Reglamento (CE), núm. 1540/98 del Consejo, de 29 de junio de 1998 —*DOCE*, L-202 de 18 de julio de 1998—.

3. También habrán de excluirse las denominadas ayudas horizontales que, aunque no aparecen expresamente recogidas en el artículo 87 se han venido autorizando por la Comisión. Son las ayudas dirigidas al salvamento de empresas, al saneamiento y salvamento de empresas pequeñas y medianas, a la investigación y desarrollo, y al medio ambiente⁸⁸¹.

4. También en el marco del Tratado se encuentran otras ayudas específicas como la agricultura a través del artículo 36 al establecer que:

«Las disposiciones de capítulo relativo a las normas sobre la competencia serán aplicables a la producción y al comercio de los productos agrícolas sólo en la medida determinada por el Consejo [...]

El Consejo podrá autorizar, en especial, la concesión de ayudas: a) para la protección de las explotaciones desfavorecidas por condiciones estructurales o naturales; b) en el marco de programas de desarrollo económico.»

5. En el Tratado también están previstas otras excepciones en materia de transportes en el artículo 73 del TCE al establecer que:

«Serán compatibles con el presente Tratado las ayudas que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes o que correspondan al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público.»⁸⁸²

Una disposición que posteriormente es complementada por los artículos 76 y 78 del TCE. Por su parte, en primer lugar el artículo 76 del TJCE establece que:

«1. Quedará prohibida la imposición por un Estado miembro, al transporte dentro de la Comunidad, de precios y condiciones que impliquen en cualquier forma una ayuda o protección a una o más empresas o industrias determinadas, a menos que tal imposición haya sido autorizada por la Comisión.

2. La Comisión, por propia iniciativa o a instancia de un Estado miembro, examinará los precios y condiciones mencionados en el apartado 1, teniendo especialmente en cuenta, por una parte, las exigencias de una política

⁸⁸¹ Las ayudas dirigidas al salvamento de pequeñas y medianas empresas parte de la Directriz de 1992 sobre ayudas estatales para pequeñas y medianas empresas. Una materia sobre la que se incide nuevamente con la Comunicación de la Comisión de 3 de abril de 1996 —*DOCE*, C-213, de 25 de julio de 1996—. Sobre esta base se aprueba el Reglamento (CE) núm. 994/98 y recientemente con el Reglamento (CE) núm. 70/2001, de la Comisión relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del TCE a las ayudas a las pequeñas y medianas empresas —*DOCE*, L-10, de 13 de enero de 2001—. Por su parte, las ayudas a la investigación y desarrollo dirigidas a la promoción de las nuevas tecnologías aparece en la Comunicación de la Comisión de 17 de febrero de 1996 —*DOCE*, C-45, de 17 de febrero—. Y las ayudas al medio ambiente se enmarcan en la comunicación de 10 de marzo de 1994 —*DOCE*, C-72, de 10 de marzo de 1994—, prorrogado en dos ocasiones, primero hasta el 1 de julio de 2000, y segundo por hasta finales del 2007.

⁸⁸² Este artículo ha sido objeto de desarrollo a través del Reglamento núm. 11070/70 del Consejo, de 4 de junio de 1970, en materia de ayudas para el transporte por ferrocarril, por carretera y por vía navegable —*DOCE*, L-84, de 26 de marzo de 1997—.

económica regional adecuada, las necesidades de las regiones subdesarrolladas y los problemas de las regiones gravemente afectadas por circunstancias políticas y, por otra, la incidencia de tales precios y condiciones en la competencia entre los distintos tipos de transporte.

La Comisión, previa consulta a todos los Estados miembros interesados, tomará las decisiones necesarias.

3. La prohibición a que se alude en el apartado 1 no afectará a las tarifas de competencia.»

Y en segundo lugar, el artículo 78 del TCE viene a completar el artículo 76 del TCE al establecer una nueva excepción como consecuencia de la reunificación de Alemania al indicar que:

«Las disposiciones del presente título no obstarán a las medidas adoptadas en la República Federal de Alemania, siempre que fueren necesarias para compensar las desventajas económicas que la división de Alemania ocasiona a la economía de determinadas regiones de la República Federal, afectadas por esta división.»

6. En el marco de estas excepciones previstas en el Tratado se encuentra también la de la Seguridad nacional por la vía del artículo 223.1. b) del TCE, porque posibilita a los Estados miembros que adopten medidas para proteger su seguridad al establecer que:

«Todo Estado miembro podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra; estas medidas no deberán alterar las condiciones de competencia en el mercado común respecto de los productos que no estén destinados a fines especialmente militares.»

7. También se deberá excluir de la prohibición aquéllas que se encuentren en el marco de aplicación de las excepciones por categorías. Ha de tenerse presente que la Comisión fue habilitada para ello por el Reglamento (CE) núm. 994/98, de 7 de mayo de 1998 para la aplicación de las ayudas estatales a determinadas categorías de ayudas horizontales⁸⁸³.

8. Por otro lado, habrá que incluir como excepciones a la prohibición general de conceder ayudas públicas aquéllas que por su escaso efecto en la estructura de la competencia y en el falseamiento del mercado interior no son objeto de represión en aplicación de la regla *de minimis*. Cualquier ayuda que se

⁸⁸³ Reglamento (CE) núm. 994/98, de 7 de mayo de 1998 —DOCE, L-142, de 14 de mayo—. Un reglamento que posteriormente y en el mismo marco de aplicación de los artículos 87 y 88 del TCE se complementa con el Reglamento (CE), núm. 68/2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001, para las ayudas a la formación —DOCE, L-10 de 13 de enero de 2001—; el Reglamento (CE) núm. 69/2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001, para las ayudas *de minimis*; y finalmente el Reglamento (CE), núm. 70/2001 de la Comisión de 12 de enero de 2001 para las ayudas a las pequeñas y medianas empresas —DOCE, L-10 de 13 de enero—.

conceda en el marco del territorio comunitario, o incluso fuera de éste cuando pueda producir o produzca efectos en el mercado comunitario, evidentemente afectará a las condiciones de competencia. Sin embargo, con base en criterios de eficiencia y racionalidad, el coste social derivado de perseguir y fiscalizar todas las ayudas públicas resultaría insoportable por el sistema. De modo que se prioriza y se procede al control de aquellas ayudas que tengan entidad suficiente para falsear real o potencialmente la competencia y el mercado interior. La primera plasmación en un Reglamento (CE) con este principio aparece a propuesta de la Comisión y que se aprueba el 20 de mayo de 1992, para las pequeñas y medianas empresas⁸⁸⁴. Recientemente la Comisión ha aprobado el Reglamento núm. 69/2001, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del TCE a las ayudas *de minimis*⁸⁸⁵.

Llegados a este punto de la exposición, habiendo realizado una aproximación a la regulación comunitaria en materia de ayudas de Estado, se está en condiciones de diferenciar claramente entre una ayuda pública autorizada y no autorizada, cualquiera que sea su modalidad. E incluso, en el marco de las ayudas públicas autorizadas, también se esta en condición de determinar si el proceso de concesión, aplicación y finalidad de la ayuda cumplen con los objetivos del TCE. Ello permitirá inferir si la ayuda que recibe o va a recibir una empresa o sector, en cualquiera de sus múltiples variedades y formas es susceptible de falsear de un modo real o potencial la competencia. Y en relación directa con el tema objeto de estudio, si la ayuda pública permite a la empresa continuar vendiendo, aun cuando con sus ventas, aunque sea a precio de mercado, no cubren su coste marginal o su coste variable medio. En definitiva, si está o no vendiendo a pérdida.

Finalmente, la definición elaborada a nivel comunitario en aplicación de los artículos 87 a 89 del TCE ha sido posteriormente utilizada por el Legislador español en el artículo 19.2. de la LDC tras su reciente modificación al indicar que:

«[...] A los efectos de la presente Ley se entiende por ayuda pública las aportaciones de recursos a operadores económicos y empresas públicas o privadas, así como a producciones, con cargo a fondos públicos o cualquier otra ventaja concedida por los poderes o entidades públicas que supongan una reducción de las cargas a las que deberían hacer frente los operadores económicos y las empresas en condiciones de mercado o que no lleven implícita una contraprestación en condiciones de mercado. También se considerarán ayudas cualesquiera otras medidas de efecto equivalente al de las anteriores que distorsionen la libre competencia.»

⁸⁸⁴ Aparece aprobado en el *DOCE*, C-213, de 19 de agosto de 1992.

⁸⁸⁵ Publicado en el *DOCE*, L-10 de 13 de enero de 2001, que estará vigente, como establece el artículo 4 del citado Reglamento, hasta el 2006. Esta regulación de la regla *de minimis* aparece sin duda influenciada por los trabajos anteriores a través del Reglamento (CE) núm. 994/98, de 7 de mayo de 1998 —*DOCE*, L-142, de 14 de mayo— y la Comunicación de la Comisión de 6 de marzo de 1996 relativa a las ayudas *de minimis* —*DOCE*, C-68—.

D) Las ayudas públicas en el Derecho español

a) La evolución histórica de las ayudas públicas en el Derecho español

La regulación de las ayudas públicas en el derecho español en relación con el Derecho de la competencia ha sido, por denominarlo de alguna manera, deficiente. La primera regulación en materia de libre competencia aparece a raíz de la incorporación del artículo 19 en la LDC de 17 de julio de 1989. Este primer intento resultó fallido en la medida en que en él se hacía depender el examen por el TDC de que se lo solicitara el Ministerio de Economía y Hacienda.

Dos son los motivos por los que esta regulación parece deficiente. En primer lugar, porque el citado Ministerio depende orgánicamente del Gobierno que es quien, en cualquiera de sus diferentes formas, concede las ayudas. Difícilmente el Gobierno una vez concedida la ayuda pública, va a dirigirse al Ministerio de Economía y Hacienda para que le solicite al TDC que proceda a su examen de y compruebe si produce efectos distorsionadores en las condiciones de competencia. Y, en segundo lugar, porque debe observarse que el control, de hacerse, sería *ex post* a la concesión de la ayuda pública en cuestión. Porque el análisis de la objetiva idoneidad de la ayuda para falsear potencialmente las condiciones de competencia así como los pros y contras de su concesión no se realiza antes de concederla, sino posteriormente, una vez concedida la ayuda pública.

Una deficiencia que parece inherente a un sistema económico que pretende desarrollarse bajo las reglas de la libre y leal competencia y que en el momento de la aprobación de la LDC se encontraba en una fase embrionaria. Con toda seguridad la mayoría de las ayudas públicas iban dirigidas a cumplir la finalidad que en teoría económica deben cumplir. Sin embargo, extraña bastante que hasta la reciente modificación de la LDC —28 de diciembre de 1999— no se hubiera producido ningún examen de la legalidad de las ayudas públicas concedidas por los Poderes públicos españoles en los diez años de vigencia de la norma. Cuando por el contrario la Comisión había procedido al examen de numerosas ayudas públicas concedidas por el Estado Español.

La doctrina ya había puesto de manifiesto los defectos del artículo 19 de la LDC en relación con la finalidad que debía cumplir la norma en materia de control de las ayudas públicas⁸⁸⁶. Sin duda, esta fragante vulneración de la

⁸⁸⁶ Vid. SORIANO GARCÍA, J. E., *Derecho público de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 620-623, define el problema con una expresiva frase «el caso del alguacil alguacilado, el ahorcado no se ha puesto al cuello la soga y no ha existido en toda la historia del Tribunal de Defensa de la Competencia, ni un solo caso en que se haya procedido a examinar una ayuda pública. Ni un solo caso.» Con similar criterio *vid.* BENEYTO, J. M., «Ayudas públicas en España: el proyecto de reforma de la Ley 16/1989 en el contexto de la nueva normativa comunitaria», *GJ*, núm. 203, octubre/noviembre, 1999, pp. 32-35. Unas críticas que se reproducen en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, *BOCE*, de 28 de junio de 1999, Serie A, núm. 175-I, p. 2. El propio Vicepresidente segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda, RODRIGO RATO en la presentación del texto al Congreso manifestó: «En la actual Ley, el Tribunal de Defensa de la Competencia puede estudiar los casos de ayudas públicas solamente a instancias del Ministerio de Economía y Hacienda. En este sentido

finalidad intrínseca que debía cumplir ha motivado la nueva redacción del artículo 19 de la LDC. Y ahora se cambia el criterio para proceder al examen de la ayuda al establecer en el apartado tercero que:

«El Tribunal de Defensa de la Competencia de oficio, o a instancia del Ministerio de Economía y Hacienda, analizará los criterios de concesión de las ayudas públicas, en relación con sus efectos sobre las condiciones de competencia con el fin de emitir un informe que elevará al Consejo de Ministros. Dicho informe será público. El Consejo de Ministros, a la vista del contenido del informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, decidirá, según los casos, proponer a los Poderes públicos la supresión o la modificación de los citados criterios, así como, en su caso, las demás medidas conducentes al mantenimiento o al restablecimiento de la competencia. Todo ello sin perjuicio de las competencias que en esta materia corresponden a la Comisión Europea.»⁸⁸⁷

Este cambio implica un avance sustancial con respecto al modelo anterior ya que ahora el TDC de oficio podrá proceder al estudio de los criterios de concesión de ayudas públicas. Aunque no parece claro si esta facultad que siempre ha sido *ex post*, podría entenderse ahora aplicable *ex ante*. Siendo evidentemente relevante la publicación del informe. Sin embargo, se ha desaprovechado el momento, tal vez por criterios políticos, de realizar una reforma más profunda. Básicamente, en lo referente a este precepto, porque no se determinan los criterios para que el TDC de oficio proceda a realizar el informe, porque no se legitima activamente a las partes, y porque el citado informe no es vinculante para el Consejo de Ministros.

b) El TDC ante las ayudas públicas y ventas a pérdida

La doctrina del TDC al respecto ha sido siempre la misma, no entrar a valorar la legalidad de las ayudas públicas de las que se venían beneficiando determinadas empresas. Los argumentos esgrimidos también han sido casi siempre los mismos, que la conducta no tiene entidad para falsear la competencia que afecte al interés público, que el comportamiento desleal como consecuencia de la minoración de los costes no queda claro que se haya realizado por debajo del coste marginal, o del coste variable medio, defectos de forma, o porque son sujetos a los que no se le aplica la normativa *antitrust*. Una doctrina incomprensible a la luz de los efectos distorsionadores que las citadas ayudas producen en el mercado y la finalidad que las normativas *antitrust* y de competencia desleal están llamadas a cumplir. Sobre todo teniendo en cuenta el

probablemente la Cámara coincidirá conmigo en que el Gobierno puede, en muchos casos, no estar muy interesado en que el Tribunal estudie cuestiones relacionadas con las ayudas públicas, probablemente porque él es el primero que las genera o pueden generarlas los gobiernos regionales o locales. Por eso nos parece imprescindible que el Tribunal pueda, de oficio, analizar esta cuestión en beneficio de los intereses generales y en la garantía de que la competencia juega para todos los actores que actúan en la economía.»

⁸⁸⁷ Aunque en este momento habrá de hablarse de Ministerio de Economía.

procedimiento, mejor dicho la falta de un procedimiento, a no ser el carácter orientativo de la legislación comunitaria en materia de ayudas de Estado.

Esta situación se ha puesto de manifiesto entre otras resoluciones del TDC en la de 27 de julio de 1993, contra acto del SDC «Asociación Provincial de Academias de Tenerife c. la Consejería de Educación del Gobierno de Canarias, el Ayuntamiento de La Laguna y la Universidad de La Laguna» —expt. A 59/93—, en el que la denunciante calificaba como acto de competencia desleal el acto de la denunciada consistente en ofrecer a entidades mercantiles privadas diversos locales, mobiliario y equipo de titularidad pública para la realización de cursos de informática así como haber permitido la utilización de los símbolos de las administraciones públicas en la promoción y publicidad de los citados cursos. Finalmente, ni el SDC, ni el TDC entran a valorar el asunto porque el recurso contra el archivo del primero, fue presentado después del plazo de diez días previsto en el artículo 47.2. de la LDC.

Sin embargo, incluso antes de la modificación del artículo 19 de la LDC aparecieron tímidos movimientos dirigidos a solucionar el problema. Se trata de aquellos asuntos en los que el TDC encontraba indicios de que la citada ayuda podía estar distorsionando la competencia de un modo no aceptable y proponía el correspondiente análisis al Ministerio de Economía sobre la idoneidad y adecuación o no de la ayuda. En especial, la resolución de 13 de julio de 1998 del TDC. En este supuesto, la Universidad, a través de sus departamentos, institutos y profesores, venía desarrollando proyectos y actividades de dirección de obras al amparo del artículo 11 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria⁸⁸⁸. Los demandantes entendían que la realización de dichas actividades falseaba la libre competencia en el mercado debido, entre otras razones, a la financiación pública de la estructura universitaria y a la utilización de «valores universitarios en la captación de clientes», lo que colocaba a la Universidad en una situación de privilegio incompatible con el ordenamiento concurrencial. Finalmente el TDC establece que:

«[...] La ventaja competitiva que se deriva de las exenciones tributarias y de los beneficios que se atribuyen a la Universidad por asimilación a las fundaciones benéfico-docentes —artículo 53 LRU— constituye una ayuda pública, contemplada en el artículo 19 de la LDC, cuyo examen, en relación con sus efectos sobre las condiciones de competencia, corresponde hacer al Tribunal de Defensa de la Competencia, a solicitud del Ministerio de Economía y Hacienda.»

Con base en esta argumentación el TDC no sanciona ni por infracción de los artículos 1 y 7 de la LDC, ni por ilegalidad de la subvención concedida con base

⁸⁸⁸ En relación con esta resolución *vid.* SANTANA PÉREZ, A., «Prestación de servicios externos por las universidades y Derecho de la competencia. [Notas a la Resolución de 13 de julio de 1998 del TDC], en *Derecho de la Competencia Europeo y Español. Curso de iniciación*, v. II, (Coord. ORTIZ BLANCO, L., y SOPENA BLANCO, V. Prólogo de AMADEO PETITBÓ), Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2000, pp. 523-551.

en el argumento de que la misma se fundamenta en una autorización legal al indicar en el FD. 3.º *in fine* que:

«[...] Por otra parte, en relación con la investigación ordenada por el Servicio para determinar si procede proponer al Ministro de Economía y Hacienda la aplicación del artículo 19 LDC, manifiestan que las subvenciones expresadas en la denuncia son las previstas en la LRU que no pueden ni deben suprimirse.»

Similar criterio aparece en la resolución de 9 de junio de 1999 en el que el TDC se pronunció en relación con el recurso al acuerdo de archivo del SDG de en el asunto «Lavandería Arly, S.A. c. Organización Nacional de Ciegos de España y sus sociedades Fundosa Grupo, S.A., y Fundosa Lavanderías Industriales, S.A.» —expt. r.337/1998—. La denuncia tiene su origen en la concesión por la ONCE de subvenciones a la explotación y al capital no reintegrables y ampliaciones para absorber los déficits de explotación. Y que a juicio de los denunciantes distorsionaban la competencia en el mercado de la prestación de servicios de lavandería industrial. Y ello les permitía realizar una política de precios predatorios. Una conducta que ha motivado a juicio también del denunciante que las empresas del sector tengan que concurrir con precios también anormalmente bajos, lo que ha obligado a que algunas salgan de dicho mercado y otras sean vendidas a empresas de la ONCE. Sin embargo, a juicio del TDC la concesión de la ayuda encuentra cobijo en la Ley 13/1982 de Integración Social de los Minusválidos y el TDC no tiene potestad para investigar de oficio la citada ayuda.

Finalmente, la situación parecía poder cambiar a raíz de la reforma del artículo 19 de la LDC, pero las dificultades con las que se encuentra este órgano son enormes. Básicamente por qué carece de medios materiales y humanos suficientes para fiscalizar estos comportamientos. Unas carencias no subsanadas y que producen efectos nocivos en las condiciones de competencia en el mercado. Debiendo incidir aún más en el control de las ayudas de ámbito autonómico y local que puedan implicar comportamientos desleales e incluso tener un efecto perverso en la deslocalización de rentas en el territorio nacional.

c) En la jurisdicción del TJCE y ordinaria

Cierto es que el artículo 87.1. del TCE en el ámbito comunitario, y el artículo 19 de la LDC en el nacional no pueden ser invocados por los particulares directamente ante los tribunales de los Estados miembros. Básicamente, porque el control se atribuye en exclusiva a la Comisión a nivel comunitario y al TDC a los efectos de aplicación de la LDC. Una atribución que parece fundamentarse, no sólo en el tenor literal del artículo 87.3. del TCE sino también en el supuesto hecho de que como órganos especializados tienen mayor capacidad para analizar estas cuestiones técnicas y que la jurisdicción ordinaria no puede resolver sobre el

fondo del asunto. De ahí que se haya venido manteniendo por el TJCE que el artículo 87.1. del TCE no tiene efecto directo⁸⁸⁹. Pero no ha de olvidarse que:

«[...] una cosa es que el art. 87 TCE carezca de eficacia directa y otra —muy distinta— que la normativa comunitaria no produzca ningún efecto y sea irrelevante ante los tribunales nacionales. Esto último no es exacto.»⁸⁹⁰

Tal vez coincidiendo con este argumento, la Comisión dictó la Comunicación de 23 de noviembre de 1995 relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales en el ámbito de las ayudas de Estado⁸⁹¹. En ella se pone claramente de manifiesto que, aunque la Comisión tienen atribuida dicha función, ello no es óbice para que los órganos jurisdiccionales no puedan controlar la legalidad de dichas ayudas de acuerdo con lo establecido en el artículo 88.3. del TCE⁸⁹². En este sentido, el TJCE en sentencia de 22 de marzo de 1977 «Steinike y Weinlig» establece que los órganos jurisdiccionales son competentes para interpretar y aplicar el concepto de ayuda al que se refiere el artículo 87 a los efectos de determinar la legalidad de una ayuda estatal concedida sin cumplir con la exigencia de control previo previsto en el artículo 88.3. del TCE⁸⁹³. Este control de legalidad sí se fundamenta en el principio de efecto directo del Derecho comunitario, a tenor de la STJCE de 11 de diciembre de 1973, en «Lorenz c. Alemania»⁸⁹⁴.

Como se observa, las competencia de la Comisión y de los tribunales nacionales en materias de ayudas de Estado es diferente. Mientras a la primera le corresponde, en los términos del artículo 88.3. del TCE, declarar la compatibilidad o no de la ayuda con el mercado común en el ámbito del Derecho comunitario, a los segundos, les corresponde determinar la legalidad de las ayudas de Estado en cumplimiento del principio de tutela judicial efectiva y del principio de efecto directo de las normas comunitarias en una doble vertiente⁸⁹⁵. Por un lado, el control de aquellas ayudas públicas que no hubieran sido autorizadas por la Comisión, y por otro lado, y a petición de los interesados proceder al control de aquellas ayudas que no hayan pasado el control de la Comisión, o que habiéndolo pasado, a juicio de los denunciantes no se ajusten a Derecho.

⁸⁸⁹ Un criterio que aparece inicialmente en la sentencia de 19 de junio de 1973 «Capolonco c. Maya», asunto 77/72, *Rec.*, p. 611. Y posteriormente, entre otras sentencias en la de 14 de febrero de 1990 «Francia c. Comisión», asunto C-301/87, *Rec.*, p. I-307, y recientemente en la de 11 de julio de 1996, «Syndicat français de l'Empress international y otro c. La Poste y otros», C-39/94, *rec.* p.I-3547, apartado 36, apartado 9.

⁸⁹⁰ *Vid.* CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GOZÁLEZ, J. *Intervenciones del Estado y libre competencia en la ...*, ob. cit., p. 184.

⁸⁹¹ *DOCE*, C-312, de 23 de noviembre de 1995.

⁸⁹² Una interpretación que podría ser también aplicable al TDC ya que es el que tiene encomendada en nuestro ordenamiento, salvando lo establecido en el artículo 19.1. de la LDC, el control de las ayudas estatales de ámbito nacional.

⁸⁹³ Asunto 78/76, *rec.* 1977, p. 595.

⁸⁹⁴ Asunto 120/73, *rec.* 1973, p. 1471.

⁸⁹⁵ En este mismo sentido y siguiendo la citada sentencia en «Lorenz c. Alemania», de 11 de diciembre de 1973, asunto 120/73, *rec.*, 1973, p. 1471, al indicar que el artículo 87.3. del TCE *in fine*, tiene efecto directo cuando la ayuda no haya sido notificada o siendo notificada no hubieran transcurridos los dos meses de plazo para que se pronuncie la Comisión al respecto y el Estado hubiera procedido a la concesión de dicha ayuda.

Por tanto, si de las pruebas aportadas se aprecian indicios racionales de duda, el tribunal podrá pedir auxilio al órgano que concedió la ayuda o podrá elevar una cuestión prejudicial⁸⁹⁶. Lo mismo cabría plantearse ante el TDC en el ámbito del mercado español. En ambos casos el órgano jurisdiccional podrá adoptar medidas cautelares⁸⁹⁷. Y sólo si la Comisión manifiesta que la ayuda no está autorizada, o que no se adapta a los criterios de concesión falseando la competencia, el juez podrá adoptar las acciones previstas en la LCD si las partes lo hubieran solicitado.

Ha de recordarse que la aplicación de esta normativa no alcanza a aquellas ayudas que carecen de entidad suficiente como para que la normativa comunitaria entre en juego. En aplicación del artículo 2.2. del Reglamento de la Comisión núm. 69/2001, de 12 de enero de 2001, sobre ayudas *de minimis* se presume que aquellas ayudas públicas que no excedan de 100.000 euros durante un periodo de tres años no tienen entidad suficiente como para falsear el comercio comunitario significativamente y quedan fuera de la prohibición del artículo 87.1. del TCE⁸⁹⁸.

Luego, los criterios a seguir para determinar si una ayuda está autorizada, y a falta de una regulación específica en nuestro ordenamiento para las ayudas de escasa entidad, serán los establecidos por la normativa comunitaria al respecto que es de aplicación inmediata y con efecto directo. Que la normativa comunitaria exima de la obligación de notificación de la ayuda por tener escasa entidad no supone que ésta no produzca efectos distorsionadores en las condiciones de competencia, ni que queden al margen de la legalidad y de los principios que inspiran el Derecho *antitrust* comunitario y nacional, y la disciplina de la competencia desleal. En estos casos, si la ayuda tiene efectos distorsionadores en el mercado español y entra en el ámbito de la excepción por aplicación de la regla *de minimis* comunitaria podría plantearse que sea el TDC el que auxilie al órgano jurisdiccional español para que se pronuncie sobre la misma. Además, el Tribunal podrá adoptar también medidas cautelares y una vez que se haya pronunciado habrá que estar al respecto. Si la ayuda es legal, levantar las medidas cautelares si las hubiera puesto, y si la ayuda es ilegal podría ser de aplicación las acciones previstas en la LCD.

El problema surge cuando el sujeto que ha recibido la ayuda pública la utilizara para realizar estrategias de venta a pérdida, ya sea activamente como

⁸⁹⁶ En este sentido la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación entre los órganos jurisdiccionales y la Comisión en materia de ayudas de Estado —95/C DOCE, C-312/07—, punto 9., al aplicarlo por analogía con la SSTJ en «Delimitis c. Henninger Bräu», asunto C-234/89, *rec.*, 1991, p. I-935; «Imm, Zwartveld», asunto C-2/88, *Rec.*, 1990, p. I-3365, apartado 1, I.3366, y p.I.4405-4411, en el apartado 10 mantiene el tribunal que «[...] las instituciones comunitarias están sujetas a una obligación de cooperación leal con las autoridades judiciales de los Estados miembros, encargadas de velar por la aplicación y por el respeto del Derecho comunitario en el ordenamiento jurídico nacional.»

⁸⁹⁷ En la sentencia del TJCE, de 11 de julio de 1996 «Syndicat français de l'Empress international et autres c. Comisión», asunto C-396/94, *rec.*, pp. 3577 y ss, apartado 52, en donde el Tribunal mantiene que «[...] cuando sea probable que transcurra un cierto tiempo antes de que el órgano jurisdiccional se pronuncie definitivamente, le incumbe apreciar la necesidad de acordar medidas cautelares como la suspensión de las medidas controvertidas a fin de salvaguardar los intereses de las partes.»

⁸⁹⁸ *Vid. DOCE*, L-10, de 13 de enero de 2001.

estrategia predatoria o pasivamente porque ni siquiera con la ayuda se cubrieran los costes. En estos supuestos, la concesión de la ayuda chocaría directamente con la prohibición contenida en el artículo 17.2. de la LCD. En este supuesto se deberían diferenciar dos elementos, si la ayuda está autorizada o no. En el primero, se procederá al análisis de la legalidad de la autorización y el grado de cumplimiento exigidos en el momento de su otorgamiento, adecuación a las exigencias y persistencia de la causa que motivó la concesión de la ayuda. Y en el segundo, sino estuviera autorizada o hubiera sido autorizada ilegalmente o la ejecución no se adecuase a los fines por los que se concedió entonces la ayuda es ilegal y deberá ser devuelta. Finalmente, si los efectos de la ayuda estatal quedan circunscritos al ámbito del mercado español, aun cuando esta hubiera sido concedida a través de una habilitación legal, habrá que estar al estudio de los efectos distorsionadores de la misma sobre el mercado de referencia en cuestión. Se podría estar ante una ayuda que, de hecho, esta implicando un acto de competencia desleal en los términos del artículo 15.2. de la LCD por infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial. Con independencia de que la empresa subvencionada pueda con ella estar vendiendo a pérdida. Porque de estar realizando este comportamiento el precepto más adecuado sería, siempre que caiga en su ámbito de aplicación, el artículo 17.2. del mismo cuerpo normativo.

2.4. Venta a pérdida para evitar suspensión de pagos o la quiebra

Llegados a este punto de la exposición, cabría preguntarse, aunque sólo sea a título de exposición, si podría calificarse como un supuesto autorizado o excepcionados, la realización de ventas a pérdida para evitar la suspensión o quiebra de una empresa. En este supuesto se produce la concurrencia de dos bienes jurídicos: por un lado, la propia existencia de la empresa; y por otro lado, un ilícito concurrencial por infracción de la disciplina de la competencia desleal, y en su caso, un ilícito *antitrust*. En tales supuestos la venta a pérdida no forma parte de una estrategia dirigida a un fin calificable como desleal por ser contrario a las exigencias de la cláusula general de buena fe, pero sí en las del artículo 17.2. a) y b) de la LCD por los efectos que ésta produce.

Además, habría que diferenciar dos supuestos, la situación de suspensión de pagos y la de quiebra. En la primera, el sujeto que vende a pérdida lo estaría realizando a efectos de cubrir la falta de liquidez provisional, lo que podría ser reprochable desde la disciplina *antitrust*, competencia desleal o comercio interior. Una conducta que desde la propia empresa podría calificarse como un mal menor en relación a la premura de liquidez y a las dificultades que para la competencia entraña la prueba y efectos de la venta a pérdida en relación con sus intereses. En la segunda, la empresa se encuentra en una situación de iliquidez definitiva, luego la venta a pérdida se estaría realizando en perjuicio de los acreedores.

Por consiguiente, la diferencia en ambos supuestos reside en la finalidad de la venta a pérdida realizada, extinguir definitivamente la empresa o continuar con ella. En este segundo supuesto, habrá de tenerse presente que de admitir la realización de la venta a pérdida como una excepción operaría como una especie de prórroga que el ordenamiento jurídico atribuiría a la empresa en quiebra para que se recupere. Cumpliendo así una función social en beneficio del mercado y de los propios consumidores y usuarios, aunque no así de los concurrentes.

En ambos casos, parece evidente que la finalidad perseguida con la venta a pérdida es la de recuperar pérdidas. Una finalidad racional y basada en criterios lógicos de eficiencia económica aparentemente carente de finalidad concurrencial, aunque éste es un efecto que despliega cuando se vende a pérdida. En cualquier caso, por las características y sin perjuicio de un estudio de que se observen las cautelas pertinentes, esta modalidad de venta a pérdida podría incluirse en la categoría de supuestos excepcionados.

CONCLUSIONES

I

La Constitución Española establece el marco constitucional económico en el que ha de desenvolverse la competencia como institución. La cláusula social contenida en su artículo 1.º opera como un correctivo de la concepción clásica de todos aquellos principios como el de libertad de concurrencia, libertad de competencia, libertad de precios o licitud del daño concurrencial entre otras. En ella, la La competencia controlada opera como un mecanismo apto para incrementar la eficiencia y racionalidad económicas en beneficio del conjunto de intereses en juego, debiendo cumplir una función tuitiva de primer orden y facilitar la existencia de cauces adecuados para la satisfacción del interés individual.

II

El actual modelo regulatorio de la competencia no puede calificarse con el calificativo de social porque su estructura y contenido lo reorientan hacia un modelo relativamente social, pero sin perder por ello su adscripción primigenia al modelo profesional al seguir exigiendo la relación de competencia. En todo caso cabría denominarlo de modelo social embrionario o modelo profesional corregido, en el bien entendido que la incorporación de las características inherentes a la cláusula social implica un avance hacia un modelo regulatorio más avanzado. En sentido amplio comprende la normativa *antitrust* y la disciplina de la competencia desleal.

III

A este fin se puede entender razonablemente que la ilicitud de la práctica quedará acreditada cuando el beneficio marginal resulte inferior al coste marginal, entendiéndose por tal el coste de producir una unidad más. No obstante, las

dificultades técnicas que encierra la determinación en cada caso del coste marginal aconsejan la utilización del criterio sustitutivo del coste variable medio.

IV

En torno a ambos niveles de costes, el marginal y el variable medio, se establece una presunción *iuris et de iure* de que el comportamiento es desleal cuando el precio de adquisición o el coste de producción sea inferior, y una presunción *iuris tantum* para precios inferiores al coste total pero mayores al coste variable medio.

V

La conducta que caracteriza la venta a pérdida es, con carácter general y en principio, lícita, con arreglo al principio de libertad de precios. Por ello, sólo serán objeto de represión los supuestos más graves, justamente aquellos en los que el mayor grado de deslealtad genera un incremento del coste social y fiscal.

A) En el primer, el beneficio que recibe el consumidor o usuario de forma inmediata terminará por diluirse progresivamente, pues de tener éxito la conducta del agresor el precio que terminará aplicando al producto o servicio determinará la obtención de rentas monopolísticas. Puede decirse, además, que de no conseguirse la finalidad predatoria de la conducta, todavía habrá efectos colaterales sobre la estructura de la competencia que incidirán en las condiciones de la oferta.

B) En el segundo caso, la venta a pérdida desleal no genera en la primera fase de la estrategia beneficios que posteriormente tributen, por lo que los gastos en los que incurre se cubren con cargo a otras partidas del balance. Sin que el incremento de la tributación en la segunda fase de la estrategia pueda justificar la primera.

VI

La venta a pérdida es un concepto más amplio que el de precios predatorios y abarca también los supuestos de venta a pérdida engañosa, denigratoria y excluyente al constituir actos desleales de obstaculización o de exclusión. Por consiguiente, la venta a pérdida constituye el género y los precios predatorios una especie. De modo que algunos supuestos de venta a pérdida que caen dentro del ámbito de la prohibición deben ser excluidos porque la conducta carece de finalidad concurrencial y revela un alto grado de eficiencia y racionalidad económica. Este es el caso de la venta a pérdida de productos perecederos próximos a su fecha de inutilización definitiva, el realineamiento de la competencia para evitar mayores pérdidas, las ventas de saldos, las ventas en liquidación y finalmente, las ventas a precio de mercado realizadas por empresas que habiendo recibido ayudas públicas e incorporado a su proceso productivo, el

margen de beneficios por la venta de producto o prestación de servicios resulte inferior a su coste marginal.

VII

La definición del concepto de mercado de producto y mercado de servicio viene determinado por la norma jurídica, impregnada de un alto contenido económico y social. Esto permite afirmar que mercado es igual a Derecho.

