

PRECIOS PREDATORIOS ¹

(Principalmente en el sector aéreo)

Antonio CREUS ²
DLA Piper Rudnick Gray Cary

«A single producer may be the survivor out of a group of active competitors, merely by virtue of his superior skill, foresight and industry. In such cases a strong argument can be made that, although, the result may expose the public to the evils of monopoly, the Act does not mean to condemn the resultant of those very forces which it is its prime object to foster: *finis opus coronat*. The successful competitor, having been urged to compete, must not be turned upon when he wins».

Justice Learned Hand, *United States v. Aluminium Company of America, et. al.*, 148 F.2d 416 (2nd Cir. 1945).

1. INTRODUCCIÓN

Aceptar el encargo de escribir unas líneas sobre precios predatorios en el marco de una reunión de expertos de Derecho de la competencia debe hallarse entre las cuestiones más complejas de abordar. Sin embargo, y en parte por inconsciencia, acepto y agradezco el encargo, pues me permite una oportunidad, no partidista, de examinar la cuestión.

¹ Qué tipo de reducción debe cumplirse para que se considere que son precios predatorios es un punto de debate que trataremos más adelante.

² Quiero agradecer la colaboración de E. BEAUCHAMP en la preparación y redacción de este documento, si bien cualquier error me es exclusivamente atribuible.

La primera cuestión que me asalta es el debate que se debe suscitar porque el Derecho de la competencia limite la libertad a una empresa de disminuir sus precios, en claro beneficio de los consumidores. A esos consumidores, en un primer momento no les debe importar mucho la estructura de la competencia en un mercado, y le interesa más pagar menos por ese producto o servicio, a pesar de que un competidor pueda desaparecer.

La segunda cuestión que se plantea es ver cómo este tema del Derecho de la competencia se aborda de manera distinta según las jurisdicciones competentes, lo que me lleva a pensar en la importancia de abordar de una manera que pueda ser comprensiva este tema. En este sentido, se puede ver que hay un parámetro común en los negocios actualmente y que ha planteado en diversas jurisdicciones el tema de precios predatorios, y son las líneas de transporte aéreo de bajo coste, o como se les conoce “*low cost carriers*” (LCC).

El tema del transporte aéreo y los precios por dichos servicios ya suscitaban problemas hace algo más de veinte años cuando sir Freddie Laker creó la que se considera como precursora de estos negocios, Laker Airways, y que tuvo que abandonar su proyecto cuando no pudo mantener una guerra comercial contra el resto de líneas aéreas que cruzaba el Atlántico. Como veremos a continuación aquello fue un aperitivo de los problemas que se han planteado en ese sector.

2. UNA APROXIMACIÓN A LA DEFINICIÓN DE “PRECIOS PREDATORIOS”

Existen prácticas de fijación de precios que son sancionables, y que han sido sancionadas en varias jurisdicciones, por inducir al consumidor a comprar exclusivamente del dominante de un mercado o por hacer que compre productos de forma conjunta (el llamado “*bundling*”). En otros casos, la práctica en cuanto a la fijación de precios por una empresa dominante se sanciona no solamente por su efecto sobre el consumidor sino también por el efecto que tiene de eliminar a los competidores: los precios predatorios.

Aunque se pueden encontrar varias definiciones de precios predatorios en la literatura sobre el tema, existe un consenso general sobre los elementos fundamentales de lo que constituyen precios predatorios. Los precios predatorios implican la existencia de una empresa dominante en un mercado, la cual reduce considerablemente sus precios para eliminar la competencia de una empresa entrante en ese mercado o para disuadir a éste de su entrada. Se bajan los precios de forma significativa —por

debajo de un nivel rentable— durante un período de tiempo suficientemente largo como para lograr el efecto predatorio —expulsar o disuadir de su entrada a un mercado al competidor— y, una vez logrado eso, se vuelven a subir los precios en el mercado, ahora, menos competitivo, para recuperar los beneficios perdidos. De la anterior definición se desprenden cuáles son los elementos fundamentales para apreciar una práctica predatoria: i) una reducción de precios importante, ii) la intención de echar al competidor, y iii) la recuperación (o *recoupment*³) de los beneficios sacrificados para echar al competidor mediante un incremento de los precios.

Sin embargo, las autoridades de defensa de la competencia a través de los Estados no se ponen de acuerdo sobre la intensidad o siquiera la necesidad de tener presentes los tres elementos para determinar la existencia de una práctica de precios predatorios. En efecto, y lo veremos con detalle más adelante, en Estados Unidos, por ejemplo, la prueba de que exista la posibilidad de recuperación es fundamental para demostrar que ha habido precios predatorios. En cambio, la Unión Europea rechaza la necesidad de probar la citada recuperación. Otras jurisdicciones, como Canadá, se basan en tests de coste-precio para averiguar la existencia de precios predatorios y recurren a la cuestión de intencionalidad si los precios son superiores al coste medio variable (“*average variable cost*”) pero inferiores al coste medio total (“*average total cost*”).

A continuación estudiaremos la interpretación y aplicación que reciben esos tres criterios fundamentales de la definición de precios predatorios en cuatro jurisdicciones distintas: la Unión Europea, Estados Unidos, Canadá y Australia.

3. UNA TAREA DIFÍCIL: LA PRUEBA DE LA PREDACIÓN

Como ya hemos mencionado, los Estados no toman en consideración los mismos criterios a la hora de examinar un caso de precios predatorios, aunque, generalmente, llevan a cabo un examen en dos fases que acostumbra a considerar, en primer lugar, un test de coste-precio y en segundo lugar, un test de recuperación o un test de intencionalidad, salvo el caso excepcional de Australia, que sólo aplica un test de “uso de poder de mercado”. En los siguientes apartados se expone el procedimiento seguido por la Unión Europea, Estados Unidos, Canadá y Australia.

³ Término que se utiliza comúnmente en la lengua inglesa.

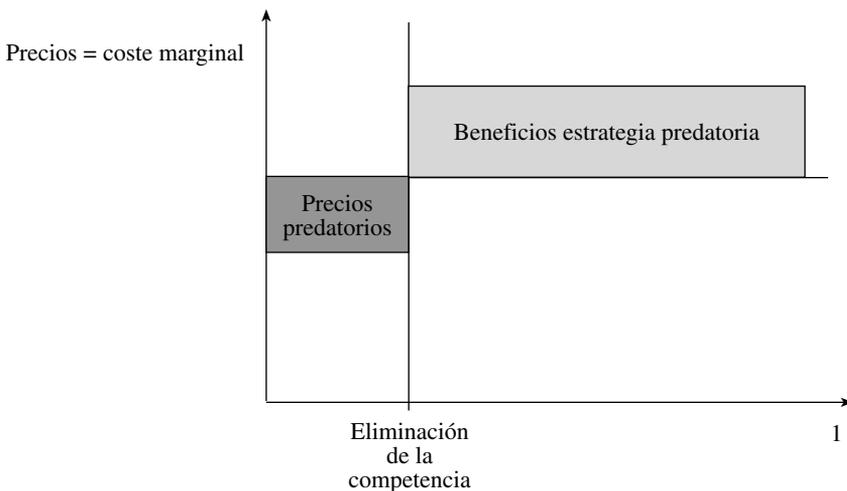
A) Tests de costes

a) *Estados Unidos*

Históricamente, los Estados Unidos fueron, ya a principios de siglo⁴, los primeros en identificar los precios predatorios como instrumentos para dominar un mercado y eliminar la competencia. Sin embargo, ese reconocimiento fue eclipsado en los años cincuenta por el escepticismo de la Escuela de Chicago que mantenía la teoría de que una estrategia de precios predatorios no era económicamente rentable.

