

# Cláusulas penales en contratos de exclusiva y abuso de posición dominante

Comentario a Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, Expte.646/08, caso *Axion/Abertis*

Ignacio Marín García  
Carlos Alb. Ruiz García

Facultad de Derecho  
Universitat Pompeu Fabra

### *Abstract\**

*En este trabajo analizamos la [Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia \(Expte.646/08\)](#) del pasado 19.5.2009, que sanciona a la compañía “Abertis” por abuso de posición de dominio consistente en la imposición de cláusulas penales desproporcionadas en los contratos celebrados con cadenas nacionales de televisión. Las cláusulas penales en contratos de exclusiva pueden tener efectos sobre la competencia, tanto positivos como negativos. Sin embargo, la Comisión Nacional de la Competencia pretiere los primeros y concluye por ello que tales cláusulas son anticompetitivas.*

*This paper analyzes the [Spanish National Competition Commission Decision](#) of May 19, 2009, which fines “Abertis” for abuse of dominant position. The abusive practice consisted in imposing excessive penalty clauses in contracts with national television channels. Penalty clauses in exclusive contracts may have effects on competition, either positive or negative. However, the National Competition Commission forgots the formers and therefore concludes that those clauses are anticompetitive.*

*Title:* Penalty Clauses in Exclusive Contracts and Abuse of Dominant Position

*Palabras clave:* Cláusula penal, Contratos de exclusiva, Derecho de la competencia, Abuso de posición de dominio  
*Keywords:* Penalty Clauses, Exclusive Contracts, Competition Law, Abuse of Dominant Position

### *Sumario*

- 1. Introducción**
- 2. La decisión de la CNC**
  - 2.1. Los hechos**
  - 2.2. Los argumentos de la CNC**
    - a. Mercado relevante**
    - b. Posición de dominio: monopolio natural**
    - c. Abuso de posición dominante**
    - d. Sanción y remedios**
- 3. Cláusulas penales en contratos de exclusiva y sus efectos sobre la competencia**
  - 3.1. Efecto negativo de la cláusula de liquidación anticipada del daño: una barrera de entrada para nuevos competidores más eficientes**
  - 3.2. Efecto positivo de la cláusula de liquidación anticipada del daño: la realización de inversiones específicas**
  - 3.3. Resultado final incierto**
- 4. Conclusión**
- 5. Bibliografía**

---

\* Este comentario se realiza en el marco de la ayuda concedida dentro de la convocatoria de apoyo a las actividades de los grupos de investigación de Catalunya (“Grup de Recerca en Dret Patrimonial”, 2009SGR1535, coordinado por el Prof. Dr. Joan EGEA FERNÁNDEZ).

## 1. Introducción

La entidad "Red de Banda Ancha de Andalucía, S.A." ("Axion") se dedica a la difusión de señales audiovisuales y a la explotación de servicios de telecomunicaciones. Su principal competidora en este sector es "Abertis Telecom, S.A.U" ("Abertis"), sociedad integrada en el mayor grupo de infraestructuras de transporte y comunicaciones de Europa.

El 18.10.2005, "Axion" denunció a "Abertis" ante la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, "CNC") por abuso de posición dominante. En particular, "Axion" acusaba a "Abertis" de impedirle la entrada en el mercado nacional de servicios portadores de señales audiovisuales. Como resultado del proceso, el pasado 19.5.2009, la CNC acordó imponer una sanción de 22.658.863 € a "Abertis".

## 2. La decisión de la CNC

### 2.1. Los hechos

"Abertis" tenía suscritos sendos contratos de larga duración con un total de cinco operadores privados de televisión para la explotación de los servicios de televisión analógica y digital de ámbito nacional, "Sogecable, S.A." ("Sogecable"), "Gestevisión Telecinco, S.A." ("Telecinco"), "Antena 3 Televisión, S.A." ("A3TV"), "Net Televisión, S.A." ("Net TV"), y "VEO Televisión, S.A." ("VEO TV").

Los contratos suscritos con "Net TV" y "VEO TV", firmados respectivamente el 6.11.2003 y el 22.12.2003 y ambos de 10 años de duración, incluían una cláusula penal por terminación anticipada de contrato, cuyo importe -confidencial- variaba en función del momento en el que la terminación tuviera lugar.

