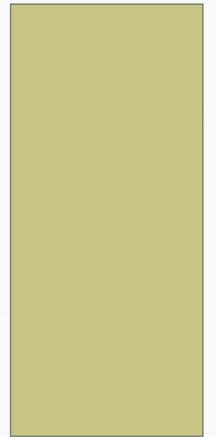


Precios excesivos

Carmen Rodilla
October 2019

PRECIOS EXCESIVOS



INTRODUCCIÓN

MARCO JURÍDICO

- Los precios excesivos se encuentran prohibidos por el derecho de la competencia como ilícito de abuso de posición de dominio (art. 2 LDC, art. 102 TFUE)
 - Imposición directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas (a)
 - El artículo no prohíbe los precios excesivos específica y concretamente, sino que su referencia se limita meramente a proscribir la expresión genérica de “precios no equitativos”
 - Limitación de la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores (c)
- Ilícito por explotación de consumidores o clientes

INTRODUCCIÓN

RAZONES PARA SU INFRAUSO

- Dificultades formales
 - Dificultad de su verificación y control → complejidad de los métodos recurridos para su detección
- Adscripción a ciertas teorías económicas
 - Medidas populistas, cortoplacistas y de corto alcance
 - Medida regulatoria
 - Efecto negativo de desincentivar I+D (compensación al esfuerzo)
 - Señalización a newcomers (efecto llamada) → precios excesivos son efímeros

INTRODUCCIÓN

- Comisión Europea
 - Directrices solo se refieren a los abusos por exclusión. No a los abusos por explotación
 - European Commission (2008), 'Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings'
 - "The existence of a dominant position is not in itself against the rules of competition. **Consumers can suffer from a dominant company exploiting this position**, the most likely way being through prices higher than would be found if the market were subject to effective competition. The **Commission in its decision-making practice does not normally control or condemn the high level of prices as such**. Rather it examines the behaviour of the dominant company designed to preserve its dominance, usually directly against competitors or new entrants who would normally bring about effective competition and the price level associated with it". XXIVth Commission Report on Competition, Policy 1994, apartado 207, Vth Commission Report on Competition Policy 1975, apartado 76 y en el XXVIIth Commission Report on Competition Policy 1997, apartado 77.
 - Comisaria Vestager en un discurso titulado "Protecting consumers from exploitation" (2016) "Debemos ser **cautos tratando los precios excesivos**. La **mejor defensa contra la explotación, es sin duda, la posibilidad de apartarse de ella**. De esta forma, los intereses de los consumidores pueden protegerse normalmente frenando a las empresas poderosas de la expulsión de competidores o rivales del mercado. No obstante, seguimos teniendo la opción de actuar directamente contra los precios excesivos. Porque tenemos esta responsabilidad para con los consumidores. Y deberíamos estar dispuestos a utilizar cualquier medida a nuestra disposición para cumplir con la misma".
- Tribunal de Justicia de la UE
 - Precios actúan como señalización en los mercados: los precios elevados indican a los entrantes que existen oportunidades para obtener rendimientos (AG Wahl, Conclusiones 2017)
 - No existe la necesidad de aplicar la prohibición en un mercado competitivo: sin barreras de entradas, los precios excesivos deberían atraer a potenciales competidores y el mercado debería auto-disciplinarse (Asunto C-177/16, Biedrība 'Autortiesību un komunikāšanās konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība' v Konkurences padome, Conclusiones del AG, 6 April 2017)

INTRODUCCIÓN

EL RETORNO

Recientemente algunas autoridades de la competencia (especialmente nacionales) están volviendo la mirada hacia esta posibilidad, especialmente en los siguientes sectores:

- INDUSTRIA FARMACÉUTICA
- PATENTES ESENCIALES Y LAS CONDICIONES FRAND
- PROPIEDAD INTELECTUAL

INTRODUCCIÓN

INDUSTRIA FARMACÉUTICA.

- Octubre 2016 la Autoridad de Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato multó a Aspen por el incremento del precio de sus medicamentos en materia del cáncer entre 300% y 1,500%
- Diciembre 2016 la autoridad británica de la competencia y el mercado (CMA) multó a Pfizer y Flynn por precios excesivos en los medicamentos de la epilepsia, donde se había experimentado un aumento de más del 2.000% que elevó el coste de la NHS de 2 millones de libras a entre £37 y £50m.
- Adicionalmente, existen abiertas otras investigaciones en el sector anunciadas por la Comisión Europea en mayor de 2017. (European Commission (2017), 'Antitrust: Commission opens formal investigation into Aspen Pharma's pricing practices for cancer medicines', press release, 15 May.)