No fue hasta 1975, con la publicación del artículo de AREEDA y TURNER, cuando superaron ese escepticismo frente a la cuestión. En efecto, AREEDA y TURNER propusieron un test que sería luego la base de todos los tests de costes que se han utilizado posteriormente para analizar una situación de presuntos precios predatorios⁵. El test consistía en una presunción de que los precios inferiores al coste marginal a corto plazo debían ser considerados predatorios.

FIGURA 1
ILUSTRACIÓN TEST COSTE MARGINAL⁶



⁴ En sus resoluciones contra Standard Oil Company y American Tobacco.

⁵ Para un buen resumen de la evolución histórica de los precios predatorios cfr. S. GRAU ARNAU S. y A. MERINO CASTELLÓ, «Sentencia Altadis: El elemento intencional en el test de precios predatorios», *Anuario de la Competencia 2004*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2005.

⁶ Elaborado a partir de la ilustración 1, p. 350, *ibid.*

A pesar de los avances que supuso dicho test, y sus variantes posteriores, el examen de precios predatorios, prohibidos en Estados Unidos en virtud del art. 2 del *Sherman Act* y del art. 2.a) del *Clayton Act* modificado por el *Robinson-Patman Act*, fue plasmado por el Tribunal Supremo en la Sentencia *Brooke Group*⁷ en 1993. El Tribunal estableció en esa sentencia un examen de dos fases que consiste en, primero, demostrar que el presunto predador fija los precios por debajo de una medida apropiada de costes (“*below an appropriate measure of cost*”⁸), y segundo, que existe una probabilidad peligrosa (“*dangerous probability*”) de que posteriormente el presunto predador pueda recuperar los beneficios perdidos (“*recoupement*”).

Cabe mencionar que en *Brooke Group*, el Tribunal no definió cuál era el estándar de coste que había que aplicar para determinar el criterio de “medida apropiada de costes”. Sin embargo, se ha aceptado en casos de precios predatorios posteriores el test del coste variable medio⁹ (“*average variable cost*”), que es más exigente que el test de costes marginales de AREEDA y TURNER, pues en ese último test los precios por encima del coste variable medio nunca son predatorios¹⁰.

b) Unión Europea

En la Unión Europea, el examen en dos fases tuvo su origen en el Asunto *Azko*¹¹. El test establecido en *Azko* tiene dos partes; primero se establece si los precios del producto o servicio en cuestión son inferiores al coste variable medio (“*average variable cost*” o AVC), es decir, los costes que varían dependiendo de las cantidades producidas, y si están por debajo, entonces se establece una presunción de que los precios son predatorios. Sin embargo, si los precios no son inferiores al coste variable medio pero sí inferiores al coste total medio (“*average total cost*” o ATC), que son los costes fijos más los costes variables, entonces se exige demostrar que la reducción de precios es parte de una estrategia para expulsar o disuadir a un competidor de un mercado. Es decir, que la segunda parte del test consiste en demostrar la intenciona-

⁷ *Brooke Group Ltd v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 113 S Ct, 1993.

⁸ *Ibid.* Ct 2578 at 2581 and 2587, 1993.

⁹ Por ejemplo, como se verá más adelante, en el caso de *Spirit Airlines*.

¹⁰ G. GOETEYN, S. MAVROGHENIS, M. PIERGIOVANNI, E. REED y D. RIDYARD, «Predatory Pricing», *GCLC Research papers on art. 82 EC*, Global Competition Law Center, julio 2005, p. 70.

¹¹ *Azko v. Commission* (1991) ECR I-3359, case C-62/86. En ese asunto, la Comisión encontró que *Azko* abusaba de su posición en el mercado de los aditivos de la harina, al vender sus productos por encima del coste variable medio pero por debajo del coste total medio (“*average total cost*”, ATC) con la intención de disuadir que su competidor principal en el mercado de la harina entrase el mercado más lucrativo del plástico. El Tribunal de Justicia (TJCE) confirmó la decisión de la Comisión.

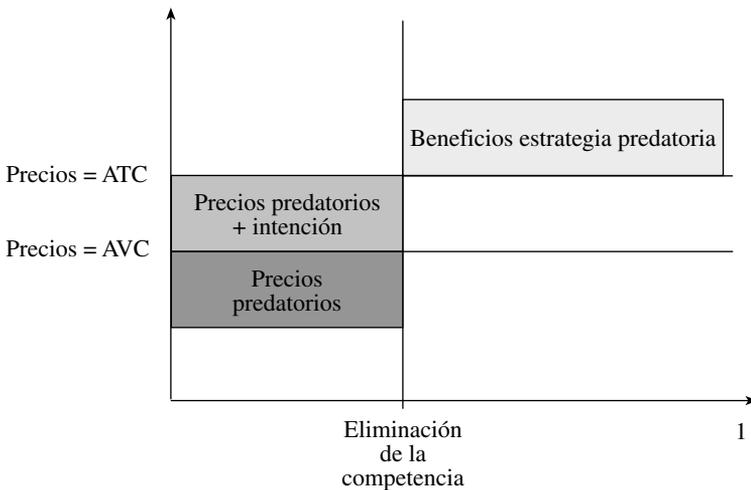
lidad del comportamiento conflictivo, tal y como lo reafirma el Tribunal en la Sentencia Tetra Pak II:

«Procede subrayar que, efectivamente, en la Sentencia AKZO/Comisión, antes citada, el Tribunal de Justicia consagró la existencia de dos métodos de análisis diferentes para verificar si una empresa ha practicado precios predatorios. En primer lugar, los precios inferiores a la media de los costes variables deben considerarse siempre abusivos. En tal caso, es inconcebible que exista algún objetivo económico que no sea la eliminación de un competidor, pues cada unidad producida y vendida supone una pérdida para la empresa. En segundo lugar, los precios inferiores a la media de los costes totales, pero superiores a la media de los costes variables, sólo pueden considerarse abusivos cuando pueda demostrarse que existe un plan de eliminación de un competidor»¹².

En España, el Tribunal Supremo confirmó esa interpretación a nivel nacional en su sentencia sobre la venta de cigarro Farias de la empresa Altadis, SA.

La Sentencia Tetra Pak II, además de confirmar el Test Akzo, tiene una importancia añadida, pues en ella el TJCE afirmó que no había nece-

FIGURA 2
ILUSTRACIÓN TEST AKZO¹³



¹² *Tetra Pak International SA v. Commission* (1996) ECR I-5951, case C-333/94, párrafo 41.

¹³ Elaborado a partir de la ilustración 1, p. 350 de S. GRAU ARNAU y A. MERINO CASTELLÓ, «Sentencia Altadis: El elemento intencional en el test de precios predatorios», *Anuario de la Competencia 2004*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2005.

sidad de demostrar la posibilidad de recuperación, estableciendo, de esta forma, una diferencia clara con la jurisprudencia americana¹⁴.

c) *Canadá*

La *Competition Act* de Canadá contiene disposiciones penales y civiles de abuso de posición de dominio. Los precios predatorios son, por lo tanto, sancionables bajo dos secciones de la ley. Pueden ser sancionados penalmente, por un lado, bajo el art. 50.1.c) que prevé que es una infracción incurrir en precios tan bajos que no son razonables (“*unreasonably low prices*”), y por otro lado, pueden ser sancionados civilmente bajo los arts. 78 y 79 sobre abuso de posición de dominio¹⁵. Es el Competition Bureau¹⁶ quien tiene la tarea de demostrar si una empresa ha incurrido en precios predatorios.

Para ambas infracciones, el Bureau ha publicado directrices, las *Predatory Pricing Enforcement Guidelines* para una infracción bajo el art. 50.1.c) del *Competition Act*, y las *Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions* para una infracción de los arts. 78 y 79.

Las *Predatory Pricing Enforcement Guidelines* reconocen que el test de coste variable medio (AVC) y el test de coste total medio (ATC) son los estándares apropiados para determinar si ha habido predación en casos criminales. A nivel civil, en el Asunto NutraSweet, el Tribunal también consideró que el estándar correcto para demostrar un comportamiento predatorio en cuanto a los precios era el test de coste variable medio.