VIII

Las ventas a pérdida pueden adoptar numerosas formas, que básicamente se reconducen a dos categorías. La tradicionalmente aceptadas son las que se instrumentan en estrategias de precios. También pueden camuflarse en prácticas predatorias no instrumentalizadas directamente en precios, que se han adscrito por la doctrina norteamericana en la categoría de actos dirigidos a incrementar los costes de los rivales. Unos comportamientos dotados de mayor sutileza que las primeras al aparecer investido de una apariencia de eficiencia que parece beneficiar a los consumidores y usuarios. Una estrategia incrementa su atractivo de la oferta añadiendo ventajas y prestaciones accesorias por encima de lo racionalmente eficiente para dicho mercado. Pero sin que el beneficio obtenido su coste marginal. Se trata de supuestos que caen en la categoría de abuso de Derecho.

IX

En el artículo 17 de la LCD se establece el régimen jurídico de la prohibición de determinadas modalidades de venta a pérdida en el ordenamiento español. Aplicable a la normativa *antitrust*, a la disciplina de la competencia desleal y a la normativa ordenadora del comercio interior. A la primera, cuando ilícito *antitrust* se realice en un acto desleal susceptible de falsear la competencia, o bien, se instrumente en una práctica concertada o implique un abuso de posición dominante. En la segunda, cuando la venta a pérdida se encuadre en alguno de los tres supuestos contenidos en el artículo 17.2. a), b) y c). Y finalmente, en la tercera, porque expresamente y como no podía ser de otro modo, la normativa ordenadora del comercio interior no supone la aplicación de la LCD.

X

La prohibición de determinadas modalidades de venta a pérdida obedece a la necesidad de proteger a los pequeños comerciantes como clase — *Mittelstandsschutz*—, en concreto en la denominada *Tante-Emma-Laden*. Esta

protección tiene diferentes ventajas: para los consumidores y usuarios porque permite una reducción del coste de oportunidad en pequeños aprovisionamiento y una oferta plural mayor cuantitativa y cualitativamente, y para el mercado porque permite una mayor capilaridad empresarial lo que significa más puestos de trabajo y mayor grado de dinamismo y de competencia relativa. Y esto también es un supuesto de eficiencia económica —*efficiency*—, sobre todo si se tiene en cuenta aquéllos las pérdidas de eficiencia por tamaño, lo que se conoce en la ciencia económica con el nombre de *diseconomies of scale*.

XI

El riesgo de confusión al que hace referencia el artículo 17.2. a) de la LCD ha de valorarse en relación al concepto de consumidor medio de la clase en cuestión, normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz, las características de sujeto agente y paciente y el tipo de producto o servicio sobre el que recae.

XII

La denigración por venta a pérdida sobre la imagen del producto o del establecimiento ajenos no exige la presencia del elemento intencional. Precisamente porque lo que la norma trata de evitar es que la conducta pueda tener por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos.

XIII

Las ventas a pérdida excluyentes del artículo 17.2. c) de la LCD podrá aplicarse a todas las situaciones intermedias e inmediatas que van desde la realización del acto hasta el resultado definitivo de expulsión, como pueden ser generar barreras de entrada o salida, disciplinar a los competidores, disuadirlos u obligarlos a aceptar condiciones comerciales a las que otro modo no hubieran accedido.

XIV

La configuración del régimen jurídico de la venta a pérdida se encuentra más próximo a la norma *antitrust* que a la disciplina de la competencia desleal en atención a la finalidad e intereses protegidos con esta figura. Con la particularidad de que el ilícito se construye sobre el acto de confusión o denigración e instrumenta en una estrategia de venta a pérdida. Por consiguiente, el juicio de deslealtad es doble, primero, exige que se realice un acto desleal objetiva y subjetiva de la venta a pérdida en los términos descritos y, segundo, que dicho acto se revele objetivamente idóneo para alcanzar un nuevo resultado de competencia desleal en forma de confusión, de denigración o de exclusión.

XV

La venta a pérdida tiene su origen en la protección de los fabricantes y productores, en una especie de política de protección de clase de la doctrina alemana, aunque se mantenga que persigue la defensa de los consumidores y usuarios. Con ello consiguen evitar ventas a pérdida de sus productos, lo que puede generar confusión sobre los precios, sobre la imagen de marca, sobre las características de las prestaciones o sobre la calidad de los mismos ente otros factores. De este modo, mantienen el control sobre los canales de distribución sin necesidad de generar uno propio y sin que las cualidades de su oferta sufra grandes modificaciones.

XVI

Para la determinación objetiva del umbral de legalidad podrá acudirse a la contabilidad conforme al Plan General de Contabilidad, a los principios contables y a las normas de valoración. Debiendo tener en cuenta las especificidades de los diferentes sectores para una adecuada valoración las adaptaciones sectoriales del Plan.

XVII

Desde el Derecho *antitrust* tradicionalmente se ha venido exigiendo para proceder a la represión de los precios predatorios que el agresor tenga posición dominante. Sin embargo, la experiencia muestra como empresas sin dicha posición pueden alcanzar resultados similares cuando concurren determinadas circunstancias en la estructura de la oferta y demanda.

XVIII

El concepto de posición dominante es un concepto relativo. Las exigencias que ha venido realizando el TJCE en cuanto a cuotas de mercado superior al cincuenta por ciento y periodos de mantenimiento superior a los tres años no deben ser aceptadas con carácter absoluto. Máxime cuando en dicho período empresas con menores cuotas de mercado pueden imponer y decidir libremente su política comercial. Situación que puede tener lugar cuando la oferta y la demanda se encuentran fuertemente fragmentada, sobre todo en mercados emergentes en los que aún no se ha producido la inercia natural hacia la concentración de la oferta y de la demanda, o en mercados de alta tecnología.

XIX

El régimen jurídico de la venta a pérdida en la LCD resulta avanzado, tanto porque no exige la presencia de posición dominante en el agresor, como por el hecho de que resuelve problemas de concepción estática o fotográfica de la venta a pérdida. Ofreciendo al operador jurídico la posibilidad de analizar el problema en su conjunto, desde un punto de vista dinámico o cinematográfico. Sobre todo en el caso de empresas con exceso de capacidad instalada que incrementen su volumen de facturación con lo que reducen el precio al aplicar economías de escala.

XX

Cuando en la fabricación de un producto o en la prestación de un servicio colaborasen varias líneas de producción a alcanzar el resultado y alguna de ellas fuera deficitaria, la determinación del coste marginal se realizará conjuntamente porque de lo contrario un comportamiento competitivo, eficiente y racional sería calificado de desleal. Sobre todo cuando en dicha conducta está ausente la ilicitud concurrencial.

XXI

La realización de ventas a pérdida desleales implica, en la mayoría de los casos, estrategias altamente arriesgadas. De ahí su carácter ocasional y el cuestionamiento desde algunos sectores doctrinales sobre oportunidad de proceder a la represión de las mismas por su irrelevante coste social. Sin embargo, la experiencia muestra que en mercados competitivos incrementan las prácticas desleales.

XXII

La aparentemente novedosa regulación de la venta con pérdida en la LOCM constituye un mal intento de solucionar los defectos técnicos de los que adolece su régimen jurídico. Hasta el punto de constituir una infracción de los artículos 24 y 38 de la CE.

A) El primero, por transformar la presunción *iuris tantum* contenida en relación al precio según factura, deducida la parte proporcional de los descuentos y los impuestos indirectos que graven la operación, se convierte en una presunción *iuris et de iure* transcurrido el plazo de un mes, sin que el presunto agente infractor pueda aportar otras pruebas.

B) Y el segundo, por constituir una limitación del principio de libertad de empresa y precios. Básicamente porque cuando la LCD parte del principio de libertad de precios limitándolo sólo en los supuestos más graves, en la LOCM se parte del principio contrario, y se reprime todo acto de venta a pérdida. Obviando que determinadas modalidades de estas ventas en el marco de estrategias de volumen de ventas son beneficiosas, competitivas y eficientes.

XXIII

La crítica realizada a la regulación de la venta a pérdida en la LOCM se ve refrendada en la nueva propuesta de ordenación en el ordenamiento comunitario para armonizar determinados aspectos del comercio interior de los Estados miembros a través de la Propuesta de Reglamento (COM (2001) 546 – C5-0475/2001 – 2001/0227(COD)), en cuya enmienda número 28 PE 307.505/27-31, plantea el problema de que la limitación de algunas normativas de no aceptar descuentos por volumen «[...] son ineficaces y pueden incluso ser contraproducentes ya que permiten que los niveles de precios sean determinados por los principales agentes del mercado.» Lo que permitirá evitar comportamientos abusivos en materia de precios, facilitar la aplicación de la legislación sobre competencia y permitir en el mercado interior las ventas a pérdida favorables a la competencia, impidiendo las que constituyan un ilícito concurrencial. Una situación que se ha producido en la ordenación de la figura de la venta con pérdida en el comercio interior. Pasando de la mejor ordenación de la venta a pérdida contenida en la LCD que prevé una solución de problemas dinámicos, a la LOCM que sólo contempla problemas estáticos. De aplicarse el Reglamento citado tendría como consecuencia la derogación de los artículos 14 y 26.1 de la LOCM, y 8.2 de la LCD.

XXIV

La regulación del comercio interior tiene carácter omnicompreensivo de una materia típicamente mercantil, vaciando prácticamente de contenido la regulación de la venta a pérdida de la LCD al quedar reducidos a los supuestos de prestación de servicios a los que no sea de aplicación la LOCM. Un ámbito de aplicación que se amplía con la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social que introduce la DA 6.^a en la LOCM y que establece la aplicación del artículo 14 a: «[...] las entidades de cualquier naturaleza jurídica, que se dediquen al comercio mayorista o que realicen adquisiciones o presten servicios de intermediación para negociar las mismas por cuenta o encargo de otros comerciantes.»

XXV

La determinación del umbral de la legalidad en torno al precio según factura e incluso a un precio superior a este puede constituir por sí mismo una venta a pérdida en la medida en que con ello no se cubre el coste marginal. Lo que puede llevar al absurdo de que una venta a precio según factura es lícito conforme a la normativa administrativa e ilícito cuando el ingreso marginal por la venta no sea superior al coste marginal.

XXVI

La ordenación de la prohibición de la venta a pérdida con carácter genérico en la LOCM parece perseguir la protección del pequeño comerciante, con reminiscencias de la protección de clase alemana, frente a los grandes minoristas de la distribución comercial. Sin embargo, este aparente beneficio de clase es irreal, porque la posibilidad de vender a precio según factura con los requisitos establecidos en la norma puede ocultar ventas desleales cuando en el precio de venta al público no se halla imputado la parte proporcional de los costes fijos y variables en los que se hubiere incurrido.

XXVII

La relación entre la LDC y la LCD resulta extremadamente estrecha, lo que difícilmente se puede justificar en estos momentos la separación existente. La diferencia entre ambas parece residir en el bien jurídico protegido, y en los medios empleados para ello, la primera, garantizar una competencia libre, y la segunda, que ésta sea leal. Pero ambas notas son inherentes al concepto de competencia basada en la eficiencia y en la racionalidad económica. Por consiguiente, la diferencia entre ambas, fuera de los supuestos de, concertación, concentración empresarial y ayudas públicas parece residir en una cuestión de grado conforme al cual, la normativa sobre libre competencia será de aplicación cuando el acto anticompetitivo supere el umbral *de mínimis* asumible. Mientras que la LCD será de aplicación siempre que se realice un acto de competencia desleal de los contenidos en el catálogo, incluyendo la cláusula general.

XXVIII

El Legislador ha promovido la existencia de nexos entre ambas para prohibir comportamientos desleales instrumentalizados en ventas a pérdida al reprimir dichos actos por una doble vía: *antitrust* y de competencia desleal. En sede de LDC a través de la represión de las prácticas concertadas del artículo 1, abuso de posición dominante del artículo 6, y actos desleales que falseen la competencia del artículo 7 en relación con el catálogo de actos contenido en la LCD. A través

de dicho artículo el TDC podrá proceder a la represión de los comportamientos desleales y entre ellos las ventas a pérdida calificadas de ilícito concurrencial y contenidas en los apartados a), b) y c) del artículo 17.2. de la LCD. Asimismo, esta última normativa establece en el artículo 15.2. la posibilidad de conectar la LCD con la LDC en los supuestos de infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial. De modo que en aplicación de este cuerpo normativo podría conocer la jurisdicción ordinaria sobre prácticas concertadas, concentraciones económicas y abuso de posición dominante.

XXIX

Para terminar, la satisfacción de las pretensiones de indemnización por daños y perjuicios encuentra enormes dificultades y se aleja de los criterios que deberían dirigir la aplicación de la normativa vigente.

ANEXO I

Parte 5.º del PGC

En este sentido se pronuncia el Legislador al inicio de la parte quinta del PGC al indicar que: «1.ª Desarrollo de principios contables. 1. Las normas de valoración desarrollan los principios contables, establecidos en la primera parte de este texto, conteniendo los criterios y reglas de aplicación a operaciones o hechos económicos, así como a diversos elementos patrimoniales; 2. Las normas valorativas que se formulan seguidamente son de aplicación obligatoria. Por tanto, a los efectos de terminar el precio de adquisición y el coste de producción en el marco de la normativa *antitrust* y la disciplina de la competencia desleal es por lo que pasamos a reproducirlo en su totalidad:

2.ª Inmovilizado material.

1. Valoración.

Los bienes comprendidos en el inmovilizado material deben valorarse al precio de adquisición o al coste de producción. Cuando se trate de bienes adquiridos a título gratuito se considerará como precio de adquisición el valor venal de los mismos en el momento de la adquisición.

Se incorporará al valor del inmovilizado correspondiente el importe de las inversiones adicionales o complementarias que se realicen, valorándose éstas de acuerdo con los criterios establecidos en el párrafo anterior.

2. Precio de adquisición.

El precio de adquisición incluye, además del importe facturado por el vendedor, todos los gastos adicionales que se produzcan hasta su puesta en condiciones de funcionamiento: gastos de explanación y derribo, transporte, derechos arancelarios, seguros, instalación, montaje y otros similares.

Se permite la inclusión de los gastos financieros en el precio de adquisición, siempre que tales gastos se hayan devengado antes de la puesta en condiciones de funcionamiento del activo, y hayan sido girados por el proveedor o correspondan a préstamos u otro tipo de financiación ajena, destinada a financiar la adquisición. En este caso, su inscripción en el activo deberá señalarse en la memoria.

Los impuestos indirectos que gravan los elementos del inmovilizado material sólo se incluirán en el precio de adquisición cuando no sean recuperables directamente de la Hacienda Pública.

3. Coste de producción.

El coste de producción de los bienes fabricados o construidos por la propia empresa se obtiene añadiendo al precio de adquisición de las materias primas y otras materias consumibles, los demás costes directamente imputables a dichos bienes. Deberá añadirse la parte que razonablemente corresponda de los costes indirectamente imputables a los bienes de que se trata, en la medida en que tales costes correspondan al período de fabricación o construcción.

Se permite la inclusión de los gastos financieros en el coste de producción, siempre que tales gastos se hayan devengado antes de la puesta en condiciones de funcionamiento del activo, y hayan sido girados por el proveedor o correspondan a préstamos u otro tipo de financiación ajena, destinada a financiar la fabricación o construcción. En este caso, su inscripción en el activo deberá señalarse en la memoria.

4. Valor venal.

El valor venal de un bien es el precio que se presume estaría dispuesto a pagar un adquirente eventual teniendo en cuenta el estado y el lugar en que se encuentren dicho bien. El valor venal se apreciará en función de la situación de la empresa y, generalmente, bajo la hipótesis de continuidad de la explotación del bien.

5. Correcciones de valor de inmovilizado material.

En todos los casos se deducirán las amortizaciones practicadas, las cuales habrán de establecerse sistemáticamente en función de la vida útil de los bienes, atendiendo a la depreciación que normalmente sufran por su funcionamiento, uso y disfrute, sin perjuicio de considerar también la obsolescencia que pudiera afectarlos.

Deberán efectuarse las correcciones valorativas necesarias con el fin de atribuir a cada elemento de inmovilizado material el inferior valor de mercado que le corresponda al cierre de cada ejercicio, siempre que el valor contable del inmovilizado no sea recuperable por la generación de ingresos suficientes para cubrir todos los costes y gastos, incluida la amortización.

Por la depreciación duradera que no se considere definitiva se deberá dotar una provisión; esta provisión se deducirá igualmente a efectos de establecer la valoración del bien de que se trate; es este caso no se mantendrá la valoración inferior si las causas que motivaron la corrección de valor hubiesen dejado de existir.

Cuando la depreciación de los bienes sea irreversible y distinta de la amortización sistemática, se contabilizará directamente la pérdida y la disminución del valor del bien correspondiente.

3.^a Normas particulares sobre inmovilizado material.

En particular se aplicarán las normas que se expresan con respecto a los bienes que en cada caso se indican:

- a) Solares sin edificar.- Se incluirán en su precio de adquisición los gastos de acondicionamiento como cierres, movimiento de tierras, obras de saneamiento y drenaje, así como los de derribo de construcciones cuando sea necesario para poder efectuar obras de nueva planta; y también los gastos de inspección y levantamiento de planos cuando se efectúen con carácter previo a su adquisición.
- b) Construcciones. - Formarán parte de su precio de adquisición o coste de producción, además de todas aquellas instalaciones y elementos que tengan carácter de permanencia, las tasas inherentes a la construcción y los honorarios facultativos de proyecto y dirección de obra. Deberá figurar por separado el valor del terreno y el de los edificios y otras construcciones.
- c) Instalaciones técnicas, maquinaria y utillaje. - Su valoración comprenderá todos los gastos de adquisición, o de fabricación y construcción hasta su puesta en condiciones de funcionamiento.
- d) Los utensilios y herramientas incorporados a elementos mecánicos se someterán a las normas valorativas y de amortización aplicables a dichos elementos.

Con carácter general, los utensilios y las herramientas que no formen parte de una máquina y cuyo período de utilización se estime no superior a un año, deben cargarse como gasto del ejercicio. Si el período de su utilización fuese superior a un año, se recomienda, por razones de facilidad operativa, el procedimiento de regularización anual, mediante su recuento físico; las adquisiciones se adeudarán a la cuenta del inmovilizado, regularizando al final del ejercicio, en función del inventario practicado, con baja razonable por demérito.

Las plantillas y los moldes utilizados con carácter permanente en fabricaciones de serie deben formar parte del inmovilizado material, calculándose su depreciación según el período de vida útil que se estime. Los moldes utilizados para fabricaciones aisladas, por encargo, no deben considerarse como inventariables.

e) Los gastos realizados durante el ejercicio con motivo de las obras y trabajos que la empresa lleva a cabo para sí misma se cargarán en las cuentas que correspondan del grupo 6. Las cuentas del subgrupo 22 y a fin de ejercicio las cuentas 230/237, se cargarán por el importe de dichos gastos, con abono a cuentas del subgrupo 73.

f) Los costes de renovación, ampliación o mejora de los bienes de inmovilizado material serán incorporados al activo como mayor valor del bien en la medida que supongan un aumento de su capacidad, productividad o alargamiento de su vida útil y siempre que sea posible conocer o estimar razonablemente el valor neto contable de los elementos que, por haber sido sustituidos, deban ser dados de baja del inventario.

g) En casos excepcionales y para determinados sectores de actividad se podrán valorar ciertas inmobilizaciones materiales por una cantidad y valor fijos, cuando cumplan las siguientes condiciones:

- que su valor global y composición no varíen sensiblemente y
- que dicho valor global, sea de importancia secundaria para la empresa.

La aplicación de este sistema se especificará en la memoria, fundamentando su aplicación y el importe que significa esa cantidad y valor fijos.

[Asimismo, deberá tenerse en cuenta la resolución del ICAC, de 30 de julio de 1991, por la que se dictan normas de valoración del inmovilizado material —*BOICAC*, núms. 6 de julio y núm. 7 de octubre de 1991—. Y por lo que pudiera afectar al supuesto concreto las respuestas a las siguientes consultas; tratamiento contable a aplicar a las cuenta de «Previsión por amortización especial Juegos Olímpicos de 1992», a la que hace referencia el artículo 22.3 de la Ley 12/1988, de 25 de mayo, sobre regulación de los beneficios fiscales aplicables a la Exposición Universal de Sevilla de 1992 y demás actos conmemorativos del V Centenario del Descubrimiento de América y a los Juegos Olímpicos de Barcelona de 1992 —consulta núm. 2 publicada en el *BOICAC*, núm. 9, de abril de 1992, p. 58—; la contestación en materia de «Registro de adquisiciones de solares a cambio de construcciones futuras realizadas por empresas inmobiliarias y cesiones de solares y edificaciones realizadas en aplicación de la normativa urbanística» —consulta núm. 8 del *BOICAC*, núm. 15, de diciembre de 1993, p. 60—; la contestación en materia de «Gastos de urbanización realizados por una empresa en un polígono industrial con anterioridad a la urbanización del mismo» —consulta núm. 2, del *BOICAC*, núm. 16 de marzo de 1994, pp.174-175—; la contestación «Sobre la contabilización de la adquisición de un edificio a cambio de una renta vitalicia a favor del vendedor» —consulta núm. 1, del *BOICAC*, núm. 30, de mayo de 1997—; la contestación «Sobre la forma de contabilizar los dividendos repartidos cuando se entregan activos distintos a la Tesorería» —consulta núm. 3, del *BOICAC*, núm. 32 de diciembre de 1997—].

4.ª Inmovilizado inmaterial.

Los diversos conceptos comprendidos en el inmovilizado inmaterial se valorarán por su precio de adquisición o su coste de producción; se aplicarán los criterios establecidos para el inmovilizado material tanto por lo que respecta a la dotación de amortizaciones como de provisiones, sin perjuicio de lo señalado en la norma 5.ª

5.ª Normas particulares sobre inmovilizado inmaterial.

En particular se aplicarán las normas que se expresan con respecto a los bienes y derechos que en cada caso se indican:

a) Gastos de investigación y desarrollo: serán gastos del ejercicio en que se realicen; no obstante, al cierre del ejercicio, podrán activarse como inmovilizado inmaterial cuando reúnan las siguientes condiciones:

- Estar específicamente individualizados por proyectos y su coste claramente establecido para que pueda ser distribuido en el tiempo.
- Tener motivos fundados del éxito técnico y de la rentabilidad económico-comercial del proyecto o proyectos de que se trate.

Los gastos de investigación y desarrollo que figuren en el activo deberán amortizarse a la mayor brevedad posible y siempre dentro del plazo de cinco años desde que se concluya el proyecto de investigación o desarrollo que haya sido capitalizado; en el caso en que existan dudas razonables sobre el éxito técnico o la rentabilidad económico-comercial del proyecto, los gastos capitalizados deberán llevarse directamente a pérdidas.

b) Propiedad industrial: se contabilizarán en este concepto, los gastos de investigación y desarrollo capitalizados cuando se obtenga la correspondiente patente o similar, incluido el coste de registro y formalización de la propiedad industrial.

c) Fondo de comercio: sólo podrán figurar en el activo, cuando su valor se ponga de manifiesto en virtud de una adquisición onerosa.

El fondo de comercio deberá amortizarse de modo sistemático, no pudiendo exceder del período durante el cual dicho fondo contribuya a la obtención de ingresos, con el límite máximo de diez años. Cuando dicho período exceda de cinco años deberá justificarse en la memoria la ampliación del plazo, siempre con el límite máximo de los diez años.

d) Derechos de traspaso: sólo podrán figurar en el activo, cuando su valor se ponga de manifiesto en virtud de una adquisición onerosa.

Los derechos de traspaso deberán amortizarse de modos sistemático, no pudiendo exceder del período durante el cual dicho fondo contribuya a la obtención de ingresos.

e) Se incluirán en el activo los programas de ordenador, tanto los adquiridos a terceros como los elaborados por la propia empresa, utilizando los medios propios de que disponga y únicamente en los casos en que esté prevista su utilización en varios ejercicios.

En ningún caso podrán figurar en el activo los gastos de mantenimiento de la aplicación informática.

Se aplicarán los mismos criterios de capitalización y amortización que los establecidos para los gastos de investigación y desarrollo.

f) Cuando por las condiciones económicas del arrendamiento financiero no existan dudas razonables de que se va a ejercitar la opción de compra, el arrendatario deberá registrar la operación en los términos establecidos en el párrafo siguiente.

Los derechos derivados de los contratos de arrendamiento financiero a que se refiere el párrafo anterior se contabilizarán como activos inmateriales por el valor al contado del bien, debiéndose reflejar en el pasivo la deuda total por las cuotas más el importe de la opción de compra. La diferencia entre ambos importes, constituida por los gastos financieros de la operación, se contabilizará como gastos a distribuir en varios ejercicios. Los derechos registrados como activos inmateriales serán amortizados, en su caso, atendiendo a la vida útil del bien objeto del contrato. Cuando se ejercite la opción de compra, el valor de los derechos registrados y su correspondiente amortización acumulada se dará de baja en cuentas, pasando a formar parte del valor del bien adquirido.

Los gastos a distribuir en varios ejercicios se imputarán a resultados de acuerdo con un criterio financiero.

g) Cuando por las condiciones económicas de una enajenación, conectada al posterior arrendamiento financiero de los bienes enajenados, se desprenda que se trata de un método de financiación, el arrendatario deberá registrar la operación en los términos establecidos en el párrafo siguiente.

Se dará de baja el valor neto contable del bien objeto de la operación, reconociéndose simultáneamente y por el mismo importe el valor inmaterial. Al mismo tiempo deberá reconocerse en el pasivo la deuda total por las cuotas más el importe de la opción de compra; la diferencia entre la deuda y la financiación recibida en la operación se contabilizará como gastos a distribuir en varios ejercicios.

[Asimismo será de aplicación la Resolución del ICAC, de 21 de enero de 1992, por la que se dictan normas de valoración del inmovilizado inmaterial —*BOICAC*, núm. 8 de enero y 9 de abril de 1992—. Además, en cuanto pueda afectar será de aplicación de contestación sobre el «Tratamiento contable de la adscripción de bienes de dominio público a empresas públicas que supongan exclusivamente el derecho de uso sobre tales bienes, sin exigencia de contraprestación» —consulta núm. 5 del *BOICAC*, núm. 9 de abril de 1992, p. 74—; la contestación sobre «Arrendamiento financiero sobre un determinado bien en el que la opción de compra se ejercitará mediante el pago de la última cuota si bien previamente se ha comprometido su ejecución» —consulta núm. 3 del *BOICAC*, núm. 23, de octubre de 1995, pp.131-132—; la contestación sobre el «Tratamiento contable de un arrendamiento con opción de compra, desde el punto de vista de una empresa arrendadora inmobiliaria» —contestación núm. 3 del *BOICAC*, núm. 24 de febrero de 1996, pp.58-59—; y finalmente, la contestación «Sobre la forma de registrar contablemente los programas informáticos unidos a una maquinaria» —consulta núm. 2 del *BOICAC*, núm. 27 de noviembre de 1996—].

6.^a Gastos de establecimiento.

Los gastos de establecimiento se valorarán por el precio de adquisición o coste de producción de los bienes y servicios que los constituyan. En particular se aplicarán las siguientes normas:

a) Tendrán la consideración de gastos de constitución y ampliación de capital los siguientes: honorarios de letrados, notarios y registradores; impresión de memorias, boletines y títulos; tributos; publicidad; comisiones y otros gastos de colocación de títulos, etc., ocasionados con motivo de la constitución o ampliación de capital.

b) Tendrán la consideración de gastos de primer establecimiento los siguientes: honorarios, gastos de viaje y otros para estudios previos de naturaleza técnica y económica; publicidad de lanzamiento; captación, adiestramiento y distribución de personal; etc., ocasionados con motivo del establecimiento.

Los gastos de establecimiento deberán amortizarse sistemáticamente en un plazo no superior a cinco años.

[Asimismo, habrá de tenerse en cuenta la Resolución del ICAC, de 20 de diciembre de 1996, por la que se fijan criterios generales para determinar el concepto de patrimonio contable a efectos de los supuestos de reducción de capital y disolución de sociedades regulados en la legislación mercantil —BOE, de 40 de marzo de 1997—. Además, habrá de tenerse en cuenta en cuanto pueda afectar la contestación sobre la «Naturaleza contable de los gastos de acondicionamiento de inmuebles propiedad de terceros» —consulta núm. 4, del BOICAC, núm. 13 de mayo de 1993, p. 82—].

7.ª Gastos a distribuir en varios ejercicios.

Se aplicarán las siguientes normas:

1. Gastos de formalización de deudas.

Los gastos de formalización de deudas se valorarán por su precio de adquisición o su coste de producción.

En principio estos gastos deberán afectarse al ejercicio a que correspondan, excepcionalmente, dichos gastos podrán distribuirse en varios ejercicios, en cuyo caso deberán imputarse a resultados durante el plazo de vencimiento de las correspondientes deudas y de acuerdo con un plan financiero; en todo caso deberán estar totalmente imputados cuando se amorticen las deudas a que correspondan.

2. Gastos por intereses diferidos.

Los gastos por intereses diferidos se valorarán por la diferencia entre el valor de reembolso y el valor de emisión de las deudas a que correspondan.

Dichos gastos se imputarán a resultados durante el plazo de vencimiento de las correspondientes deudas y de acuerdo con un plan financiero.

8.ª Valores negociables.

1. Valoración.

Los valores negociables comprendidos en los grupos 2 ó 5, sean de renta fija o variable, se valorarán en general por su precio de adquisición a la suscripción o compra. Este precio estará constituido por el importe total satisfecho o que deba satisfacerse por la adquisición, incluidos los gastos inherentes a la operación. A estos efectos, se deberán observar los criterios siguientes:

a) El importe de los derechos preferentes de suscripción se entenderá incluido en el precio de adquisición.

b) El importe de los dividendos devengados o de los intereses, explícitos devengados y no vencidos en el momento de la compra, no formarán parte del precio de adquisición. Dichos dividendos o intereses se registrarán de forma independiente, atendiendo a su vencimiento.

A estos efectos, se entenderá por "intereses explícitos" aquellos rendimientos que no formen parte del valor de reembolso.

c) En el caso de venta de derechos preferentes de suscripción o segregación de los mismos para ejercitarlos, el importe del coste de los derechos disminuirá el precio de adquisición de los respectivos valores. Dicho coste se determinará aplicando alguna fórmula valorativa de general aceptación y en armonía con el principio de prudencia; al mismo tiempo, se reducirá proporcionalmente el importe de las correcciones valorativas contabilizadas.

En todo caso, deberá aplicarse el método del precio medio o coste medio ponderado por grupos homogéneos; entendiéndose por grupos homogéneos de valores los que tienen iguales derechos.

2. Correcciones valorativas.

Los valores negociables admitidos a cotización en un mercado secundario organizado se contabilizarán, al menos al final del ejercicio, por el precio de adquisición o el de mercado si éste fuese inferior a aquél. En este último caso, deberán dotarse las provisiones necesarias para reflejar la depreciación experimentada. No obstante, cuando medien circunstancias de suficiente entidad y clara constancia que determinen un valor inferior al precio de mercado antes indicado, se realizará la corrección valorativa que sea pertinente para que prevalezca dicho valor inferior.

El precio de mercado será el inferior de los dos siguientes: cotización media en un mercado secundario organizado correspondiente al último trimestre del ejercicio; cotización del día de cierre del balance o en su defecto la del inmediato anterior.

No obstante lo anterior, cuando existan intereses, implícitos o explícitos, devengados y no vencidos al final del ejercicio, los cuales deberán estar contabilizados en el activo, la corrección valorativa se determinará comparando dicho precio de mercado con la suma del precio de adquisición de los valores y de los intereses devengados y no vencidos al cierre del ejercicio.

Tratándose de valores negociables no admitidos a cotización en un mercado secundario organizado figurarán en el balance por su precio de adquisición. No obstante, cuando el precio de adquisición sea superior al importe que resulte de aplicar criterios valorativos racionales admitidos en la práctica, se dotará la correspondiente provisión por la diferencia existente. A estos efectos, cuando se trate de participaciones en capital, se tomará el valor teórico contable que corresponda a dichas participaciones, corregido en el importe de las plusvalías tácitas existentes en el momento de la adquisición y que subsistan en el de la valoración posterior. Este mismo criterio se aplicará a las participaciones en el capital de sociedades del grupo o asociadas, la dotación de provisiones se realizará atendiendo a la evolución de los fondos propios de la sociedad participada aunque se trate de valores negociables admitidos a cotización en un mercado secundario organizado.

[Asimismo, deberá tenerse en cuenta la Resolución del ICAC de 27 de julio de 1992, sobre criterios de contabilización de las participaciones en los Fondos de Inversión en Activos del Mercado Monetario —*BOICAC*, núm. 10 de septiembre de 1992—; y la Resolución del ICAC de 27 de julio de 1992, por la que se dictan normas de valoración de participaciones en capital derivadas de aportaciones no dinerarias en la constitución o ampliación del capital de sociedades —*BOICAC*, núm. 10 de septiembre de 1992—. Además, habrá de tenerse presente en cuanto pueda afectar la contestación sobre «Minoración del precio de adquisición de acciones por dividendos ya devengados» —consulta núm. 7 del *BOICAC*, núm. 5 de mayo de 1991, p. 104—; la contestación sobre «valoración de acciones recibidas con cargo a reservas» —consulta núm. 1 del *BOICAC*, núm. 9 de abril de 1992, p. 72—; la contestación sobre «Provisión por depreciación de una inversión financiera en el capital de otra sociedad del grupo cuando ésta haya recibido subvenciones de capital» —consulta núm. 6 del *BOICAC*, núm. 15 de diciembre de 1993—; la contestación «Sobre plusvalías tácitas existentes en una sociedad en la que se adquiere, al valor teórico, una participación del 50%, deben ser consideradas a efectos de dotar provisión para depreciación de inversiones financieras» —consulta núm. 1 del *BOICAC*, núm. 16 de marzo de 1994, p. 174—; la contestación sobre la «Consideración de dividendos devengados para determinar el precio de adquisición de unas acciones» —consulta núm. 3, del *BOICAC*, núm. 16, de marzo de 1994, p. 175—; la contestación sobre «Reducción proporcional de las correcciones valorativas contabilizadas para derechos de suscripción cuando no se ejercen» —consulta núm. 3 del *BOICAC*, núm. 16 de marzo de 1994, p. 175—; la consulta sobre «Aportaciones en las que los activos aportados tienen un valor contable inferior al de los pasivos también aportados» —consulta núm. 4 del *BOICAC*, núm. 16, de marzo de 1994, p. 176—; la contestación sobre la «Permuta de un inmueble por acciones con desembolsos pendientes» —consulta núm. 3 del *BOICAC*, núm. 17 de julio de 1994, p. 95—; la contestación sobre «Correcciones valorativas de inversiones en el capital de empresas del grupo» —consulta núm. 4 del *BOICAC*, núm. 17 de julio de 1994, pp.95-96—; la contestación sobre la «Valoración contable de una inversión financiera recibida como consecuencia de un canje por otra inversión que posea ya la sociedad» —consulta núm. 2 del *BOICAC*, núm. 23 de octubre de 1995, p. 131—; la contestación sobre el «Tratamiento contable de determinadas inversiones financieras objeto de corrección valorativa y los criterios aplicables a una subvención otorgada para su financiación» —consulta núm. 1 del *BOICAC*, núm. 25 de abril de 1996, pp.116-117—; la contestación «Sobre la forma de registro contable de unas participaciones en el capital, cuyo precio de adquisición incluye una plusvalía tácita existente en el momento de la adquisición que se identifica con el fondo de comercio de la sociedad participada» —consulta núm. 3 del *BOICAC*, núm. 27 de noviembre de 1996, pp.135-136—; la contestación «Sobre la contabilización de participaciones en los Fondos de Inversión en Activos del Mercado Monetario —FIAM» —consulta núm. 2 del *BOICAC*, núm. 30 de mayo de 1997, pp.35-36; la contestación «Sobre el tratamiento contable a otorgar por una sociedad que percibe de una sociedad filial unos dividendos repartidos con cargo a reservas» —consulta núm. 1 del *BOICAC*, de 31 de octubre de 1997, p. 184— Debiendo tener presente a este respecto la modificación introducida por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (*BOE*, de 23 de noviembre de 2002) por el que se introducen modificaciones que afectan al artículo 64.1. del RD Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre en cuanto a la restricciones estatutarias a la transmisibilidad de acciones cuya valoración se hará por su «valor razonable» entendiéndose por tal «[...] el que determine un auditor de cuentas, distinto al auditor de la sociedad, que, a solicitud de cualquier interesado, nombren a tal efecto los administradores de la sociedad». También se modifica el artículo 159 en relación con la exclusión del derecho de suscripción preferente en el que nuevamente se hace referencia al «valor razonable», y en el

caso de tratarse de una sociedad cotizada «[se entenderá como valor de mercado y éste se presumirá, salvo que se justifique lo contrario, referido a su cotización bursátil]». También modifica los artículos 29.2. d) 2.º párrafo y 100 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo de Sociedades de Responsabilidad Limitada utilizando el mismo criterio de «valor razonable» para las participaciones. Y finalmente, la modificación también afecta al artículo 8 de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales, utilizando también el criterio del «valor razonable».