INTRODUCCIÓN

PATENTES ESENCIALES Y CONDICIONES FRAND

- Abril 2017 la High Court de UK, en un supuesto entre Unwired Planet y Huawei analizó en profundidad la cuestión de la aplicación de las reglas de competencia, especialmente los precios excesivos, en un contexto donde se han acordado unas condiciones FRAND (Unwired Planet International v Huawei Technologies, [2017] EWHC 711 (Pat), judgment of 5 April 2017.)

INTRODUCCIÓN

PROPIEDAD INTELECTUAL

- Sentencia AKKA cuyo objeto de debate era la elevada cantidad de los royalties que estaba recolectando una sociedad letona de compositores musicales.

REQUISITOS DE APLICACIÓN

Requisitos cumulativos de aplicación:

- Posición de dominio
- Abuso, concretamente, el precio excesivo

REQUISITOS PARA LA SANCIÓN POR PRECIOS EXCESIVOS

POSICIÓN DE DOMINIO

- Especiales condiciones en los mercados se exigen por la doctrina en distintas combinaciones para evitar errores tipo I que freno de la competencia y la innovación en los mercados, impidiendo acceder tanto a empresas como consumidores a recursos esenciales
 - Barreras de entrada elevadas y no transitorias
 - Posición de super-dominancia (monopolística)
 - Posición derive de derechos de exclusiva o especiales, pasados o presentes
 - Inexistencia de medida alternativa en que las autoridades de la competencia puedan eliminar tales barreras (remedios estructurales menos gravosos)
 - Ausencia de un regulador específico en tal mercado
 - Mercados en los que inversión y la innovación juegan un papel limitado
 - Fases tempranas de liberalización de sectores otrora públicos

REQUISITOS PARA LA SANCIÓN POR PRECIOS EXCESIVOS

ABUSO

- Precio excesivo fijado **unilateralmente**
- Cómo se establece la existencia de un precio excesivo
 - Precio excesivo es “aquél que no guarda una relación razonable con el valor económico del producto suministrado” (United Brands)
 - A qué equivale el “valor económico del producto”

Test en dos niveles de United Brands

- Ésta es solo una de las posibilidades que permite el tribunal (“inter alia”)
- Tribunal de Justicia ha dejado a las autoridades de la competencia europeas y nacionales un cierto margen de maniobra en lo que se refiere al método que debe seguirse para determinar un precio excesivo (Conclusiones AG Wahl 6 de abril de 2017, Asunto C-177/16, AKKA)

REQUISITOS PARA LA SANCIÓN POR PRECIOS EXCESIVOS

Dos niveles de un precio (¿cumulativos?)

- Comparación entre el precio del producto y los costes de producción, resultado que arrojaría el margen de beneficios → **excesivo**
 - Análisis coste-beneficio
 - Complicaciones en ambos extremos
- si el precio que se había impuesto unilateralmente era no equitativo en sí mismo o en la comparación con otros → **no equitativo**
 - Comparación con un parámetro (externo)

REQUISITOS PARA LA SANCIÓN POR PRECIOS EXCESIVOS

Naturaleza **excesiva** del precio

- Los aspectos conflictivos del análisis de costes (i):
 - Costes globales de producción del bien o servicio y no sólo la suma de los costes variables (United Brands, Ahmed Saed)
 - Excesivamente centrado en el concepto de costes de producción
 - Contabilidad de la empresa no se lleva desde una perspectiva útil para el Derecho de la competencia
 - Difícil desglose de los elementos contables
 - Problema de atribución/distribución de los costes fijos y comunes en empresas multiproducto
 - Dificultad en determinados contextos:
 - Cálculo del valor de los bienes intangibles
 - ¿El riesgo es un factor que ha de calcularse en el análisis de costes?
 - El coste de los productos fracasados en el mercado previamente ha de computarse en la estructura de costes