Los contratos con los demás operadores de televisión no incluían dicha cláusula penal. Sin embargo, durante la primera mitad de 2006, "Abertis" renovó los contratos que tenía suscritos con "Sogecable", "Telecinco" y "A3TV" y que estaban próximos a su vencimiento. En los nuevos contratos, todos de 5 años de duración, "Abertis" incluyó una cláusula penal en términos similares a la anteriormente referida.

Más adelante, en la primera mitad de 2007, "Axion" contrató con "Sogecable", "Telecinco" y "Net TV" sendos contratos para la ampliación en un 5% de la cobertura de la Televisión Digital Terrestre (TDT)<sup>1</sup>. Así, para cada uno de estos operadores de televisión, "Abertis" se encargaba de la difusión de la señal de TDT en un 80% de la población, mientras que "Axion" se encargaba del 5% adicional.

---

<sup>1</sup> El artículo 6 del [Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Plan Técnico de la Televisión Digital Terrestre](#) (BOE nº 181, de 30.7.2005), regula la progresiva implantación del servicio de televisión digital en términos temporales y de cobertura de población.

La prestación de los servicios por parte de “Axion” respecto de estos tres operadores estaba sujeta a una condición resolutoria: ser el adjudicatario en los respectivos concursos para la selección de un único operador para la totalidad de la cobertura. Finalmente, la entidad adjudicataria de dichos concursos fue “Abertis”. En caso de que otra entidad hubiera resultado la adjudicataria, al proceder a la terminación anticipada de la relación contractual con “Abertis”, el operador de televisión hubiera tenido que pagar las penalizaciones recogidas en el respectivo contrato.

Por otro lado, durante el año 2005, “Abertis” ofreció descuentos globales por la contratación conjunta del servicio de difusión de señales audiovisuales en todo el territorio nacional. No obstante, centraremos el estudio en las cláusulas penales y sus efectos sobre la competencia.

## 2.2. Los argumentos de la CNC

El artículo 2 de la [Ley de Defensa de la Competencia](#)<sup>2</sup> (en adelante, LDC), en consonancia con el artículo 82 del [Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea](#)<sup>3</sup> (en adelante, TCE), establece que

*“[q]ueda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional”.*

Así, “[e]l hecho de que una empresa disfrute de una posición dominante no es ilegal en sí mismo”<sup>4</sup>, así como tampoco lo es el alcanzar dicha posición por méritos propios. Así, una posición dominante en el mercado no constituye una infracción del derecho de la competencia ni es punible *per se*, sino sólo la explotación abusiva de la misma.

Este es un punto de posible discordancia entre la legislación europea y la legislación de los Estados Unidos. El artículo 2 de la [Sherman Antitrust Act](#) (1890, 15 U.S.C. §§ 1-7) establece que

*“[e]very person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony (...)”.*

---

<sup>2</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE núm. 159, de 4.7.2007).

<sup>3</sup> Versión consolidada de 1997, Diario Oficial nº C 340, de 10.11.1997.

<sup>4</sup> Así lo ha establecido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso *NV Nederlandsche Baden-Industrie Michelin c. Comisión* ([1983] ECR 3461), párrafo 10: “*A finding that an undertaking has a dominant position is not in itself a recrimination*”.

En el mismo sentido se pronuncia la reciente “[Comunicación de la Comisión. Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes](#)”, de 9.2.2009 (C(2009) 864 final), p. 1. En la doctrina, por todos, véase MOTTA (2004, p. 34).

de manera que, de conformidad con el texto, también sería posible sancionar a una firma pequeña o mediana por prácticas tendentes a monopolizar el mercado, con independencia, por tanto, de si la firma tiene o no posición de dominio.