9.ª Créditos no comerciales.

Se registrarán por el importe entregado. La diferencia entre dicho importe y el nominal de los créditos deberá computarse como ingreso por intereses en el ejercicio en que se devenguen, siguiendo un criterio financiero y reconociéndose el crédito por intereses en el activo del balance.

Los créditos por venta de inmovilizado se valorarán por el precio de venta, excluidos en todo caso los intereses incorporados al nominal del crédito, los cuales serán imputados y registrados como se indica en el párrafo anterior.

Los intereses devengados, vencidos o no, figurarán en cuentas de crédito del grupo 2 ó 5 en función de su vencimiento.

Se registrarán en dichas partidas de crédito los intereses implícitos que se devenguen, con arreglo a un criterio financiero, con posterioridad a la fecha de adquisición del valor.

Deberán realizarse las correcciones valorativas que procedan, dotándose, en su caso, las correspondientes provisiones en función del riesgo que presenten las posibles insolvencias con respecto al cobro de los activos de que se trate.

[Asimismo habrá que añadir en cuanto sea relevante la contestación sobre la «Cesión temporal de activos financieros» —consulta núm. 7 del *BOICAC* núm. 6 de julio de 1991, pp.119-120—; y la contestación sobre «Aportaciones como consecuencia de un contrato de cuentas en participación» —consulta núm. 2 del *BOICAC*, núm. 19 de diciembre de 1994, pp.96-97—].

10.ª Acciones y obligaciones propias.

Las acciones propias se valorarán aplicando lo establecido en la norma 8.ª

En la amortización y enajenación de acciones propias se aplicarán las siguientes reglas:

a) La amortización de acciones propias dará lugar a la reducción del capital por el importe del nominal de dichas acciones. La diferencia, positiva o negativa, entre el precio de adquisición y el nominal de las acciones deberá cargarse o abonarse, respectivamente, a cuentas de reservas.

b) Los resultados obtenidos en la enajenación de acciones propias figurarán en la cuenta de pérdidas y ganancias en el epígrafe: "Pérdidas por operaciones con acciones y obligaciones propias" o "Beneficios por operaciones con acciones y obligaciones propias", según proceda.

Cuando la empresa adquiera sus propias obligaciones o bonos para amortizarlos, las diferencias que pudieran producirse entre el coste de adquisición, excluidos los intereses devengados no vencidos, y los valores de reembolso, excluidas las primas no imputadas a resultados reconocidas como gastos a distribuir en varios ejercicios, se cargarán o se abonarán, según proceda, a la cuenta 674 ó 774.

[Asimismo, en cuanto resulte de aplicación la contestación sobre «Provisión por depreciación de acciones propias» —consulta núm. 8 del *BOICAC*, núm. 12 de marzo de 1993, p. 165—].

11.ª Deudas no comerciales.

Figurarán en el balance por su valor de reembolso. La diferencia entre dicho valor y la cantidad recibida figurará separadamente en el activo del balance; tal diferencia debe imputarse anualmente a resultados en las cantidades que corresponda de acuerdo con un criterio financiero.

Las deudas por compra de inmovilizado se valorarán por su nominal. Los intereses incorporados al nominal, excluidos los que se hayan integrado en el valor del inmovilizado, figurarán separadamente en el activo del balance, imputándose anualmente a resultados en las cantidades que corresponda de acuerdo con un criterio financiero.

Las cuentas de crédito figurarán en el balance por el importe dispuesto, sin perjuicio de la información que deba suministrarse en la memoria en relación con el importe disponible.

[Asimismo, en cuanto resulte de aplicación la contestación sobre «Préstamos concedidos con un interés menor del de mercado en el marco de un Plan de Reversión y Reindustrialización» —consulta núm. 3 del *BOICAC*, núm. 15 de diciembre de 1993—; y la contestación sobre «Registro de determinadas operaciones de deudas no comerciales» —consulta núm. 1 del *BOICAC*, núm. 23 de octubre de 1995, p. 131—].

12.ª Clientes, proveedores, deudores y acreedores de tráfico.

Figurarán en el balance por su valor nominal. Los intereses incorporados al nominal de los créditos y débitos por operaciones de tráfico con vencimiento superior a un año, deberán registrarse en el balance como "Ingresos a distribuir en varios ejercicios" o "Gastos a distribuir en varios ejercicios", respectivamente, imputándose anualmente a resultados de acuerdo con un criterio financiero.

Deberán realizarse las correcciones valorativas que procedan, dotándose, en su caso, las correspondientes provisiones en función del riesgo que presenten las posibles insolvencias con respecto al cobro de los activos de que se trate.

[Asimismo será de aplicación la contestación sobre «Imputación temporal de ingresos y clasificación de créditos a Entes con solvencia garantizada, pero no con plazos de cobro inciertos» —consulta núm. 5 del *BOICAC*, de 15 de diciembre de 1993, pp.58-59—].

13.ª Existencias.

1. Valoración.

Los bienes comprendidos en las existencias deben valorarse al precio de adquisición o al coste de producción.

2. Precio de adquisición.

El precio de adquisición comprenderá el consignado en factura más todos los gastos adicionales que se produzcan hasta que los bienes se hallen en almacén, tales como transportes, aduanas, seguros, etc. El importe de los impuestos indirectos que gravan la adquisición de las existencias sólo se incluirá en el precio de adquisición cuando dicho importe no sea recuperable directamente de la Hacienda Pública.

3. Coste de producción.

El coste de producción se determinará añadiendo al precio de adquisición de las materias primas y otras materias consumibles, los costes directamente imputables al producto. También deberá añadirse la parte que razonablemente corresponda de los costes indirectamente imputables a los productos de que se trate, en la medida en que tales costes correspondan al período de fabricación.

4. Correcciones de valor.

Cuando el valor de mercado de un bien o cualquier otro valor que le corresponda sea inferior a su precio de adquisición o a su coste de producción, procederá efectuar correcciones valorativas, dotando a tal efecto la pertinente provisión, cuando la depreciación sea reversible. Si la depreciación fuera irreversible, se tendrá en cuenta tal circunstancia al valorar las existencias. A estos efectos se entenderá por valor de mercado:

- a) Para las materias primas, su precio de reposición o el valor neto de realización si fuese menor.
- b) Para mercaderías y los productos terminados, su valor de realización, deducidos los gastos de comercialización que correspondan.
- c) Para los productos en curso, el valor de realización de los productos terminados correspondientes, deducidos la totalidad de costes de fabricación pendientes de incurrir y los gastos de comercialización.

No obstante, los bienes que hubieren sido objeto de un contrato de venta en firme cuyo cumplimiento deba tener lugar posteriormente no serán objeto de la corrección valorativa indicada en el párrafo precedente, a condición de que el precio de venta estipulado en dicho contrato cubra, como mínimo, el precio de adquisición o el coste de producción de tales bienes, más todos los costes pendientes de realizar que sean necesarios para la ejecución del contrato.

Cuando se trate de bienes cuyo precio de adquisición o coste de producción no sea identificable de modo individualizado, se adoptará con carácter general el método del precio medio o coste medio ponderado. Los métodos FIFO, LIFO u otro análogo son aceptables y pueden adoptarse, si la empresa los considera más convenientes para su gestión.

En casos excepcionales y para determinados sectores de actividad se podrán valorar ciertas materias primas y consumibles por una cantidad y valor fijos, cuando cumplan las siguientes condiciones:

- a) que se renueven constantemente;
- b) que su valor global y composición no varíen sensiblemente y,
- c) que dicho valor global, sea de importancia secundaria para la empresa.

La aplicación de este sistema se especificará en la memoria, fundamentando su aplicación y el importe que significa esa cantidad y valor fijos.

[Asimismo, entiendo que resulta especialmente relevante la aplicación de la reciente Resolución del ICAC de 9 de mayo de 2000 por la que se establecen los criterios para la determinación del coste de producción — *BOE*, de 13 de junio de 2000, núm. 141, p. 20846—].

14.^a Diferencias de cambio en moneda extranjera.

1. Inmovilizado material e inmaterial.

Como norma general su conversión en moneda nacional se hará aplicando al precio de adquisición o al coste de producción el tipo de cambio vigente en la fecha en que los bienes se hubieren incorporado al patrimonio. Las amortizaciones y las provisiones por depreciación deberán calcularse, como norma general, sobre el importe resultante de aplicar el párrafo anterior.

2. Existencias.

Su conversión en moneda nacional se hará aplicando al precio de adquisición o al coste de producción el tipo de cambio vigente en la fecha en que se produce cada adquisición, y esta valoración será la que se utilice tanto si se aplica el método de identificación específica para la valoración de las existencias, como si se aplican los métodos de precio medio ponderado, FIFO, LIFO u otros análogos.

Se deberá dotar la provisión cuando la valoración así obtenida exceda del precio que las existencias tuvieren en el mercado en la fecha de cierre de cuentas. Si dicho precio de mercado está fijado en moneda extranjera se aplicará para su conversión en moneda nacional el tipo de cambio vigente en la referida fecha.

3. Valores de renta variable.

Su conversión en moneda nacional se hará aplicando al precio de adquisición el tipo de cambio vigente en la fecha en que dichos valores se hubieren incorporado al patrimonio. La valoración así obtenida no podrá exceder de la que resulte de aplicar el tipo de cambio vigente en la fecha de cierre, al valor que tuvieren los valores en el mercado.

4. Tesorería.

La conversión en moneda nacional de la moneda extranjera y otros medios líquidos en poder de la empresa se hará aplicando el tipo de cambio vigente en la fecha de incorporación al patrimonio. Al cierre del ejercicio figurarán en el balance de situación al tipo de cambio vigente en ese momento.

Si como consecuencia de esta valoración resultara una diferencia de cambio negativa o positiva, se cargará o abonará, respectivamente, al resultado del ejercicio.

5. Valores de renta fija, créditos y débitos.

La conversión en moneda nacional de los valores de renta fija así como de los créditos y débitos en moneda extranjera se realizará aplicando el tipo de cambio vigente en la fecha de la operación. Al cierre del ejercicio se valorarán al tipo de cambio vigente en ese momento. En los casos de cobertura de cambio —seguro de cambio o cobertura similar), se considerará únicamente la parte del riesgo no cubierto.

Las diferencias de cambio positivas o negativas de cada valor, débito o crédito se clasificarán en función del ejercicio de vencimiento y de la moneda. A estos efectos, se agruparán aquellas monedas que, aun siendo distintas, gocen de convertibilidad oficial en España.

a) Las diferencias positivas no realizadas que se produzcan en cada grupo, como norma general, no se integrarán en los resultados y se recogerán en el pasivo del balance como «Ingresos a distribuir en varios ejercicios»

b) Por el contrario, las diferencias negativas que se produzcan en cada grupo, como norma general, se imputarán a resultados.

No obstante, las diferencias positivas no realizadas podrán llevarse a resultados cuando para cada grupo homogéneo se hayan imputado a resultados en ejercicios anteriores o en el propio ejercicio diferencias negativas de cambio, y por el importe que resultaría de minorar dichas diferencias negativas por las diferencias positivas reconocidas en resultados de ejercicios anteriores.

Las diferencias positivas diferidas en ejercicios anteriores se imputarán a resultados en el ejercicio que venzan o se cancelen anticipadamente los correspondientes valores de renta fija, créditos y débitos o en la medida en que se vayan reconociendo diferencias en cambio negativas por igual o superior importe en cada grupo homogéneo.

6. Normas especiales.

Por aplicación del principio del precio de adquisición, las diferencias de cambio en moneda extranjera no deben considerarse como rectificaciones del precio de adquisición o del coste de producción del inmovilizado. No obstante, cuando las diferencias de cambio se produzcan en deudas en moneda extranjera a plazo superior a un año y destinados a la financiación específica del inmovilizado, podrá optarse por incorporar la pérdida o ganancia potencial como mayor o menor coste de los activos correspondientes, siempre que se cumplan todas y cada una de las siguientes condiciones:

- que la deuda generadora de las diferencias se haya utilizado inequívocamente para adquirir un activo inmovilizado concreto, perfectamente identificable;
- que el período de instalación de dicho inmovilizado sea superior a doce meses;
- que la variación en el tipo de cambio se produzca antes de que el inmovilizado se encuentre en condiciones de funcionamiento;
- que el importe resultante de la incorporación al coste no supere en ningún caso el valor de mercado o de reposición del inmovilizado.

Los importes capitalizados de acuerdo con esta opción tendrán la consideración de un elemento más del coste del inmovilizado material y, por consiguiente, estarán sujetos a amortización y provisión, en su caso.

Podrán existir también normas especiales aplicables a industrias o sectores específicos con grandes endeudamientos a largo plazo en moneda extranjera. Estas situaciones concretas serán analizadas en las correspondientes adaptaciones sectoriales o en otra normativa de aplicación específica a estas situaciones.

[Asimismo, habrá de tenerse en cuenta las siguientes ordenes en cuanto pueda afectarles: «Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de 12 de marzo de 1993, sobre el tratamiento contable de las diferencias de cambio en moneda extranjera en empresas reguladas» —*BOE*, de 16 de mayo de 1993—; «Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de 18 de marzo de 1994, sobre tratamiento contable de las diferencias de cambio en moneda extranjera en determinadas empresas reguladas» —*BOE*, de 29 de marzo—; «Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de 23 de marzo de 1994, sobre tratamiento contable de las diferencias de cambio en moneda extranjera en determinadas empresas del sector del transporte aéreo» —*BOE*, de 31 de marzo—. Además, habrá de tenerse en cuenta, en su caso, la contestación «Sobre el tratamiento contable de activos, pasivos, ingresos y gastos de una sucursal en el extranjero de una sociedad anónima española» —consulta núm. 4 del *BOICAC*, núm. 32 de diciembre de 1997, p. 132—].

15.ª Impuesto sobre el Valor Añadido.

El IVA soportado no deducible formará parte del precio de adquisición de los bienes de inversión o del circulante, así como de los servicios, que sean objeto de las operaciones gravadas por el impuesto. En el caso de autoconsumo interno (producción propia con destino al inmovilizado de la empresa) el IVA no deducible se adicionará al coste de los respectivos bienes de inversión.

No alterarán las valoraciones iniciales los ajustes en el importe del IVA soportado no deducible consecuencia de la regularización derivada de la prorrateo definitiva, incluida, la regularización por bienes de inversión.

[Asimismo, habrá de tenerse en cuenta la «Resolución del ICAC, de 16 de diciembre de 1992, por la que se desarrollan algunos criterios a aplicar para la valoración y el registro contable del Impuesto General Indirecto Canario —IGIC—», —*BOE*, de 30 de diciembre—; y la «Resolución del ICAC, de 20 de enero de 1997, por la que se desarrolla el tratamiento contable de los regímenes especiales establecidos en el Impuesto sobre el Valor Añadido y el Impuesto General Indirecto Canario» —*BOE*, de 3 y 22 de marzo de 1997—. Además, deberá tenerse en cuenta, en su caso, la contestación sobre el «IVA devengado en adquisiciones intracomunitarias de bienes» —consulta núm. 13 del *BOICAC*, núm. 12 de marzo de 1993, p. 167—].

16.ª Impuesto sobre Sociedades.

Para la contabilización del impuesto sobre sociedades, se considerarán las diferencias que puedan existir entre el resultado contable y el resultado fiscal, entendido éste como la base imponible del impuesto, siempre que se deban a las siguientes causas:

- Diferencias en la definición de los gastos e ingresos entre el ámbito económico y el tributario.
- Diferencias entre los criterios temporales de imputación de ingresos y gastos utilizados en los indicados ámbitos.
- La admisión en el ámbito fiscal de la compensación de bases imponibles negativas de ejercicios anteriores.

A estos efectos, se pueden distinguir las siguientes diferencias:

"Diferencias permanentes": las producidas entre la base imponible y el resultado contable antes de impuestos del ejercicio que no revierten en períodos subsiguientes, excluidas las pérdidas compensadas.

"Diferencias temporales": las existentes entre la base imponible y el resultado contable antes de impuestos del ejercicio cuyo origen está en los diferentes criterios temporales de imputación empleados para determinar ambas magnitudes y que por lo tanto revierten en períodos subsiguientes.

Las "pérdidas compensadas", a efectos de la determinación de la base imponible.

El gasto a registrar por el impuesto sobre sociedades se calculará sobre el resultado económico antes de impuestos, modificado por las "diferencias permanentes".

Las "diferencias temporales" y las pérdidas compensadas no modificarán el resultado económico a efectos de calcular el importe del gasto por el impuesto sobre sociedades del ejercicio.

La existencia de pérdidas compensables fiscalmente dará origen a un crédito impositivo que representa un menor impuesto a pagar en el futuro.

Para la contabilización del impuesto sobre sociedades habrá que considerar además, que las bonificaciones y deducciones en la cuota del impuesto, excluidas las retenciones y pagos a cuenta, se considerarán como una minorización en el importe del impuesto sobre sociedades devengado.

De acuerdo con los criterios anteriores, el importe a contabilizar por el impuesto sobre sociedades devengado en el ejercicio se calculará realizando las siguientes operaciones:

- Se obtendrá el "resultado contable ajustado", que es el resultado económico antes de impuestos del ejercicio más o menos las "diferencias permanentes" que correspondan al mismo.
- Se calculará el importe del "impuesto bruto", aplicando el tipo impositivo correspondiente al ejercicio sobre el "resultado contable ajustado".
- Finalmente, del importe del "impuesto bruto", según sea positivo o negativo, se restará o sumará, respectivamente, el de las bonificaciones y deducciones en la cuota, excluidas las retenciones y los pagos a cuenta, para obtener el impuesto sobre sociedades devengado.

El crédito impositivo como consecuencia de la compensación fiscal de pérdidas se calculará aplicando el tipo impositivo del ejercicio a la base imponible negativa del mismo.

Las diferencias entre el impuesto sobre sociedades a pagar y el gasto por dicho impuesto, así como el crédito impositivo por la compensación fiscal de pérdidas, en la medida en que tengan un interés cierto con respecto a la carga fiscal futura, se registrarán en las cuentas 4740-Impuesto sobre beneficios anticipado, 4745 - Crédito por pérdidas a compensar del ejercicio [...] y 479-Impuesto sobre beneficios diferido.

Cuando la modificación de la legislación tributaria o la evolución de la situación económica de la empresa den lugar a una variación en el importe de los impuestos anticipados, créditos impositivos e impuestos diferidos, se procederá a ajustar el saldo de las cuentas antes mencionadas, computándose en resultados el ingreso o gasto, según corresponda, que se derive de dicho ajuste.

De acuerdo con el principio de prudencia, sólo se contabilizarán en las cuentas 4740 y 4745 los impuestos anticipados y créditos impositivos cuya realización futura esté razonablemente asegurada, y se darán de baja aquellos otros sobre los que surjan dudas lógicas acerca de su futura recuperación.

No obstante lo anterior, se podrá considerar como ingreso o gasto la parte de gravamen que corresponda a las diferencias permanentes; asimismo, se podrán considerar como ingresos las deducciones y bonificaciones en la cuota, excluidas las retenciones y los pagos a cuenta. Estos ingresos y gastos podrán ser objeto de periodificación con criterios razonables.

En el caso de empresarios individuales no deberá lucir ningún importe en la rúbrica correspondiente al impuesto sobre beneficios. A estos efectos, a final de ejercicio las retenciones soportadas y los pagos fraccionados del Impuesto sobre la Renta de la Personas Físicas se cargarán a la cuenta 550-Titular de la explotación.

[Asimismo, deberá tenerse presente la «Resolución del ICAC, de 9 de octubre de 1997, sobre algunos aspectos de la norma de valoración decimosexta del PGC» —BOE, de 6 de noviembre—. Además, en cuanto sea de aplicación deberá tenerse en cuenta la contestación sobre el «Tratamiento contable del Impuesto sobre Sociedades en el caso de sociedades sometidas al régimen de transparencia fiscal, y en el caso de sociedades que participen en el capital de sociedades transparentes» —consulta núm. 9 del BOICAC, núm. 5 de mayo de 1991—; la contestación sobre la «Contabilización de las diferencias entre el resultado contable y el fiscal en los empresarios individuales» —consulta núm. 6 BOICAC, núm. 13 de mayo de 1993, p. 83—; la contestación sobre «Corrección contable de las retenciones soportadas por una sociedad transparente para que no luzcan en el activo como cuenta corriente con socios» —consulta núm. 7 del BOICAC, núm. 13 de mayo de 1993, p. 83—; la contestación «Sobre el tratamiento contable de la deducibilidad fiscal de un fondo de comercio adquirido a título oneroso con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades» —consulta núm. 1 del BOICAC, núm. 27 de noviembre de 1996, p. 134—; la contestación «Sobre el registro contable del efecto impositivo que se deriva de las actas de inspección del Impuesto sobre Sociedades y de la reversión de un impuesto anticipado que no fue objeto de registro contable en ejercicios anteriores por aplicación del principio de prudencia» —consulta núm. 1 del BOICAC, núm. 29 de marzo de 1997, pp.100-101—; la contestación «Sobre el tratamiento del efecto impositivo de una permuta de inmueble, compuestos por un valor del suelo y otro de edificaciones, siendo el valor de mercado del inmueble recibido superior al valor contabilizado del entregado» —consulta núm. 6 del BOICAC, núm. 32 de diciembre de 1997, pp.134-135—; la contestación «Sobre el tratamiento contable de los créditos por bases imponibles negativas y los impuestos anticipados, que, procedentes de un ejercicio anterior, no hubiesen sido objeto de registro como consecuencia de no cumplirse los requisitos exigidos en dicho momento para su activación» —consulta núm. 8 del BOICAC, núm. 32 de diciembre de 1997, pp.136-137—; la contestación «Sobre la cualificación del Impuesto sobre Sociedades devengado en las empresas de reducida dimensión» —consulta núm. 1 del BOICAC, núm. 33 de marzo de 1998, p. 141—].

17.^a Compras y otros gastos.

En la contabilización de la compra de mercaderías y demás bienes para revenderlos se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

- a) Los gastos de las compras, incluidos los transportes y los impuestos que recaigan sobre las adquisiciones, con exclusión del IVA soportado deducible, se cargarán en la respectiva cuenta del subgrupo 60.
- b) Los descuentos y similares incluidos en factura que no obedezcan a pronto pago se considerarán como menor importe de la compra.
- c) Los descuentos y similares que le sean concedidos a la empresa por pronto pago, incluidos o no en factura, se considerarán ingresos financieros, contabilizándose en la cuenta 765.
- d) Los descuentos y similares que se basen en haber alcanzado un determinado volumen de pedidos se contabilizarán en la cuenta 609.
- e) Los descuentos y similares posteriores a la recepción de la factura originados por defectos de calidad, incumplimiento de los plazos de entrega u otras causas análogas se contabilizarán en la cuenta 608.
- f) La contabilización de los envases cargados en factura por los proveedores, con facultad de su devolución queda expuesta en la cuenta 406.

En la contabilización de gastos por servicios serán de aplicación las reglas a) a e).

En la contabilización de las pérdidas por enajenación o baja en inventario del inmovilizado o de inversiones financieras temporales, se incluirán como mayor importe de las mismas los gastos inherentes a la operación.

[Asimismo, deberá tenerse presente la «Resolución del ICAC, de 20 de julio de 1998, sobre la información a incorporar en las cuentas anuales relativa al efecto 2000» —BOE, de 28 de julio—. Además, en cuanto pueda afectar, habrá de tenerse presente la contestación «Sobre el tratamiento contable de los gastos de viaje personal, entendiéndose por tales, manutención, alojamiento y transporte y de las dietas de los consejeros» —consulta núm. 4 del BOICAC, núm. 9 de abril de 1992, pp.73-74—; la contestación «Sobre el tratamiento

contable de la deuda por el dividendo mínimo de las acciones sin voto» —consulta núm. 3 del *BOICAC*, núm. 13 de mayo de 1993, pp.81 y 82—; la contestación sobre el «Tratamiento contable de los *rappels*» —consulta núm. 2 del *BOICAC*, núm. 17 de julio de 1994, pp.94-95—; la contestación «Sobre la consideración contable de la retribución de los administradores de una sociedad» —consulta núm. 1 del *BOICAC*, núm. 21 de abril de 1995, p. 43—; la contestación sobre el «Tratamiento contable de los gastos producidos en una empresa como consecuencia de la entrega de bienes al personal de la misma en contraprestación de los servicios prestados» —consulta núm. 2 del *BOICAC*, núm. 24 de febrero de 1996, p. 58—].

18.^a Ventas y otros ingresos.

En la contabilización de la venta de bienes se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

- a) Las ventas se contabilizarán sin incluir los impuestos que gravan estas operaciones. Los gastos inherentes a las mismas, incluidos los transportes a cargo de la empresa, se contabilizarán en las cuentas correspondientes del grupo 6, sin perjuicio de lo establecido en las reglas d) y e) siguientes.
- b) Los descuentos y similares incluidos en factura que no obedezcan a pronto pago se considerarán como menor importe de la venta.
- c) Los descuentos y similares que sean concedidos por la empresa por pronto pago, estén o no incluidos en factura, se considerarán gastos financieros, contabilizándose en la cuenta 665.
- d) Los descuentos y similares que se basen en haber alcanzado un determinado volumen de pedidos se contabilizarán en la cuenta 709.
- e) Los descuentos y similares posteriores a la emisión de la factura originados por defectos de calidad, incumplimiento de los plazos de entrega u otras causas análogas se contabilizarán en la cuenta 708.
- f) La contabilización de los envases cargados en factura a los clientes, con facultad de su recuperación, queda expuesta en la cuenta 436.

En la contabilización de ingresos por servicios serán de aplicación las reglas a) a e).

En la contabilización de los beneficios por enajenación del inmovilizado o de inversiones financieras temporales, se incluirán como menor importe de los mismos los gastos inherentes a la operación.

19.^a Dotaciones a la provisión para pensiones y obligaciones similares.

En la contabilización de las dotaciones a la provisión para pensiones y obligaciones similares se incluirán los gastos devengados, por las estimaciones realizadas según cálculos actuariales, con el objeto de nutrir los fondos internos necesarios para cubrir las obligaciones legales o contractuales, sin perjuicio de la imputación a la provisión de los rendimientos financieros generados a su favor.

20.^a Subvenciones de capital.

Las subvenciones de capital de cualquier clase se valorarán por el importe concedido cuando tengan carácter de no reintegrables. A estos efectos serán no reintegrables aquellas en las que ya se hayan cumplido las condiciones establecidas para su concesión o en su caso, no existan dudas razonables sobre su futuro cumplimiento.

Las recibidas con carácter de no reintegrables se imputarán al resultado del ejercicio en proporción a la depreciación experimentada durante el período por los activos financiados con dichas subvenciones.

En el caso de activos no despreciables, la subvención se imputará al resultado del ejercicio en el que se produzca la enajenación o baja en inventario de los mismos.

21.^a Cambios en criterios contables y estimaciones.

Por aplicación del principio de uniformidad no podrán modificarse los criterios de contabilización de un ejercicio a otro, salvo casos excepcionales que se indicarán y justificarán en la memoria y siempre dentro de los criterios autorizados por este texto. En estos supuestos, se considerará que el cambio se produce al inicio del ejercicio y se incluirá como resultados extraordinarios en la cuenta de pérdidas y ganancias el efecto acumulado de las variaciones de activos y pasivos, calculadas a esa fecha, que sean consecuencia del cambio de criterio.

Los cambios en aquellas partidas que requieren para su valoración realizar estimaciones y que son consecuencia de la obtención de información adicional, de una mayor experiencia o del conocimiento de nuevos hechos, no deben considerarse a los efectos señalados en el párrafo anterior como cambios de criterio contable.

22.^a Principios y normas de contabilidad generalmente aceptados.

Se considerarán principios y normas de contabilidad generalmente aceptados los establecidos en:

- a) El Código de Comercio y la restante legislación mercantil.
- b) El Plan General de Contabilidad y sus adaptaciones sectoriales.
- c) Las normas de desarrollo que, en materia contable, establezca en su caso el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, y
- d) la demás legislación que sea específicamente aplicable.»

ANEXO II
Criterios para la determinación del coste de producción
Presidencia del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
Resolución, de 9 mayo 2000⁸⁹⁹

El Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre (RCL 1990\2682 y RCL 1991\676), por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, establece en su disposición final quinta que el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, mediante resolución, podrá dictar normas de obligado cumplimiento que desarrollen las normas de valoración del Plan General de Contabilidad; habiendo sido recogido con igual alcance en el apartado 3 de la disposición final primera del Real Decreto 776/1998, de 30 de abril (RCL 1998\1204 y 1647), por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y las normas de información presupuestaria de estas entidades.

De acuerdo con lo anterior, y ante las numerosas cuestiones planteadas ante este Instituto en relación con el coste de producción, tanto por empresas como por otras entidades, se hace necesario establecer una norma que aclare y recoja los criterios que, con carácter general, deben ser tenidos en cuenta para llevar a cabo esta valoración. En concreto, la quinta parte del Plan General de Contabilidad hace referencia al coste de producción como criterio de valoración de elementos patrimoniales en tres normas de valoración, que se indican a continuación

Norma de valoración segunda «Inmovilizado material»: Indica lo siguiente en relación con la valoración de los bienes del inmovilizado material fabricados o construidos por la propia empresa:

«1. Valoración.

Los bienes comprendidos en el inmovilizado material deben valorarse al precio de adquisición o al coste de producción. Cuando se trate de bienes adquiridos a título gratuito se considerará como precio de adquisición el valor venal de los mismos en el momento de la adquisición.

Se incorporará al valor del inmovilizado correspondiente el importe de las inversiones adicionales o complementarias que se realicen, valorándose éstas de acuerdo con los criterios establecidos en el párrafo anterior.

[...]

3. Coste de producción.

El coste de producción de los bienes fabricados o construidos por la propia empresa se obtiene añadiendo al precio de adquisición de las materias primas y otras materias consumibles los demás costes directamente imputables a dichos bienes. Deberá añadirse la parte que razonablemente corresponda de los costes indirectamente imputables a los bienes de que se trata, en la medida en que tales costes correspondan al período de fabricación o construcción.

Se permite la inclusión de los gastos financieros en el coste de producción, siempre que tales gastos se hayan devengado antes de la puesta en condiciones de funcionamiento del activo y hayan sido girados por el proveedor o correspondan a préstamos u otro tipo de financiación ajena, destinada a financiar la fabricación o construcción. En este caso, su inscripción en el activo deberá señalarse en la Memoria».

Norma de valoración cuarta «Inmovilizado inmaterial»: Remite a la norma de valoración segunda, ya indicada, a efectos de valorar los elementos del inmovilizado inmaterial por el coste de producción.

⁸⁹⁹ BOE, de 13 junio 2000, núm. 141/2000 [pág. 20846]— RCL 2000\1328—.

Norma de valoración decimotercera «Existencias»: Regula el coste de producción de dichos activos, señalando:

«3. Coste de producción.

El coste de producción se determinará añadiendo al precio de adquisición de las materias primas y otras materias consumibles los costes directamente imputables al producto. También deberá añadirse la parte que razonablemente corresponda de los costes indirectamente imputables a los productos de que se trate, en la medida en que tales costes correspondan al período de fabricación».

Con objeto de completar lo anterior, hay que indicar que, con ocasión de determinadas adaptaciones sectoriales del Plan General de Contabilidad, se han ido recogiendo normas específicas aplicables a los sectores de actividad a que van dirigidas dichas adaptaciones; en concreto, la adaptación del Plan General de Contabilidad a las empresas constructoras, aprobada por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 27 de enero de 1993 (RCL 1993\387, 854 y 1294), regula la valoración de la obra en curso en la norma de valoración decimotava contenida en la quinta parte de dicha adaptación del Plan General de Contabilidad.

Por su parte, las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las empresas inmobiliarias, aprobadas mediante Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 28 de diciembre de 1994 (RCL 1995\19, 160 y 553), han recogido determinadas normas en las que se incluyen criterios de valoración de construcciones.

Sobre la base de todo lo expuesto y con el objeto de desarrollar y complementar las referidas normas de valoración de la quinta parte del Plan General de Contabilidad y los criterios asumidos en las diferentes adaptaciones sectoriales del Plan General de Contabilidad, se desprende la necesidad que existe de delimitar y establecer criterios, aplicables por cualquier tipo de empresa, para cuantificar el coste de producción.

Entrando ya en el análisis del contenido de la presente Resolución, la norma primera se dedica a su ámbito de aplicación, estableciendo que será aplicable para la determinación del coste de producción de los productos, entendiéndose como tales, tanto los bienes producidos como los servicios prestados por la empresa. Asimismo, también será de aplicación para la determinación del coste de producción de los elementos del inmovilizado, aunque en este caso habrá que tener en cuenta las necesarias adaptaciones terminológicas de acuerdo con la naturaleza del activo a construir. En consecuencia, la presente Resolución debe entenderse aplicable tanto a existencias como inmovilizados, sin perjuicio de las referencias explícitas, realizadas en las normas novena y décima, al inmovilizado en curso y a las existencias de ciclo largo en curso, que regulan la imputación de gastos financieros y las diferencias de cambio en moneda distinta del euro para los citados activos exclusivamente.

La norma segunda se dedica a la determinación del coste de producción, disponiendo que para ello habrá que tener en cuenta los costes directamente imputables al producto (materias primas, personal, etc.), así como la parte que razonablemente corresponda de los costes indirectamente imputables, tal y como establece la norma de valoración decimotercera del Plan General de Contabilidad, reproducida anteriormente.

Por consiguiente, en las normas tercera y cuarta, se define el concepto de costes directos e indirectos; la diferencia existente entre ambos radica en que los primeros pueden ser asignados a un producto en concreto, mientras que los segundos no poseen esa característica, por lo que necesitan unos criterios de distribución para su imputación al producto. Esa posibilidad con respecto a la asignación se aplicará, en su caso, teniendo en cuenta el principio de importancia relativa establecido en la primera parte del Plan General de Contabilidad.

En relación con lo anterior y con objeto de aclarar posibles dudas, parece conveniente referirse a ciertas cuestiones que presentan particularidades en cuanto a la asignación de los costes que se derivan de ellas. Entre otras, se pueden señalar:

Cuando en la asignación de costes existan correcciones valorativas reversibles (provisiones) de elementos patrimoniales utilizados en la fabricación del producto, no se tomarán en consideración a efectos de determinar el coste de producción, en la medida que su naturaleza es de carácter temporal.

También hay que considerar los elementos patrimoniales utilizados en la fabricación del producto que se hayan financiado mediante una subvención; en este caso los costes asignados derivados de dicho elemento no se minorarán en el importe imputable a dicha subvención, salvaguardando así el hecho de que, con carácter general, la forma de financiar un bien no afecte a su precio de adquisición o coste de producción.