REQUISITOS PARA LA SANCIÓN POR PRECIOS EXCESIVOS

Naturaleza **excesiva** del precio

- Los aspectos conflictivos del análisis de beneficios (ii):
 - Mercados muy dinámicos donde el riesgo de fracaso es muy elevado y las inversiones son muy elevadas (tecnología)
 - ¿Defensa de la eficiencia?
 - ¿Existe un derecho a ser ineficiente? → problema de incentivos
 - ¿Si los costes son elevados, independientemente del motivo, quedará justificado el precio?
 - SACEM
 - Se llevó a cabo una comparación con las sociedades de gestión de derechos de Propiedad Intelectual de otros Estados miembros concluyendo el Tribunal que “una de las más significativas diferencias (...) radica en la cuantía de los gastos de funcionamiento.
 - Cuando el personal de una Sociedad de gestión es notablemente superior al de sus homólogas, y cuando, además, es allí notablemente más elevada la proporción del producto de las remuneraciones que se destina a los gastos de recaudación, administración y reparto, en lugar de atribuirlo a los titulares de los derechos de Propiedad Intelectual, no puede excluirse que sea precisamente la inexistencia de competencia en el mercado en cuestión lo que permita explicar la magnitud del aparato administrativo y, por tanto, la elevada cuantía de las remuneraciones.
 - Si la empresa tiene unos costes elevados derivados de su ineficiencia, el TJUE debe llevar a cabo un análisis de las causas del montante de los costes sin limitarse a aceptarlos como tales.
 - A estos efectos, el Tribunal deberá estudiar la existencia de un precio excesivo utilizando los costes eficientes debidos y no los c
 - costes ineficientes en los que la empresa hubiera efectivamente incurrido.
 - ¿En la evaluación del valor razonable del bien puede tenerse en cuenta la demanda? → Caso Port of Helsingborg
 - La demanda, sobre todo una demanda elevada, indica que los consumidores están dispuestos a pagar un precio más elevado a cambio de un bien porque lo consideran valioso, dado que cubre de forma óptima sus necesidades, y, en el caso presente, se concluyó que «la perfecta ubicación del mismo» debía valorarse, asimismo, como bien inmaterial.

REQUISITOS PARA LA SANCIÓN POR PRECIOS EXCESIVOS

Naturaleza **excesiva** del precio

- No existe margen de beneficios aceptable estandarizado
 - Se utilizan expresiones como: extremadamente desorbitado exageradamente alto respecto del valor económico del bien o del servicio prestado, cuando éste se encuentre significativamente por encima del coste medio mínimo o cuando la diferencia sea «importante»
 - En cualquier caso, lo que se marca por los tribunales es que no cualquier exceso en el beneficio basta para imponer una sanción, sino que habrá de ser llamativa
 - Problema de falsos positivos
- Fruto de esta problemática se ha comenzado a relativizar la importancia de los costes y de este primer nivel

REQUISITOS PARA LA SANCIÓN POR PRECIOS EXCESIVOS

Naturaleza no equitativa del precio

- Distintas comparativas posibles:
 - no equidad del precio es inherente
 - cuando sea muy marcada la brecha entre el precio fijado para el bien y el coste de producirlo y, por lo tanto, claramente no refleje el valor económico del producto, la inequidad será inmanente
 - contraste con los precios de prestaciones económicas equivalentes → precios de referencia
 - En muchas ocasiones no existe precio de referencia con que comparar (tener en cuenta que muchas veces la comparación se lleva a cabo entre operadores en mercados distintos (tanto de producto como geográfico como temporal), por lo que los resultados son cuestionables)
 - Metodologías utilizadas:
 - Precios impuestos por la misma empresa: prestaciones equivalentes, precios para el mismo bien en otros mercados, precios históricos
 - Precios de terceras empresas: en el mismo mercado de referencia o en otros mercados
 - ¿Presunción de que el precio con el que se compara es competitivo?
- Surge otra vez el problema entre el margen admitido entre el precio presuntamente competitivo y el precio analizado

LA PRUEBA

- ¿Qué circunstancias han de ser probadas?
 - Históricamente, para sancionar por precios excesivos, sólo se exigía probar:
 - Posición de dominio
 - El precio excesivo: Existencia no acorde con el valor del bien
 - Posteriormente se ha incorporado la prueba de los efectos nocivos para la mayor parte de abusos de posición de dominio.
 - ¿Consecuencias negativas?
 - Tendencia expansiva de la aproximación más económica
 - *Consumer harm test*
- ¿Es posible probar circunstancias de descargo?
 - **Justificación objetiva**
 - concurrencia de factores objetivos externos a las partes, que determinan que la conducta tenga que llevarse a cabo en un determinado sentido
 - Defensa de la eficiencia
 - Análisis lógicamente posterior a la justificación objetiva
 - La valoración de las eficiencias e ineficiencias ya está comprendida en la propia noción de abuso, por lo que no es necesaria la incorporación de un artículo al estilo 101.3 TFUE