No obstante, la doctrina y la práctica jurisprudencial norteamericanas, en especial del Tribunal Supremo de Estados Unidos, vienen aplicando desde hace décadas el mismo test que más tarde inspiraría el derecho europeo. Para muestra, un botón:

*“Mere size (...) is not an offense against the Sherman Act unless magnified to the point at which it amounts to a monopoly (...), but the size carries with it an opportunity for abuse that is not to be ignored (...)” (United States v. Swift & Co. [286 U.S. 106 (1905)]).*

*“In order to fall within §2 [of the Sherman Act], the monopolist must have both the power to monopolize, and the intent to monopolize” (United States v. Aluminium Co. of America [148 F.2d 416 (2<sup>nd</sup> Cir. 1945)]).*

*“Section 2 of the Sherman Act makes it unlawful for a firm to “monopolize”. The offense of monopolization has two elements: (1) the possession of monopoly power in the relevant market and (2) the willful acquisition or maintenance of that power as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen or historic accident” (United States v. Grinnell Corp. [384 U.S. 563 (1966)]).*

En el mismo sentido, AREEDA, KAPLOW y EDLIN (2004, pp. 402 - 403), al analizar el caso *United States v. Microsoft Corp.* (253 F.3D 34 (D.C. Circ. 2001)), siguen el mismo razonamiento.

Por lo anterior, para sancionar una conducta anticompetitiva por abuso de posición dominante, como ocurre en el presente caso, es imprescindible probar, no sólo que la firma tiene goza de posición dominante en el mercado relevante, sino que abusó de dicha posición.

#### **a. Mercados relevantes**

La definición del mercado relevante suele ser el punto de partida en el análisis en los casos de abuso de posición de dominio. A tal efecto, la CNC define como mercados relevantes “los (...) de transporte y difusión de la señal audiovisual”, pues, a pesar de que son servicios distintos, “ambos servicios, [por ser complementarios], se ofertan conjuntamente y todos los contratos analizados en [el] expediente comprenden ambos servicios” (FD 5º, p. 31; *cursiva añadida*).

En cuanto al ámbito territorial, la CNC define como mercado relevante el territorio español.

#### **b. Posición de dominio: monopolio natural**

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea define la posición de dominio como “aquella situación de fortaleza económica de la que disfruta una firma y que le permite actuar, hasta cierto punto, al margen de sus competidores, clientes y, en última instancia, de los consumidores”<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Véase Caso 27/76, *United Brands Company and United Brands Continentaal BV c. Comisión* ([1978] ECR 207), párrafo 65.

La CNC reconoce, sin oposición de ninguna de las partes interesadas, que “la posición de dominio de Abertis (...) resulta innegable” (p. 31) en el mercado relevante por los siguientes motivos:

a. Monopolio *de facto*: salvo los contratos firmados por “Axion” en 2007, “Abertis” era el único operador del mercado desde que se liberalizara en el año 2000.

b. Barreras estructurales de entrada. Cualquier competidor de “Abertis” en los mercados relevantes ya señalados debería realizar una fuerte inversión, pues el Plan Técnico de la Televisión Digital Terrestre requiere una cobertura inicial mínima del 80% de la población, para lo cual es preciso una red de 200 centros debidamente interconectados.

De esta manera, la CNC concluye que “la capacidad real de crear una red alternativa a la de [“Abertis” era] muy limitada en la práctica” (FD 5º, p. 32; *cursiva añadida*).

Además, por las características de monopolio natural de la red física de telecomunicaciones, dicha inversión sería económicamente inviable, pues implicaría una duplicidad innecesaria y exageradamente costosa de infraestructuras.

En términos económicos, un “monopolio natural” se define como la estructura de mercado en la que una única firma es suficiente como para alcanzar la máxima eficiencia en términos de distribución y minimización de costes de toda la industria. Los monopolios naturales son propios de tecnologías que requieren altos costes fijos y experimentan importantes economías de escala, como pueden ser los tendidos eléctricos o telefónicos<sup>6</sup>.

### c. Abuso de posición dominante

“Axion” denunció a “Abertis” por haber desarrollado prácticas abusivas con el fin de excluirla del mercado. En particular, “Axion” señalaba dos prácticas: la firma de contratos de largo plazo y con penas convencionales excesivas, de un lado; y la aplicación de descuentos por la totalidad de los servicios prestados, por el otro.