Además, el lenguaje del *Competition Act* deja claro que la prueba de intencionalidad es relevante a la hora de determinar si un precio está pensado para dañar la competencia o eliminar un competidor.

El Tribunal concluyó en los asuntos NutraSweet y Teledirect que las pruebas de que las empresas podrían haber recuperado los beneficios perdidos eran un elemento esencial en cualquier alegación de precios predatorios¹⁷.

¹⁴ La controversia sobre la cuestión de demostrar el “*recoupment*” es todavía de actualidad pues a pesar de la sentencia Tetra Pak II, la Comisión, en su decisión Wanadoo, sintió la necesidad de demostrar que la empresa podía recuperar los beneficios perdidos en la estrategia predatoria (para saber más sobre esta cuestión cfr. C. RITTER, «Predatory Pricing Law in Canada, Australia and New Zealand: Recent Developments», ECLR, 2005).

¹⁵ A la hora de demostrar el abuso de posición de dominio a nivel penal, el criterio es mucho más severo y exige que se demuestre “más allá de la duda razonable” (“*beyond reasonable doubt*”), con la consecuencia de que muchas veces sólo se demuestra en lo civil.

¹⁶ Es el órgano administrativo canadiense equivalente al Servicio de Defensa de la Competencia español.

¹⁷ J. K. WEST, «Predatory Foreclosure», OECD Working Paper, núm. 51, 15 marzo 2005, contribución de Canadá.

La adquisición de Canadian Airlines por Air Canada en 1999 hizo que el Parlamento canadiense adoptara cláusulas específicas para el sector de la aviación en su legislación sobre abuso de posición de dominio. Esa normativa específica estableció un test más exigente que el test de coste variable medio, el llamado “*average avoidable cost test*” o test de coste evitable medio. Veremos más adelante su aplicación en el asunto Air Canada.

d) *Australia*

Los precios predatorios en Australia se prohíben en virtud del art. 46 del *Trade Practices Act 1974*, aunque no es una prohibición expresa. En efecto, la *Trade Practices Act* prohíbe “aprovecharse” (“*taking advantage*”) del poder de mercado para eliminar o dañar la competencia, impedir la entrada a un mercado o disuadir o impedir que una persona compita en un mercado¹⁸. El High Court definió “aprovecharse” de su poder de mercado, en el asunto *Queensland Wire*, como “hacer uso” (“*using*”) de su poder de mercado, sin que implicase una intención hostil de expulsar o disuadir al competidor¹⁹.

El Tribunal, además de esa definición, elaboró un test para establecer si una empresa dominante “usa” su poder de mercado. El test consiste en determinar si la conducta de la empresa con poder de mercado podría haberse dado en un mercado competitivo. Si la conducta no hubiera sido posible, sólo se dio porque el mercado carecía de fuerzas competitivas y la empresa tenía un poder de mercado importante, entonces, la empresa se aprovechó de su poder de mercado²⁰.

Finalmente, los tribunales australianos, al contrario de los de EEUU, de la UE y de Canadá, han sido reticentes en adoptar un examen que incluya un test de costes. En efecto, tal y como se explica en el *Explanatory Memorandum* del *Trade Practices Revision Bill 1986*:

«It is not the intention of s.46 that pricing, in order to be predatory, must fall below some particular cost. The prohibition in the section may be satisfied notwithstanding that it is not below marginal or average variable cost and does not result in a loss being incurred»²¹.

En el asunto más conocido de precios predatorios en Australia (asunto Boral²²), el Full Federal Court confirmaba esa regla además

¹⁸ *Trade Practices Act 1974* (Cth) (TPA), s 46 (1).

¹⁹ G. EDWARDS, «The Perennial Problem of Predatory Pricing», *Australian Business Law Review*, vol. 30, junio 2002, p. 175.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Explanatory Memorandum, *Trades Practices Revision Bill 1986* (Cth), párrafo 54.

²² *ACCC v. Boral Ltd*, FCA 30, 2001.

de pronunciarse en contra de la doctrina americana en cuanto a la recuperación.

B) Predación implica intención

Ninguna de las cuatro jurisdicciones estudiadas fundan su interpretación de precios predatorios exclusivamente sobre la intención de expulsar o disuadir a un competidor. Demostrar la intencionalidad de la actuación de una empresa dominante suele ser la segunda fase de un examen para demostrar que una empresa utilizó precios predatorios. Es más, en determinadas ocasiones no se demuestra intención, se presume.

En efecto, el Test de Akzo, como lo vimos anteriormente, implica una primera parte que consiste en determinar si los precios están por debajo del coste variable medio, y si así es, entonces se considera que son precios predatorios. Es una presunción que estableció el TJCE en la Sentencia Akzo porque, en su opinión, «a dominant undertaking has no interest in applying such prices except that of eliminating competitors so as to enable it subsequently to raise its prices by taking advantage of its monopolistic position, since each sale generates a loss»²³.

En otras ocasiones, en cambio, se tiene que establecer la intención de la empresa de querer expulsar o intimidar al competidor para demostrar que ha habido precios predatorios, como es el caso cuando los precios establecidos están debajo del coste total medio pero por encima del coste variable medio. El Tribunal Supremo español decía en esta óptica que

«resulta así que en el concepto de precio predatorio, el elemento verdaderamente distintivo y que configura la conducta predatoria es la intención de eliminar a un competidor; intención que, en un supuesto, se presume *iuris et de iure* y, en otro, ha de probarse»²⁴.

Por otro lado, hay jurisdicciones, como los EEUU, que no consideran que establecer la intención de predación de una empresa sea un criterio determinante para probar precios predatorios, como queda reflejado en el asunto American Airlines.

La prueba adicional que exigen la UE o Canadá de la intencionalidad del comportamiento predatorio «complica a la vez que restringe la probabilidad de acreditar la existencia de precios predatorios, circunstancia que persigue minimizar los errores falsos positivos»²⁵. En efecto,

²³ *Akzo v. Commission*, ECR I-3359, case C-62/86, 1991, párrafo 71.

²⁴ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 13 diciembre 2004, recurso de Casación núm. 915/2002, fundamento de derecho séptimo.

²⁵ S. GRAU ARNAU y A. MERINO CASTELLÓ, «Sentencia Altadis: El elemento intencional en el test de precios predatorios», *Anuario de la Competencia 2004*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2005.

pocas veces queda plasmada claramente la intención de eliminar un competidor, por lo que su demostración puede resultar complicada; sin embargo, presumir la intencionalidad, o prescindir de ella, para concluir en la práctica de precios predatorios, puede resultar en la sanción de una empresa que es eficiente.

C) “Recoupment” o recuperación

En la Sentencia Brooke Group, como previamente se ha discutido, el Tribunal Supremo de Estados Unidos dejaba claro que, aparte de un test de precio-coste, hacía falta la demostración de que existía la posibilidad de recuperar los beneficios perdidos durante el período de predación. Sin esa demostración, aclaraba el Tribunal, no se lograba demostrar que una empresa había incurrido en precios predatorios:

«Recoupment is the ultimate object of an unlawful predatory pricing scheme; it is the means by which a predator profits from predation (...) If market circumstances or deficiencies in proof would bar a reasonable jury from finding that the scheme alleged would likely result in sustained supracompetitive pricing, the plaintiff’s case has failed»²⁶.

La Unión Europea, en cambio, ha tomado una posición completamente opuesta a la visión americana. En efecto, en la Sentencia Tetra Pak II, primero el TPI afirmaba que para concluir en la existencia de precios predatorios no hacía falta demostrar explícitamente que la empresa dominante poseía posibilidades reales de recuperar los beneficios perdidos por llevar a cabo su estrategia predatoria. El TJCE añadió a esa afirmación que era necesario poder sancionar a un dominante cuando existía un riesgo de que se eliminara la competencia, como era el caso en Tetra Pak, y que, por lo tanto, no sería apropiado exigir pruebas adicionales de que la empresa tenía una ocasión real de recuperar sus pérdidas²⁷.