Por último, en relación con estos aspectos, el valor residual negativo de los elementos del inmovilizado empleados en el proceso productivo deberá ser tenido en cuenta para la determinación del coste de producción, en la medida que se pondrá de manifiesto a lo largo de su vida útil.

El apartado 2 de la norma cuarta desarrolla los criterios racionales que deben aplicarse para la imputación de los costes indirectos, a los que hace mención la norma de valoración decimotercera del Plan General de Contabilidad, regulando los aspectos mínimos que garantizan la aplicación racional de la distribución de los costes indirectos (los cuales, en la práctica, presentan una importancia creciente), tomando en consideración lo siguiente:

Se deben diferenciar los distintos ámbitos que constituyen la actividad de la empresa y que suceden al aprovisionamiento previo, es decir, fabricación, administración, comercialización, etcétera.

Resultarán imputables al coste de producción del producto los costes indirectos que correspondan al ámbito de fabricación, elaboración o construcción.

A este respecto, es conveniente aclarar que los costes de administración, en la medida que sean específicos de un determinado proceso de fabricación deberán asignarse al coste de producción, sin perjuicio de lo dispuesto para los gastos generales de administración o dirección, los cuales, en ningún caso, formarán parte del coste de producción del producto, tal y como establece la norma octava de la presente Resolución.

En relación con la diferenciación de los costes generalizada por la doctrina, entre costes fijos -aquellos que permanecen inalterados con el volumen de producción- y costes variables -los que están correlacionados con el volumen de producción-, conviene señalar que la posible diversidad en cuanto a la concepción de unos y otros debido a que el grado de variabilidad de los costes debe ser considerado con respecto a un determinado nivel de actividad productiva y para un período de tiempo concreto, junto con la existencia de costes mixtos (semivariantes o semifijos y escalonados) ha determinado que se haya prescindido de esta diferenciación en la presente Resolución.

Por lo que respecta a los costes de subactividad hay que resaltar que no forman parte del coste de producción, si bien la medición de la subactividad requiere un planteamiento previo de los costes en que incurre una empresa por encima de la capacidad productiva utilizada; esto es, la subactividad recogerá aquellos costes incurridos por una empresa por la infrautilización de su capacidad productiva prevista como normal, por lo que deben ser imputados al resultado del ejercicio. Y, todo ello, sin perjuicio de que, en el caso de que la subactividad se prolongase en el tiempo, dicha circunstancia deberá ser tenida en cuenta a efectos de realizar, en su caso, las oportunas correcciones valorativas de los elementos patrimoniales afectados.

Por último, señalar que es importante tener presente que los costes de producción deben ser imputados al producto hasta que éste se encuentre terminado, esto es, hasta que esté en condiciones de ser destinado al consumo final o a su utilización por otras empresas.

En la norma quinta «Producción conjunta», se establecen criterios para la imputación de los costes conjuntos a dos o más productos obtenidos simultáneamente en el proceso productivo, para ello se indica que la distribución de estos costes conjuntos se realice, en la generalidad de los casos, con la orientación de que sean lo más paralelos o proporcionales a su valor neto de mercado. En este sentido, es necesario precisar que, cuando por razones de gestión se lleve a cabo una producción común, en la medida que se trata de una decisión de la empresa, el coste de producción deberá cuantificarse de acuerdo con los criterios generales.

Las mermas, es decir, las pérdidas de carácter irreversible derivadas de la naturaleza de la actividad productiva en sentido amplio (desde su incorporación a la empresa hasta su salida), aparecen recogidas en la norma sexta, asumiéndose como criterio racional para su consideración contable el momento en que se produzcan, formando parte del coste de producción las originadas durante el proceso de fabricación, mientras que, por el contrario, las mermas que se produzcan en los productos terminados no forman parte del coste de producción del producto y se reflejarán como una pérdida del ejercicio en que tengan lugar. En el caso de que se produzcan pérdidas de carácter extraordinario, éstas se registrarán en la cuenta de pérdidas y ganancias de acuerdo con dicha naturaleza.

En la norma séptima se regula el tratamiento de los gastos de comercialización, los gastos posteriores a la venta del producto, así como de las dotaciones a las provisiones para otras operaciones de tráfico -que estarán reflejadas como «Provisión para otras operaciones de tráfico» en el pasivo del Balance-, indicando que no forman parte del coste de producción del producto, en la medida que se trata de costes que no se corresponden con el período de fabricación.

Por su parte, la norma octava se dedica a los gastos generales de administración o dirección, estableciendo, como regla general, que no formarán parte del coste de producción, sin perjuicio de lo indicado para los costes de administración específicos del ámbito de fabricación. En tal sentido, en la letra a) «Trabajos auxiliares para ejecución de obras» del apartado 5 «Normas particulares de existencias» de la norma de valoración decimotercera de la quinta parte de las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las empresas constructoras, aprobadas por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 27 de enero de 1993, se recoge el tratamiento que debe aplicarse a las instalaciones generales y específicas, así como a los gastos de retirada, liquidación de obras y otros, que puede servir de orientación para diferenciar los gastos de administración generales y los específicos al proceso de fabricación.

En la norma novena de esta Resolución se permite incorporar los gastos financieros como mayor valor del inmovilizado en curso y de las existencias de ciclo largo en curso, esto es, aquellas existencias cuyo proceso de fabricación sea superior a un año, sin tener en cuenta las interrupciones. Si bien dicha opción no aparece reflejada expresamente respecto de las existencias en la norma de valoración decimotercera de la quinta parte del Plan General de Contabilidad, tanto el fondo económico subyacente en las existencias de ciclo largo de producción como el tratamiento recogido en la norma de valoración segunda de la quinta parte de las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las empresas inmobiliarias, aprobadas por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 28 de diciembre de 1994, han impulsado a incluir el mismo criterio en esta Resolución. De la misma manera, el procedimiento asumido para la capitalización de los gastos financieros es el establecido en la referida norma de valoración segunda de la quinta parte de las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las empresas inmobiliarias, el cual se basa en el contenido de la norma sexta de la Resolución de 30 de julio de 1991 (RCL 1992\110), del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se dictan normas de valoración del inmovilizado material. Se incluyen los siguientes criterios generales para la capitalización de gastos financieros:

Se incorporarán como mayor valor de los activos los gastos financieros devengados hasta el momento en que las existencias de ciclo largo estén en condiciones de ser destinadas al consumo final o a su utilización por otras empresas y hasta la puesta en condiciones de funcionamiento del inmovilizado en construcción.

Se deberá suspender la capitalización de los gastos financieros durante las interrupciones que se produzcan en el proceso de fabricación o construcción.

El límite de la capitalización de los gastos financieros es el valor de mercado o de reposición de los respectivos activos, por lo que el exceso de los gastos financieros devengados respecto de los citados valores deberá ser registrado como gasto del ejercicio.

En lo referente al contenido de la norma décima, «Diferencias de cambio en moneda distinta del euro», tan sólo indicar que se ha procedido a desarrollar el contenido del apartado 6, «Normas especiales», de la norma de valoración decimocuarta del Plan General de Contabilidad, si bien ampliando su ámbito de aplicación a las existencias de ciclo largo de fabricación.

Por lo que respecta a la norma undécima, dedicada a los métodos de valoración de existencias, se ha asumido como método prioritario el precio medio ponderado o coste medio ponderado, siempre que el precio de adquisición o el coste de producción de cada existencia no sea identificable de forma individualizada; admitiéndose, asimismo, la valoración de las existencias que resulta de la aplicación de otros métodos de ordenación de entradas y salidas, como es el caso de los métodos denominados FIFO, LIFO y otros análogos, en la medida que se alcance, mediante su utilización, el objetivo de imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados que persiguen las cuentas anuales.

En esta norma undécima se tratan los siguientes aspectos que desarrollan y completan el contenido de la norma de valoración decimotercera del Plan General de Contabilidad:

Se concreta el momento temporal de aplicación de los métodos de ordenación de entradas y salidas de existencias.

La valoración de las existencias se basa en su coste real no admitiéndose a estos efectos, por tanto, el coste estándar, excepto cuando su aplicación, de acuerdo con el principio de importancia relativa, sea posible.

Las devoluciones de compras se imputarán como menor valor de las existencias objeto de devolución.

La incorporación al inventario de la empresa de las existencias procedentes de devoluciones de ventas, se realizará por el precio de adquisición o coste de producción que les corresponda a dichas existencias, de

acuerdo con el método de ordenación de entradas y salidas de existencias utilizado; excepto cuando el valor de mercado que les corresponda fuera inferior al citado precio de adquisición o coste de producción, circunstancia que se producirá, con carácter general, cuando las existencias devueltas presenten anomalías, deterioros u otra situación análoga, en cuyo caso se registrarán por dicho importe.

Los «rappels» por compras o descuentos por volumen y otros descuentos y similares originados por incumplimiento de las condiciones del pedido que sean posteriores a la recepción de la factura, se imputarán directamente como menor valor de las existencias a las que correspondan, y en el caso de que una parte de estas existencias hayan sido enajenadas o dadas de baja, se imputarán como menor valor de las existencias que permanezcan en el inventario final la proporción de dichos descuentos concedidos que les sea imputable. Cuando no fuera posible identificar las existencias a las que se refieren los «rappels» por compras y los citados descuentos, no afectarán al valor de las existencias, sin perjuicio, en todo caso, de reflejarse como ingreso del ejercicio en que se devenguen de acuerdo con su naturaleza. En definitiva, en relación con los «rappels» por compras y con los referidos descuentos y similares, se establece el criterio asumido por este Instituto en la contestación a diversas consultas planteadas al respecto, consistente en que únicamente en la medida en que estos «rappels» y descuentos puedan ser imputados razonablemente a un conjunto definido de compras, conocido al cierre del ejercicio, deben ser considerados como minoración de aquellas existencias a las que sean imputables y en proporción al descuento que les sea concedido a ellas.

En cualquier caso, el criterio utilizado para la valoración de existencias será mantenido uniformemente en el tiempo y aplicarse de forma sistemática al conjunto de las existencias de la empresa, de acuerdo con lo establecido por el principio de uniformidad contenido en la primera parte del Plan General de Contabilidad; en caso de cambio de criterio contable se atenderá a lo prescrito por la norma de valoración vigésima primera de la quinta parte del Plan General de Contabilidad y por el artículo 30 del Código de Comercio.

En la norma duodécima, que se refiere a las correcciones de valor de las existencias, se ha procedido a definir los conceptos de precio de reposición de las materias primas, valor neto de realización de las materias primas y valor de realización, con el fin de aclarar los citados términos que aparecen en la norma de valoración decimotercera del Plan General de Contabilidad, si bien deben ser entendidos a los efectos de esta Resolución y con el alcance en ella previsto.

Finalmente, cabe reseñar que no se ha incluido una norma específica referente a la información a suministrar en la Memoria de las cuentas anuales se ha optado por indicar en cada norma la información que se debe incluir en la Memoria, logrando de esta forma una regulación completa y sistemática de cada hecho. A continuación se extraen las menciones relacionadas con esta Resolución que se deben señalar en la Memoria:

Los criterios de imputación de costes empleados y, en caso de que por razones excepcionales y justificadas se llegaran a modificar dichos criterios, se deberán señalar las razones por las cuales se han modificado, indicando la incidencia cuantitativa que producen dichas modificaciones en las existencias.

Se justificarán los criterios o indicadores utilizados en la asignación de los costes conjuntos.

Como novedad, en el caso de que se hubiera empleado el método LIFO u otro análogo, se incluye la obligación de informar sobre el importe de la diferencia de valoración de las existencias que se produce con respecto a la valoración que resultaría de haberse aplicado el método del precio medio ponderado o coste medio ponderado.

Se deberá justificar convenientemente la aplicación del coste estándar para la valoración de las existencias en la medida que dicha valoración no difiera significativamente con respecto a la valoración que se deduciría de haber aplicado lo dispuesto en la presente Resolución.

Se informará sobre la influencia que se produce en la valoración de existencias como consecuencia de las devoluciones de compras y operaciones similares y de los «rappels» por compras concedidos.

De acuerdo con todo lo expuesto anteriormente, teniendo en cuenta la necesidad de precisar y desarrollar el concepto de coste de producción debido a que algunos de los criterios recogidos en adaptaciones sectoriales pudieran tener alcance general en el caso de que se tratase de supuestos similares, y con objeto de proporcionar una norma que recoja igualmente los criterios que este Instituto ha mantenido en diversas contestaciones a consultas recibidas; en virtud del artículo 2 de la Ley 19/1988 (RCL 1988\1538), de Auditoría de Cuentas; de la disposición final quinta del Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, y del apartado 3 de la disposición final primera del Real Decreto 776/1998, de 30 de abril, por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de

Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y las normas de información presupuestaria de estas entidades, este Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas dicta la siguiente Resolución:

Primera. *Aplicación*.-1. La presente Resolución será de aplicación, con carácter general, para la determinación del coste de producción de los productos -bienes y servicios- comprendidos en las existencias, que sean o hayan sido fabricados o elaborados por la propia entidad.

2. También es aplicable, con las necesarias adaptaciones terminológicas, para la determinación del coste de producción del inmovilizado fabricado o construido por la propia entidad.

Segunda. *Coste de producción*.-El coste de producción de un producto es el formado por el precio de adquisición -determinado de acuerdo con lo señalado en las normas de valoración del Plan General de Contabilidad- de las materias primas y otras materias consumibles necesarias para su producción, así como los costes directamente imputables al producto, y la parte que razonablemente corresponda de los costes indirectamente imputables al producto de que se trate, en la medida en que tales costes correspondan al período de fabricación, elaboración o construcción.

Tercera. *Costes directos*.-Costes directos son los que se derivan de recursos cuyo consumo se puede medir y asignar de forma inequívoca a un determinado producto.

Cuarta. *Costes indirectos*.-1. Costes indirectos son los que se derivan de recursos que se consumen en la fabricación, elaboración o construcción de un producto, afectando a un conjunto de actividades o procesos, por lo que no resulta viable una medición directa de la cantidad consumida por cada unidad de producto. Por ello, para su imputación al producto, es necesario emplear unos criterios de distribución o reparto previamente definidos.

2. La distribución o reparto de los costes indirectos entre los diferentes productos responderá a unos criterios de imputación razonables, para lo que se tendrá en cuenta, al menos, lo siguiente:

Se identificarán de forma específica los costes indirectos que deben ser asignados al ámbito de fabricación de la empresa, incluidos, en su caso, los de control de calidad, así como los de administración específicos u otros que estén vinculados a la producción. Estos costes indirectos se imputarán como mayor importe del coste del producto, salvo los costes de subactividad.

Se entiende por costes de subactividad aquellos que son consecuencia de la no utilización total o parcial de algún elemento en su capacidad productiva normal; dichos costes se considerarán gasto del ejercicio y su medición se determinará a partir de los costes que no varían a corto plazo con el nivel de producción, teniendo presente la proporción resultante entre la actividad real y la capacidad normal de producción. A estos efectos, se entiende por capacidad normal de producción la que puede llegar a desarrollar un equipo productivo en condiciones adecuadas en términos económicos racionales.

3. De acuerdo con el principio de uniformidad, los criterios de distribución o reparto de los costes indirectos se habrán de preestablecer sistemáticamente y se deberán mantener uniformemente a lo largo del tiempo en tanto no se alteren los supuestos que motivaron la elección de un criterio.

4. La asignación e imputación de costes a los productos se realizará hasta que dichos productos estén terminados, es decir, cuando se hallen en condiciones de ser destinados al consumo final o a su utilización por otras empresas.

5. En la Memoria de las cuentas anuales se incluirá información acerca de los criterios de imputación de costes empleados y, en caso de que por razones excepcionales y justificadas se llegaran a modificar dichos criterios, deberán hacerse constar estas razones, indicando la incidencia cuantitativa que producen dichas modificaciones en las existencias y en el resultado del ejercicio.

Quinta. *Producción conjunta*.-1. Si en un determinado proceso de fabricación, de forma inexorable, se fabrica simultáneamente más de un producto, la asignación de los costes que no son imputables a un producto concreto se basará en criterios o indicadores lo más objetivos posibles con la orientación, con carácter general, de que los costes imputados a cada producto sean lo más paralelos o proporcionales al valor neto de mercado o de realización del citado producto. En la Memoria de las cuentas anuales se señalarán los criterios o indicadores utilizados en la asignación de los referidos costes.

2. Si en el proceso de fabricación se obtienen adicionalmente subproductos, residuos, desechos, desperdicios o materiales recuperados, su valoración se realizará de acuerdo con lo indicado en el número anterior. No obstante, cuando esta valoración sea de importancia secundaria, se podrán valorar por el valor neto de realización o el precio de reposición, según corresponda, importe que se deducirá del coste del producto o productos principales.

3. A efectos de esta norma, tendrán la consideración de:

Subproductos: Los de carácter secundario o accesorio de la fabricación principal.

Residuos, desechos o desperdicios: Los obtenidos inevitablemente y al mismo tiempo que los productos o subproductos, siempre que tengan valor intrínseco y puedan ser reutilizados o vendidos.

Materiales recuperados: Los que, por tener valor intrínseco, entran nuevamente en almacén después de haber sido utilizados en el proceso productivo, y una vez que han sido reacondicionados para su uso.

Sexta. *Mermas en los procesos productivos.*- 1. Formarán parte del coste de producción del producto las mermas derivadas del proceso de fabricación hasta que el producto esté terminado.

2. Las mermas producidas en los productos terminados se consideran una pérdida del ejercicio en que se producen y se recogerán contablemente a través del registro de las existencias finales.

Séptima. *Gastos de comercialización y gastos posteriores a la venta.*-1. Gastos de comercialización son aquellos en que incurre una empresa para llevar a cabo la comercialización de los productos y que son, por tanto, necesarios para realizar las ventas y entregas de los productos. Estos gastos no formarán parte del coste de producción de un producto.

2. Las comisiones de ventas se imputarán al ejercicio en que se devenguen los ingresos producidos por dichas ventas, por lo que serán, en su caso, objeto de periodificación.

3. Los gastos posteriores a la venta del producto por devoluciones de ventas, garantías de reparación, revisiones y otros conceptos análogos, así como las dotaciones a las provisiones para otras operaciones de tráfico que correspondan de acuerdo con el Plan General de Contabilidad, no formarán parte del coste de producción del producto.

Octava. *Gastos generales de administración o dirección de empresa.*-Gastos generales de administración o dirección de empresa son aquellos en que incurre una empresa para llevar a cabo la gestión, organización o control, no estando relacionados con el ciclo de producción. Estos gastos no forman parte del coste de producción del producto.

Novena. *Gastos financieros.*-1. Gastos financieros son aquellos que se derivan de la utilización de recursos financieros ajenos a la empresa para el desarrollo de su actividad. Entre otros, se consideran gastos financieros, los intereses y comisiones devengados como consecuencia de la utilización de fuentes ajenas de financiación.

2. Se permite incorporar los gastos financieros como mayor valor de las existencias en curso cuyo proceso de fabricación sea de ciclo largo, esto es, aquellas existencias cuyo proceso de fabricación sea superior a un año, sin computar en este plazo las interrupciones, y siempre que dichos gastos financieros se hayan devengado antes de que las existencias estén en condiciones de ser destinadas al consumo final o a su utilización por otras empresas.

También se permite incorporar los gastos financieros como mayor valor del inmovilizado en curso, sin tener en cuenta las interrupciones, y siempre que tales gastos se hayan devengado antes de la puesta en condiciones de funcionamiento del inmovilizado.

3. La incorporación de los gastos financieros a que se refieren los apartados anteriores, se realizará de acuerdo con las siguientes reglas:

a) En primer lugar, se entiende que las fuentes específicas de financiación ajena de cada elemento son las primeras a tener en cuenta. A estos efectos, fuentes de financiación específica son aquellas que inequívocamente han sido empleadas para la financiación de las existencias o del inmovilizado en curso, no reputándose como tal la simple nominación de la deuda, es decir, que, en todo caso, debe existir una identificación entre el activo financiado y la deuda correspondiente; en particular, para las existencias de ciclo largo de fabricación se considerarán, en su caso, como fuentes de financiación específicas las deudas comerciales correspondientes a los distintos elementos integrantes de su coste de producción.

La parte correspondiente del importe de los gastos financieros devengados por las fuentes de financiación específicas, se imputará como mayor valor del activo en producción o construcción a que se ha hecho referencia.

b) El importe total de los fondos propios de la empresa se asignará como financiación a cada uno de los elementos, existencias o inmovilizado, en fabricación o construcción, en proporción a su valor contable disminuido en el importe de la financiación específica que se ha hecho referencia en la letra anterior. Al importe de los elementos en fabricación o construcción financiado con fondos propios que resulte de la operación anterior no se le asignará ningún gasto financiero.

c) Al valor contable de las existencias en fabricación y del inmovilizado en curso que resulte una vez descontada la parte financiada con fuentes específicas y fondos propios, de acuerdo con lo indicado en las letras a) y b) anteriores, se le asignará proporcionalmente, como parte de la financiación, el resto de fondos ajenos no comerciales, excluida, en todo caso, la financiación específica de otros elementos del activo.

Al importe de las existencias en fabricación y del inmovilizado en curso que resulte de la aplicación del párrafo anterior, se le asignará la parte correspondiente del importe de los gastos financieros que se devenguen durante el proceso de fabricación o construcción respectivamente, correspondiente a las deudas que de acuerdo con lo anterior financian estos elementos.

4. En ningún caso se podrán capitalizar gastos financieros que hagan que el valor de los citados activos sea superior a su valor de mercado o de reposición, según corresponda a la naturaleza del bien.

5. Los apartados anteriores se aplicarán para la formulación de las cuentas anuales consolidadas, teniendo en cuenta la situación del grupo de sociedades como sujeto contable.

Décima. *Diferencias de cambio en moneda distinta del euro*.-1. Por aplicación del principio del precio de adquisición, las diferencias de cambio en moneda distinta del euro no deben considerarse como rectificaciones del coste de producción del inmovilizado o de las existencias. No obstante, cuando las diferencias de cambio se produzcan en deudas en moneda distinta del euro a plazo superior a un año y destinadas a la financiación específica del inmovilizado en curso o de las existencias de ciclo largo de fabricación en curso, podrá optarse por incorporar la pérdida o ganancia potencial como mayor o menor coste de los activos correspondientes, siempre que se cumplan todas y cada una de las siguientes condiciones:

Que la deuda generadora de las diferencias se haya utilizado inequívocamente para la construcción de un inmovilizado o la fabricación de existencias, concretos e identificados.

Que el período de construcción del inmovilizado o de fabricación de las existencias sea superior a doce meses.

Que la variación en el tipo de cambio se produzca antes de que el inmovilizado esté en condiciones de funcionamiento o que las existencias se encuentren en condiciones de ser destinadas al consumo final o a su utilización por otras empresas.

Que el importe resultante de la incorporación al coste no supere, en ningún caso, el valor de mercado o de reposición del inmovilizado o de las existencias.

2. Los importes capitalizados de acuerdo con esta opción tendrán la consideración de un elemento más del coste de producción del inmovilizado o de las existencias y, por tanto, estarán sujetos, en su caso, a amortización y provisión.

3. Los apartados anteriores se aplicarán para la formulación de las cuentas anuales consolidadas, teniendo en cuenta la situación del grupo de sociedades como sujeto contable.

Undécima. *Métodos de valoración de las existencias*.-1. Cuando se trate de existencias cuyo precio de adquisición o coste de producción no sea identificable de forma individualizada, se adoptará, con carácter general, el método del precio medio ponderado o coste medio ponderado; en ningún caso se admite la media simple para determinar dichos parámetros.

2. Para la valoración de existencias, los métodos de ordenación de entradas y salidas FIFO (primera entrada, primera salida), LIFO (última entrada, primera salida) u otro análogo son aceptables y pueden adoptarse, si la empresa los considera más convenientes para su gestión, y siempre que mediante dichos métodos la

valoración obtenida permita conseguir el objetivo de imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa.

3. Con carácter general, la aplicación de los métodos indicados se realizará, durante el ejercicio económico, en cada momento en que tengan lugar las correspondientes entradas y salidas de existencias. No obstante, se admitirá la aplicación de dichos métodos cada cierto período de tiempo, siempre que resulte necesario para la gestión propia de la empresa y de tal forma que el final del último período considerado coincida con la fecha de cierre del ejercicio. En cualquier caso, se deberán aplicar de forma sistemática y uniforme al conjunto de existencias de la empresa, justificándose, en la Memoria de las cuentas anuales, los períodos utilizados.

4. Si se emplea el método LIFO (última entrada, primera salida) u otro análogo, en la Memoria de las cuentas anuales se informará sobre la diferencia de valoración de las existencias que existe con respecto a la valoración que se deduciría de haber aplicado el método del precio medio ponderado o coste medio ponderado.

5. No se admite el empleo del coste estándar para la valoración de las existencias, salvo cuando, de acuerdo con el principio de importancia relativa, no exista diferencia significativa con respecto a la valoración que se deduciría de haber aplicado lo dispuesto en la presente Resolución. Esta circunstancia deberá indicarse claramente en la Memoria de las cuentas anuales.

6. A efectos de la valoración de existencias, las devoluciones de compras se imputarán como menor valor de las existencias objeto de devolución; en el caso de que no fuera viable identificar las existencias devueltas, se imputarán como menor valor de las existencias que correspondan de acuerdo con el método de ordenación de entradas y salidas de existencias utilizado por la empresa.

En la Memoria de las cuentas anuales se indicará la influencia de las devoluciones de compras en la valoración de existencias.

7. A efectos de la valoración de existencias, las procedentes de devoluciones de ventas se incorporarán por el precio de adquisición o coste de producción que les correspondió de acuerdo con el método de ordenación de entradas y salidas de existencias utilizado, salvo que su valor de mercado fuera menor, en cuyo caso se registrarán por dicho importe.

En la Memoria de las cuentas anuales se indicará la influencia de las devoluciones de ventas en la valoración de existencias.

8. Los «rappels» por compras, es decir, descuentos y similares que se basen en haber alcanzado un determinado volumen de pedidos, así como otros descuentos originados entre otras causas, por incumplimiento de las condiciones del pedido que sean posteriores a la recepción de la factura, se imputarán directamente como menor valor de las existencias que los causaron, si una parte de esas existencias no se pudiera identificar, los «rappels» y otros descuentos y similares se imputarán como menor valor de las existencias identificadas en proporción al descuento que les sea imputable el resto de los «rappels» por compras y otros descuentos y similares, no afectarán al valor de las existencias; en todo caso se registrarán como un ingreso del ejercicio en que se devenguen de acuerdo con su naturaleza.

En la Memoria de las cuentas anuales se indicará la influencia de los «rappels» por compras y de otros descuentos y similares originados por incumplimiento de las condiciones del pedido que sean posteriores a la recepción de la factura, en la valoración de existencias.

9. De acuerdo con el principio de uniformidad contenido en la primera parte del Plan General de Contabilidad, una vez adoptado un método de valoración de existencias deberá mantenerse uniformemente en el tiempo y aplicarse para el conjunto de existencias de la empresa que presenten similares características o naturaleza. No obstante, con carácter excepcional, se podrá cambiar el método de valoración de las existencias siempre que se haya producido una modificación de las circunstancias que exija el cambio de criterio para conseguir un mejor reflejo de la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa, que deben suministrar las cuentas anuales.

En este sentido, en los cambios de criterios contables en la valoración de existencias habrá que tener en cuenta la norma de valoración vigésima primera de la quinta parte del Plan General de Contabilidad; el efecto acumulado del citado cambio se calculará, como mínimo, a partir de la información que se deriva de los libros, documentación y justificantes que el empresario debe conservar obligatoriamente de acuerdo con lo previsto en el Código de Comercio.

Duodécima. *Correcciones de valor.*-1. Cuando el valor de mercado de las existencias, o cualquier otro valor que le corresponda sea inferior a su precio de adquisición o coste de producción, procederá efectuar correcciones valorativas, dotando a tal efecto la pertinente provisión, cuando la depreciación sea reversible. Si la depreciación fuera irreversible, esto es, cuando se produzcan en las existencias deterioros sin posibilidad de recuperación, se tendrá en cuenta tal circunstancia al valorar las existencias, es decir, dándose de baja el valor de éstas. A estos efectos, se entenderá por valor de mercado:

- a) Para las materias primas, su precio de reposición. Cuando no se vaya a continuar con la producción del producto del que forman parte las materias primas o éstas no se vayan a utilizar en el proceso productivo de tales productos, el valor de mercado de dichas materias primas será el valor neto de realización si fuese menor que el precio de reposición.
- b) Para las mercaderías y los productos terminados, su valor de realización, deducidos los gastos de comercialización que correspondan.
- c) Para los productos en curso, el valor de realización de los productos terminados correspondientes, deducidos la totalidad de costes de fabricación pendientes de incurrir y los gastos de comercialización.

No obstante lo anterior, los bienes que hubieren sido objeto de un contrato de venta en firme cuyo cumplimiento deba tener lugar posteriormente no serán objeto de la corrección valorativa indicada en el párrafo precedente, a condición de que el precio de venta estipulado en dicho contrato cubra, como mínimo, el precio de adquisición o el coste de producción de tales bienes, más todos los costes pendientes de realizar que sean necesarios para la ejecución del contrato.

2. A estos efectos, se entiende por:

Precio de reposición de las materias primas: Importe necesario para adquirir o producir las materias primas que sustituirán a las que se están utilizando.

Valor neto de realización de las materias primas: Importe que se puede obtener por la enajenación de las materias primas en el mercado, deduciendo los costes estimados de venta necesarios para llevarla a cabo (gastos de comercialización).

Valor de realización: Importe que se puede obtener por la enajenación de las existencias, teniendo en cuenta las características y el estado de avance productivo en que se encuentre dicho bien.

ANEXO III

JURISPRUDENCIA

Como se ha podido observar la normativa ordenadora del régimen jurídico de la venta a pérdida plantea problemas interpretativos. De ahí que tras más de una década desde la aprobación de la norma tan sólo hayan unas pocas sentencias en la jurisdicción ordinaria. Cronológicamente la SAP de Cádiz, de 12 de junio de 1992, «Publicitarios de Andalucía c. Escaparate, S.L.» por venta a pérdida de revista, no apreciada por el Tribunal; SAP de Cantabria, de 12 de mayo de 1993, «Unión Cántabra de Empresarios Detallistas de Alimentación c. Centros Comerciales Pryca» por venta de productos en supermercado «Pryca» de Santander a precio inferior a su coste, aunque no lo aprecia el Tribunal porque no entiende probada la estrategia eliminatoria que exige el artículo 17.2. c) de la LCD; Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, de 6 de junio de 1995, «Confederación de Comercio de Cataluña c. Hiperacor, S.A.» por venta a pérdida de juguetes; SAP de Asturias, de 4 de octubre de 1995, «Centro Asesor Asturiano, S.L. c. Malui, S.L.» por competencia desleal del antiguo trabajador al ofrecer tarifas más bajas, aunque no se reconoce por el Tribunal; Sentencia del Juzgado número 6 de 1.ª Instancia de Sabadell, de 22 de diciembre de 1995, «Confederación de Comercio de Cataluña c. Hiperacor, S.A. y Alcampo, S.A.», por venta a pérdida de juguetes en campaña navideña. Desestimada contra «Hiperacor, S.A.», y estimada contra «Alcampo, S.A.»⁹⁰⁰; SAP de Alicante, de 26 de diciembre de 1996, «Electro Bazar Ernesto, S. A., c. Mercantil Celsa, Electrodomésticos Electro 2000, Electrodomésticos Sonido y Don Ramón S.A.» por venta de televidéos a precio inferior al coste y oferta vacía; Sentencia de la AN, Sala de lo Contencioso Administrativo en respuesta al recurso presentado por «Trint España, S.A.» contra la RTDC de 8 de julio de 1992 por precios predatorios al alza para la acaparamiento en la subasta por licitación de las partidas de aceite de oliva lampante que se encontraban en manos del SANPA. Unos de los pocos supuestos por los que se sanciona a la demanda y empresas asociadas por un intento de acaparamiento de productos, una conducta que ha realizado a través de la práctica de precios predatorios al alza y aumento del número de licitadores, todos ellos en connivencia con la empresa demandante; Y recientemente al respecto, la STS de 8 de marzo de 2002 que viene a confirmar la RTDC y la sentencia de la AN de 24 de marzo de 1997; SAP de Badajoz, de 11 de noviembre de 1997, «Industrias Panaderas Extremeñas, S.A. c. Antonio M. B. y otros» por concurrir a una licitación con la venta de pan a un hospital dependiente del INSALUD a un precio inferior al coste según los demandantes, lo que no consiguen probar; SAP de Alicante, de 25 de septiembre de 1998, «Salvador G. E y Joaquín F. M., c. Juan Ramón G. S.» —autoescuelas— relacionada con la prestación del servicio propio de autoescuelas a un precio menor al coste de producción —5000 pesetas de matrícula, 8000 pesetas la enseñanza teórica y 800 pesetas cada clase práctica que según el demandante son inferiores al precio de coste; STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso Administrativo, «Centros Comerciales Pryca, S.A. c. Resolución de 17 de octubre de 1995 del Conseller de Industria y Turismo por la que se desestima el recurso ordinario contra la Resolución de 31 de mayo de 1995, del Director General de Comercio». En el recurso se cuestiona la aplicación de la normativa sectorial Ley Valenciana 8/1986, de 29 de diciembre, que tiene por objeto conforme a su artículo 1 «[...] la regulación administrativa de la actividad comercial realizada en el ámbito territorial de la Comunidad

⁹⁰⁰ Sentencia comentada por MARÍN LÓPEZ, J. J., «Prohibición de venta con pérdida», en *Comentarios a las leyes de Ordenación del ...*, ob. cit., p. 295.

Valenciana, y la ordenación y mejora de sus estructuras comerciales.» Se trata de uno de los pocos supuestos de recurso a la aplicación de la normativa desarrollada con base en las competencias atribuidas a las CC.AA. en materia de comercio interior en el que se viene a aplicar una regulación muy similar a la realizada por el Legislador en el artículo 17.2. de la LCD. Se discute la aplicación de los artículos 26, 33. b) y 48. g) que básicamente vienen a establecer la prohibición de venta a pérdida⁹⁰¹.

⁹⁰¹ Vid. *BOE*, de 30 de enero de 1987, núm. 26, p. 2854; *DOGV*, de 31 de diciembre de 1986, núm. 497. En el artículo 26 se establecía, —tras la aprobación de las citada sentencia del TC y la aprobación de la LOCM es competencia exclusiva del Estado— que «1. A efectos de esta Ley, se consideran ventas a pérdida la reventa que hace un comerciante a precio inferior al de compra o de reposición si el nuevo aprovisionamiento se ha hecho o se puede hacer a la baja.; 2. Se entiende por precio de compra para el comerciante, en los productos revendidos a pérdida, el que resulta de deducir del precio unitario de factura todas las bonificaciones hechas por el suministrador y añadir los impuestos directos sobre el producto y los portes que estén a cargo del comerciante comprador, siempre que todas estas cantidades figuren en la factura o se justifiquen documentalmente; No podrán deducirse las retribuciones y bonificaciones que compensen servicios prestados al margen de la contraprestación correspondiente a la entrega de la mercancía, como la remuneración de la actividad de promoción realizada por los concesionarios, distribuidores, vendedores con franquicia u otros exclusivistas; Si el que vende al consumidor es el mismo fabricante, o si se trata de evaluar la prestación de un servicio complementario de la reventa, el precio equivalente a la compra será el costo de fabricación o de prestación del servicio.» La infracción de este precepto es calificada como una falta grave.