LA PRUEBA

JUSTIFICACIÓN OBJETIVA

- El nivel de precios impuestos por un titular de una marca no es necesariamente un indicador de un abuso de posición dominante.
 - El nivel del precio, si no está justificado por un criterio objetivo y es particularmente elevado, en cambio, sí puede ser un factor determinante en la sentencia de abuso (STCE Srl v. Eda Srl).
- Considerando que, para que la posición dominante sea sancionada por el artículo 86, debe ser objeto, además, de una explotación abusiva, que, si bien la diferencia entre el precio impuesto y el precio reimportado de otro estado miembro no basta necesariamente para poner de manifiesto tal abuso, sin embargo, por su magnitud y a falta de justificaciones objetivas, puede constituir un indicio determinante de dicho abuso (Deutsche Grammophon Gesellschaft mnH)
- Cumplir una serie de requisitos para ser aceptadas:
 - Principio de proporcionalidad → medida apta para satisfacer el bien objetivo perseguido
 - Test de la necesidad: la medida era imprescindible para obtener tal fin o existía uno menos gravoso
 - Test de la proporcionalidad *stricto sensu*: conducta proporcionada al objetivo legítimo que se pretende obtener

LA PRUEBA

JUSTIFICACIÓN OBJETIVA

- Tipos de razones admitidas
 - Razones relacionadas con el mercado en el que se opera
 - Tribunal rechazó el la justificación de la imposición precios discriminatorios (y excesivos), alegando que las diferencias estaban justificadas objetivamente porque existían contextos distintos en los diferentes mercados: el tiempo atmosférico, la existencia o no de frutas de estación competitivas, vacaciones, huelgas, medidas gubernamentales y las divisas.
 - No obstante, sí aceptó que las diferencias en los costes de transporte, impuestos, deberes de los clientes, los salarios de los trabajadores, las condiciones del marketing , las diferencias entre el valor de las monedas y la competencia podían determinar distintos precios en los mercados.(United Brands)
 - Número de personas que acuden a las discotecas, el clima, los hábitos sociales y las tradiciones históricas (Ministère Public).
 - Se sostuvo que las tarifas vienen impuestas en los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas, dado que se trata de una empresa concesionaria.
 - No obstante, el TJUE sostiene que el argumento es inadmisibile. En Francia, en este caso al menos, la concesión de los servicios de pompas fúnebres se considera un contrato celebrado entre el municipio y la empresa, por lo que el nivel de precios es imputable a la empresa, responsable de los contratos que celebra. En cambio, si fuesen los municipios quienes hubiesen impuesto a sus concesionarios el nivel de precios, evitando adjudicar la concesión a empresas que ofrecieran precios inferiores, se aplicaría el por entonces artículo 90.1 del Tratado. Del mismo se desprende que las entidades públicas no pueden adoptar, ni mantener, medidas contrarias al Tratado, por lo que queda prohibido que colaboren con empresas concesionarias o contribuyan y permitan fijar precios no equitativos imponiendo los mismos como cláusula de un contrato de concesión. Así, el art. 86 se aplica cuando la empresa practique precios no equitativos, incluso cuando el nivel de los mismos venga fijado por un pliego de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas que forme parte de las condiciones de un contrato de concesión (Pompes funebres des region lliberés).
 - Práctica llevada a cabo para proteger los intereses de la empresa (meeting competition defense)
 - Interés de la empresa → rentas monopolísticas
 - ¿Existe un interés legítimo en la práctica de la imposición de los precios excesivos?
 - Maximización de los beneficios es un interés legítimo
 - Pero no cumple con el requisito de proporcionalidad
 - Eliminar el excedente del consumidor
 - A precios excesivos es difícil aplicar esta excepción porque si se admite, sería tanto como decir que los precios excesivos están siempre justificados

LA PRUEBA

DEFENSA DE LA EFICIENCIA

- Discussion paper 2005 y Directrices de 2009 (esencialmente centradas en las conductas abusivas por exclusión)
- Requisitos cumulativos:
 - Eficiencias deben cumplirse o, al menos, ser probables a causa de la conducta realizada
 - Experimentarse o ponerse de manifiesto en el corto plazo
 - Discussion paper pone de manifiesto que las eficiencias dinámicas, que normalmente se producen a largo plazo, difícilmente sean suficientes para compensar los perjuicios causados por la conducta porque los consumidores no aprecian las ventajas a largo plazo
 - Cuanto más a largo plazo o más inciertas las ventajas, menos peso tendrán en la evaluación final
 - Conducta ha de ser indispensable para producir esta eficiencia
 - No deben existir alternativas con un impacto perjudicial menor que permitan alcanzar las eficiencias
 - Pero no se exige que la empresa valore alternativas hipotéticas, sino realistas
 - Las eficiencias no sólo han de compensar los efectos negativos en global, sino a los consumidores (bienestar del consumidor NO bienestar global)
 - Tampoco parece que pueda defenderse que los consumidores van a resultar favorecidos, al menos, a corto o medio plazo y desde luego tampoco de forma cierta
 - Competencia respecto a una parte sustancial de los productos no se elimine a través de la práctica
 - Especialmente relevante en precios excesivos en mercados dependientes o aguas-abajo