Para que una estrategia predatoria sea exitosa, es decir que una empresa pueda *recuperar* las pérdidas incurridas para eliminar a la competencia y obtener beneficios monopolísticos posteriores, hace falta una confluencia de circunstancias en el mercado que jueguen a favor del

²⁶ *Brooke Group Ltd v Brown & Williamson Tobacco Corp*, 113 S Ct 2578 at 2588-2589, 1993.

²⁷ G. GOETEYN, S. MAVROGHENIS, M. PIERGIOVANNI, E. REED y D. RIDYARD, «Predatory Pricing», *GCLC Research papers on art. 82 EC*, Global Competition Law Center, julio 2005, pp. 71-72. Existen distintas interpretaciones sobre esa afirmación del TJCE pues afirmó que no sería apropiado «en las circunstancias del presente caso» exigir pruebas de que la empresa hubiera tenido la ocasión de recuperar sus pérdidas, lo cual ha sido interpretado dejando abierta la posibilidad de que se pudiese exigir frente a otras circunstancias (WHISH, p. 650). En efecto, en el reciente asunto Wanadoo, la Comisión, a pesar de afirmar que no había necesidad de demostrar el “*recoupment*”, prosiguió en hacer la demostración de todos modos (C. RITTER, p. 48).

competidor, como barreras elevadas de entrada en el mercado para garantizar la fijación del precio a un nivel supracompetitivo de forma sostenida ²⁸, un mercado horizontalmente concentrado y clientes con poco poder de mercado.

En definitiva, como hemos podido comprobar, no hay consenso sobre la forma de demostrar la existencia de precios predatorios. Un claro ejemplo de esa disparidad de procedimientos son los casos de precios predatorios en la aviación, como veremos a continuación.

TABLA 1
TEST PARA ESTABLECER LA EXISTENCIA
DE PRECIOS PREDATORIOS POR PAÍSES

<i>Tests para demostrar precios predatorios</i>						
<i>País</i>	<i>Average variable cost (x < AVC)</i>	<i>Average total cost (x < ATC)</i>	<i>Average Avoidable cost (x < AAC)</i>	<i>Above-Cost or Limit-pricing</i>	<i>Intencionalidad</i>	<i>Recuperación</i>
UE	sí	sí		poco probable	sólo si AVC < x < ATC	no
EEUU	sí			no, porque se admite "matching price defense"	no	sí
Canadá	sí	sí	sí	demostración "unreasonably low pricing"	demostración "policy of selling"	sí
Australia	probable, pero no fundamental			cuando poder de mercado + abuso	uso de poder de mercado	no

4. SUBVENCIONES CRUZADAS

En su *Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia al servicio postal y sobre la evaluación de determinadas medidas estatales relativas a los servicios postales*, la Comisión definía la subvención cruzada de la siguiente forma:

²⁸ S. GRAU ARNAU y A. MERINO CASTELLÓ, «Sentencia Altadis: El elemento intencional en el test de precios predatorios», *Anuario de la Competencia 2004*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2005, p. 353.

«La subvención cruzada significa que una empresa imputa todos o parte de los costes de sus actividades en un mercado geográfico o de producto a su actividad en otro mercado geográfico o de productos. Bajo ciertas circunstancias, la subvención cruzada (...) puede distorsionar la competencia; por ejemplo, puede llevar a batir a los restantes competidores con ofertas que han sido posibles no por razones de eficacia (incluidas las económicas de escala) o de rendimiento, sino gracias a las subvenciones cruzadas. Para el desarrollo del servicio postal resulta fundamental impedir las subvenciones cruzadas que conduzcan a una competencia desleal”²⁹.

Esta definición tuvo mucha relevancia posteriormente en el asunto *Deutsche Post*, donde la Comisión concluyó que la empresa dominante había abusado de su posición mediante ese tipo de comportamiento. En efecto, las subvenciones cruzadas le permitían operar a pérdida³⁰ en un mercado mientras financiaba la estrategia predatoria en otro, con la finalidad de echar al competidor del primer mercado.

Los precios predatorios son, muchas veces, combinados con subvenciones cruzadas, como queda ilustrado en los asuntos *Tetra Pak II* y *Deutsche Post*. El sector de la aviación no es menos, en efecto, pues las estrategias predatorias de reducir los precios en rutas determinadas para expulsar a las LCC, por ejemplo, de Lufthansa, American Airlines, SAS, etc., fueron posibles porque utilizaban los beneficios en otras rutas para cubrir las pérdidas en las rutas objeto de la estrategia como veremos a continuación.

5. PRECIOS PREDATORIOS EN LA AVIACIÓN

A) American Airlines

Entre 1995 y 1997, American Airlines (AA) aumentó su capacidad en líneas donde habían entrado operadores de bajo coste (“*low cost carriers*” o LCC). El Departamento de Justicia decidió que al aumentar su capacidad y al bajar sus precios para igualar los de sus competidores de bajo coste, AA había violado el art. 2 del *Sherman Act*. Sin embargo, los Tribunales de Primera Instancia y de Apelación no dieron razón al gobierno y fallaron a favor de American Airlines.

El Tribunal de Primera Instancia hizo una interpretación que se ceñía al test en dos fases de Brooke Group, y concluyó que American Airli-

²⁹ Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas de competencia al servicio postal y sobre la evaluación de determinadas medidas estatales relativas a los servicios postales, *DOUE* 1998 C 39/02, punto 3.1.

³⁰ En efecto, los precios de Deutsche Post no cubrían el coste incrementado de operar en ese mercado.

nes no satisfacía ninguno de los dos requisitos (precios inferiores al coste variable medio y posibilidad de recuperación)³¹.

El Tribunal examinó los cuatros tests propuestos por el Departamento de Justicia para demostrar que American Airlines había practicado precios predatorios. Los cuatro tests centraban su análisis sobre la noción de incremento de costes debidos a la adición de capacidad sobre una ruta³². El primer test buscaba definir los costes variables más los costes de los aviones, es decir, el coste de utilizar un avión para aumentar la capacidad sobre las rutas donde había entrado la competencia. El segundo y tercer test proponían medir los costes incrementados de operar más vuelos en esas líneas, incluyendo los costes variables de las rutas en cuestión y parte de los costes comunes. El cuarto test comparaba los supuestos ingresos del incremento de pasajeros con el coste evitable de añadir capacidad. Sin embargo, después de repasar los cuatro tests, el Tribunal llegó a la conclusión de que ninguno de ellos era apropiado para medir costes porque no eran precisos en calcular el coste real de la capacidad incrementada³³, no reflejaban el coste evitable medio y porque eran arbitrarios³⁴.

Finalmente, el Tribunal concluyó que American Airlines no había incurrido en precios predatorios porque la compañía, después de la guerra de precios, había vuelto a establecer los precios anteriores al comportamiento conflictivo y, por lo tanto, no había pruebas de precios supra-competitivos. No tomó en cuenta ni que al actuar así American Airlines se pudiera establecer una reputación de predación, ni que, tal vez, los precios pre-guerra pudieran estar tan altos como para poder recuperar el coste de la predación³⁵.

El caso de American Airlines es un buen ejemplo de cómo los EEUU da más importancia a la cuestión de recuperación que a la cuestión de intencionalidad como segundo criterio que es necesario demostrar para probar que ha habido precios predatorios. En efecto, AA había elaborado una estrategia para incrementar la capacidad en esas rutas donde

³¹ G. EDWARDS, «The Perennial Problem of Predatory Pricing», *Australian Business Law Review*, vol. 30, junio 2002, p. 174.