ANEXO IV

Resoluciones del TDC en materia de venta a pérdida y precios predatorios

Entre ellas la de 5 de febrero de 1981, «Cruceiros Ría de Vigo, S. L., c. Vapores de Pasajes, S.A.» — expt. r. 163/80—, por venta a pérdida en la prestación de servicios de los billetes de ida y vuelta, ordinarios, festivos y domingos para línea de pasajeros de Vigo-Cangas, pasando de la tarifa de 40 pesetas para días laborales y 50 para festivos y domingos a 5 pesetas. Por ello, el TDC sancionada a la denunciada porque a su juicio esta práctica constituye «[...] una práctica abusiva de la explotación de su posición de dominante en parte del mercado nacional, consistente en desarrollar una política comercial que tiende, por competencia desleal, a la eliminación del otro competidor, [...]»; resolución de 9 de enero de 1984 «Federación Nacional de Autoescuelas integradas en la Asociación Provincial», por el que solicitan que se declare práctica exceptuable un acuerdo de la Asociación por la que se compromete a no vender por debajo de los costes, una solicitud a la que finalmente no se procedió; resolución de 9 de enero de 1985 «Talleres Griño, S.A., c. Busch Ibérica, S.A. y Griño Rotamik, S.A.» —expt. 213/84—, en aplicación de la LPRC por el denunciante mantenía que las denunciadas vendían las bombas de vaciado marca «Weire» y «Busch» a precios anormalmente bajos, pero sin llegar a probar este extremo; resolución de 17 de julio de 1989, «Asociación Española de Torrefactores de Café c. Nestlé, S.A., Marcillá, S.A., y Saimaza, S.A.» —expt. r.245/89—, por los descuentos realizados en la venta de los cafés «Saimaza», «Crema Marcillá», «La Estrella» y «Bonka» entre enero y noviembre de 1986 por diversos hipermercados, supermercados y autoservicios como «Alcampo», «Continente», «Makro», «Yumbo», «SD», «Día», «Comprabién, Cady», «Karry», «Gama» y «G2» de Madrid y alrededores, salvo «Continente» que realizó el 11 de enero de 1986 su oferta en 12 centros diferentes en Madrid, Barcelona, Palma de Mallorca, Valencia, Elche, La Coruña, Valladolid, Sevilla, Huelva y Campo de Gibraltar; resolución de 20 de abril de 1990 «Asociación de Comerciantes de Recambios de Automóviles de Madrid c. Hipermercados Alcampo» —expt. r.258/89—, por realizar ofertas de neumáticos de diferentes marcas durante un corto periodo de tiempo indicando «lleve 2 y pague 1½», aunque los denunciantes no llegan a probar la realización de una práctica desleal; resolución de 25 de julio de 1990, «Sociedad Cooperativa Andaluza Laboratorio de Análisis Industriales contra el Ilustre Colegio Oficial de Farmacéuticos de Málaga» —expt. r.268/90—, por prácticas abusivas realizadas en los precios de los análisis; resolución de 17 de septiembre de 1990, «Asociación Patronal de Detallistas de Leche de Madrid y su Provincia c. Establecimientos Alfaro, S.A.» —expt. 275/90— por venta de leche por una cadena de supermercados a unos precios que son inferiores al costo; resolución de 9 de mayo de 1991 «APDELE c. Jumbo y algunos de sus proveedores y fabricantes» —expt. 278/1990—, que coincidiendo con el 14 aniversario realiza una oferta 2x1 directamente o a través de un descuento excepcional, siendo el proveedor o el fabricante quien soporta la pérdida aunque los tres investigados mantienen que ninguno de ellos ha vendido a pérdida porque eran descuentos por volumen facturado en especie y porque han recibido colaboración del fabricante lo que unido a una reducción de su margen le permite ofrecer un precio muy competitivo al «Centro Comercial Jumbo»; resolución de 7 de enero de 1992, «Arbora Holding S.A., y Laboratorios Ausonia, S.A.» —expt. 291/90—, en aplicación del 3.d) de la LPRC por concurrir de manera generalizada a diferentes concursos en los que se procedía a adjudicar el suministro de bragas-pañales infantiles a centros hospitalarios y clínicas con ofertas a precios inferiores a sus costes de producción, e incluso regalándolos; también en aplicación de la LPRC, la resolución de 22 de mayo de 1992 «Arbora Holding, S.A. y Ausonia S.A.» —expt. 291/90—, en la que el TDC se pronuncia por primera vez en un supuesto de posición de dominio conjunta y califica la oferta de pañales-bragas a hospitales como «[...] un medio desleal de competencia que perjudica a los restantes competidores al cerrarles el acceso a los concursos de los hospitales y clínicas. Y así ha ocurrido que otras empresas que ofertaban con precios que cubrían sus costes se han visto obligadas a dejar de participar en los concursos porque sus ofertas no tenían éxito ante las de Arbora y

Ausonia»; resolución de 2 de marzo de 1993 «Rank Xerox Española, S.A.» por ofrecer fotocopiadoras en promociones eventuales que pueden operar como barreras de entrada, aunque a juicio del TDC esta conducta no puede ser calificada como predatoria; resolución de 16 de abril de 1993, «Gremio de Librerías de la Agrupación Vallisolitana de Comercio c. Continente, S.A.» —A 47/93—, por ofrecer al público que compre libros de texto un vale descuento del 25 por ciento siempre que se aplique dicho vale a otras compras en el mismo establecimiento; resolución de 26 de septiembre de 1994, «Asociación de Navieros Españoles c. Banco Exterior de España y la Compañía Contenemar, S.A.» —expt. 984/1993—, al indicar el denunciante que la conducta del «Banco Exterior de España» estaba ofreciendo mejores condiciones financieras por los préstamos adeudados por la «Compañía Contenemar» lo que implicaba una distorsión en los fletes, aunque no consigue demostrarlo; resolución contra acto del SDC de 5 de junio de 1997 «Publicaciones de Ciudad Real, S.A. c. Fundación Pública Periódico Lanza y la Diputación Provincial de Ciudad Real» —expt. r.201/1997—, en el que a juicio del denunciante la percepción de una subvención para la realización del periódico «Lanza» y la venta posterior comercialización de dicho periódico supondría un acto de competencia desleal ya que tendrían un coste menor a aquellos concurrentes que no disponen de las citadas subvenciones, aunque a juicio del TDC los precios predatorios no han quedado suficientemente acreditados; resolución de 20 de julio de 1997, «Agrupación de Escuelas de Formación Aeronáutica c. Sociedad Estatal para las Enseñanzas Aeronáuticas, S.A.» —expt. r. 124/95—, por el precio al que se oferta las prácticas; resolución de 11 de julio de 1994, «PRICA en Reus y Tarragona» —expt. r. 82/1994—, por publicación en el «Diario de Tarragona» de un anuncio firmado por «PRICA» y en el que ofrece unas cintas de vídeo entre los días 15 y 30 del mes de 1993 con películas de éxito a precios que el denunciante considera que estaban por debajo del coste. Sin embargo, el TDC debido a la escasa relevancia de esta práctica no afecta de manera sensible a la competencia ni al interés público; resolución contra acto del SDC de 22 de octubre de 1994, «Inter Empresa, Bases de Datos, S.A. c. Departamento de Industria del Gobierno Vasco» —expt. r. 85/1994—, por la distribución gratuita a instituciones, agentes económicos y sociales y empresas industriales de una Guía de Industrial con cargo a fondos públicos a través de la sociedad pública «Tekel S.A.» cuando el denunciante ya venía ofreciendo otra de características similares, aunque el TDC finalmente desestima el recurso; resolución de 28 de octubre de 1994, «Compañía Canariense de Tabacos, S.A. y la Asociación de Fabricantes de Cigarrillos de Canarias, S.A. c. Tabacalera, S.A., CITA y Tabacos de Canarias, S.A.» —expt. r.168/96— por la venta de determinadas tabacos a un precio inferior a su coste; resolución de 17 de enero de 1995, «Sabadell» —expt. 99/1994—; resolución de 27 de julio de 1995, «SENASA» —expt. r.124/1995—, por abuso de posición dominante y por practicar precios predatorios al prestar un servicio para el que recibe subvenciones que de no tenerlas implicaría que incurriera en pérdidas; resolución de 3 de noviembre de 1995, «Ángel Font c. Manuart, S.A.» —expt. r. 120/95—, en el que el denunciante mantiene que «Manuart» está ofreciendo productos a precios significativamente inferiores aunque no consigue probar esta situación, ni la intención de eliminar al denunciante; resolución de 1 de diciembre de 1995 «Asociación Provincial de Empresarios de Peluquería y Estética de Lugo c. Academia de Peluquería, Estética y Perfeccionamiento FAMA, la Academia de peluquería Dobao Imagen, S.L. y el Centro de Estudios de Peluquería, Estética y Puericultura y Estética CENTRO» —expt. r.134/95—, por disfrutar de subvenciones y ahorros en costes que le permiten prestar servicios a precios muy inferiores a los del mercado, un ejemplo más de comportamientos desleales pero que no entran en el marco de la LDC sino de la LCD; resolución de 1 de diciembre de 1995 «Asociación de Comerciantes de Soportes Fonográficos y Videográficos c. Asociación Nacional de Medianas y Grandes Empresas de Distribución» —expt. r137/95—, por abuso de posición de dominio y por competencia desleal al vender discos compactos y musicassetes del género «superventas» a precios inferiores a los de adquisición normal por parte de los minoristas, y aunque prueban la existencia de venta a pérdida no prueban que entre en el ámbito de prohibición del artículo 17.2. apartados a), b) y c) de la LCD, ni tampoco que la conducta infringe la libre competencia en el mercado, por lo que resulta desestimada la pretensión; resolución de 16 de enero de 1997, «AENICRE c. Instituto Catalán de Inspección y Control» —expt. r.173/96—; resolución de 3 de noviembre de 1995, «Manuart» —expt. r.120/1995—; resolución de 17 de enero de 1995 «José Tornos Ferrer titular del Centro de Estudios Privados Orgatecnos c. Ayuntamiento de Sabadell» —expt. 99/94—, por ofrecer actividades de formación en área técnicas empresariales recibiendo para ello subvenciones públicas lo que implica que no se adapte a las condiciones de competencia del mercado. Ello le permite ofrecer dichos servicios a precios que serían ruinosos de no contar con dichas subvenciones; resolución en impugnación de acto del SDC de 29 de enero de 1997, «Cruz Roja Española» —expt. r.179/1996—, por acto de competencia desleal consistente en la prestación de servicios de traslado de enfermos y heridos, urgentes y no urgentes y no soportar las mismas obligaciones e impuestos. Finalmente no sanciona el comportamiento con de la Cruz Roja con un argumento de compromiso que poco o nada tiene que ver con el Derecho de la competencia; resolución de 1 de abril de 1996, «Agrupaciones de Escuelas de Formación Aeronáutica c. Sociedad Estatal para la Enseñanzas Aeronáuticas, S.A.» —expt. r.124/95—, por precios abusivos de «SENANA» para los cursos de formación de pilotos al contar con la utilización de bienes y fondos públicos para el desarrollo de sus actividades. Finalmente no se aprecia comportamiento desleal ni precios predatorios; resolución de 14 de mayo de 1997 «Eléctrica Curós, S.A. c. Hidroeléctrica del Ampurdán, S.A.» —expt. r.180/96—, por realizar una oferta promocional con finalidad predatoria ofreciendo

productos y prestando servicios por debajo de su coste de producción o de su precio de adquisición a cambio de que los clientes cambien de proveedor; resolución de 26 de mayo de 1997, «Hormaize S.L. c. Zumaia Lantzen S.A.» —expt. r.193/1996—, por promover y construir pabellones industriales sobre suelo de cesión gratuito del ayuntamiento y de las plusvalías vendiendo los citados pabellones a precios con los que no pueden competir los promotores privados. Nuevamente el TDC se escuda en el artículo 19.1. de la LDC y no califica el citado comportamiento como una práctica desleal; resolución de 5 de junio de 1997, «Edición Periódico» —expt. 201/1997—; resolución 29 de enero de 1999, «Wilkinson Sword, S.A.E. c. Gillette Española, S.A.» —expt. r.313/98—, en la que Gillette realizó una campaña consistente en introducir en buzones de correo de las viviendas cupones que debidamente cumplimentados permiten recibir obsequios y entre ellos una pegatina que colocada en el buzón suponía que se introdujeran en el mismo más obsequios. Entre ellos objetos para el afeitado que a juicio del demandante implicaba una estrategia predatoria a través de una campaña promocional; resolución de 7 de mayo de 1999 «Federación Nacional Empresarial del Transporte del Autobús c. Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia» —expt. r. 340/1998—, en el que a juicio de los demandantes las tarifas y descuentos aplicados por RENFE para 1994 eran muy inferiores al coste del servicio, y entre otros motivos alegaba la utilización por la citada empresa de subvenciones públicas; resolución contra SDC de 26 de abril de 1999, «Facilnet Comunicaciones, S.L., Jet Enlaces Telemáticos, S.L., Sarenat, S.A., World Wide Web, S.L. c. Euskatel, S.A.» —expt. r.342/1998—, por regalar el acceso a Internet, aunque no se aprecia venta a pérdida por el TDC; resolución de 6 de mayo de 1999, «Federación de Centros y Empresas de Hospitalización Privada c. La Unión Española de Entidades Aseguradoras —UNESPA—, Consorcio de Compensación de Seguros, INSALUD y Servicios Regionales de Salud de Andalucía, Cantabria, Cataluña, Galicia, Navarra y País Vasco» —expt. 351/99—, en relación con los convenios de asistencia sanitaria a las víctimas de accidentes de tráfico que legalmente se repercute sobre las entidades de riesgo en aplicación del Seguro Obligatorio de responsabilidad civil de vehículos a motor. Los denunciantes mantienen los denunciados han acordado en Convenio Público con tarifas por debajo de los costes de los servicios. Una apreciación que el TDC no comparte porque no queda acreditado el ánimo e introduce una interesante propuesta, la de valorar conjuntamente el convenio en donde unos servicios se pierde y en otros se gana; resolución de 2 de febrero de 2000, «Manuel González Izquierdo c. Tabacalera S.A., CITA, Tabacos de Canarias S.A., Philip Morris Companies Inc. y dos de sus filiales F.T.R. Holdings S.A. y Philip Morris Spain S.A.» —expt. 389/99—, por el que se tendía a eliminar del mercado de tabacos canario de la sociedad mercantil «Tabacos Canary Islabnds, S.A.» —TACISA—; también resulta de interés, aunque no sanciona por precios predatorios es interesante la resolución, de 21 de enero de 1999, en el que responde a una posible conducta basada en precios predatorios, «BT Telecomunicaciones, S.A. c. Telefónica España, S.A.»; y finalmente la resolución de 16 de febrero de 1999, «Asociación de Fabricantes de Cigarrillos y Cigarros de Canarias y la Compañía Canariense de Tabacos, S.A. c. Tabacalera, S.A.» —expt. r.375/96—. Incluso, en algunos casos se ha tratado de llevar como un supuesto de venta a pérdida las ventajas competitivas derivadas de cualquier tipo de ayuda pública que implica un menor coste de producción frente aquellos que no disfruten de dichas ventajas, lo que lo sitúan en una situación de inferioridad como en la RTDC, de 13 de julio de 1998, «Colegio Oficial de Ingenieros Agrónomos de Levante, Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos de la Comunidad Valenciana y la Junta Provincial de Valencia del Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de la Comunidad Valenciana y Albacete c. Universidad Politécnica de Valencia» —expt. 281/1997—

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AA.VV., *Diccionario Enciclopédico Profesional de Finanzas y Empresa*, Instituto Superior de Técnicas y Prácticas Bancarias y Accenture, Madrid, 2001.

AA.VV., *Glosario de Economía Industrial y Derecho de la competencia*, OCDE, 1995.

AA.VV., *Le problème des concentrations dans e marché commun*, Memorándum de 1 de diciembre de 1965, *Etudes, Série Concurrence*, Bruselas, 1966, núm. 22.

AA.VV., *Nonprice predation under Section 2 of the Sherman Act*, Dirg. SULLIVAN, T., American Bar Association, núm. 18, 1991.

ABENDROTH, W., FORSTHOFF E., y DOEHRING K., *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

ACUÑA QUIROGA, C., «Predatory innovation: a sep beyond? (understanding competition in high-technology markets)», *Int. Rev. of L., Comp. & Tec.*, v. 15, núm. 1, 2001, pp.7 y ss.

— «Innovación predatoria y política de la competencia en mercados de alta tecnología. Estado de la cuestión a la vista del caso Microsoft», *ADI*, t. XXI, Madrid-Barcelona, 2001, pp. 47 y ss.

ADAMS, W., y BROCK, J. M., «Predation, “rationality” and judicial somnambulance», *Univ. of Cincinn. L. Rev.*, v. 64, 1996, pp. 811 y ss.

ALAEZ MARTÍNEZ, M. A., *Innovación y tamaño de empresa*, Madrid, 2001.

ALFARO AGUILA-REAL, J., «Competencia desleal por infracción de normas», *RDM*, núm. 202, 1991, pp. 724 y ss.

ALBERDI, R., *Estructuras políticas y grupos de presión*, Ethos, Irún, 1969.

ALMAGRO NOSETE, J., *Derecho Procesal, I, Parte General. Proceso Civil*, Valencia, 1992.

ALONSO ESPINOSA, J. F., *Régimen jurídico general del comercio minorista*, McGraw Hill, Madrid, 1999.

ALONSO ESPINOSA, F. J., «Prohibición de la venta con pérdida», en *Régimen Jurídico del General del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista*. (Coord. ALONSO ESPINOSA, F. J., LÓPEZ PELLICER, J. A., MASSAGUER FUENTES, J., y REVERTE NAVARRO, A.), McGraw-Hill, Madrid, 1999, pp. 243 y ss.

ALONSO PELGRÍN, E., *El lobby en la Unión Europea*, ESIC, Madrid, 1995.

ALONSO SOTO, A., «Supuestos de competencia desleal por venta a pérdida y discriminación», en BERCOVITZ, A., (Coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pp. 85 y ss.

- «Derecho de la competencia (I). Introducción y Derecho Comunitario», en URÍA, R., y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho mercantil I*, Madrid, 1999, pp. 245 y ss.
- «Los Poderes públicos y la libertad de competencia (Análisis del artículo 90 del Tratado de la Comunidad Europea)», *CEA*, mayo, 1999, pp. 31 y ss.
- «venta a pérdida», en *EJB*, Civitas, IV, Madrid, 1995, pp. 6825-6829.

ALLEN, J. W., HARRELL, G. D., y HUTT, M. D., *Price awareness study*, The Food Marketing Institute, Washington, 1976.

AMAT, O. y BLAKE, J. *Contabilidad creativa*, Ediciones Gestión 2000, S.A., Barcelona, 1996.

AMERICA BAR ASSOCIATION, *Nonprice predation monograph, Strategy, predation, and antitrust analysis*, Antitrust Section, 1981.

AMERICA BAR ASSOCIATION, *Nonprice predation under Section 2 of the Sherman Act*, Antitrust Section: Monograph núm. 18, 1991.

ÁNGEL YAGÜEZ, R. voz «abuso de Derecho», en *EJB*, Madrid, 1995, pp. 4 y ss.

ARAGÓN REYES, M., voz «libertad de empresa», en *EJB*, Madrid, 1995, pp. 4029 y ss.

- «Constitución económica y libertad de empresa», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, I, Madrid, 1996, pp. 163-178.

AREEDA, P., TURNER, D., *Antitrust: An Analysis of antitrust principles and their application*, 1978.

- «Predatory pricing in the cigarette oligopoly: Substituting 'theoretical speculation' for jury findings», *Antitrust L. & Econ. Rev.*, 1993, pp. 81 y ss.
- «Predatory pricing and related practices under Section 2 of the Sherman Act», *HLR*, núm. 88, 1975, pp. 697 y ss.

AREÁN LALÍN, M., «El uso obligatorio de la marca registrada», en *Cuadernos de Jurisprudencia sobre Propiedad Industrial*, núm. 4, 1989.

ARIÑO ORTIZ, G., *Principios constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

ASCARRELLI, *Teoría della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, Giuffrè, 1960.

ASENSIO SOTO, M. A., *Los grupos de presión en España*, Tesis doctoral, Facultad de Derecho de Universidad Complutense de Madrid, 1970.

ALZELAI, I., «La calificación de las empresas en participación y su relevancia en el ámbito del Derecho de la competencia. A propósito de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de julio de 1998 y de las últimas reformas sobre el control de las concentraciones económicas», *RDM*, núm. 234, octubre-diciembre, Madrid, 1999, pp. 1556 y ss.

ATIENZA, M., y RUÍZ MARRERO, J., *Ilícitos atípicos*, Trotta, Madrid, 2000.

AZCUENAGA, M. L., «Technological innovation, international trade and competition policy», <http://www.tfc.gov/speeches/azcuenaga/japan97.htm>

BAIN, J. S., *Barriers to new competition*, Cambridge, Massachusset, Boston, 1956.

BAIN, J., *Glosario de economía industrial y Derecho de la competencia*, ODCE, Madrid-Barcelona-México, 1995.

BAKER, J. B., «Recent developments in economics that challenge Chicago School views», *Antitrust L. J.*, núm. 58, 1989, pp. 645 y ss.

— «Predatory pricing after Brook Group: An economic perspective», v. 62, 1994, pp. 585 y ss.

— «Unilateral competitive effects theories in merger analysis», *Antitrust Bull.*, 1997, pp. 21 y ss.

BALDWIN, W. L., CHILDS, G. L., «The fast second and rivalry in research and development», *Southern Econ. Jourl.*, 36, 1969, pp. 18-24.

BARONET ALDABÓ, C., «Venta a pérdida y libertad de precios», *CJ*, año 3, núm. 23, octubre, 1994, pp. 20 y ss.

BARTOSCH, A., «E. C. Telecommunications Law: the new draft Directive on the legal separation of networks», *ECLR*, v.19, núm.8, octubre, 1998, pp. 514-519.

BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 1988.

— «Comentario al artículo 13 LOCM», en *Comentario a la Ley Orgánica del Comercio Minorista* (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., y LEGUINA VILLA, J.), Tecnos, Madrid, 1997, pp. 229-240.

BAUMER, W. J., «Quasi-performance of price reductions; A policy for prevention of predatory pricing», *Yale L. Jourl.*, núm. 89, 1979, pp. 1 y ss.

«Predatory pricing and maximum RPM in the 7th Circuit: Post-predation oligopoly/duopoly no unlawful», *Antitrust L. & Econ. Rev.*, v. 23, núm. 4, 1991, pp. 49 y ss.

BAUMOL, W., PANZAR, J., y WILLICI, R., *Contestable markets and the theory of industrial structure*, ed. Harcourt Brace Jonovich, Nueva York, 1982.

BAYLÓS CORROZA, H., *Tratado de Derecho industrial: Propiedad industrial, propiedad intelectual, Derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1978.

— *Tratado de Derecho industrial: Propiedad industrial, propiedad intelectual, Derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1993.

BELLAMY, C., y CHILD, G., *Derecho de la competencia en el Mercado Común*, Civitas, Madrid, 1992.

BELOQUI URMENETA, L., «Ayudas públicas y medidas generales», en *Derecho de la competencia europeo y español. Curso de iniciación*, Dickinson, 1999, pp. 261-266.

BENEYTO, J. M. «Ayudas públicas en España: El proyecto de reforma de la Ley 16/1989 en el contexto de la nueva normativa comunitaria», *GJ*, núm. 203, octubre-noviembre, 1999, pp. 32 y ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La formación del Derecho de la competencia», *ADI*, 1975, pp. 67 y ss.

— «The challenge of protecting biotechnologies», en Pantinova, *90 Strategies for the protection of innovation*, Tagüer, U., Klüber Academie Publishers and Deutscher Wirtschaftsdienst, Brussels and Luxembourg, 1991, pp. 149 y ss.

— «La competencia desleal», *DN*, núm. 20, 1992, pp. 8 y ss.

— «Significado de la Ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», en *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, (Coord. BERCOVITZ, A.), BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pp. 19 y ss.

— «Propiedad industrial y globalización de los mercados», *AJA*, año X, núm. 436, Madrid, abril, 2000, pp. 1 y ss.

BERENGUER FUSTER, L., «La venta a pérdida en la Ley de Competencia Desleal», en *La prohibición de la venta a pérdida*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1997, pp. 69 y ss.

BLANCO CAMPAÑA, J., *El Derecho contable en España*, Instituto de Planificación Contable, núm. 1., 1983.

— *El Derecho contable en España*, Ministerio de Economía y Hacienda, 1983.

— *Régimen jurídico de la contabilidad de los empresarios*, Madrid, 1980.

BOET, E., «Los actos de imitación servil en la Ley de competencia desleal», *RDM*, núm. 213, 1994, pp. 505 y ss.

BORK, R. H., *The antitrust paradox: A policy at war with itself*, Nueva York, 1978.

BOUZA, M. A. y CASTRO MARQUÉS, M., «El caso NAPSTER», *ADI*, XXI, 2000-2001, Madrid-Barcelona, pp. 435 y ss.

BRAUNSTEIN M., y WHITE, L., «Setting technical compatibility standards: An economic analysis», *Antitrust Bull.*, 1985, pp. 337 y ss.

BRIONES, J., FOLGUERA, J., FONT, A., NAVARRO, E., *El control de concentraciones en la Unión Europea. La práctica de la Comisión Europea y las novedades introducidas en el Reglamento CEE 4064/89 por Reglamento CE 1310/97*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999.

BROCK, J., «Structure monopoly, technological performance, and predatory innovation: Relevant standards under section 2 of the Sherman Act», *ABLJ*, 21, 1993, pp. 291 y ss.

BRODLEY y HAY, «Predatory pricing: competing Economic Theories and the Evolution of legal Standards», 66, *Cornell L. Rev.*, 738, 1981, pp. 738 y ss.

BROSETA PONT, M., *La empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil*, Madrid, 1965.

— *Manual de Derecho mercantil*, 5.^a ed., v.1, Tecnos, Madrid, 1986.

BRUGUIER PACINI, G., voz «mercado», en *Dic. Econ. Pol.*, II, Madrid, 1982, pp.1195-1196.

BUCHANAN, J. M., «Economía política constitucional», Valladolid, 2 de diciembre de 1987, pp. 1 y ss.

BULLOCK, F. W., «Court's final jury instructions in the cigarette oligopoly-predation case: Competitive injury requires supra competitive prices via 'market power'», *Antitrust L. & Econ. Rev.*, v.22, 1991, pp.57 y ss.

— «No 'tacit collusion' in the U.S. cigarette industry: lack of market power, predation, or supra competitive prices», *Antitrust L. & Econ. Rev.*, 1991, pp. 75 y ss.

BURNET, W. B., «Predatory pricing with 12% market share: Recoupment via tacit collusion in the cigarette oligopoly (I, II, III, IV y V)», *Antitrust L. & Econ. Rev.*, 1991.

CAFFE, F., voz «bienestar (economía del)», en *Dic. Econ. Pol.*, I, ALFREDO ORTELLS, Valencia, 1982, pp. 88 y ss.

CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GOZÁLEZ, J. *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2001.

CALLMANN, *The law of unfair competition, trademarks and monopolies*, Mundelein, Illinois, 1967.

CAMPBELL JR, J. I., «Overview of the International Postal Reform Movement», 1998, p. 10 y ss. del documento dactilografiado, http://www.jcampbell.com/rowland/jc_98cat.pdf

CARBAJO CASCÓN, F., *Conflictos entre signos distintivos y nombres de dominio en Internet*, Navarra, 1999.

CARRASCO PERERA, Á., «Hoteles, música y propiedad intelectual», *AJA*, núm. 562, de 23 de febrero de 2003, p.3.

CASADO CERVIÑO, A., *Derecho de marcas y protección de los consumidores. El tratamiento del error del consumidor*, Tecnos, Madrid, 2000.

CASS, R. A., «Price discrimination and predation analysis in antitrust and international trade: A comment», *Univ. of Chicago L. Rev.*, v.61, 1993, pp. 877 y ss.

CAZORLA PRIETO, J. M., «Artículo 128», en *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 461-472.

CATER, D., *El poder y los grupos de presión*, Cid, Madrid, 1965

CELIS, J. B., *Los grupos de presión en las democracias contemporáneas*, Tecnos, Madrid, 1963.

CHARLES, D., «Repackaging the internal market —The ramifications of the Keck judgment», *ECLR*, 1994, pp. 385 y ss.

CLAPHAN, J. H., *An economics history of Modern England*, Cambridge, University Press, 1951.

COHEN, J. E., y LEMLEY, M. A., «Patent scope and innovation in the software industry», *California L. Rev.*, v.89, núm. 1, January, 2001, pp. 1-57.

COSTAS COMESAÑA, J., *Los cárteles de crisis. Crisis económica y defensa de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

CREMADES SANZ-PASTOR, J. A., «La venta a pérdida en Derecho Francés y en Derecho Europeo», en *La prohibición de la venta a pérdida*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1997, pp. 48 y ss.

CRUZ ROCHE, I., «Promociones en precios y ventas a pérdida», *ICE*, núm. 739, 1995, p. 112 y ss.

— «La venta pérdida en las relaciones fabricante-distribuidor», *Distr. y Cons.*, 102, abril-mayo, 1997, p. 1 y ss.

CUESTA DE LA, J. M., «Supuestos de competencia desleal por confusión, imitación y aprovechamiento de la reputación ajena», en BERCOVITZ, A., (coord.) «La regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de enero de 1991», *BOE-Cámara de Comercio e Industria*, Madrid, 1992.

DARAMA PELÁEZ, M., *Concentración de empresas y defensa de la competencia*, Madrid, 1972.

DAUSES, M. A., «La prohibición de las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia», *GJ*, D-22, 1994, pp. 269-312.

DE JUAN, *La constitución económica española*, Madrid, 1984.

DE LA QUADRA SALCEDO, T., «Constitución y modelo económico liberalizador», *Cuad. Der. Púb.*, núm. 9., enero-abril, 2000, pp. 27-46.

DE LA VEGA BENAYAS, C., *Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código Civil*, Madrid, 1976.

DE LA VEGA GARCÍA, F., «Filiales comunes coordinadoras de comportamientos competitivos de empresas independientes y Derecho de la competencia», *RGD*, año 54, núm. 645, junio, 1998, pp.7568 a 7593.

DENGER, M. L. & HERFORT, J. A., «Predatory pricing claims after Brook Group», *Antitrust L. Jourl.*, v. 62, 1994, pp. 541-558.

DEWEY, D., *Imperfect competition: A radical reconstruction*, New York, 1969.

Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, 22.^a ed., Espasa Calpe, Madrid, 2001.

DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, v.1, Madrid, 1993.

DÍEZ ESTELLA, F., «Precios discriminatorios en el sector de las telecomunicaciones (Comentario a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 21 de enero de 1999, en el asunto BT/Telefónica)», *GJ*, núm. 206, marzo-abril, 2000, pp. 87 y ss.

DICKSON, P. R., y SAWYER, A. G., «The price knowledge and search of supermarket shoppers», *Jourl. of Mark.*, v. 54, julio, 1990, pp. 42 y ss.

DIXIT, A. y NALEBUFF, B., *Thinking Strategically*, Norton, Nueva York, 1991.

DIRLAM, J., «Marginal cost pricing test for predation: naive welfare economics and public policy», *Antitrust Bull.*, 1989, pp. 709-814.

DUQUE J. F., «Problemas de constitución económica» en *Actas del Primer Congreso de Filosofía Jurídica y Social*, Madrid, 1964.

— «Consideraciones sobre el modelo económico del anteproyecto de Constitución», en Sal Terrae, *RHTP*, febrero de 1978

— «Constitución económica y Derecho mercantil», en *La reforma de la Legislación mercantil*, Madrid, 1979, pp. 1 y ss.

EASTERBROOK, F. H., «Predatory strategies and counterstrategies», *Univ. of Chicago L. Rev.*, núm. 48, 1981, pp. 263 y ss.

— «The limits of antitrust», *Texas L. Rev.*, núm. 1, 1984, pp. 27 y ss.

— «On identifying exclusionary conduct», *Notre Dame L. Rev.*, 1986, pp. 972 y ss.

EDITOR'S NOTE, «Symposium: Predatory pricing after Brook Group», *Antitrust L. Jourl.*, v. 62, 1994, pp.537 y ss.

ELZINGA, K. G. & MILLS, D. E., «Trumping the AREEDA-TURNER test: The recoupment standard in Brook Group», *Antitrust L. Jourl.*, v. 62, 1994, pp. 559-584.

EMMERICH, *Das Rech des unlauteren. Wettbewerbs*, München, 1987.

EMPARANZA SOBEJANO, A., *El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia*, Civitas, Madrid, 2000.

ENTRENA CUESTA, R., «El principio de libertad de empresa», en GARRIDO FALLA (dir.) *El modelo económico en la constitución española*, Madrid, 1981, pp. 103 y ss.

ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión en las Sociedades Anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español*, Civitas, Madrid, 1982.

ESTEBAN, J., y LÓPEZ GUERRA, L., *De la Dictadura a la Democracia*, Universidad Complutense de Madrid, 1979.

EVANS D. S., «Defensa de la competencia en la UE y EE.UU», *Expansión*, Lunes 6 de mayo de 2002, http://www.expansiondirecto.com/edicion/noticia/0,2458,98140,00.html_p.1 y ss.

FARREL, J., y GART S., «Installed bases and compatibility: Innovation, product pronouncements, and predation», *Am. Econ. Rev.*, 76, núm. 5, December, 1986, pp. 940-955.

FARIÑAS, J. C., y HUERCO, E., «Tamaño empresarial, innovación y políticas de competencia», *Econ. Ind.*, núm. 329, 1999, pp. 67-80.

FELIÚ, M. I., «Venta con primas o regalos», *CJ*, núm. 2, 1992, pp.72 y ss.

FERNÁNDEZ DE ARAÓZ GÓMEZ-ACEBO, A., «Libre competencia y precios predatorios: análisis jurídico del problema y bases para una propuesta de aplicación administrativa y judicial en España», *La Ley*, año XIII, núm. 2791, Madrid, martes 31 de marzo de 1992. pp. 1-12.

— «El problema del oligopolio en el Derecho de la competencia: Reflexiones en torno al mercado, libre competencia y la geometría», *RGD*, año L, núm., 589-90, octubre-noviembre, 1993, pp. 10119-10131.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA , L., y CALVO CARAVACA, A. L, *Las ayudas de Estado en la Comunidad Económica Europea: análisis y perspectivas*. Estudios Europeos, Secretariado de Asuntos relacionados con la Comunidad Europea de la Comunidad Autónoma de Murcia, 1992.

— *Libertad de establecimiento y derecho de sociedades en la Comunidad Económica Europea*, Tecnos, Madrid, 1998.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA , L., y GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Fundamentos del derecho mercantil I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El régimen jurídico de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*, Fundación Universidad Empresa, Civitas, Madrid, 1993.

FERNÁNDEZ NOVOA, C., *Fundamentos de Derecho de Marcas*, Montecorvo, Madrid, 1984.

— *Derecho de marcas*, Montecorvo, Madrid, 1990.

— «Reflexiones preliminares sobre la Ley de Competencia Desleal», v. VXIV, *ADI*, 1991-1992, pp. 15 y ss.

FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, C., *Derecho de la competencia en la Comunidad Europea y en España*, Aranzadi, Pamplona, 1994.

FERNÁNDEZ VICIEN, C., y ORTEGA PECIÑA, D., «La campaña publicitaria como abuso de posición dominante», *Diar. La Ley*, año XXI, núm. 5101, jueves 20 de julio de 2000, p. 1 y ss., http://www.laley.net/diario/dllj_t_5101_doc1.html

- «La campaña publicitaria como abuso de posición dominante», *Diar. La Ley*, año XXI, núm. 5101, jueves 20 de julio de 2000, p. 1 y ss.

FIGA FAURA, L., «Norma, norma jurídica y norma mercantil», *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, I, Madrid, 1996, pp. 359-388.