³² J. K. WEST, «Predatory Foreclosure», *OECD Working Paper*, núm. 51, 15 marzo 2005, p. 228, contribución de los Estados Unidos.

³³ *Ibid.*, p. 229, contribución de los Estados Unidos: «The court also recited uncritically the Division's incremental cost test were valid as a matter of law. Ultimately, it affirmed the district court on the narrow ground that all of our cost tests were factually flawed because they relied on cost allocations and, therefore, were not "precise" in computing AA's "actual" cost of adding the challenged capacity».

³⁴ G. GOETEYN y K. HUGMARK, «Predatory Pricing in EC Competition Law and its Application in the Aviation Sector», *Aviation Law Committee Newsletter*, agosto 2005, p. 12.

³⁵ G. EDWARDS, «The Perennial Problem of Predatory Pricing», *Australian Business Law Review*, vol. 30, junio 2002, p. 179.

habían entrado operadores de bajo coste. Llegaron a la conclusión de que sería muy costoso para la compañía llevar esa estrategia a cabo. Sin embargo, como se dieron cuenta de que, aunque costoso, costaba menos que dejar que los operadores de bajo costes penetrasen en el mercado, aumentaron la capacidad y lograron expulsar a la competencia. El hecho de que existiera una estrategia interna que estudiara la cuestión no deja lugar a duda de que American Airlines tenía la intención de echar a los competidores.

B) Air Canada

Además de su normativa general sobre competencia y de sus directrices en materia de precios predatorios, Canadá también cuenta con regulación específica sobre la predación en el sector de la aviación³⁶. Es así que en el Asunto Air Canada³⁷, el Tribunal de Competencia tuvo que decidir si Air Canada (AC) había infringido las *Airline Regulations* y el art. 79 de la de Competencia.

El Bureau de competencia alegó que AC había incurrido prácticamente en el mismo tipo de comportamiento que American Airlines cuando dos operadores de bajo coste habían entrado en determinadas rutas. Air Canada supuestamente había igualado sus precios a los de los nuevos entrantes y aumentado su capacidad en esas rutas. El Bureau argumentaba que esas prácticas no cubrían los costes evitables de operación de las rutas afectadas, de forma que violaba la nueva regulación que prohibía a una empresa aérea operar o aumentar su capacidad sobre rutas que no cubrían el coste de ofrecer el servicio³⁸.

El Tribunal definió coste evitable (“*avoidable cost*”) como el coste que comprende el coste variable y los costes fijos específicos de un producto³⁹ que podrían evitarse si no se produjera el bien o servicio en cuestión. Además, incluyó en la noción de coste evitable los costes asociados con la cancelación de vuelos (por ejemplo, la recaptura de pasajeros) y con la redistribución de recursos (“*resource redeployment*”) ⁴⁰. Final-

³⁶ Se adoptaron las *Regulations Respecting Anti-Competitive Acts of Persons Operating a Domestic Service* (las llamadas “*Airline Regulations*”) en 2000 cuando Air Canada adquirió Canadian Airlines y se convirtió en la empresa aérea más importante del estado canadiense. Para evitar que Air Canada pudiese abusar de esa nueva posición de casi monopolio se adoptaron esas reglas específicas. J. K. WEST, «Predatory Foreclosure», *OECD Working Paper*, núm. 51, 15 marzo 2005, p. 45.

³⁷ *Commissioner of Competition v. Air Canada*, Trib. conc. 13, 2003.

³⁸ J. K. WEST, «Predatory Foreclosure», *OECD Working Paper*, núm. 51, 15 marzo 2005, p. 45.

³⁹ Excluyendo los “*sunk*” costs, es decir los costes que se incurren cuando se entra en un mercado.

⁴⁰ Ese análisis del Tribunal sobre redistribución de recursos fue muy polémico, pues a la cuestión de si un recurso que puede ser provechosamente redistribuido de un vuelo cancelado a otro es evitable, el Tribunal, al constatar que AC tenía muchas oportunidades de hacerlo, contestó que sí.

mente concluyó que pocos de los costes de AC eran inevitables y que, por lo tanto, la compañía había operado durante el período de supuesta predación con capacidad aumentada a precios más bajos que no cubrían sus costes evitables.

Es interesante destacar que el Tribunal estudió el caso de Air Canada en dos fases, la primera para determinar si AC había operado por debajo de sus costes evitables y la segunda para determinar si había abusado de su posición de dominio. Sin embargo, nunca se emprendió la segunda fase porque Air Canada entró en procedimiento concursal.

C) Lufthansa

El único caso de precios predatorios en el ámbito de la aviación dentro de la Unión Europea se dio en Alemania. En noviembre de 2001, la empresa Germania Fluggesellschaft mbH (Germania) empezó a ofrecer vuelos entre Frankfurt y Berlín. Germania, un “*low cost carrier*” (LCC), operaba sólo en el mercado alemán. El precio del vuelo sin restricciones importantes era de 99 euros en clase económica para ida, 198 euros para ida y vuelta, y se ofrecían cuatro vuelos al día en ambas direcciones.

El hasta entonces monopolista de esa ruta era Deutsche Lufthansa AG (Lufthansa), que ofrecía 14 vuelos al día por 485 euros ida y vuelta en un billete flexible de clase económica. Cuando Germania entró en el mercado de la ruta Frankfurt-Berlín, Lufthansa reaccionó, introduciendo un billete de ida a 100 euros con las mismas restricciones que Germania, 200 euros para ida y vuelta, lo cual significaba que Lufthansa había reducido su tarifa en casi un 58 por 100, aunque cabe mencionar que la reducción de tarifa se aplicaba a una parte limitada de los billetes ofrecidos⁴¹.

Germania reaccionó a su vez reduciendo a 55 euros el precio de su billete porque según la compañía, era la única forma de incentivar a los pasajeros para viajar con ella, pues Lufthansa ofrecía unos servicios auxiliares adicionales (servicios a bordo, en el aeropuerto, descuento de fidelidad, más conexiones diarias, etc.) por sólo un euro más. De cualquier modo, en enero de 2002, Germania tuvo que volver a subir su tarifa de 55 a 99 euros porque no cubría sus gastos.

En febrero de 2002, la autoridad alemana de defensa de la competencia, el Bundeskartellamt, decidió que Lufthansa había abusado de su posición de dominio porque había utilizado precios predatorios en contra

⁴¹ K. HÜSCHEL RATH, «How to Prey on Predators?-The Lufthansa-Germania Case», WHU Graduate School of Management Institute for Industrial Organization, marzo 2003.

de Alemania en la ruta Frankfurt-Berlín. Obviamente, la pregunta es cómo pueden considerarse precios predatorios si Lufthansa pedía un euro más por un vuelo de la misma ruta. La autoridad alemana, sin embargo, estaba de acuerdo con la argumentación de Alemania de que para los pasajeros el billete de Lufthansa, aunque más caro, tenía más valor. Para el Bundeskartellamt, un precio casi igual para un producto con valor añadido equivalía a un precio predatorio. La autoridad también basó su decisión en un segundo argumento; en efecto, la reducción de precios de Lufthansa sólo se produjo en la ruta donde competía con Germania, dando lugar a pensar que podía tratarse sólo de una estrategia predatoria apoyada con subvenciones cruzadas⁴².

La autoridad alemana obligó, a modo de sanción, a Lufthansa a que aumentara el precio de su billete para la ruta Frankfurt-Berlín en 35 euros. Esta cantidad se calculó tomando en cuenta, arbitrariamente, el valor añadido de los vuelos de Lufthansa, es decir, 1 euros por un periódico, 2 euros por una bebida, 12 euros por 500 millas recorridas por un pasajero frecuente (el descuento por fidelidad “*frequent flyer miles*”) y 25 euros por la mayor frecuencia de vuelos al día.