FONT GALÁN, J. I., «Notas sobre el modelo económico de la constitución española de 1978», *RDM*, núm.152, abril-junio, 1979, pp. 238 y ss.

- *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Bolonia, 1986.
- *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Madrid, 1987
- «La crisis de la «relación de competencia» como presupuesto técnico de aplicación de la cláusula general de la competencia desleal», *RFDCU*, núm. 72, 1987, pp. 239 y ss.

FOX, E., y SULLIVAN, L., «Antitrust retrospective and prospective: where are we coming from? Where are we going?», *New York Univ. L. Rev.*, núm. 62, 1987, pp. 936 y ss.

FOX, K. J., «Brooke Group, Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.: taking the predator out of predatory pricing», *Cap.l Univ. L. Rev.*, v. 23, 1994, pp.581 y ss.

FRANCESCHELLI, R., *Trattati di diritto industriale*, v.1, Milano, 1960.

FRÉDÉRIC J., «La política de competencia en una economía global. Su relación con el comercio, la inversión y el desarrollo», *Econ. Ind.*, núm. 318. 1997/VI, pp. 45 y ss.

FREEMAN, M. L., «Predatory pricing after Brook Group: economic goals prevail», *Albany L. Rev.*, v.58, 1994, pp.243 y ss.

GABOR, A., y GRANCER, C. W. J., «On the price consciousness of consumer», *Ap. Statistics*, núm. 10, noviembre, 1961, pp. 170-188.

GALÁN CORONA, E., *Los acuerdos restrictivos de la competencia*, Montecorvo, Madrid, 1977.

GALÁN CORONA, E., Prólogo a la edición española de la obra REICH, N., *Mercado y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1985.

GALVANI, T., & AVERITT, *Nonprice predation: An introduction*, Antitrust Law & Economics Review, núm. 2, 1986.

GARCÍA CACHAFEIRO, F., «Problemática *antitrust* de las comisiones aplicables a los pagos con tarjeta (Comentario a la Resolución del TDC de 26 de abril de 2000, caso «Tasas de pago con tarjetas»», *ADI*, 2000-2001, pp. 319-360.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, v. II, Madrid, 1998.

- «Obligación legal de separación de cuentas o ramas de actividad. El ejemplo de los operadores de telecomunicaciones», *RDM*, núm. 23, julio-septiembre, 1999, pp. 1103 y ss.

GARCÍA LÓPEZ, R., «El riesgo de confusión en el Derecho de marcas: Recientes aportaciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *DN*, Enero, 2000, pp.10 y ss.

GARCÍA-GALLARDO GIL-FOURNIER, R. y RAYA AGUADO, F. J., «La propuesta de reforma del Reglamento (CEE) núm. 40064/89: La madurez del control comunitario de las concentraciones», *DN*, año 7, núm. 75, diciembre, 1996, pp. 2 y ss.

GARCÍA PELAYO, M., «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución» en *Obras completas*, III, Madrid, 1991, pp. 2856 y ss.

GARDEÑES SANTIAGO, M., «Acerca de los límites de la noción de medida de efecto equivalente: A propósito de la sentencia Keck del TJCE, de 24 de noviembre de 1993, *BOGJCE* y *de la C*, 1994, núm. 97, pp. 5 y ss.

GARRIDO FALLA (dir.) *El modelo económico en la Constitución española*, Madrid, 1981.

GARRIGUES, J., *La defensa de la competencia mercantil*, Civitas, Madrid, 1964.

GARRONE, P., *La libre circulation des marchandises*, Switzerland, 1996.

GELLHORN, E., y KOVACIC, W.E., *Antitrust law and economics*, West Publishing Co., St. Paul Minnesota, 1994.

GEROSKI, P., y JAQUEMIN, A., «Industrial change, barriers to mobility and European industrial policy», *Econom. Policy*, section 1, noviembre, 1985.

GHIDINI, G., «La competencia desleal. De las corporaciones al corporativismo» (síntesis y traducción de ROJO, A.), *RDM*, núms. 135-136, 1975, pp. 7 y ss.

- «Reflexiones sobre la disciplina italiana de la competencia desleal a la luz de los principios pro-competitivos de la Constitución Económica», *RDM*, núm. 245, julio-septiembre, 2002, pp.1109-1123.

GIBSON, W., «Keeping secrets in cyberspace», *HLR*, v. 110, mayo, 1997.

GIUDICI, P., *I prezzi predatori*, Giuffrè, Milano, 2000.

GILBERT, R., «Mobility barriers and the value of incumbency», en SCHANAKEBSEE, R., y WILLIG, R., (eds.), *The handbook of industrial organization*, North Holland, Amsterdam, 1989.

GINER PARREÑO, C. A., «Artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y *Rule of Reason* (el caso «ICI Paints España, S.A.»), *DN*, año 4, núm. 33, junio, 1993, pp. 10 y ss.

GIRÓN TENA, J., «Competencia ilícita y derecho a la empresa. Interpretación de nuestro derecho positivo», *RDPriv.*, núm. 330, septiembre, 1944, pp. 639 y ss.

GLAZER, K. L., «Predatory pricing and beyond: Life after Brook Group», *Antitrust L. J.*, v. 62, 1994, pp.605 y ss.

GOLDSTEIN, J. L., «Single firm predatory pricing in antitrust law: The Rose Acre recoupment test and the search for and appropriate judicial standard», *Columbia L. Rev.*, 1991, pp. 75-90.

GÓMEZ SEGADE, J. A., y LEMA DEVESA, «Sistemas de autorregulación publicitaria», en *Primeras Jornadas de Derecho de la Publicidad*, Instituto Nacional de Publicidad, Madrid, 1980, p. 157 y ss.

— «La autodisciplina publicitaria en el Derecho comparado y en el Derecho español», v. 7, *ADI*, 1981, pp. 38 y ss.

GONZÁLEZ DÍAZ, J., *The EEC merger regulation*, 1992.

GONZÁLEZ PINO, L., *Costes 9. Sistema práctico*, v.1, Ediciones Analíticas Europeas, Madrid, 1989.

GONZÁLEZ OLIVARES, G., MORALES PRATS, F., VALLE MUÑÍZ, J. M., y otros, *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 2.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 1999.

GRAGE CEDÁN, S. B., «Los delitos de alteración de precios en nuestro Derecho histórico», *R. Xurid. da Univ. Sant. Compostela.*, v.9, núm. 2, 2000, pp.7-32.

GREER, F., «A critique of Areeda and Turner's standard for predatory practices», *Antitrust Bull.*, 1979, pp. 233-261.

GRIFFITHS, I., *Contabilidad creativa: Cómo hacer que los beneficios aparezcan del modo más favorable*, Deusto, D. L., Madrid, 1990.

GUILLÉN SANZ, C., «Presente y futuro del art. 28 TCE: Los interrogantes de la fórmula Keck y su papel frente a situación puramente interna (*Pistre o restricción a partir de la sentencia Schutzverhand*)», *Diar. La Ley*, año XXI, núm. 5164, 18 de octubre de 2000, pp. 1 y ss.

GUNNAR, N., «El consenso internacional sobre el análisis de predación de precios», *B. L. C.*, núm. 2. Septiembre, 1997, p. 30 y ss., <http://europa.eu.int/comm/competition/international/others/>

GUTIÉRREZ, A., y MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A., «Nuevas perspectivas en la aplicación de las normas de defensa de la competencia por la jurisdicción civil», *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, núm. 1, 2002, pp. 39-45.

GYSELEN, L. y KYRIAZIS, N., «Article 86 EEC: The monopoly power measurement Issue Revised», *ELR*, 1986, pp. 134-141.

HAAS, E. B., *Partidos políticos y grupos de presión en la integración europea*, 1966.

HARROD, R. F., *Theory of imperfect competition revisited*, Economic essays, New York, 1952.

HAYEK, F. A., *Derecho, legislación y libertad*, trad. Esp.v. 2, Madrid, 1978.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., *Precios predatorios y derecho antitrust. Estudio comparado de los ordenamientos estadounidense, comunitario y español*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

— «La aplicación del artículo 86 del Tratado de Roma a los precios predatorios: El caso AKZO», *ADI*, XIV, 1991-1992, pp. 251 y ss.

— «La posición dominante conjunta en el Derecho comunitario de la competencia», *ADI*, XXI, 2001, Madrid-Barcelona, 2001, pp. 91 y ss.

— «La Ley 1/2002, de coordinación de competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia», *ADI*, XXII, 2002, pp. 1449-1456.

HOBBS, T., *Del ciudadano y Leviatan*, 1.^a ed., 1996.

HOVENKAMP, H., «Antitrust policy after Chicago», *Michigan L. Rev.*, 1985, pp. 213 y ss.

— *Antitrust*, 2.^o ed. West Publishing Co. St. Paul. Minnesota, 1993.

IMMENZA, U., *El mercado y el derecho. Estudios de Derecho de la competencia*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

IRASTORZA, J., «Hacia una delimitación de la política económica», *REEcon.*, núm. 1, 1979, pp. 116 y ss.

IRTI, N., «El orden jurídico del mercado», *RFDUGrd.*, núm. 3, 2000, pp. 7 y ss.

IRURETA GOYENA, M. T., *Contabilidad de costes*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1994.

JACKSON, «The decade that was», *PC User*, 17 de enero de 1990, pp. 36 y ss.

JACOBY, J., SÉLLER, D. E., KOHN, C. A., «Brand choice behavior as a function old information load: Replication and extension», *Jourl of Mark. Research*, v. 11, junio, 1974, pp. 33-42.

JAEGUER, «Valutazione comparativa degli interessi e concorrenza sleale», *Riv. Dir. Ind.*, 1970, pp. 37 y ss.

JAMESON, M., *A practical guide to creative accounting*, Kogan Page, London, 1988.

JIMÉNEZ DE LA IGLESIA, J. M., «Derecho de la competencia y oligopolio», *GJ*, D-23, 1994, pp. 119 y ss.

JOLIET, R., «Derecho de la competencia desleal y libre circulación de mercancías. La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea», *RDM*, año LI, núm. 604-605, enero-febrero, 1995, pp. 491 y ss.

— «La libre circulación de mercancías: La sentencia Keck y Mithouard y las nuevas orientaciones de la jurisprudencia», *GJ*, D-23, 1995, pp. 7 y ss.

JORDAN, W. H., «Predatory after Brook Group: The problem of State “sales below cost” statutes», *Emory L. Jounl.*, v.38, 1991, pp. 489-511.

JOSKOW, P., y KLEVORIC, A., «A framework for analyzing predatory pricing policy», 89, (2), *Yale L. Jounl.*, 1979, pp. 213 y ss.

KALDOR, N., «Market imperfection and excess capacity», *Econocl.*, v.2, 1935, pp. 33 y ss.

KAPLOW, L., «Extension of monopoly power through leverage», *Columbia L. Rev.*, 1985, pp. 515 y ss.

KELLER, E. R., «Price discrimination and the law: The inflation dilemma», *Antitrust L. & Econ. Rev.*, v.11, núm. 4, 1979.

KENNEDY, A. M., «Predation and ‘recoupment’ in the cigarette oligopoly: It’s still ‘implausible’ but we still can’t define it (I)», *Antitrust L. & Econ. Rev.*, 1993, pp.95-110.

— «Predation and ‘recoupment’ in the cigarette oligopoly: It’s still ‘implausible’ but we still can’t define it (II)», *Antitrust L. & Econ. Rev.*, 1994, pp. 81 y ss.

KLEMPERER, P., «Son las subastas lo mejor», *El País Digital*, lunes, 20 de noviembre de 2000, núm. 1662.

KRATHENMAKER, T. y SALOP, S. C., «Anticompetitive exclusion: Rising rivals’ costs to achieve power over price», *Yale L. Jounl.*, núm. 96, 1986, pp. 209 y ss.

KRUGMAN, P., *Geografía y comercio*, Bosch, 1992.

KWOKA, J., y WHITE, L., (editors.) *The antitrust revolution: The role of Economics*, 2.^a ed., Oxford University Press, Nueva York, 1994.

LACRUZ-BERDEJO, J. L., *Manual de Derecho Civil*, Bosch, 2001

LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.

LE MOAL, *Droit de concurrence*, París, 1979.

LEFÉBURE, T., *Lobby or not to be*, Plume, París, 1991.

LEMA, C., GÓMEZ MONTERO, J., «Actos de competencia desleal por imitación y explotación de la referencia a la relación entre los derechos de propiedad industrial y la Especial referencia a la relación entre los derechos de propiedad industrial y la imitación en la Ley de Competencia Desleal», *RGD*, núm. 562-563, 1991, pp. 6151 y ss.

- «Los actos de imitación en la Ley de competencia desleal de 19 de enero de 1991 en relación con el ordenamiento comunitario. Especial referencia a la relación entre los derechos de propiedad industrial y la competencia desleal», *RDPr.*, 1992, pp. 728 y ss.

LIBERTINI, M., «Il mercatomodelli di organizzazione», en GALGANO (ed.): *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, III, Padova, 1979, pp. 337-434.

LICHTENSTEIN, D. R., y BURTON, S., «The relationship between perceived and objective price-quality», *Jourl. of Mark. Research*, v.26, noviembre, 1989, pp. 429-443.

LÓPEZ ESCUDERO, M., «La jurisprudencia sobre la prohibición de las medidas de efecto equivalente tras la sentencia Keck y Mithouard», *GJ*, D-28, 1997, pp. 47 y ss.

LÓPEZ GARRIDO, D., «Apuntes para un estudio sobre la Constitución económica», *RCEC*, núm. 15, 1993, pp. 79-96.

LÓPEZ PEÑICER, J. A., «Libertad de precios», en *Comentarios Legislativos al Régimen Jurídico General del Comercio Minorista*, Madrid, 1999, p. 230.

LORENZETTI, R., «La influencia del derecho constitucional en el derecho privado», *RDComerc.*, v.31, 1998, pp.355- 375.

MAESTRE RODRÍGUEZ, J. A., «Planteamiento de la problemática de los nombres de dominio», *AJA*, núm. 29, Madrid, octubre, 1998, pp. 10 y ss.

MARÍN LÓPEZ, J. J., «Comentario a los artículos 142 a 154 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Dirg. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., p. 1891 y ss.

MARÍN LÓPEZ, J. J., «Prohibición de venta con pérdida», en *Comentarios a las leyes de Ordenación del Comercio Minorista* (Coords. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y LEGUINA VILLA, J.), Tecnos, Madrid, 1997, pp. 283-284

MARTÍNEZ LAGUE, S., «Revisión jurisprudencial sobre la libre circulación de mercancías», *BOGJCE y de la C.*, 1993, núm. 90, pp. 1 y ss.

- «¿Próximo *Big Bang* en el Derecho Comunitario de la Competencia?, Editorial, *GJ*, núm. 210, noviembre-diciembre, 2000, pp. 3 y ss.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., CALONGE VELÁZQUEZ, A., LAGUNA DE PAZ, J. C., y GARCÍA DE COCA, J. A., *Informe sobre la proposición de Ley de Comercio*, Instituto de Estudios Económicos, diciembre, 1994.

MASSAGUER FUENTES, J., «El Derecho mercantil ante las transformaciones político-sociales. Una aproximación», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, I, Madrid, 1996, pp. 399 y ss.

- *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999.

MATILLA ALEGRE, R., «Sobre las nociones de posición dominante y de abuso de posición dominante en el artículo 86 del Tratado de Roma», en *Derecho Mercantil de la CEE* (Estudios homenaje a JOSÉ GIRÓN TENA, I, Madrid, 1991, pp. 687 a 701.

MCCAREINS, R. M., *Dilemma in predatory pricing law*, http://ls.wustl.edu/Students/Courses/Ellis/Antitrust/Predatory_Pricing_Law.Htm

— «Antitrust dilemma in Predatory pricing law», en http://ls.wustl.edu/Students/Courses/Ellis/Antitrust/Predatory_Pricing_Law.htm

MCCARTHY, *Trademarks and unfair competitions*, 1, 3.^a ed., Nueva York, 1992.

McFARLAND, A. S., *Los grupos de presión en el Congreso norteamericano (Common Cause)*, Gernika, México, 1987.

McGEE, J., «Predatory price cutting: The Standard Oil (N.J.) case», *Jourl. of L. & Econ.*, 1958 y 1970, pp. 137 y ss.

McGOLDRICK, P. J., *Retail marketing*, McGraw Hill, Londres, 1990.

MCMULLEN, «Digital research builds a better DOS», *Datamation*, 1 de febrero de 1991, pp. 33 y ss.

MEDRANO CABALLERO, I., «El Derecho comunitario de marcas: La noción de riesgo de confusión», *RDM*, núm. 234, Madrid, octubre-diciembre, 1999, pp. 1515-1544.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *Constitución, sistema económico y Derecho mercantil*, Madrid, 1982.

— «Constitución, sistema económico y Derecho mercantil», en *HPE*, núm. 9, 1982, pp. 4 y ss.

— *La competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1988.

MERKIN, R., «Predatory pricing or competitive pricing: Establishing the truth in English and EEC law», *Oxf. Jourl of Leg. Studies.*, v.7, 2, 1987, pp. 182-214.

MEROLA, M., «El nuevo control comunitario de las concentraciones de empresas: El Reglamento núm. 1310/97 que modifica el Reglamento núm. 4064/89», *DN*, año 9, núm. 90, marzo, 1998, pp. 8-18

MESSINEO, F., *Trattato di diritto Civile e Comérciale*, A. Giuffrè, Milano, 1980.

MILLER, G. A., «The magical number seven, plus or minus two: Some limits our capacity for processing information», *Psychol. Rev.*, v. 63, núm. 2., 1956, pp. 81-97.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «La buena fe y su concreción en el ámbito del Derecho Civil», en *AAAMN.*, 1990, pp.10 y ss.

— voz «Buena fe», en *EJB*, t. 1, Madrid, 1995, pp. 831 y ss.

MIR ESTRUCH, F., «La enseñanza de la contabilidad de costes», en *VII Encuentro de Profesores Universitarios de Contabilidad. Ponencia contabilidad de costes*, Barcelona, 5 a 8 de junio de 1996, Barcelona, 1996, pp. 66 y ss.

- MIR PUIG, S., en voz «Amenazas y coacciones», en *EJB*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 441-445.
- MIRANDA SERRANO, L. M.^a, «La entrada definitiva de las posiciones dominantes colectivas en el sistema comunitarios europeo de control de concentraciones (STJCE Francia y otros c. Comisión, de 31 de marzo de 1998)», *DN.*, año 11, núm. 13, febrero, 2000, pp. 19 y ss.
- MISLOW, C. M., «Reducing the high risk of high tech: Legal planning for the marketing of computer systems», *Am. Buss. L. Rev.*, v.23, 1985, pp. 124-139.
- MOLÍNS LÓPEZ-RODÓ, J. M., «Los grupos de interés en España», Papeles de la Fundación, núm. 7., *Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales*, Madrid, 1995., y del mismo autor, con mayor profundidad, *La teoría de los grupos*, Institut de Ciencies Politiques i Socials de Barcelona, 1998, pp. 13 y ss.
- MONTEAGUDO, M., «La imitación de creaciones técnicas y estéticas. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a) de 5 de julio de 1993», *RGD*, núm. 595, 1994, pp. 3961 y ss.
- «La imitación confusoria de productos (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1997 y 17 de julio de 1997)», XVIII, *ADI*, 1997, pp. 3961 y ss.
- MONTES PENADÉS, V., «Comentario al artículo 7.1 del Código Civil», en *Comentarios a la reforma del Código Civil*, t.1, Madrid, 1977, pp. 356 y ss.
- MÜLLER ARMACK, A., «Economía dirigida y economía de mercado», Madrid, 1963.
- MUELLER, W. F., «The Rose Acre Decision and below-cost price discrimination: Spoiled economic eggs in the 7th circuit», *Antitrust L. & Econs. Rev.*, 1990, pp.49 y ss.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 12.^a ed., Valencia, 2000.
- MYERS, G., «Litigation as a predatory practice», *Kentucky L. Jourl*, v. 80, pp. 586-596.
- NASH, J. F., *Essays on game Theory*, Edgard Elgar, 1996.
- NAVARRO, V., *Neoliberalismo y Estado del bienestar*, Ariel Sociedad Económica, Barcelona, 1997.
- NEUMANN, J. y MORGENSTERN, O., *The theory of games an economic Behavior*, 3.^a ed., Pricenton University Press, Pricenton, New York, 1953.
- NEWTON, C., «Do predators need to be dominant?», Editorial, *ECLR*, v.3, 1999, pp. 127-132.
- NIEMEYER, P. V., «No post-predation recoupment in the cigarette oligopoly: Fellow oligopolistics will 'intercede' to prevent price increases», v. 24, núm. 1, 1993, pp. 79-92
- NÚÑEZ LADEVEZE, L., «Lenguaje y moral en Hobbes», *Der. y Opi.*, núm. 3 y 4, 1995-1996, pp. 497-509.

NYSTRON, H., «Retail pricing: an integrated economic and psychological approach», *Stockholm Sch. of Econ.*, 1970.

NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, 1994.

NONON, J., y CLAMEN, M., *Europa y sus pasillos, Lobbyin y lobbyistas*, Macombo, 1993.

ORDOVER, J., y WILLIG, P., «An economic definition of predation: pricing and product innovation», *Yale L.J.*, 91, 1981, pp. 8 y ss.

OSBORNE, D. K., «On the rationality of the limit pricing», *Jourl of Ind.l Econs.*, v. 22, núm.1, September, 1973, pp. 71-80.

OTAMENDI RODRÍGUEZ BETHANCOURT. J. J., *Competencia desleal. Análisis de la Ley 3/1991*, Pamplona, 1992.

— *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, 1994.

OTERO LASTRES, J. M., «Aproximación a la figura de la imitación servil», X, *ADI*, 1984-85, pp. 61 y ss.

— «La nueva Ley sobre competencia desleal», *La Ley*, núm. 14, 1991-1992, pp. 1057 y ss.

— «La venta con pérdida tras la entrada en vigor de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de 15 de enero de 1996», *La Ley*, 1996 (2), D-114, p. 4.011.

PALAU RAMÍREZ, F., *Descuentos promocionales. Un análisis desde el Derecho de la competencia desleal y la normativa de ordenación del comercio*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998.

— «El consumidor medio y los osdeos de opinión en las prohibiciones de engaño en derecho español y europeo. A raíz de la Sentencia del TJCE de 16 de julio de 1998, AS. C-210/96, «Gut Springeinheide», *ADI*, XIX, 1998, pp. 367-395.

— «La propuesta de Reglamento Europeo y del Consejo relativo a las promociones de ventas en el mercado interior», *ADI*, XXII, pp.1505-1513.

PANIZA FULLANA, A., «Derechos de autor, entidades de gestión y establecimientos de hostelería», *Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales y otros Tribunales*, Aranzadi, núm. 17, enero, 1999, pp. 24 y ss.

PASCUAL GONZÁLEZ, M. M., *Las ayudas de Estado de carácter fiscal. Su incidencia en el Régimen Económico y Fiscal de Canarias*, (Tesis doctoral presentada en la Universidad de La Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 2001, inédita).

— «Las ayudas de Estado de carácter regional: especial incidencia de las ayudas al funcionamiento de naturaleza fiscal», *RVE y H.*, núm. 1, 1/2001, pp. 61 y ss.

PATIÑO, B., «La imitación de envases y de las formas tridimensionales (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1997)», *RGD*, núm. 645, 1998, pp. 7677 y ss.

PAZ-ARES, C., «El ilícito concurrencial: De la dogmática monopolística a la política antitrust. Un ensayo sobre el Derecho alemán de la competencia desleal», *RDM*, 1981, pp.1 y ss.

- «Constitución económica y competencia desleal», *ADC*, 1981, pp.934 y ss.
- «El ilícito concurrencial: De la dogmática monopolista a la política antitrust», *RDM*, núm. 159, 1981, pp. 15 y ss.
- «La venta a pérdida como supuesto de competencia desleal [Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2.ª) de 12 de junio de 1992]», *RGD*, núm. 589-590, 1993, pp. 10349 y ss.

PEGUERA POCH, M. «Ordenación del comercio minorista», (*Comentarios a la Ley 7 /1996 y a la Ley Orgánica 27/1996, ambas de 15 de enero*), (dir. TORNOS, J., MARÍN, J. J., CASES, L., ARIMANY, E., MANUBENS, C.), 1996, y GONZÁLEZ QUINZA, A. *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista* (dirs. PIÑAR, J. L., y BELTRAN, E.), 1997, pp. 143 y ss.

PELÁEZ MARÍN, J. M., «Las ayudas de estado y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Noticias CEE*, núm. 33, octubre, 87, pp. 115-125.

PELLISÉ CAPELL, J., *Mercado relevante, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y 6 LEDC*, Aranzadi, 2002.

PERELMAN, C. *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1979.

PÉREZ-BUSTAMANTE KÖSTER, J., «La explotación abusiva de la situación de dependencia económica en la Ley de Defensa de la Competencia: Examen crítico del nuevo precepto», *GJ*, núm. 205, enero-febrero, 2000, pp. 33-40.

PETTY, R. D., «Antitrust and innovations: Are product modifications ever predatory», *Suffolk Univ. L. Rev.*, v.22, 1988, pp. 997 y ss.

- «Predatory promotion: A theory of antitrust liability whose time has come?», *Am. Buss. L. Jourl*, v.27, 2, Summer, 1989, pp. 215 y ss.

PHILIPS, C. L., *Predatory pricing*, realizado en el Center for operations research and econometrics Belgium, Informe encargado por la Comisión UE, 1988.

PIGOU, A. C., *The economics of welfare*, 1920.

PITOFSKY, R., «Antitrust and intellectual property: Unresolved issues at the heart of the new economy», Chairman, Federal Trade Commission Antitrust, Technology and Intellectual Property Conference March 2, 2001, *Berk. Cent. for L. & Tec. Univ. of California*, Berkeley.

PORTELLANO DÍEZ, P., *La imitación en el Derecho de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1995.

- «La regulación de las ventas con pérdida en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y su regulación con la Ley de Competencia Desleal», en *La prohibición de la venta con pérdida*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1997, pp. 127-149.

POSNER, A. R., *The Robinson Patman Act: Federal regulation of price differences*, 1976.

- «Exclusionary practices and the antitrust laws», *Univ. of Chicag. L. Rev.*, núm. 127, 1979, pp. 925 y ss.
- «Olympia Equip. Leasing Co. c. Western Union Tel. Co.», 797 F. 2d 370, 379, 7th Cir., 1986, *cert. denied*, 480 U.S., 934, 1987.

POSNER, R., *Antitrust Law, an economic perspective*, The University of Chicago Press, Londres, 1976.

PREECE, S., «ITT Promedia v. E.C. Comisión: Establishing an Abuse of Predatory Litigation?», *ECLR*, Issue 20, 2, 1999, pp. 118-122.

PRIETO KESSLER, E., «Principales problemas de la regulación del abuso de posición de dominio», *GJ*, núm. 205, enero-febrero, 2000, pp. 25 y ss.

RECUERDO ASTRAY, J. R., en voz «impuestos directos e indirectos», *Dir. Jur. Esp. Calpe.*, Madrid, 1991, pp. 499 y ss.

RIBAYA, F. J., *Costes*, Madrid, 1999.

ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *Libre competencia y competencia desleal*, La Ley- Biblioteca de los Negocios, Madrid, 2001.

RODRÍGUEZ ARTÍGAS, F., «abuso de posición dominante», en *EJB*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 39-42.

- «Fusión de sociedades», en *EJB*, v. 2, Madrid, 1995, pp. 3210-3214.

RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, F. J., «Evolución de la economía española durante la Dictadura», *Der. y Opi.*, núm. 5., 1997, pp. 381-387.

ROJO, A., «El Derecho económico como categoría sistemática», en *Estudios en homenaje a ANTONIO POLO*, Madrid, 1981, pp. 984 y ss.

- «Actividad económica pública y actividad económica privada en la constitución española», *RGD*, núm. 169-170, julio-diciembre, Madrid, 1983, pp. 319 y ss.
- «La contabilidad (I). Introducción. El deber de contabilidad. El secreto contable. La contabilidad como medio de prueba», en URÍA, R., MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho mercantil*, v. 1, Civitas, Madrid-Barcelona, 1999, pp. 145 y ss.

RONALD, R. J., «Aggressive innovation and antitrust liability», notes, *Southern Cal. L. Rev.*, 53, pp. 1470 y ss.

ROSANAS MARTI, J. M., *Contabilidad de costes para toma de decisiones*, 3.^a ed., Desclee de Brouwer, Bilbao, 1999.

ROSCH, «DR DOS 5.0: the better operating system?», *PC Mag*, 12 de febrero de 1991.

ROTONDI, M., «Cómo clasificar los actos de competencia desleal», *RDM*, abril-junio, 1956, pp. 261-297.

ROUBIER, P., *Le Droit de la propriété industrielle*, Librairie du Recueil Sirey, v.1, París, 1952.

ROUSSEAU, J. J., *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, 1987.

— *El contrato social o principios de Derecho político*, 3ª ed., 1995.

RUBIO LLORENTE, F., «La libertad de empresa en la Constitución», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, I, Madrid, 1996, pp. 431 y ss.

RUIZ-RICO, RUIZ, G., «La libertad de empresa en la Constitución Económica española: especial referencia al principio de la libre competencia», *RDM*, núm. 215, 1995, pp. 223-253.

SAANAN, J., «Adoption of limit pricing by the Courts, paradoxical inferences», *Antitrust Bull.*, núm. 3, 1981, pp. 541 y ss.

SACRISTÁN REPRESA, M., «Derecho económico y Derecho mercantil», en *Estudios de Derecho mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque*, I, Valladolid, 1998, pp. 65 y ss.

SAGRERA RULL, J., «Los acuerdos entre empresas y la nueva Ley española de Defensa de la Competencia», *DN.*, año 1, núm. 0, septiembre, 1990, pp. 32 y ss.

SAINZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976.

SALA FUMAS y YAGÜE, G., «Competencia normal y predación en industrias con economías de experiencia», *ICE*, octubre, 1987, pp. 117 y ss.

SALOP, S. C., «New economic theories of anticompetitive exclusion», *Antitrust L. J.*, núm. 56, 1987, pp. 57 y ss.

— «Strategy, predation and antitrust analysis: An introduction», *Antitrust Law & Econ. Rev.*, núm. 2, reprints, 1987, pp. 13 y ss.

SALOP, S. C., y SCHEFFMAN, «Rising rivals' costs», *Am. Econ. Rev.*, núm. 73, 1983, pp. 267 y ss.

SÁNCHEZ ANDRÉS, A., voz «OPA», en *EJB*, v.3, Civitas, Madrid, 1995, pp. 4581-4587.

SÁNCHEZ AYUDO, M., «Política y Política Económica», *REPol.*, enero-abril de 1965, pp. 55 y ss.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La apreciación del riesgo de asociación en relación con actos de imitación [Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4.ª) de 7 de octubre de 1996]», *RGD*, núm. 639, 1997, pp. 14333 y ss.

SANFELIZ MEZQUITA, A., «La práctica de la creación de empresas conjuntas (*Joint Ventures*)», *DN.*, año 7, núm. 69, junio, 1996, pp. 4 y ss.

SANTANA PÉREZ, A., «Prestación de servicios externos por las universidades y Derecho de la Competencia [Nota a la Resolución de 13 de julio de 1998 del TDC], en *Derecho de la Competencia Europeo y Español. Curso de iniciación*, v. II, (Coord. ORTIZ BLANCO, L., y SOPENA BLANCO, V. Prólogo de AMADEO PETITBÒ), Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2000, pp. 523-551.

SANTOS, V., «Derecho económico y Derecho mercantil», en *AAFDM.*, núm. 2., 1978, pp. 37-67.

SANZ, R., «El asunto Pfeiffer c. Löwa: ¿El principio del fin de Keck?», *GJ.*, núm. 205, Enero-febrero, 2000, pp. 41 y ss.

SANZ DE ACEDO HECQUET, E., «Marcas y nombres de dominio: comentario al Auto del Juzgado de Primera Instancias núm. 5 de Oviedo de 2 de junio de 1999», *AJA*, año X, núm. 438, Madrid, 11 de mayo de 2000, pp. 2 y ss.

SAMUELSON, P. A., y NORDHAUS, W. D., *Economía*, 26.ª ed., McGraw-Hill, Madrid, 1999.

SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, 24.ª ed., McGraw Hill, Madrid, 2002.

SANZ, B., *Centrales nucleares en España. El parón nuclear*, ed. Fernando Torres, Valencia, 1989.

SCHANDA, R., «Internet domain names and rights in distinctive marks. Analysis from a German and Austrian Perspective», *Comp. L. Observer*, octubre, 1997.

SCHERER, F. M., «Predatory pricing and the Sherman Act: A comment», *HLR.*, 89, March, 1976, núm. 5, pp. 869 y ss.

SCHÖDERMEIER, M., «Collective dominance revisited: An analysis of the EC Commission's new concepts of oligopoly control», *ECLR*, 1990, pp.28 y ss.

SCHRICKER, G., «Últimos desarrollos del Derecho de la competencia desleal en Europa», *RGD*, núm. 583, 1993, pp. 3309 y ss.

SEE, H. y GUNTER, W. D., «Limit pricing and predation in the antitrust laws: Economic and legal aspects», *Alab. L. Rev.*, núm.2, 1984, pp. 221 y ss.

SÉLLER, K. L., y STAELIN, R., «Effects of quality and quantity of information of decisions effectiveness'», *Jourl of Cons. Research*, v. 14, septiembre, 1987, pp. 200 y ss.

SHUMPETER, J. A., *Diez grandes economistas. De Marx a Keynes*, trad. Esp. Madrid, 1967.

SIDAK, J. G., «Debunking predatory innovation», *CLR*, 83, núm. 5, Junio, 1983, pp. 1121 y ss.

SIMÓN FERNÁNDEZ, B., *Las subvenciones a la industria en España: Una aplicación de la teoría de los grupos de presión*, Alianza Universidad, 1997.

SIRACUSA, S., «El control de las operaciones de concentración de empresas. Un primer análisis práctico», *GJ.*, serie D-16, marzo, 1992, pp.64 y ss.

SMITH, A., *La riqueza de las Naciones*, 1776, Edición de CARLOS RODRÍGUEZ BRAUN, Alianza, Madrid, 1999.

SOTO, A., «Supuestos de competencia desleal por venta a pérdida y discriminación», en *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, (Coord. BERCOVITZ, A.), BOE-Cám. Com. e Ind. De Madrid., Madrid, 1992, pp. 82 y ss.

SPELLENBERG, U., «La influencia de la constitución sobre el derecho privado», *RDC*, v.31., 1988.

SPRINGUER, U., «Meeting competition: Justification of price discrimination under E.C. and U.S. antitrust law», *ECLR*, 1994, pp. 251 y ss.

STIGLITZ, J. E., *Economía*, Ariel Economía, Barcelona, 1994.

STEVENS, J. P., «Immunizing conspiracies that threaten liberty: The use of subcompetitive but 'nonpredatory' prices to eliminate independent competitors», *Antitrust L. & Econcs. Rev.*, v.23, núm. 3, 1992, pp. 59 y ss.

SULLIVAN, L. *Handbook of the law of antitrust*, 1977.

— «The economic jurisprudence of the burger court's antitrust policy: The first thirteen years», *Notre Dame L. Rev.*, 1982, pp.1 y ss.

SULLIVAN, L.,

TAIX, R., *La protección de la marca renombrada por los Tribunales de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial-Andena, Madrid, 1993.

TAMAMES, R., *Los monopolios en España*, 7.^a ed., Madrid, 1970.

TATO PLAZA, A., *La publicidad comparativa*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

— «El nuevo sistema de autodisciplina publicitaria en España», v. 18, 1997, pp. 161-185.

TEJADA PONCE, A., y PÉREZ MOROTE, R., *Análisis práctico de la resolución del instituto de contabilidad y auditoría de cuentas, por la que se establecen los criterios para la determinación del coste de producción*, Documentos de Trabajo, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de Albacete. Universidad de Castilla-La Mancha, Albacete, 2001.

TENA PIAZUELO, V., *La unidad de mercado en el Estado Autonómico*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.

THARP, J. J., «Rising rivals' costs; Of bottlenecks, bottled wine, and bottle soda», *North West Univ. L. Rev.*, núm. 84., 1990, pp. 321 y ss.

TIJERAS, R., *Lobbies. Cómo funcionan los grupos de presión españoles*, Temas de Hoy, Madrid, 2000.

TIROLE, J., *La teoría de la organización industrial*, Ariel Economía, Barcelona, 1990.

TORRES DEL MORAL, A., «La teoría política de Hobbes: un temprano intento de síntesis metódica», *B. Fac. de Der. UNED.*, núm. 1, 1992, pp. 239-267.

TORRES LÓPEZ, J., «Sobre la ida y vuelta al liberalismo de la economía y del Derecho», *RFDUGrd.*, núm. 3, 2000, pp. 27-50.

TRONCOSO y REIGADA, M., *Le vendite predatoie nel Diritto Antitrust*, Bolonia, 1993.

— «Notas críticas a la Proposición de Ley de Comercio Interior del Grupo Parlamentario Catalán», *La Ley*, núm. 3634, de 21 de octubre de 1994, pp. 4 y ss.

— voz «prácticas predatorias», en *EJB*, Civitas, v.2, Madrid, 1995, pp. 4981-4985.

UMBECK, J. R., «Entry, recoupment, and higher prices: Irrelevance of high market shares in predatory pricing (I)», *Antitrust L. & Econcs. Rev.*, v. 21, núm. 3, 1989, pp. 89 y ss.

— «Entry, recoupment, and higher prices: Irrelevance of high market shares in predatory pricing (II)», *Antitrust L. & Econcs. Rev.*, 1990, pp. 37 y ss.

— «Entry, recoupment, and higher prices: Irrelevance of high market shares in predatory pricing (III)», *Antitrust L. & Econcs. Rev.*, v. 22, núm. 1, 1991, pp. 51 y ss.

URÍA, R., MENÉNDEZ, T., y VERGEZ, M. *Curso de Derecho Mercantil*, II, Civitas, Madrid, 2001.

USTARAN, E., «Pornografía en Internet: La respuesta legal», *Otrosí*, marzo, 1997.

VALLERDÓ CALAFELL, J. y CASTILLO NAVARRO, F. J., *De las Directivas de la CEE al Plan General de Contabilidad de 1990. La reforma contable española*, Einia, Barcelona, 1991.

VALLE MUÑÍZ, J. M., «ARTÍCULO 281», en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (Direc. QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F., y otros), 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 663-664.

VALLET DE GOYTISOLO, J., «Derecho y economía», *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, I, Madrid, 1996, pp. 5541-5549.

VÁZQUEZ LEPINETTE, T., «Concurrencia en el mercado y cláusula general de competencia desleal [Comentario a la STS 15 de abril 1998]», *Westlaw.es, BIB*, 1999\1091, pp. 2 y ss.

VÁZQUEZ ROTE, E., voz «abuso de Derecho», en *Dic. Jur. Esp. Calpe.*, Madrid, 1991, pp. 11-12.

VELA, C., *La regulación jurídica de las primas y regalos*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1987.

VENCE DEZA, X., *Economía de la innovación y cambio tecnológico: Una revisión crítica*, Colección S. XXI, 1.ª ed., Madrid, 1995.

VELA GARCÍA, C., «La promoción de ventas en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», en *Libre competencia y Ley de Ordenación del Comercio Minorista en España*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1997, pp.195-241.

VELASCO SAN PEDRO, L. A., «Contabilidad del empresario», *EJB*, Civitas, 1995, pp.1538 y ss.

— «Prácticas colusorias y abuso de posición dominante», en *La integración económica europea: curso básico* (coord.. VEGA MOCOROA, I.), 2.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 1998,

pp. 557-597.

- «La política de la competencia ante el nuevo milenio», en *50 años de la Unión Europea. Reflexiones desde la Universidad*, 7.ª ed., Valladolid, 2001, pp. 247-268.

VENIT, S. J., «The evaluation of concentrations under Regulation 4064/89: The nature of the beast», en *International Mergers and Joint Ventures*, *APFCLI*, 519, 1991, pp. 540 y ss.

VENTANA, V., *Teoría de las prácticas económicas ilícitas*, edit. Jurídica Venezonala, Instituto Nacional de Propiedad Intelectual de la Universidad de Los Andes, Caracas, 1995.

VENTURA VICTORIA, J., *Análisis competitivo de la empresa: un enfoque estratégico*, Civitas, Madrid, 1994.

VERGEZ, M., «Competencia desleal por actos de engaño, obsequios, primas y otros supuestos análogos», en *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, (Coord. BERCOVITZ, A.), BOE-Cám. Com. e Ind. de Madrid, Madrid, 1992, pp. 51-64.

VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 3. ed., v.1, Bosch, Barcelona, 1991.

- «Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal», *RGD*, núm. 589-5990, octubre-noviembre, 1993, pp. 9997-9998.

VICIANO PASTOR, J. «Libre competencia e intervención pública en la economía», *Biblioteca Jurídica Cuatrecasas*, pp. 112 y ss.

VILLASANTE, T. R., *Las democracias participativas*, Hoac, Madrid, 1995.

VILLEGAS CAYÓN, J., *Monopolio y competencia. Las Leyes antitrust de los Estados Unidos, base de la libertad económica*, Librería Jurídica Villegas, Madrid, 1970.

VINJE, T. C., «El desarrollo de productos interoperables bajo la Directiva sobre software de la CE», *RGD*, año L, núm. 589-90, octubre-noviembre, 1993, pp. 10133-10153.

WALELBROECK, M. M., y FRIGIANI, A., *Derecho europeo de la competencia*, en la traducción española de SÁENZ-CORTABARRÍA FERNÁNDEZ, I., y MORALES ISASI, M, Bosch, Barcelona, 1998.

Wall Street Journal, «Predatory pricing RIP. The end of predatory pricing cases», de 1 de abril de 1986, pp. 30 y ss.

WATSON, A., «Predatory pricing in the software industry», 23, *Rutgers. L. Rev.*, 1, 4 de octubre, 1998, puntos 66 y 67.

WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*, traducción de JOSÉ LUIS CARRO, y prólogo de LUIS DÍEZ-PICAZO, Civitas, Madrid, 1982.

WILLIAMSON, O., *Markets and hierarchies*, Nueva York, 1975.

- «Predatory pricing: a strategic and welfare analysis», *Yale L. J.*, 87, 1977, pp.284 y ss.
- «Delimiting antitrust», *Geo L. Jourl.*, 76, núm. 271, 1987, pp. 284 y ss.

WORDEN, W. L., «Antitrust. Predatory pricing— Intent cannot serve as the bays of liability in a predatory pricing cases under Sherman Act— A. A. Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc., 881, F. 2d 1396 (7th Cir. 1989) cert. Denied, 110, S. Ct. 1396, 1990», *Drake L. Rev.*, v. 40, 1991,

pp. 667 y ss.

XIFRÁ, J., *Lobbying: Cómo influir eficazmente en las decisiones de las instituciones públicas*, Gestión 2000, Barcelona, 1998.

YANES YANES, P., «Génesis y opciones de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la Competencia», núm. 221, *GJ de la CE*, Madrid, septiembre-octubre, 2002, pp. 45-58.

ZANON, L., «Price discrimination under article 86 of the E.E.C. Treaty: the United Brands Case», *Int. & Compar. L. Quarterly.*, núm. 31, 1982, pp. 51 y ss.

ZERBE, R., & MUNFORD, M., «Does predatory pricing exist? Economic theory and the courts after Brooke Group», *Antitrust Bull.*, winter, 1996, pp. 949-985.

ZURITA, y SÁENZ DE NAVARRETE, J., «La adquisición de participaciones significativas y las OPA en el RD 1197/1991», *DN*, año 3, núm. 21, junio, 1992, p. 1. y ss.

INFORMES

Décimo Informe sobre política de la competencia, 1981, Onzième rapport sur la politique de concurrence, Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes, 1982, ISBN 92-825-2885-5, N° de catalogue: CB-33-81-433-FR-C

Duodécimo Informe sobre política de la competencia de la Comisión Europea, 1982, Douzième rapport sur la politique de concurrence, Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes, 1983, ISBN 92-825-3550-9 ; N° de catalogue :CB-36-82-491-FR-C

Décimo Informe sobre Política de la Competencia, Comisión de las Comunidades Europeas, 1985, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, núm. de catálogo: CB-45-85-430-ES-C.

TDC, XXI Informe sobre la Política de la Competencia, 1991.

TDC, Informe sobre el Libre Ejercicio de las Profesiones, Madrid, junio, 1992.

Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE – Programa de la Comisión nº 99/027, Bruselas, 28 de abril de 1999, COM (1999) 101 final, http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/wp_modern_es.pdf

Libro Verde: Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas. Presentado por la Comisión en Bruselas el 18 de julio de 2001, COM (2001) 366 final, http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/gpr/2001/com2001_0366_es01.pdf

Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea, Bruselas, de 2 de octubre de 2001, COM (2001) 531 final, http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/gpr/2001/com2001_0531_es01.pdf

Libro Verde sobre las restricciones verticales y la política de la competencia, de noviembre de 1996, COM (96) 590 final, http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/96721es_es.pdf.

Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas comunitarias de competencia a las restricciones verticales —Seguimiento del Libro Verde sobre las restricciones verticales— Diario Oficial nº C 365 de 26/11/1998 pp. 0003 – 0024

Predatory pricing, OCDE, París, 1989.

Comunicación de la Comisión sobre las promociones de ventas en el mercado interior. Propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las promociones de ventas en el mercado interior. Bruselas, 2 de octubre de 2001, COM (2001), 546 final. Y las enmiendas de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios, de 2 de abril de 2002, al citada Comunicación. PE, 307.508/27-31.

INDICE DE JURISPRUDENCIA, DECISIONES, RESOLUCIONES y CONSULTAS CITADAS *

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE DERECHOS HUMANOS

«Oztürk c. Alemania», de 21 de febrero de 1984.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

«Ahmed Saeed Flugresein et Silver Line Seisebüro GmbH c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerds E.V.», de 11 de abril de 1989, asunto C-66/86, *Rec.*, 1989, p. 803.

«Air Inter c. Comisión», de 19 de junio de 1997, asuntos T-260/94, *Rec.*, 1997, II, p. 997.

«AKZO Chemie BV c. Comisión», de 3 de julio de 1991, asunto C-62/86, *Rec.*, 1991, I, p. 3359.

«Societe Alsacienne et Lorraine de Telecommunications et D'electronique (Alsatel) c. Novasam», de 5 de octubre de 1988, asunto 247/86, *Rec.*, 1988, p. 5987.

«British Leyland Public Limited Company c. Comisión», de 11 de noviembre de 1986, asunto C-226/84, *Rec.*, 1986, p. 3263.

«Canon Habushiki Kaisha c. Metro Golwyn-Mayer Inc», de 29 de septiembre de 1998, asunto C-39/97, *Rec.*, 1998, I, p. 5507.

«Capolonco c. Maya», de 19 de junio de 1973, asunto 77/72, *Rec.*, 1973, p. 611.

* Para la consulta de la jurisprudencia y resoluciones se ha venido utilizando entre otros, los repertorios de Aranzadi Editorial, por lo que los efectos de facilitar la búsqueda al lector se suministra el correspondiente marginal.

«Centrafarm c. Sterling Drug», de 31 de octubre de 1994, asunto T15/74, *Rec.*, 1974, p. 1147.

«Centre Belge d'Estudes de Marqué Telemarketing», de 3 de octubre de 1985, asunto 311/84, *Rec.*, 1985, p. 3261.

«Comisión c. Bandengroothandel Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin», de 7 de octubre de 1981, *DOCE*, L-353, 9 de diciembre de 1981, *CMLR*, 1/1983, p. 643.

«Comisión c. Italia», de 19 de diciembre de 1961, asunto 7/61, *Rec.*, 1961, p. 635..

«Compagnie Maritime Belge Transports S.A., Compagnie Maritime Belge S.A. Dafra-Lines A/S», de 16 de marzo de 2000, en los asuntos acumulados C-395/96, *Rec.*, 2000, p. 3261.

«Compagnie Maritime Belge», de 3 de octubre de 1985, asunto T-30/89, *Rec.*, 1985, p. 3261.

«Continental Can», de 21 de febrero de 1973, asunto 6/72, *Rec.*, 1973, p. 215.

«Corinne Bodson c. Pompes Fúnebres des Regions Liberees», de 4 de mayo de 1988, asunto 30/87, *Rec.*, 1988, p. 2479.

«Dassonville», de 11 de julio de 1974, asunto 8/74, *Rec.*, 1974, p. 837.

«De Gezamenlijke Steenkolemijnen in Limburg c. Alta Autoridad de la CECA», de 23 de febrero de 1961, asunto 30/59, *Rec.*, 1961, p. 3.

«Deutsche Grammophon c. Metro», de 8 de junio de 1971, asunto 78/70, *Rec.*, 1971, p. 487.

«ECS c. AKZO Chemie», de 14 de diciembre de 1985, *DOCE*, L-374, de 31 de diciembre de 1985, pp.1-27.

«Francia c. Comisión», de 14 de febrero de 1990, asunto C-301/87, *Rec.*, I, p. 307.

«Francia y otros c. Comisión», de 31 de marzo de 1998, asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95, *Rec.*, 1995, I, p. 1375.

«François Lucazeau c. SACEM y otros», de 13 de julio de 1989, asuntos 110/88, 241/88 y 242/88, *Rec.*, 1989, I, p. 667.

«GB-INNO- BM», de 7 marzo de 1990, asunto C-362/88, *Rec.*, 1975, I, p. 667.

«General Motors Continental NV c. Comisión», de 13 de noviembre de 1975, *Rec.*, 1975, p. 1376.

«General Motors Continental NV c. Comisión», de 13 de noviembre de 1975, asunto 26/75, *Rec.*, 1975, p. 367.

«Gut Springenheide and Tusky c. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt», de 16 de julio de 1998, asunto C-210/96, *Rec.*, 1998, I, p. 4657.

«Heintz Van Landewyck Sarl y otros c. Comisión», de 29 de octubre de 1980, asunto 209 a 215 y 218/78, *Rec.*, 1980, p. 3125.

«Hilti AG c. Comisión», de 12 de diciembre de 1991, asunto T-30/89, *Rec.*, 1991, II, p. 1439.

«Hoffmann-La Roche c. Comisión», de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, *Rec.*, 1979, p. 461.

«Höfner y Elser c. Macroton GmbH», de 23 de abril de 1991, asunto C-41/90, *Rec.*, I, 1991, I-p. 1979.

«Hugin Kassaregister AV y Hugin Cash Registers Ltd. c. Comisión», de 31 de mayo de 1979, asunto C-22/78, *Rec.*, 1979, p. 1869.

«Hünermund y otros c. Landesapothekerkammer Baden-Württemberg», de 15 de diciembre de 1993, asunto C-292/92, *Rec.*, 1993, I, p. 6786.

«Hydroterm Gertebau GmbH c. Firma Compact del Dott. Ing. Mario Andreolu & C. sas», de 12 de julio de 1984, asunto C-170/83, *Rec.*, 1984, pp.2999.

«Iannelli & Volpi SPA c. Paolo Meroni», de 22 de marzo de 1977, asunto 74/76, *Rec.*, 1977, p. 557.

«IAZ c. Comisión», asunto 96 a 102, 104, 105 y 109-110/82, *Rec.*, 1983, pp.3369 y ss.

«Imm, Zwartveld», de 13 de julio de 1990, asunto C-2/88-IMM, *Rec.*, 1990, I, p. 3365.

«Irish Sugar plc c. Comisión», de 7 de octubre de 1999, asunto T-228/97.

«Keck y Mithouard», de 24 de noviembre de 1993, asuntos acumulados C- 267/91 y C-268/91, *Rec.*, 1991, I, p. 6017.

«L'Oreal c. PBVA de Nieuwe AMCK», de 11 de diciembre de 1980, asunto C-31/80, *Rec.*, 1980, p. 3775.

«Langguth», de 29 de junio de 1995, asunto C-456/93, *Rec.*, 1995, I, p. 1737.

«Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH c. Klijsen Handel Bv», de 22 de junio de 1999, asunto C-342/97, *Rec.*, 1999, I, p. 3819.

«Gebrueder Lorenz GmbH c. República Federal de Alemania y Land Rheinland-Pfalz», de 11 de diciembre de 1973, asunto 120/73, *Rec.*, 1973, p. 1471.

«Mars», de 6 de julio de 1995, asunto C-470/93, *Rec.*, 1993, I, p. 1923.

«Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG. c. Comisión», de 22 de octubre de 1986, asunto 75/84, *Rep.*, 1986, p. 3021.

«Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c. Comisión», de 25 de octubre de 1977, asunto C-26/76, *Rec.*, 1977, p. 1875.

«Michelin c. Comisión», de 9 de noviembre de 1983, *Rec.*, 1983, p. 3461.

«Ministerio Público c. Jean Louis Tournier», de 13 de julio de 1989, asunto 395/87, *Rec.*, 1989, p. 2521.

«NV Nederlandsche Baden-Industrie Michelin c. Comisión», de 9 de noviembre de 1983, asunto C-322/81, *Rep.*, 1983, p. 3461.

«Pall Corp. c. Dahlausen & Co.», de 13 diciembre de 1990, asunto C-238/89, *Rec.*, 1980, I, p. 4827.

«Philip Morris Holland c. Comisión», 17 de septiembre de 1980, asunto 730/79, *Rec.*, 1980, p. I-2761.

«Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein», de 20 de febrero de 1979, asunto 120/78, *Rec.*, 1979, p. 662.

«Sabel BV c. Puma AG, Rudolf Dassler Sport», de 11 de noviembre de 1979, asunto C-251/95, *Rec.*, 1979, I, p. 6191.

«Steinike & Weinlig c. República Federal de Alemania», de 22 de marzo de 1977, asunto 70/95, *Rec.*, 1977, I, p. 3359.

«Stergios Delimitis c. Henninger Bräu AG», de 28 de febrero de 1991, asunto C-234/89, *Rec.*, 1991, I, p. 935.

«Syndicat français de l'Empress international et autres c. Comisión», de 16 de junio de 1994, asunto C-39/93, *Rec.*, 1994, I, p. 2681.

«Tetra Pak II», de 24 de julio de 1991, *DOCE*, L-72, de 18 de marzo de 1992.

«Tetra Pak International, S.A. c. Comisión», de 14 de noviembre de 1996, asunto C-333/94, *Rec.*, 1996, I, p. 5951.

«Unio française de l'empress —UFEX— y otros c. Comisión», de 4 de marzo de 1999, asunto C-119/97, *Rec.*, 1999, I, p. 1341.

«United Brands Company et United Brands Continental BC c. Comisión», de 14 de febrero de 1978, asunto C-27/76, *Rec.*, 1978, p. 207.

«United Parcel Service Europe S.A. c. Comisión», de 9 de septiembre de 1999, asunto T-127/98, *DOCE*, L-13, p. 204; EE 08/01, p. 22.

«Van Landewyck c. Comisión», asunto 209 a 215 y 218/78, *Rec.*, 1980, p. 3125.

«VBVB y VBBB c. Comisión», de 17 de enero de 1984, asuntos 43/82 y 63/82, *Rec.*, 1984, p. 19.

«Verband Sozialer Wettbewerb EV c. Clinique Laboratories SNC y Estée Lauder Cosmetics GmbH», de 2 de febrero de 1994, asunto C-315/92, *Rec.*, 1994, I, p. 317.

«Yves Rocher», de 18 de mayo de 1993, asunto C-126/91, *Rec.*, 1993, I, p. 2361.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

«Aitours y First Choice c. Comisión», de 6 de junio de 2002, asunto IV/M.1524

«Almelo», de 27 de abril de 1994, asunto C-393/92, *Rec.*, 1994, I, p. 1477.

«BPB Industries PLC y British Gypsum LTD c. Comisión», de 1 de abril de 1993, asunto T-65/89, *Rec.*, 1993, II, p. 0389.

«Centro Servizi Spediporto», 5 de octubre de 1995, asunto C-96/94, *Rec.*, 1995, I, p. 2883.

«Compagnie Maritime Belge Transports y otros c. Comisión», 8 de octubre de 1996, asuntos acumulados T-24/93, T-25/93, T-26/93 y T-28/93, *Rec.*, 1993, II, p. 1201.

«DIP y otros», de 17 de octubre de 1995, asuntos acumulados C-140/94, C-141/94 y C-142/94, *Rec.*, 1994, II, p. 3257.

«Elf Atochem, S.A. y otros c. Comisión», de 20 de abril de 1999, asunto T-306/94, asuntos acumulados T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 y T-335/94, *Rec.*, 1999, II, p. 931.

«Hilti AG c. Comisión», de 12 de diciembre de 1991, asunto T-30/89, *Rec.* 1991, II, p. 1439.

«Irish Sugar plc. C. Comisión», de 7 de octubre de 1999, asunto T-228/97, *Rec.*, 1999, II, p. 2969.

«ITT Promedia NV c. Comisión», de 17 de julio de 1998, asunto T-111/96, II, p. 2937.

«SDDDA c. Comisión», de 12 de noviembre de 1996, asunto T-47/96, *Rec.*, 1996, II, p. 1559 .

«SFEI y otros c. Comisión», de 16 de junio de 1994, asunto C-39/39, *Rec.*, 1994, I, p. 2681.

«SFEI y otros c. Comisión», de 30 de noviembre de 1992, asunto T-36/92, *Rec.*, 1992, II, p. 2479.

«SIV y otros c. Comisión», de 10 de marzo de 1992, asuntos acumulados T-68/89, T-77/89 y T-78/89, *Rec.*, 1989, II, p. 1403.

«Sodemare y otros», 17 de junio de 1997, asunto C-70/95, *Rec.*, 1995, I, p. 3395.

«Union française de l'empres y otros c. Comisión», de 25 de mayo de 2000, asunto T-77/95 RV, *Rec.*, 2000, II, p. 2167.

«UPS Europe S.A., c. Comisión», de 9 de septiembre de 1999, asunto T-127/98, *Rec.*, 1999, II, p. 2633.

DECISIONES DE LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

«Aérospatiale-Alenia / De Havilland», de 2 de octubre de 1991, asunto IV/M.053, *DOCE*, L-334 de 5 de diciembre de 1991, pp. 42-61.

«Air France / Sabena», de 5 de octubre de 1992, asunto IV/M.157, *DOCE*, C-272 de 21 de octubre de 1992.

«AOPI / Beyrard», de 2 de diciembre de 1975, asunto IV/26949, *DOCE*, L-6, de 13 de enero de 1976, pp. 8-5.

«BBI / BOOSEY & HAWKES», de 29 de julio de 1987, asunto IV/32.279, medidas provisionales 87/500/CEE, *DOCE*, 286 de 9 de octubre de 1987, pp. 36-43.

«CCIE / GTE», de 25 de septiembre de 1992, asunto IV/258, *DOCE*, C-265, de 14 de octubre de 1992, p. 0000.

«CEA Industrie / France Telecom. / Finmeccanica / SGS-Thomson», de 22 de febrero de 1993, asunto IV/216, *DOCE*, L-68, de 11 de marzo de 1993, pp. 0000.

«CLT / Disney / Super RTL», de 17 de mayo de 1995, asunto IV/M.566, *DOCE*, C-144, de 10 de junio de 1995.

«Coca-Cola Enterprises / Amalgamated Beverages Great Britain», de 29 de enero de 1997, asunto IV/M.794, *DOCE*, I-218, de 9 de agosto de 1997, pp. 15-42.

«Costa Grociere / Changeurs / Accor», de 19 de julio de 1993, asunto IV/M.334, *DOCE*, C-204, de 28 de julio de 1993, p. 0000.

«DaimlerChrysler», de 10 de octubre de 2001, asunto C-324/99, *DOCE*, 2001, p. 99.

«Dalgety PLC / The Quaker Oats Company», de 13 de marzo de 1995, asunto IV/M.554, *DOCE*, C-82, de 4 de abril de 1995, p. 4.

«Decca Navigator System», de 21 de diciembre de 1988, asuntos acumulados IV/30.979 y 31.394, 89/113/CEE, *DOCE*, L-43 de 15 de febrero de 1989, pp. 27-48.

«Du Pont / ICI», de 30 de septiembre de 1992, asunto IV/M.214, *DOCE*, L-7, de 13 de enero de 1993, pp. 13-24.

«ECS c. AKZO Chemie», de 14 de diciembre de 1985, asunto IV/30.698, *DOCE*, L-374, de 31 de diciembre de 1985, pp. 1-27.

«Elf Atochem, S.A. / Comisión y otros», de 27 de julio de 1994, asunto IV/31.865, *DOCE*, L-239, p. 14.

«Eridania / ISI», de 30 de julio de 1991, asunto IV/M.062, *DOCE*, C-204, de 3 de agosto de 1991, p. 0000.

«Eurocheques Uniformes», de 10 de diciembre de 1984, IV/30/717, *DOCE*, L-35, de 7 de febrero de 1985, p. 43.

«GDI c. Dassault», de 24 de marzo de 1995, asunto IV/M.571, *DOCE*, C-100, de 22 de abril de 1995, p. 6.

«Hilti (Eurofix-Bauco c. Hilti)», de 22 de diciembre de 1987, asunto IV/30787 y 31488, *DOCE*, L-065, de 11 de marzo de 1988, pp. 19-44.

«Kali und Salz / MDK / Treuhand», de 14 de diciembre de 1993, *DOCE*, L-186, de 21 de julio de 1994, pp. 38-56.

«Kinber-Clark / Scott Paper», de 16 de enero de 1996, asunto IV/M.623, *DOCE*, L-186, de 23 de julio 1996, pp.1-56.

«Kirch / Richemont / Multichoice / Telepiù», de 5 de mayo de 1995, asunto IV/M.584, *DOCE*, C-129, de 25 de mayo de 1995, p. 6.

«Lockheed Martins Corp. / Local Corporation», de 27 de marzo de 1996, asunto IV/M.697, *DOCE*, c-129, de 24 de octubre de 1995, p. 9.

«Mannesmann / Vallourec / Ilva», de 31 de enero de 1996, asunto IV/M.315, *DOCE*, l-102, de 21 de abril de 1994, pp. 15-37.

«Mercedes-Benz / Kässbohrer», de 14 de febrero de 1995, asunto IV/M.477, *DOCE*, L-211, de 6 de septiembre de 1995, pp.1-29.

«Metaleurop, S.A.», de 26 de junio de 1990, asunto IV/32846, *DOCE*, L-179, de 12 de julio de 1990, pp. 41-43.

«Nederlandse Banken», de 19 de julio de 1989, asunto IV/31499, *DOCE*, L-253, de 30 de agosto de 1989, pp. 1-16.

«Nederlandse Vereniging van Banken», de 21 de octubre de 1999, asunto IV/34010, *DOCE*, L-271, de 21 de octubre de 1999, pp. 28-40.

«Nestlé / Perrier», de 22 de julio de 1992, asunto IV/M.190, *DOCE*, L-356, de 5 de diciembre de 1992, pp. 1-31.

«Opel nederland BV / General Motors Nederland BV», de 20 de septiembre de 2000, asunto COM/36653, *DOCE*, L-59, de 28 de febrero de 2001, pp. 1-42.

«Orka / Volvo», de 20 de septiembre de 1995, asunto IV/M.582, *DOCE*, L-66, *DOCE*, L-066, de 16 de marzo de 1996, pp. 17-35.

«Otto / Grattan», de 21 de marzo de 1991, asunto IV/M.070, *DOCE*, C-093, de 11 de abril de 1991, p. 0000.

«Péchiney / Usinor Sacilor», de 24 de junio de 1991, asunto IV/97, *DOCE*, C-175, de 6 de julio de 1991, p. 0000.

«Procter & Gamble / VP Schickedanz (II)», de 21 de junio de 1994, asunto IV/M.430, *DOCE*, L-354, de 31 de diciembre de 1994, pp.32-65.

«Promodes c. Gatteau», de 6 de febrero de 1998, asunto IV/M.1085, *DOCE*, C-65, de 28 de febrero de 1998, p. 11.

«RAI c. Unitel», de 26 de mayo de 1978, asunto C-39/96, *DOCE*, L-157, de 15 de junio de 1978, pp. 39-41.

«Tarmac c. Steetley», de 13 de febrero de 1992, asunto IV/M.180, *DOCE*, C-50, de 25 de febrero de 1992, p. 0000.

«Tetra Pak II», de 24 de julio de 1991, *DOCE*, L-72, de 18 de marzo de 1992, p. 1.

«Torras / Sarrió», de 24 de febrero de 1992, asunto IV/M.166, *DOCE*, C-58, de 5 de marzo de 1992, p. 0000.

«Tetra Pak I», de 28 de julio de 1988, asunto IV/31043, *DOCE*, L-272, de 4 de octubre de 1988, p. 27.

«Volkswagen / Comisión», de 28 de enero de 1998, asunto IV/35.733, *DOCE*, L-124, de 25 de abril de 1998, pp. 60-108.

«Zurcí / MMI», de 2 de abril de 1993, asunto IV/M.286, *DOCE*, C-112, de 22 de abril de 1993, p. 0000.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

18/1981 (Sala 1.^a), de 8 de junio, Recurso de Amparo núm. 101/1981, *BOE*, de 16 de junio de 1981 (RTC 1981\18).

1/1982 (Pleno), de 28 de enero de 1982, Conflicto[s] positivo[s] de competencia núms. 63/1981 y 191/1981 (acumulados), *BOE*, de 26 de febrero de 1982 (RTC 1982\1).

107/1984 (Sala 2.^a), de 23 de noviembre de 1983, Recurso de Amparo núm. 576/1993, *BOE*, de 21 de diciembre de 1984 (RTC 1984\107).

11/1984 (Pleno), 2 de febrero de 1984, Conflictos positivos de competencias núms. 241/1982, *BOE*, de 18 de febrero de 1984 (RTC 1984\11).

66/1985 (Pleno), de 23 de mayo de 1985, Recurso Previo de Inconstitucionalidad, *BOE*, de 5 de junio de 1985 (RTC 1985\66).

66/1984 (Sala 2.^a), de 6 de junio de 1984, *BOE*, de 19 de junio de 1984 (RTC 1984\66).

159/1985 (Sala 2.^a) de 27 de noviembre de 1985, Recurso de Amparo núm. 821/1984, *BOE*, de 17 de diciembre de 1985 (RTC 1985\159).

174/1985 (Sala 1.^a) de 17 de diciembre de 1985, Recurso de Amparo núm. 558/1993, *BOE*, de 15 de enero de 1986 (RTC 1985\174).

29/1986 (Pleno), de 20 de febrero, Recursos de Inconstitucionalidad Acumulados núms. 848/1983 y 744/1984, *BOE*, de 21 de marzo de 1986 (RTC 1986\29).

88/1986 (Pleno), de 1 de julio de 1986, Recursos de Inconstitucionalidad núms. 352/1983 y 367/1983 (RTC 1986\88).

37/1987 (Pleno), de 26 de marzo (RTC 1987\37), Recurso de Inconstitucionalidad núm. 685/1984, *BOE*, de 14 de abril de 1987.

61/1990 (Sala Primera), de 29 de marzo, Recurso de Amparo núm. 370/1988, *BOE*, de 4 de junio de 1990 (RTC 1990\61).

112/1990 (Sala 2.^a), de 18 de junio, Recurso de Amparo núm. 615/1988, *BOE*, de 5 de julio de 1990 (RTC 1990\112).

8/1991 (Sala Primera), de 17 de enero de 1991, Recurso de Amparo núm. *BOE*, de 13 de febrero de 1991 (RTC 1991\8).

227/1993 (Pleno), de 9 de julio de 1993, Recurso de Inconstitucionalidad núm. 884/1987, *BOE*, de 12 de agosto de 1993 (RTC 1993\227).

313/1993 (Sala 2.^a), de 24 de octubre de 1993, Recurso de Amparo, *BOE*, de 30 de noviembre de 1993 (RTC 1993\313).

78/1994 (Sala 2.^a), de 14 de marzo, Recurso de Amparo núm. 1684/1991, *BOE*, de 14 de abril de 1994 (RTC 1994\78).

324/1994 (Sala Segunda), de 1 de diciembre de 1994, Recursos de Amparo núms. 350/1994, 351/1994 y 386/1994, *BOE*, de 28 de diciembre de 1994 (RTC 1994\324).

125/1995 (Pleno), de 24 de julio de 1995, Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 3033/1993, *BOE*, de 22 de agosto de 1995, núm. 200 (suplemento), (RTC 1995\125).

9/1997 (Sala Primera), de 14 de enero de 1997, Recurso de Amparo núm. 386/1995, *BOE*, de 14 de febrero de 1997, núm. 39 (suplemento) (RTC 1997\9).

109/1997 (Sala Segunda), de 2 de junio de 1997, Recurso de Amparo núm. 3464/1996, *BOE*, de 4 de julio de 1997, núm. 159 (suplemento) (RTC 1997\109).

105/1997 (Sala 2.^a), de 2 de junio, Recurso de Amparo núm. 1216/1994, *BOE*, de 4 de julio de 1997, núm. 159 (suplemento) (RTC 1997\105).

208/1999 (Sala 2.^a) de 11 de noviembre, Recursos de Inconstitucionalidad núms. 2009/1989 y 2027/1989, *BOE*, de 16 de diciembre de 1999, núm. 300 (suplemento) (RTC 1999\208).

55/1999 (Sala Primera), de 12 de abril de 1999, Recurso de Amparo núm. 4369/1995, *BOE*, de 18 de mayo de 1999, núm. 188 (suplemento) (RTC 1999\55).

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

725/1984 (Sala 2.^a, Sección 4.^a), de 21 de noviembre de 1984, Recurso de Amparo núm. 661/1984 (RTC 1984\725 AUTO).

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

27 de febrero de 1958, Aranzadi, T.XXV, v.I (RJ 1958\1051).

28 de febrero de 1959, Aranzadi, T.XXVI, v.I (RJ 1959\1497).

18 de febrero de 1965, Aranzadi, T.XXXI, v.I (1965\ 883).

22 de mayo de 1967, Aranzadi, T.XXXIV, v.I (1965\ 2538).

8 de noviembre de 1977, Aranzadi, T.XLIV, v.III (1977\ 4169).

5 de diciembre de 1980, Sala de lo Civil (RJ 1980\4738).

5 de noviembre de 1982, Sala de lo Civil, (RJ 1982\6526).

9 de febrero de 1983, Sala de lo Civil (RJ 1983\957).

22 de abril de 1983, Sala de lo Civil (RJ 1983\2118).

25 de junio de 1983, Sala de lo Civil (RJ 1983\3685).

17 de marzo de 1984, Sala de lo Civil (RJ 1984\1248).

17 de marzo de 1987, Sala de lo Civil (RJ 1987\6063).

8 de julio de 1987, Sala de lo Civil (RJ 1987\5188).

8 de octubre de 1987, Sala de lo Social (RJ 1987\6973).

27 de julio de 1988, Sala de lo Social (RJ 1988\5809).

16 de octubre de 1989, Sala de lo Civil (RJ 1989\6926).

31 de enero de 1990, Sala de lo Civil (RJ 1990\29).

3 de mayo de 1990, Sala de lo Social (RJ 1990\3946).

26 de noviembre de 1990, Sala de lo Civil (RJ 1990\9054).

11 de mayo de 1991, Sala de lo Civil (RJ 1991\3658).

23 de septiembre de 1991, Sala de lo Civil (RJ 1991\6060).

16 de octubre de 1991, Sala de lo Civil (RJ 1991\7074).

25 de febrero de 1992, Sala de lo Civil (RJ 1992\1554).

26 de febrero de 1992, Sala de lo Civil (RJ 1992\6880).