A pesar de esta decisión, hoy en día, Alemania no opera la ruta Frankfurt-Berlín y Lufthansa ha vuelto a subir los precios en dicha ruta. En efecto, un billete de ida con Lufthansa cuesta entre 276 y 321 euros, e ida y vuelta, entre semana, entre 175 y 321 euros.

D) South African Airways

En octubre de 2000, la empresa aérea Nationwide de África del Sur interpuso una queja ante la Comisión de la Competencia (“*Competition Commission*”, autoridad sudafricana) porque alegaba que, entre agosto y octubre de ese mismo año, los precios del petróleo aumentaron de forma significativa (56 por 100) y el cambio entre el rand y el dólar se depreció, lo cual supuso para la industria de la aviación un incremento en sus costes de 20 por 100. Argumentaban que la parte demandada, South African Airways (SAA), no había incrementado sus costes de manera acorde a ese incremento del 20 por 100, lo cual equivalía, en su opinión, a una práctica predatoria⁴³. Solicitaban al Tribunal de Competencia que obli-

⁴² D. R. ZWICK, «Anti-competitive Behaviour in the Airline Industry: The case of Predatory Pricing», presented at SiB Congress 2003, GRAS-Workshop: Research in Aviation, 27 junio 2003.

⁴³ «Nationwide alleged that SAA’s failure to increase their air fares on the relevant three city-city routes in accordance with fuel price increases since August 2000, as well as their failure to adjust their prices to offset the depreciation of the Rand against the US Dollar, was tantamount to pricing below their marginal or average variable cost on these routes». *Nationwide Airlines v. South African Airways*, Competition Tribunal Republic of South Africa, Case núm. 92/IR/Oct. 00, p. 3.

gara SAA a aumentar sus precios en un 20 por 100 en determinados tipos de billetes.

Haciendo un estudio comparativo del sistema americano (basándose en Brooke Group) y del sistema europeo (el test Akzo), el Tribunal sud-africano llegó a la conclusión de que debía aplicar un test de dos fases para determinar si existía una práctica de precios predatorios. En primer lugar, el demandante debía establecer que el demandado ponía precios por debajo de sus costes durante un período sostenido. En segundo lugar, debía aportar pruebas adicionales de la predación. El Tribunal, en cuanto a este segundo criterio, no quiso pronunciarse de forma tajante: «we do not wish to be prescriptive as to what this should be, but evidence of recoupment would meet this second test»⁴⁴, porque argumentaban que no querían insistir, como lo hacían los tribunales americanos, en la recuperación, pues otros mercados podrían tener otras formas de demostrar predación más allá de cualquier recuperación⁴⁵ (como por ejemplo la demostración de una estrategia predatoria).

El caso de SAA presenta una particularidad que no presentan los demás casos previamente examinados. En efecto, Nationwide, en este caso, alegaba que era la *omisión* por parte de SAA de aumentar sus precios lo que los hacía predatorios. El Tribunal no consideró oportuno equiparar reducción de precios (que corresponde a la definición tradicional de precios predatorios) a carencia de incremento de precios, pues quiso ver que había que recompensar a las empresas que por su eficiencia podían absorber los aumentos de precio de combustible sin pasarlo a sus pasajeros. Esta forma de ver la omisión de SAA acompañada de la falta de pruebas aportadas por Nationwide en cuanto a que SAA operaba por debajo de su costes variables medios (“*average variable costs*”), además de las explicaciones plausibles de SAA sobre por qué no habían incrementado sus precios, hicieron que el Tribunal rechazara la demanda de Nationwide.

E) SAS

Es el caso europeo más reciente de precios predatorios. El 6 de junio 2005, SAS fue multado aproximadamente con 2,5 millones de euros por

⁴⁴ *Nationwide Airlines v. South African Airways*, Competition Tribunal Republic of South Africa, Case núm. 92/IR/Oct. 00, p. 13.

⁴⁵ «For instance a firm operating in multimarkets may use predation as a form of investment in a reputation for being a tough competitor. Thus a predation strategy in market A would send a message to its competitors not only in market A, but also in markets C, D and E. Predation here has a broader strategic value beyond any recoupment it may attain in market A». *Nationwide Airlines v. South African Airways*, Competition Tribunal Republic of South Africa, Case núm. 92/IR/Oct. 00, p. 13.

establecer precios predatorios sobre la ruta Oslo-Haugesund⁴⁶. La base de decisión de la autoridad de competencia noruega (ACN) fue el test Akzo desarrollado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sin embargo, la ACN consideró que no se ajustaba del todo y desarrolló un test más estricto y más específico para el sector de la aviación.

Ese test, llamado de coste e ingreso incrementado (“*incremental cost and revenue*”), estudia la última unidad de producción y su impacto sobre los ingresos y los costes. Es decir, por ejemplo, que si una empresa dominante responde a la entrada de un competidor sobre una ruta determinada incrementando el número de vuelos que ofrece en esa ruta con tres vuelos diarios adicionales, el test consistiría en ver si los ingresos añadidos gracias a esos tres vuelos cubren los costes añadidos que generan⁴⁷.

La autoridad encontró que los precios de SAS para el verano de 2004 habían estado, hasta la salida de su competidor Coast Air, por debajo del coste variable medio. Y aunque existía una presunción de que el comportamiento de SAS era abusivo, la ACN se empeñó en demostrar que el incremento de vuelos en esa ruta (que corresponde a un aumento en capacidad) no se podía explicar sin una intención por parte de SAS de expulsar a Coast Air del mercado. Esa intencionalidad, según la ACN, quedaba de sobra demostrada con el potencial para recuperación que existía si Coast Air salía del mercado⁴⁸.

F) Spirit Airlines

En este caso americano, Spirit Airlines empezó a operar vuelos en dos rutas que operaba Northwest Airlines, a precios inferiores. Northwest respondió incrementando capacidad y reduciendo precios hasta igualar los de Spirit. Muy ilustrativo del comportamiento predatorio de Northwest frente a la entrada de Spirit sobre las rutas Detroit-Philadelphia y Detroit Boston es la descripción que hace el District Judge Haynes del United States Court of Appeals en el asunto Spirit Airlines v. Northwest Airlines:

«At the time of Spirit’s entry, Northwest’s lowest unrestricted fare for Detroit-Philadelphia flight was \$355 and its lowest restricted fare was \$125 each way.

⁴⁶ G. GOETEYN y K. HUGMARK, «Predatory Pricing in EC Competition Law and its Application in the Aviation Sector», *Aviation Law Committee Newsletter*, agosto 2005, pp. 7-18.

⁴⁷ J. K. WEST, «Predatory Foreclosure», *OECD Working Paper*, núm. 51, 15 marzo 2005, contribución de Noruega, p. 204.

⁴⁸ G. GOETEYN y K. HUGMARK, «Predatory Pricing in EC Competition Law and its Application in the Aviation Sector», *Aviation Law Committee Newsletter*, agosto 2005, p. 14.

(...) Before Spirit's entry into the Detroit-Boston route, Northwest provided non-stop air passenger service on the Detroit-Boston route with 8.5 daily round trips; its lowest unrestricted fare was \$411, and its lowest restricted fare was \$189 each way. Prior to Spirit's entry, Northwest intended to reduce its capacity for the Detroit-Boston route in the summer of 1996 (...)

Effective April 15, 1996, Northwest dramatically reduced its fare on the Detroit-Boston route to \$69, offering this lowest fare on all of its flights. Northwest also increased its daily non-stop roundtrip flights on the Detroit-Boston route to 10.5. Northwest added a 289-seat DC-10 airplane that had three times Spirit's entire daily capacity on the Detroit-Boston route. (...) Northwest passengers fares were less than Spirit's lowest fare on 93.9 per cent of the days during which Spirit flew this route (Detroit-Boston). (...) Spirit's monthly average load factors on the Detroit-Boston route during Northwest's price response were 18 per cent (April 1996), 21 per cent (May), 24 per cent (June), 31 per cent (July), 29 per cent (August), 17 per cent (September). Spirit never flew more than 1,700 passengers per month, while Northwest averaged well over 30,000 passengers per month during the same period»⁴⁹.

A continuación, Spirit tuvo que salir de las rutas, momento en que Northwest volvió a subir los precios y a reducir capacidad.

Es más, por si existía alguna duda sobre las intenciones de Northwest, su vicepresidente ejecutivo, Michael Levine, tenía publicado un artículo⁵⁰ donde desarrollaba una estrategia (“*the new competitive equilibrium analysis*”) para enfrentarse a las empresas de bajo coste. La esencia de esa estrategia, según Levine, era sencilla: igualar o superar la tarifa más baja del nuevo entrante, para asegurar el mercado de los viajeros sensibles a los precios mientras se ofrecían suficientes plazas para acomodar el aumento de tráfico provocado por la guerra de precios en resumen, impedir que existiera una tarifa o un horario que incentivara al cliente a viajar con el nuevo competidor.

A pesar de estas circunstancias, el Tribunal de Primera Instancia falló a favor de Northwest porque basó su decisión en el test de coste variable medio (AVC o test Akzo), decisión que fue muy criticada⁵¹.

Sin embargo, en su reciente Sentencia de 15 de diciembre 2005, el Tribunal de apelación americano hace un sorprendente cambio de rumbo y concluye que Northwest incurrió en precios predatorios dadas las prue-

⁴⁹ *Spirit Airlines. v. Northwest Airlines*, United States Court of Appeals, núm. 03-1521, 15 diciembre 2005.

⁵⁰ LEVINE, *Airline Competition In Deregulated Markets*, 4 Yale J. of Reg. 393, 1987, 476-78.

⁵¹ «By adopting the AVC test, the court had reduced plaintiff's chances of success substantially compared to what they would have been under AAC test. First, the court was comparing Northwest's route-wide revenues and costs, rather than just the incremental figures related to the flights Northwest had added. (...) Second, by using AVC rather than AAC, the court was not taking any product-specific fixed costs into account. Thus, the AVC test may have been comparing higher revenues and lower costs than the AAC test, which naturally works to the disadvantage of the plaintiff». Cfr. J. K. WEST, «Predatory Foreclosure», *OECD Working Paper*, núm. 51, 15 marzo 2005, p. 47.

bas aportadas y cómo los expertos evidenciaron que Northwest había recuperado, pocos meses después de la salida de Spirit de las rutas controvertidas, los beneficios perdidos por la estrategia.

G) Qantas Airways

En el caso de Qantas, la *Australian Competition and Consumer Commission* (ACCC) alegó que Qantas se había aprovechado de su poder de mercado a la entrada en diciembre de 2000 del operador a bajo coste Virgin Blue Airlines en la ruta Brisbane-Adelaide al aumentar su capacidad y al reducir precios sobre esa ruta. Sin embargo, nunca se juzgó el caso porque la ACCC decidió que desde que se había incoado el procedimiento los mercados afectados habían cambiado y la competencia había aumentado ⁵².

Como hemos podido comprobar no existe consenso en cuanto al procedimiento que se debe seguir para identificar los casos de precios predatorios. Los tests de coste-precios son dispares tanto en su intensidad como en sus definiciones. El criterio de intención de predación juega un papel complementario, pero sólo en algunos casos, y el criterio de recuperación no es unánime.

Es más, las dificultades añadidas del sector de la aviación dejan patente las lagunas de esos tests, sea porque se trata de un Estado donde existe un casi monopolio (como Canadá y Noruega) y que por lo tanto necesita legislación específica para esa situación, sea porque las diferencias entre operadores a bajo coste y operadores de servicio completo (“*full service carriers*”) hacen muy difícil la demostración de coste-precio.

6. CONCLUSIÓN

Es obligado empezar concluyendo cuál es la situación en España en esta materia, para indicar que mediante la reciente sentencia del Tribunal Supremo, en el asunto Farias, es idéntica a la comunitaria, plasmada en la sentencia Akzo. Si se consigue demostrar unos precios inferiores a los costes se podrá probar la existencia de predación.

Salvo en el caso de Australia, no parece que se haya contemplado en exceso la competencia dinámica en el supuesto de los precios predatorios en el sector del transporte aéreo. No estaría completa la visión sin una referencia explícita a dicho concepto económico.

⁵² ACCC Press Release, «Qantas Airline Matter Discontinued», 21 noviembre 2003.

TABLA 2
 APLICACIÓN DE LOS TESTS PARA DEMOSTRAR
 PRECIOS PREDATORIOS A LA AVIACIÓN

<i>Tests para demostrar precios predatorios</i>	
<i>Empresa</i>	<i>Test</i>
American Airlines	Se estudiaron 4 tests de coste-precio distintos: 1. Costes variables + costes de añadir capacidad en esta ruta. 2. y 3. Costes variables + costes comunes 4. Comparar ingresos con costes evitables. + El test de recuperación (" <i>recoupment</i> ")
Air Canada	Test de coste evitable medio (AAC)
Luftansa	Valor añadido por igual precio + estrategia predatoria
SAS	Test de coste e ingresos incrementados (versión más estricta de Akzo) + Potencial de recuperación que demuestra intencionalidad
South African Airways	Test coste-precio + Prueba de predación (en este caso, recuperación)
Spirit Airline	1.ª instancia: test de coste variable medio (AVC) Trib. de Apelación: test de coste incrementado + recuperación

La solución, de alguna manera, a una aplicación real de la competencia dinámica sería decir que la competencia en aquella ruta mejoraría, pues el abuso se plantea cuando se pasa de un monopolio a un duopolio, y tan pronto como se rompa ése se puede pretender una mayor competencia en el sector.

No se ha dado el supuesto de que una línea aérea dominante reitere su conducta, ni en la misma ruta, ni en otra de forma clara, pues esta situación sí pudiera dar lugar a un análisis distinto del elemento de intencionalidad.

La única solución posible para las LCC puede ser una entrada conjunta sobre varias líneas de una misma compañía, pues admitiría que no podría beneficiarse del efecto red, y que le supondría que para defenderse debería mostrar su actuación predatoria sobre diversas líneas, lo que la podría debilitar, tanto económicamente, como poner en evidencia su actuación comercial en el mercado.

Estas diferencias de análisis puede suponer el que se efectúe una elección de jurisdicción sobre la base de la posición que mantenga cada

ACTUACIONES DE LAS EMPRESAS Y DECISIONES DE LAS AUTORIDADES

TABLA 3

Empresa	Actuación frente a entrada en el mercado del competidor					Actuación posterior a predación	Decisión de la autoridad de competencia
	Reducción precios para igualar a los del competidor	Aumento capacidad por ruta	Ofrecer más servicios por mismo precio	Otros			
American Airlines	sí	sí		Aumentar número de plazas con tarifas inferiores		Reducir capacidad y aumentar precios a nivel pre-predación	Falló a favor AA
Air Canada	sí	sí				Entró en procedimiento concursal	Operó por debajo coste evitable medio
Lufthansa	1 € superior	no	sí	Ofrecer cantidad limitada de plazas a tarifa reducida de 100 €		Aumentar tarifa reducida a 105 €	Obligada cobrar 35 € más que Germania por billete
SAS	precios inferiores a coste variable medio					Volver a poner precios por encima del coste variable medio	Condenó SAS a multa de 2,5 millones de €
South African Airways	no			No subieron precios a pesar incremento de 20% costes de operación			Falló a favor SAA
Spirit Airlines	sí	sí	sí			Reducir capacidad y aumentar precios	Trib. de Apelación falló a favor de Spirit
Qantas	sí	sí					No se juzgó por cambio en el mercado

una, en el supuesto de un abuso frente a una LCC que opere en rutas que unan ambas jurisdicciones, como por ejemplo una que opere una ruta transatlántica.