3 de septiembre de 1992, Sala de lo Civil (RJ 1993\2786).

2 de abril de 1993, Sala de lo Civil (RJ 1993\2786).

24 de mayo de 1993, Sala de lo Civil, (RJ 1993\3727).

8 de octubre de 1993, Sala de lo Civil, (RJ 1993\7317).

20 de marzo de 1996, Sala de lo Civil, (RJ 1996\2246).

20 de marzo de 1996, Sala de lo Civil, (RJ 1996\2244).

8 de mayo de 1997, Sala de lo Civil, (RJ 1997\3876).

8 de mayo de 1997, Sala de lo Civil, (RJ 1997\3877)

15 de abril de 1998, Sala de lo Civil, (RJ 1998\2053).

15 de abril de 1998, Sala de lo Civil, (RJ 1998\2054).

22 de enero de 1999, Sala de lo Civil, (RJ 1999\631).

8 de marzo de 2002, Sala de lo Civil, (RJ 2002\1996).

SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA NACIONAL

«Frint España S.A. c. RTDC de 8 de julio de 1992 por acuerdos restrictivos de la competencia», de 24 de marzo de 1997, Sala de lo Contencioso-Administrativo (RJCA 1997\1350).

«Telefónica, S.A. c. Resolución del TDC de 1 de febrero de 1995 por abuso de posición dominante», de 24 de septiembre de 1997, Sala de lo Contencioso-Administrativo (RJCA 1997\1873).

SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

«JOSE ANTONIO E. M. c. VERSAN, S. L., Citalfor, S.A. y Fondo de Garantía Salarial», STSJC de 14 de enero de 2000 (AS 2000\5324).

«Centros Comerciales Pryca, S.A. c. Resolución de 17 de octubre de 1995 del Conseller de Industria y Turismo por la que se desestima el recurso ordinario contra la Resolución de 31 de mayo de 1995, del Director General de Comercio», STSJ de Valencia, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 15 de enero de 1999 (RJCA 1999\27).

«JOSÉ O. A. c. Redi Daniels, S.A., JOSÉ M.^a D. R. y CARMEN M. V.», STSJC, de 26 de mayo de 1997 (AS 1997\1970).

«JOSÉ T.R. c. Manufacturas Torras Roca, S. A. y Fabrilmalla, S.A.», STSJC, de 22 de mayo de 1995 (AS 1995\1989).

«JAVIER J. B. c. Sistemas e Instrumentación, S.A. y Control y Aplicaciones, S. A.», STSJC, de 15 de junio de 1993 (AS 1993\2981).

SENTENCIAS DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

«Ford Werke Aktienge Selleshaft c. Construcciones Arregui, S. A.», Vizcaya, de 3 de diciembre de 1986 (AC 1996\2598)

«SGAE c. D.^a JOSEFINA, E.A.», Navarra, 26 de mayo de 1992 (AC 1992\804).

«Publicitario de Andalucía, S.A. c. Escaparate, S.L.», Cádiz, 12 de junio de 1992 (AC 1992\847).

«Unión Cantabra de Empresarios Detallistas de Alimentación c. Centros Comerciales Pryca», Cantabria, 12 de mayo de 1993 (AC 1993\1020).

«Asociación de Empresarios de Salas de Fiestas, Bailes y Discotecas de Navarra c. El colectivo estudiantil de tercer Curso de la Escuela de Ingenieros Técnicos Industriales de la Universidad Pública de Navarra», Navarra, 18 de diciembre de 1992 (AC 1992\1633).

«Asociación de Empresarios de Salas de Fiestas, Baile y Discotecas de Navarra c. J. ANTONIO, R. M.», Navarra, 25 de enero de 1993 (AC 1993\1633).

«Procter & Gamble España y Richardson-Vicks Inc. c. Sociedad Química de Perfumería y Color, S.A.», Valencia, 5 de mayo de 1993 (AC 1993\1019).

«SGAE c. SEGISMUNDO HERNÁNDEZ, S. A.», Sevilla, 19 de octubre de 1993 (AC 1993\2169).

«SGAE c. Zarafilms, S.A.», Zaragoza, 9 de diciembre de 1993 (AC 1993\2551).

«CARMEN R, P. DE A», Baleares, 14 de febrero de 1994, (ARP 1994\445).

«SGAE c. Sociedad Cinematográfica Andaluza, S.L.», Córdoba, 14 de septiembre de 1994 (AC 1994\1540).

«SGAE c. D.^a M.^a del PILAR P. C.», Asturias, 9 de noviembre de 1994 (AC 1994\2077).

«Asociación Provincial de Libreros de León c. Centros Comerciales Continente, S.A.», León, 24 de octubre de 1994 (AC 1994\2024).

«SGAE c. Glupper, S. A.», Valencia, 24 de octubre de 1994 (AC 1994\ 1883).

«ADIVAN c. GREGORIO M. R.», Toledo, 9 de enero de 1995 (AC 1995\85).

«SGAE c. D. MANUEL G. O.», Zamora, 30 de enero de 1995 (AC 1995\82).

«ADIVAN c. D.^a GREGORIA P. M.», Jaén, 15 de febrero de 1995 (AC 1995\71).

«M.^a ELENA, P. F.», Barcelona, de 4 de mayo de 1995 (ARP 1995\683).

«SGAE c. JOSE LUIS C. F.», Toledo, 7 de junio de 1995 (AC 1995\1286).

«Centro Asesor Asturiano, S.L. c. Malui, S.L.», Asturias, 4 de octubre de 1995 (AC 1995\1951).

«SGAE c. Hostelería y Espectáculos Lucenses S. A.», Lugo, 24 de octubre de 1995 (AC 1995\ 2500).

«D. MARTÍN M. S. c. D. MANUEL M.^a J. R.», Zamora, de 29 de diciembre de 1995 (AC 1996\2584).

«Riera Mercancías Import, S.A. c. May-Weke G. M. B. H. And Co.KG. y Llacin, S.L.», Barcelona, 7 de febrero de 1996 (AC 1996\429).

«SGAE c. JUAN C. R.», Toledo, 11 de abril de 1996 (AC 1996\817).

«SGAE c. Compañía Mercantil Arista, S.L.», Navarra, 3 de mayo de 1996 (AC 1996\917).

«Electro Bazar Ernesto, S. A., c. Mercantil Celsa, Electrodomésticos Electro 2000, Electrodomésticos Sonido y Don Ramón S.A.», Alicante, 26 de diciembre de 1996 (AC 1996\2281).

«D. VICTOR MANUEL P. F. c. Asociación de Corredores y Correduría de Seguros de la Provincia de Badajoz y otros», Badajoz, 24 de enero de 1997 (AC 1997\28).

«Flexibreaks Internacional, S.A. c. Venancio Tomás F. V y otros», Valladolid, 26 de mayo de 1997 (AC 1997\1047).

«Gremios de Libreros de Valencia c. Centros Comerciales Continente, S.A.», Valencia, 18 de julio de 1997 (AC 1997\1448).

«Loewe, S.A. c. JUAN VICENTE L.S.», Valencia, 6 de octubre de 1997 (AC 1997\1975).

«Industrias Panaderas Extremeñas, S.A. c. Antonio M. B. y otros», Badajoz, 11 de noviembre de 1997 (AC 1997\2587).

«Colegio de Economistas de Valencia c. Colegio Oficial de Gestores Administrativos de Valencia», de 6 de marzo de 1998 (AC 1998\491).

«El Corte Inglés, S.A. Hipercor, S.A c. Mobelcor Mobiliario y Declaración, S. L.», Madrid, de 22 de abril de 1998 (AC 1998\1134).

«Asociación de Empresarios de Hostelería en Guipúzcoa c. Hotel Aránzazu Donosti, S.A., D. Oscar Jesús C. M., Patronato Municipal de Deportes y Sanse Fiestas, S.L.», Guipúzcoa, 11 de mayo de 1998 (AC 1998\7958).

«Marqueterías Las Nieves c. Eroski Soc. Coop.», Vizcaya, 30 de julio de 1998 (AC 1998\1430).

«Salvador G.E y Joaquín F. M., c. Juan Ramón G. S.», Alicante, 25 septiembre de 1998, — autoescuelas— (AC 1998\1927).

«Querol, S.A. c. Don Bongo, S.A.», Valencia, 14 de noviembre de 1998 (AC 1998\2244).

«A & N, SRL c. Raven, S.L.», Barcelona, 21 de septiembre de 1999 (AC 1999\6823).

«Consejeros de Imagen, S.A. c. Asociación de Agencias de Publicidad de Bizcaia», Vizcaya, 29 de diciembre de 1999 (AC 1999\8496).

«Destilerías del Penedés, S. A. c. Pernod Richard, S. A.», Barcelona, de 8 de septiembre de 2000 (AC 2000\1735)

«Cromaresme, S. L. c. la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de San Feliu de Guixols de 30 de abril de 1999», Girona, de 19 de diciembre de 2000 (JUR 2002\120124).

«JOSÉ T. G. y Simancas Ediciones c. Ediciones Deusto, S. A.», Valladolid, de 30 de enero de 2002 (AC 2002\515)

AUTO DE AUDIENCIA PROVINCIAL

«SGAE c. Cruceros del Sur, S.L.», Sevilla, 14 de junio de 1993 (AC 1993\1237).

SENTENCIAS DE JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

«Confederación de Comercio de Cataluña c. Hipercor, S.A.», Juzgado de 1.ª Instancia número 38 de Barcelona, 6 de junio de 1995,

«Confederación del Comercio de Cataluña c. Alcampo, S.A.», Juzgado número 6 de Sabadell, 22 de diciembre de 1995,

«Confederación de Comercio de Cataluña c. Hipercor, S.A.», Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, de 6 de junio de 1995,

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

«Comercial de Canteras, S.A.», de 24 de octubre de 1970, expt. r. 74/70, *Jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia*, 1965/1970, pp.1488-1504.

«Agrupación Nacional Sindical de Industriales Azulejeros del Sindicato Nacional de la Construcción, Vidrio y Cerámica», de 20 de octubre de 1971, expt. r. 87/71, *Jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia*, 1971/1975, pp.448-485.

«Tresa c. Agencias de Transporte de Baleares», de 16 de diciembre de 1976.

«AFCO», de 14 de diciembre de 1978, expt. r. 142/78, *Jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia*, 1971/1975, pp.841-855.

«Cruceros Ría de Vigo, S. L., c. Vapores de Pasajes, S.A.», de 5 de febrero de 1981, expt. r. 163/80.

«Federación Nacional de Autoescuelas integradas en la Asociación Provincial», de 9 de enero de 1984.

«Talleres Griño, S.A. c. Busch Ibérica, S.A. y Griño Rotamik, S.A.», de 9 de enero de 1985, expt. r. 213/84.

«Asociación Española de Torrefactores de Café c. Nestlé, S.A., Marcillá, S.A., y Saimaza, S.A.», de 17 de julio de 1989, expt. r. 245/89.

«Sociedad Cooperativa Andaluza Laboratorio de Análisis Industriales c. El Ilustre Colegio Oficial de Farmacéuticos de Málaga», de 25 de julio de 1990, expt. r. 268/90.

«Asociación Patronal de Detallistas de Leche de Madrid y su Provincia c. Establecimientos Alfaro, S.A.», de 17 de septiembre de 1990, expt. r. 275/90.

«Colegio Oficial de Médicos de Sevilla», de 16 de octubre de 1990, expt. A 4/90.

«Colegio Oficial de Médicos de Valencia», de 12 de noviembre de 1990, expt. A 7/90.

«N.C.A. Electromedicina c. General Electric CGR España, S.A.», de 30 de diciembre de 1991, expt. r. 295/199.

«Arbora Holding S.A., y Laboratorios Ausonia, S.A.», de 7 de enero de 1992, expt. r. 291/90.

«Tecnotrón», de 3 de febrero de 1992, expt. r. A 16/91.

«Indas, S.A. c. Abora Holding S.A., y Laboratorios Ausonia, S.A.», de 22 de mayo de 1992, expt. r. 291/1990.

«Iguatorial Médico Colegial de Pontevedra», de 28 de julio de 1992, expt. r. 305/91.

«Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro», 20 de noviembre de 1992, expt. r. 313/92.

«Rank Xerox Española, S.A.», de 2 de marzo de 1993.

«Gremio de Librerías de la Agrupación Vallisolitana de Comercio c. Continente, S.A.», de 16 de abril de 1993, A 47/93.

«Asociación Provincial de Academias de Tenerife c. la Consejería de Educación del Gobierno de Canarias, el Ayuntamiento de La Laguna y la Universidad de La Laguna», de 27 de julio de 1993, expt. r. A 59/93.

«PLACONSA» de 30 de diciembre de 1993, expt. r. 333/93.

«Funerarias del Ampurdanesas», de 20 de mayo de 1994, expt. r. 338/1993.

«PRICA en Reus y Tarragona», de 11 de julio de 1994, expt. r. 82/1994.

«Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid», de 23 de julio de 1994, expt. r. 339/93.

«COAM», de 28 de julio de 1994, expt. r. 339/93.

«Inter Empresa, Bases de Datos, S.A. c. Departamento de Industria del Gobierno Vasco», de 22 de octubre de 1994, expt. r. 85/1994.

«TDC c. Acuerdo del Consejo General de la Abogacía por el que se dictan normas sobre publicidad de abogados», de 2 de noviembre de 1994, expte. r. 83/94.

«Compañía Canariense de Tabacos, S.A., y la Asociación de Fabricantes de Cigarrillos de Canarias, S.A., c. Tabacalera, S.A., CITA y Tabacos de Canarias, S.A.», de 28 de octubre de 1994, expt. r. 168/96.

«3C Communications de España S.A. c. Telefónica» Teléfonos en Aeropuertos—, de 1 de febrero de 1995, expt. r.350/94.

«José Tornos Ferrer titular del Centro de Estudios Privados Orgatecnos c. Ayuntamiento de Sabadell», de 17 de enero de 1995, expt. r. 99/94.

«Metalibérica, S.A. c. Roca Radiadores, S.A.», de 6 de febrero de 1995, expt. r. 356/94.

«Tablada, Sociedad Cooperativa Andaluza c. Instituto de Crédito Oficial y la constitución de la Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria, S.A.», de 26 de junio de 1995, expt. r. 107/1995.

«Manuart», de 3 de noviembre de 1995, expt. r. 120/1995.

«Cirujanos Taurinos», de 26 de julio de 1995, expt. r. 122/95.

«SENASA», de 27 de julio de 1995, expt. r. 124/1995.

«Asociación de Comerciantes de Soportes Fonográficos y Videográficos c. Asociación Nacional de Medianas y Grandes Empresas de Distribución», de 1 de diciembre de 1995, expt. r. 137/95.

«Asociación Provincial de Empresarios de Peluquería y Estética de Lugo c. Academia de Peluquería, Estética y Perfeccionamiento FAMA, la Academia de peluquería Dobao Imagen, S.L. y el Centro de Estudios de Peluquería, Estética y Puericultura y Estética CENTRO», de 1 de diciembre de 1995, expt. r. 134/95.

«Electrodomésticos de Alicante S.A., c. Comerciantes de Electrodomésticos de Alicante S.A., Audicolor S.L., y Electro Alicante S.L.», de 11 de diciembre de 1995, expt. r. 354/1994.

«Cruz Roja Española», de 29 de enero de 1997, expt. r.179/1996.

«Arquitectos de Asturias», de 25 de junio de 1997, expt. r. 372/96.

«Arquitectos de Madrid», de 25 de junio de 1997, expt. r. 372/96.

«Arquitectos de Asturias», de 8 de mayo de 1998, expt. r. 390/96.

«Arquitectos de Madrid», de 8 de mayo de 1998, expt. r. 390/96.

«Unión de Consumidores de España c. Asociación de Cosecheros de Manzada Asturiana de Sidra, la Asociación de Lagareros de Asturias y la Asociación Empresarial de Hostelería de Gijón», de 12 de diciembre de 1996, expt. r. 376/96.

«AENICRE c. Instituto Catalán de Inspección y Control», de 16 de enero de 1997, expt. r. 173/96.

«Eléctrica Curós, S.A. c. Hidroeléctrica del Ampurdán, S.A.», de 14 de mayo de 1997, expt. r. 180/96.

«Hormaize S.L. c. Zumaia Lantzen S.A.», de 26 de mayo de 1997, expt. r. 193/1996.

«Publicaciones de Ciudad Real, S.A. c. Fundación Pública Periódico Lanza y la Diputación Provincial de Ciudad Real», de 5 de junio de 1997, expt. r. 201/1997.

Agrupación de Escuelas de Formación Aeronáutica c. Sociedad Estatal para las Enseñanzas Aeronáuticas, S.A.», de 20 de julio de 1997, expt. r. 124/95.

«Spain Pharma, S.A. c. Glaxo Welcome, S.A. y sus filiales Laboratorios Alter, S.A.», de 30 de julio de 1998, expt. r. 360/99.

«BT Telecomunicaciones S.A. c. Telefónica S.A.», de 21 de enero de 1999, expt. r. 412/97.

«Wilkinson Sword, S.A.E. c. Gillette Española, S.A.», de 29 de enero de 1999, expt. r. 313/98.

«Asociación de Fabricantes de Cigarrillos y Cigarros de Canarias y la Compañía Canariense de Tabacos, S.A. c. Tabacalera, S.A.», de 16 de febrero de 1999, expt. r. 375/96.

«Airtel c. Telefónica», de 26 de febrero de 1999, expt. r. 413/97.

«Retevisión c. Telefónica», de 8 de marzo de 1999, «los planes claros», expt. r. 456/1999.

«Facilnet Comunicaciones, S.L., Jet Enlaces Telemáticos, S.L., Sarenet, S.A., World Wide Web, S.L. c. Euskatel, S.A.», de 26 de abril de 1999, expt. r. 342/1998.

«Federación de Centros y Empresas de Hospitalización Privada c. La Unión Española de Entidades Aseguradoras —UNESPA—, Consorcio de Compensación de Seguros, INSALUD y Servicios Regionales de Salud de Andalucía, Cantabria, Cataluña, Galicia, Navarra y País Vasco», de 6 de mayo de 1999, expt. r. 351/99.

«Federación Nacional Empresarial del Transporte del Autobús c. Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia», de 7 de mayo de 1999, expt. r. 340/1998.

«Lavandería Arly, S.A. c. Organización Nacional de Ciegos de España y sus sociedades Fundosa Grupo, S.A., y Fundosa Lavanderías Industriales, S.A.», de 9 de junio de 1999, expt. r. 337/1998.

«Telefónica—Ibertex», de 27 de julio de 1999, expt. r. 394/97.

«Colegio de Ingenieros Técnicos Industriales de Burgos», de 23 de noviembre de 1999, expt. r. 445/98.

«Manuel González Izquierdo c. Tabacalera S.A., CITA, Tabacos de Canarias S.A., Philip «Morris Companies Inc. y dos de sus filiales F.T.R. Holdings S.A. y Philip Morris Spain «S.A.», de 2 de febrero de 2000, expt. r. 389/99.

«Tasas por pago con tarjetas», de 26 de abril de 2000, expt. r. A 264/99.

«Asociación Provincial de Comercializadores de Pescado de Vigo», de 21 de septiembre de 2000, expt. r. 474/99.

RESOLUCIONES DEL INSTITUTO DE CONTABILIDAD Y AUDITORÍA DE CUENTAS

«Normas de valoración del inmovilizado material», de 30 de julio de 1991, por la que se dictan *BOICAC*, núms. 6 de julio y núm. 7 de octubre de 1991.

«Normas de valoración del inmovilizado inmaterial», de 21 de enero de 1992, *BOICAC*, núm. 8 de enero y 9 de abril de 1992.

«Normas de valoración de participaciones en capital derivadas de aportaciones no dinerarias en la constitución o ampliación del capital de sociedades», de 27 de julio de 1992, *BOICAC*, núm. 10 de septiembre de 1992.

«Criterios de contabilización de las participaciones en los Fondos de Inversión en Activos del Mercado Monetario», de 27 de julio de 1992, *BOICAC*, núm. 10 de septiembre de 1992.

«Criterios de contabilización de las participaciones en los Fondos de Inversión en Activos del Mercado Monetario», de 27 de julio de 1992, *BOICAC*, núm. 10 de septiembre de 1992.

«Algunos criterios a aplicar para la valoración y el registro contable del Impuesto General Indirecto Canario —IGIC—», de 16 de diciembre de 1992, *BOE*, de 30 de diciembre.

«Criterios a aplicar para la valoración y el registro contable del Impuesto General Indirecto Canario —IGIC—», de 16 de diciembre de 1992, *BOE*, de 30 de diciembre.

«Criterios a aplicar para la valoración y el registro contable del Impuesto General Indirecto Canario —IGIC—», de 16 de diciembre de 1992, *BOE*, de 30 de diciembre.

«Criterios generales para determinar el concepto de patrimonio contable a efectos de los supuestos de reducción de capital y disolución de sociedades regulados en la legislación mercantil», de 20 de diciembre de 1996, *BOE*, de 40 de marzo de 1997.

«Tratamiento contable de los regímenes especiales establecidos en el Impuesto sobre el Valor Añadido y el Impuesto General Indirecto Canario», de 20 de enero de 1997, *BOE*, de 3 y 22 de marzo de 1997.

«Algunos aspectos de la norma de valoración decimosexta del PGC», de 9 de octubre de 1997, *BOE*, de 6 de noviembre.

«Criterios para la determinación del coste de producción», de 9 de mayo de 2000, *BOE*, de 13 de junio de 2000, núm. 141.

«Información a incorporar en las cuentas anuales relativa al efecto 2000», de 20 de julio de 1998, *BOE*, de 28 de julio.

CONSULTAS DEL INSTITUTO DE CONTABILIDAD Y AUDITORÍA DE CUENTAS

«Minoración del precio de adquisición de acciones por dividendos ya devengados», consulta núm. 7 del *BOICAC*, núm. 5, de mayo de 1991.

«Tratamiento contable del Impuesto sobre Sociedades en el caso de sociedades sometidas al régimen de transparencia fiscal, y en el caso de sociedades que participen en el capital de sociedades transparentes», consulta núm. 9 del *BOICAC*, núm. 5, de mayo de 1991.

«Cesión temporal de activos financieros», consulta núm. 7 del *BOICAC*, núm. 6, de julio de 1991.

«Previsión por amortización especial Juegos Olímpicos de 1992», a la que hace referencia el artículo 22.3 de la Ley 12/1988, de 25 de mayo, sobre regulación de los beneficios fiscales aplicables a la Exposición Universal de Sevilla de 1992 y demás actos conmemorativos del V Centenario del Descubrimiento de América y a los Juegos Olímpicos de Barcelona de 1992, consulta núm. 2 publicada en el *BOICAC*, núm. 9, de abril de 1992.

«Sobre el tratamiento contable de los gastos de viaje personal, entendiéndose por tales, manutención, alojamiento y transporte y de las dietas de los consejeros», consulta núm. 4 del *BOICAC*, núm. 9, de abril de 1992.

«Tratamiento contable de la adscripción de bienes de dominio público a empresas públicas que supongan exclusivamente el derecho de uso sobre tales bienes, sin exigencia de contraprestación», consulta núm. 5 del *BOICAC*, núm. 9 de abril de 1992.

«Valoración de acciones recibidas con cargo a reservas», consulta núm. 1 del *BOICAC*, núm. 9 de abril de 1992.

«IVA devengado en adquisiciones intracomunitarios de bienes», consulta núm. 13 del *BOICAC*, núm. 12 de marzo de 1993.

«Provisión por depreciación de acciones propias», consulta núm. 8 del *BOICAC*, núm. 12 de marzo de 1993.

«Contabilización de las diferencias entre el resultado contable y el fiscal en los empresarios individuales», consulta núm. 6 *BOICAC*, núm. 13, de mayo de 1993.

«Naturaleza contable de los gastos de acondicionamiento de inmuebles propiedad de terceros», consulta núm. 4, del *BOICAC*, núm. 13, de mayo de 1993.

«Sobre el tratamiento contable de la deuda por el dividendo mínimo de las acciones sin voto», consulta núm. 3 del *BOICAC*, núm. 13, de mayo de 1993.

«Imputación temporal de ingresos y clasificación de créditos a Entes con solvencia garantizada, pero no con plazos de cobro inciertos», consulta núm. 5 del *BOICAC*, núm. 15, de diciembre de 1993.

«Préstamos concedidos con un interés menor del de mercado en el marco de un Plan de Reversión y Reindustrialización», consulta núm. 3 del *BOICAC*, núm. 15, de diciembre de 1993.

«Provisión por depreciación de una inversión financiera en el capital de otra sociedad del grupo cuando ésta haya recibido subvenciones de capital», consulta núm. 6 del *BOICAC*, núm. 15, de diciembre de 1993.

«Registro de adquisiciones de solares a cambio de construcciones futuras realizadas por empresas inmobiliarias y cesiones de solares y edificaciones realizadas en aplicación de la normativa urbanística», consulta núm. 8 del *BOICAC*, núm. 15, de diciembre de 1993.

«Sobre plusvalías tácitas existentes en una sociedad en la que se adquiere, al valor teórico, una participación del 50%, deben ser consideradas a efectos de dotar provisión para depreciación de inversiones financieras», consulta núm. 1 del *BOICAC*, núm. 16, de marzo de 1994.

«Consideración de dividendos devengados para determinar el precio de adquisición de unas acciones», consulta núm. 3, del *BOICAC*, núm. 16, de marzo de 1994.

«Gastos de urbanización realizados por una empresa en un polígono industrial con anterioridad a la urbanización del mismo», consulta núm. 2, del *BOICAC*, núm. 16, de marzo de 1994.

«Reducción proporcional de las correcciones valorativas contabilizadas para derechos de suscripción cuando no se ejercen», consulta núm. 3 del *BOICAC*, núm. 16, de marzo de 1994.

«Tratamiento contable de los *rappels*», consulta núm. 2 del *BOICAC*, núm. 17, de julio de 1994.

«Correcciones valorativas de inversiones en el capital de empresas del grupo», consulta núm. 4 del *BOICAC*, núm. 17, de julio de 1994.

«Permuta de un inmueble por acciones con desembolsos pendientes», consulta núm. 3 del *BOICAC*, núm. 17, de julio de 1994.

«Aportaciones como consecuencia de un contrato de cuentas en participación», consulta núm. 2 del *BOICAC*, núm. 19, de diciembre de 1994.

«Sobre la consideración contable de la retribución de los administradores de una sociedad», consulta núm. 1 del *BOICAC*, núm. 21, de abril de 1995.

«Arrendamiento financiero sobre un determinado bien en el que la opción de compra se ejercitará mediante el pago de la última cuota si bien previamente se ha comprometido su ejecución», consulta núm. 3 del *BOICAC*, núm. 23, de octubre de 1995.

«Valoración contable de una inversión financiera recibida como consecuencia de un canje por otra inversión que poseía ya la sociedad», consulta núm. 2 del *BOICAC*, núm. 23, de octubre de 1995.

«Registro de determinadas operaciones de deudas no comerciales», consulta núm. 1 del *BOICAC*, núm. 23, de octubre de 1995.

«Tratamiento contable de los gastos producidos en una empresa como consecuencia de la entrega de bienes al personal de la misma en contraprestación de los servicios prestados», consulta núm. 2 del *BOICAC*, núm. 24, de febrero de 1996.

«Tratamiento contable de un arrendamiento con opción de compra, desde el punto de vista de una empresa arrendadora inmobiliaria», contestación núm. 3 del *BOICAC*, núm. 24, de febrero de 1996.

Tratamiento contable de determinadas inversiones financieras objeto de corrección valorativa y los criterios aplicables a una subvención otorgada para su financiación», consulta núm. 1 del *BOICAC*, núm. 25, de abril de 1996.

«Sobre el tratamiento contable de la deducibilidad fiscal de un fondo de comercio adquirido a título oneroso con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades», consulta núm. 1, del *BOICAC*, núm. 27, de noviembre de 1996.

«Sobre la forma de registrar contablemente los programas informáticos unidos a una maquinaria», consulta núm. 2 del *BOICAC*, núm. 27, de noviembre de 1996.

«Sobre la forma de registro contable de unas participaciones en el capital, cuyo precio de adquisición incluye una plusvalía tácita existente en el momento de la adquisición que se identifica con el fondo de comercio de la sociedad participada», consulta núm. 3 del *BOICAC*, núm. 27, de noviembre de 1996.

«Sobre el registro contable del efecto impositivo que se deriva de las actas de inspección del Impuesto sobre Sociedades y de la reversión de un impuesto anticipado que no fue objeto de registro contable en ejercicios anteriores por aplicación del principio de prudencia», consulta núm. 1 del *BOICAC*, núm. 29, de marzo de 1997.

«Sobre la contabilización de la adquisición de un edificio a cambio de una renta vitalicia a favor del vendedor», consulta núm. 1, del *BOICAC*, núm. 30, de mayo de 1997.

«Sobre la contabilización de participaciones en los Fondos de Inversión en Activos del Mercado Monetario —FIAM—», consulta núm. 2 del *BOICAC*, núm. 30, de mayo de 1997.

«Sobre el tratamiento contable de activos, pasivos, ingresos y gastos de una sucursal en el extranjero de una sociedad anónima española», consulta núm. 4 del *BOICAC*, núm. 32, de diciembre de 1997.

«Sobre el tratamiento contable de los créditos por bases imponibles negativas y los impuestos anticipados, que, procedentes de un ejercicio anterior, no hubiesen sido objeto de registro como consecuencia de no cumplirse los requisitos exigidos en dicho momento para su activación», consulta núm. 8 del *BOICAC*, núm. 32, de diciembre de 1997.

«Sobre el tratamiento del efecto impositivo de una permuta de inmueble, compuestos por un valor del suelo y otro de edificaciones, siendo el valor de mercado del inmueble recibido superior al valor contabilizado del entregado», consulta núm. 6 del *BOICAC*, núm. 32, de diciembre de 1997.

«Sobre la forma de contabilizar los dividendos repartidos cuando se entregan activos distintos a la Tesorería», consulta núm. 3, del *BOICAC*, núm. 32, de diciembre de 1997.

«Sobre la cualificación del Impuesto sobre Sociedades devengado en las empresas de reducida dimensión», consulta núm. 1 del *BOICAC*, núm. 33, de marzo de 1998.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS

«Hannover Star Milling Co. V. D. D. Metcalf y Allen & Wheeler Co. V. Hannover Star Milling Co.», 240, US, 403, 1916.

«United States c. Trenton Potteries Co.», 273 U.S. 392, 1927.

«Erie R. R. v. Tompkins», de 25 de abril de 1938, 304, US, 64.

«Interstate Circuit, Inc. c. United States», 306 U.S. 208, 1939.

«United States c. Socony-Vacuum Oil Co.», 310 U.S. 150, 1940.

Associated Press c. United States, 326, U.S., 1, 1945.

- «International Salt Co. c. Unites States, 332, U.S. 392, 1947.
- «Standard Oil Co., v. United States», 337, U.S., 293, 1949.
- «Theater Enterprises v. Paramount Film Distributing Corp.», 346 U.S. 537, 1954.
- «United States v. Du Pont de Nemours & Co.», 351 US, 377, 1956.
- «Klor's, Inc. c. Broadway-Hale Stores», 359, U.S. 207, 1959.
- «Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight Inc.», 365 US, 127, 1961.
- «United Mine Workers c. Pennington», 381, US, 657, 1965.
- «All-State Industries of North Carolina, Inc., v. Federal Trade Commission», 423, F.2d, 423, 1970.
- «Green v. United States», 312, A.2d, 788, 1973, *certiorari denied*, 419, US, 827, 95, S. Ct. 45, 42 L.Ed. 2d., 51, D.C. App. 1973.
- «U.S. c. United States Gypsum Co.», 438, U.S. 422, 98 S.Ct. 2864, 1978.
- «Great Atlantic & Pacific Tea Co. c. FTC», 440 U.S. 69, 99 S.Ct. 925, 1979.
- «Aspen Skiing Co. v. Aspen Highland Skiing Corp», 472, U.S., 585, 1985.
- «Matsushita Electric Industrial Co., c. Zenith Radio Corp.», 475, U.S., 574, 1986.
- «Cargill, Inc., v. Monfort of Colo., Inc.», 479, US. 104, 1986.
- «Matsushita Electric Industrial Co., Ltd Et Al. v. Zenith Radio Corp.Et Al.», 475, US, 574, de 26 de marzo de 1986.
- «Texaco Inc. v. Hasbrouck», 496 U.S. 543, 110 S. Ct. 2535, 1990.
- «Standard Oil Co. pf New Jersey v. United States.», 221 US, 1, 1991.
- «Brooke Group Ltd. v. Brown & Willianson Tobacco Corp.», 92, US, 466, 1993.
- «Profesional Real Estate Investors v. Columbia Pictures Industries», 61 US. LW 4450, de 3 de mayo de 1993.

SETENCIAS DE OTROS CIRCUITOS DE LOS ESTADOS UNIDOS

- «United States c. Aluminum Co. of America» 148 F.2d 416, 428-29, 2d Cir., 1945.
- «L. G. Balfour Co. v. FTC», 442 F.2d 1, 14-16, 7th Cir., 1971.
- «Telex Corp. v International Business Machines Corp.», 510, F. 2d 894, 10th Cir., cert. dismissed, 423 US 802, 1975.

- «Hanson c. Shell Oil Co.», 541 F.2d 1352, 9th Cir. 1976, *cert. denied*, 429 U.S. 1074, 1977.
- «California Computer Products c. International Business Machines Corp.», 613 F. 2d 727, 9th Cir., 1979.
- «Berkey Photo Inc. v Eastman Kodak Co.», 603 F. 2d 263, 2.º Cir., 1979, *cert. denied*, 100 S. Ct. 1061, 1980.
- «William English & Son Baking Co. c. ITT Continental Baking Co.», 668 F.2d 1014, 9th Cir. 1981, *cert. denied*, 103 S. Ct. 57, 1982.
- «Arizona c. Maricopa County Medical Society», 643 F.2d 553, 9th Cir. 1980, *rev'd on other grounds*, 457, U.S. 332, 1982.
- «Northeastern Telephone Co. v. AT&T.», 651 F. 2d 76, 2.º Cir., 1981, *cert. denied* 455 US, 493, 1982.
- «National Distillers & Chen Corp. c. Brad's Machine Prods. Inc.», 666 F.2d 492, 11th Cir., 1982.
- «Transamerica Computer Co. c. International Business Machines Corp.», 698 F. 2d 1377, 9th Cir., *cert. denied*, 104 S. Ct. 370, 1983.
- «Ball Memorial Hosp., Inc. c. Mutual Host. Ins.», 784, F.2d, 1325, 1339-1340, 7th Cir., 1986.
- «Elec. Constr. Co. c. National Elec. Contrators Ass'n», 814, F.2d, 358, 368-370, 7th Cir., 1987.
- «A. A. Poultry Farms v. Rose Acre Farms», 881 F. 2d 1396, 7.º Cir., 1989.
- «A.A. Poultry Farms, Inc., v. Rose Acre Farms, Inc.», 881, F.2d 1396, 7th Cir., 1989, «*cert. denied*, 110 S. Ct. 1326, 1990.
- «United States of America v. Visa U.S.A, Inc., Visa International Corp. y Marter Card «International Incorporated», Distrito Dur de Nueva York, de 9 de octubre de 2001, Civ. 7076.

RESOLUCIONES DE LA *FEDERAL TRADE COMMISSION* DE ESTADOS UNIDOS

- «FTC c. Borden Co.», 383, U.S. 637, 86 S.Ct. 1092, 1966.
- «FTC c. E.I. DuPont de Nemours & Co», 96, F.T.C. 653, 1980.
- «FTC c. A.E. Staley Mfg. Co.», 324 U.S. 746, 65 S.Ct. 971, 1945.
- «FTC c. E.I. DuPont de Nemours & Co», 96, F.T.C. 653, 1980.