Los supuestos de actuaciones predatorias pueden ser distintos, y con la escalada de los precios de combustibles no debe descartarse el que se pueda dar una situación como la sudafricana, en que la práctica sea simplemente no trasladar la subida de costes a los clientes en determinadas rutas en las que hay competencia.

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal de Apelación americano en el asunto Spirit Airlines parece abrir el camino a que las LCC sobrevivan a esas actuaciones predatorias, aunque, como hemos mencionado previamente, el hecho de que en EEUU se tenga que probar la recuperación antes de sancionar una actuación predatoria de este tipo, sigue siendo un criterio demasiado exigente además de absurdo, pues, por analogía, es como exigir que se demuestre que el cartelista se ha beneficiado del cartel antes de sancionarle.

No se ha podido ir más allá de un examen muy somero sobre las defensas de los dominantes sobre “*meeting competition*” o “*matching price defence*” que de alguna manera se considera que justifican la actuación del dominante frente a la entrada de un nuevo competidor en el sector.

Casi todos los análisis y soluciones dadas, excepto la alemana y en parte la noruega, no permitirían una aplicación judicial del Derecho de la competencia distinta que la de constatar la defunción de la LCC. Parecería difícil que un juez pudiera intervenir de forma cautelar para preservar la viabilidad de la LCC, pues la posibilidad de demostrar en esa sede la potencial recuperación de costes parece hartamente difícil, o incluso demostrar el test de Akzo no parece fácil.

Siendo esto así, la aplicación jurisdiccional en este punto se limitaría a una vez consumado el abuso de posición dominante, y probado en sede jurisdiccional, obtener los correspondientes daños y perjuicios. Tampoco será sencillo determinar sobre qué criterios se puede asentar dicha indemnización, puesto que una vez expulsado el competidor será difícil calcular, por ejemplo, por cuánto tiempo se debe indemnizar, será por un año, dos, diez...

En cuanto a intencionalidad no parece que nadie haya encontrado la “pistola humeante”, salvo en el caso de Spirit Airlines, que se puede calificar como un golpe de suerte, que aclararía sobre la intención predatoria de la empresa dominante frente a la LCC. Sin duda, parece que de aparecer dicha pistola debería ser suficiente para no tener que entrar

en un análisis detallado o exagerado, pues si bien la intención es importante, es preciso recordar que el abuso no sólo puede fallarse por intención, sino que debe tener un resultado anticompetitivo. Si la conclusión fuera que la “pistola humeante” facilita la labor, ésta sería un área para la intervención de las autoridades administrativas, con sus poderes de pesquisas, y las ventajas que los mismos tienen.

La última conclusión es evidente, los precios predatorios cuestionan de alguna manera el enfoque del Derecho de la competencia, puesto que al considerarlos una infracción impiden que los consumidores se beneficien de unos precios inferiores por un mismo producto.

Considero que también sería necesario que existiese una manifestación clara o toma de posición por parte de los consumidores, pues son en primera instancia los beneficiados de las actuaciones predatorias, si bien posiblemente a medio plazo pierdan dichos beneficios. ¿Podría elegir el mejor de ambos mundos?, esto es, beneficiarse de las actuaciones predatorias, para con posterioridad luchar para que los precios no vuelvan a incrementarse, cuando la recuperación tenga lugar, y así al haber aparecido, y desaparecido una LCC, sobre una línea, dejar su huella en el sentido de un claro descenso de precios.

No es fácil pronunciarse sobre la bondad o no de sancionar los precios predatorios, pues no se ha podido establecer una solución empírica para el dilema de competidor frente a consumidor que pruebe que éste último se beneficia de dicha política. Si bien el hecho de que se permita expulsar al competidor del mercado y no exista límite sobre los nuevos precios deberían permitir sospechar que la actuación del dominante no será favorable para los consumidores.

BIBLIOGRAFÍA

Artículos

- EDWARDS, G. (2002): «The Perennial Problem of Predatory Pricing», *Australian Business Law Review*, junio, vol. 30.
- GOETEYN, G., y HUGMARK, K. (2005): «Predatory Pricing in EC Competition Law and its Application in the Aviation Sector», *Aviation Law Committee Newsletter*, agosto.
- GOETEYN, G.; MAVROGHENIS, S.; PIERGIOVANNI, M.; REED, E., y RIDYARD, D. (2005): «Predatory Pricing», GCLC Research papers on art. 82 EC, Global Competition Law Center, julio.
- GRAU ARNAU, S., y MERINO CASTELLÓ, A. (2005): «Sentencia Altadis: El elemento intencional en el test de precios predatorios», *Anuario de la Competencia 2004*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

- HÜSCHEL RATH, K. (2003): «How to Prey on Predators?-The Lufthansa-Germania Case», WHU Graduate School of Management Institute for Industrial Organization, marzo.
- KLOTZ, R., y FEHRENBACH, J. (2003): «Two Comisión decisions on price abuse in the telecommunications sector», *Competition Policy Newsletter*, Autumn, núm. 3.
- LEVINE (1987): «Airline Competition In Deregulated Markets», 4 *Yale J. of Reg.* 393, 476-78.
- RITTER, C. (2005): «Predatory Pricing Law in Canada, Australia and New Zealand: Recent Developments», *European Competition Law Review*.
- WEST, J. K. (2005): «Predatory Foreclosure», *OECD Working Paper*, núm. 51, 15 marzo.
- ZWICK, D. R. (2003): «Anti-competitive Behaviour in the Airline Industry: The case of Predatory Pricing», presented at SiB Congress 2003, GRAS-Workshop: Research in Aviation, 27 junio.
- ACCC Press Release (2003): «Qantas Airline Matter Discontinued», 21 noviembre.

Doctrina

- RITTER, L., y BRAUN, D. W. (2004): *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, Third Edition, Kluwer Law International.
- VAN BAEL & BELLIS (2005): *Competition Law of the European Community*, Fourth Edition, Kluwer Law International.
- WHISH, R. (2001): *Competition Law*, Fourth Edition, Butterworths.

Jurisprudencia

- ACCC v. Boral Ltd* (2001) FCA 30 (Australia).
- Akzo v. Commission* (1991) ECR I-3359, case C-62/86 (Unión Europea).
- Brooke Group Ltd v. Brown & Williamson Tobacco Corp* 113 S Ct 2578 at 2588-2589 (1993) (EEUU).
- Commissioner of Competition v. Air Canada*, 2003 Trib. conc. 13 (Canadá).
- Nationwide Airlines v. South African Airways*, Competition Tribunal Republic of South Africa, Case núm. 92/IR/Oct. 00 (Sudáfrica).
- Tetra Pak International SA v. Commission* (1994) ECR I-755, case T-83/1991 (Unión Europea).
- Tetra Pak International SA v. Commission* (1996) ECR I-5951, case C-333/94 (Unión Europea).
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a), de 13 diciembre 2004, recurso de casación núm. 915/2002 (España).
- Spirit Airlines. v. Northwest Airlines*, United States Court of Appeals, núm. 03-1521, diciembre 15, 2005 (EEUU).

Legislación

- Predatory Pricing Enforcement Guidelines, Competition Bureau (Canadá).
- Sherman Anti-Trust Act*, 15 USCA, s 2 (Estados Unidos).

Clayton Act, s 2.a), as amended by *Robinson-Patman Price Discrimination Act*, 15 USCA, s 13.a) (Estados Unidos).

Trade Practices Act 1974 (Cth) (TPA), s 46 (Australia).

Explanatory Memorandum, *Trades Practices Revision Bill 1986* (Cth) (Australia).

Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas de competencia al servicio postal y sobre la evaluación de determinadas medidas estatales relativas a los servicios postales, DOUE C 39/02, 1998 (Unión Europea).