En general, y de conformidad con la mejor doctrina<sup>7</sup>, podemos agrupar las prácticas abusivas en dos grandes grupos, las prácticas de exclusión (*exclusionary abuses*), que tienen por objeto limitar

---

<sup>6</sup> Por todos, VISCUSI, HARRINGTON y VERNON (2005, p. 376): “A market is a natural monopoly if, at the socially optimal quantity, industry cost is minimized by having only one firm produce. (...) Natural monopolies are likely to exist when there is a large fixed-cost component to cost”.

<sup>7</sup> KORAH (2007, pp. 102 y 135); O'DONOGHUE y PADILLA (2006; pp. 174 - 175). Además de los dos señalados arriba, O'DONOGHUE y PADILLA (2006, p. 174 - 175) identifican un tercer grupo de prácticas abusivas, que denominan prácticas de represalia (*reprisal abuses*), que tienen por objeto disciplinar a un rival e impedir que compita de forma agresiva, como por ejemplo cesar en la provisión de mercancías a un cliente porque éste ha entablado relaciones comerciales con un competidor. No obstante, JONES, SUFRIN y SMITH (2007, pp. 321 - 322), entre otros, entienden las prácticas de represalia como un subgrupo dentro de las prácticas de exclusión, aunque, en todo caso, estas categorías no son mutuamente excluyentes.

ilegítimamente la capacidad de competencia de las firmas rivales y, en el límite, expulsarlas del mercado; las prácticas de explotación (*exploitative abuses*), que causan un perjuicio directo a los consumidores por el ejercicio abusivo de poder de mercado. Entre las primeras encontramos, por ejemplo, los precios excesivos (*excessive pricing*); como ejemplo de las segundas, los precios predatorios (*predatory pricing*) o el estrechamiento de márgenes (*margin squeeze*).

En el caso *Hoffmann-LaRoche*, el TJCE definió una conducta abusiva como aquella “que, mediante métodos distintos de los utilizados en competencia normal (...), produce el efecto de impedir el grado de competencia propio del mercado”<sup>8</sup>. Esta definición, así como otras del TJCE en casos importantes de abuso de posición de dominio<sup>9</sup>, dista de ser esclarecedora y, de hecho, ha merecido la crítica de O’DONOGHUE y PADILLA (2006, pp. 175 - 178), quienes señalan la imprecisión de las definiciones y expresiones que han empleado las instituciones europeas, tales como toda conducta que se aparte de aquello que puede considerarse “legítima competencia”, “competencia normal” o “competencia basada en los méritos”. La dificultad radica, precisamente, en definir cada una de estas expresiones; en definir qué práctica es abusiva y cuál no lo es; en distinguir una práctica abusiva del comportamiento competitivo de una firma.

La CNC, al analizar la conducta abusiva de “Abertis” relativa a la imposición de cláusulas penales, acepta “el legítimo derecho” que tiene cualquier parte contractual “a protegerse de los incumplimientos contractuales (...) introduciendo al objeto las pertinentes cláusulas contractuales”, entre las que se encontrarían las cláusulas penales (FD 7º, p. 52). En este caso, la penalización prevista en los diferentes contratos tendría por objeto proteger las inversiones específicas realizadas por “Abertis” para prestar de forma efectiva y satisfactoria sus servicios.

Sin embargo, a continuación y sin perjuicio de lo anterior, la CNC también considera que “la defensa de sus legítimos intereses económicos (...) debe desplegarse dentro de los límites que (...) resultan de la aplicación de la normativa de defensa de la competencia”, extremo que “Abertis”, a juicio de la CNC, no ha respetado al imponer cláusulas penales desproporcionadas. Desproporción que, en todo caso, debe medirse respecto de los daños previsibles derivados del incumplimiento contractual, los cuales comprenden, cuando menos, las inversiones específicas y los costes de contratación.

Por otro lado, de las actuaciones en el proceso, resulta que la duración de los contratos era excesiva y que los operadores de televisión, ante la ausencia de una alternativa a “Abertis”, “transigían con duraciones más largas como única forma para reducir el precio exigido” (FD 7º, p. 57).

Así las cosas, la combinación de un contrato de largo plazo con una cláusula penal desproporcionada por terminación anticipada puede producir efectos anticompetitivos por la

---

<sup>8</sup> Caso 85/76, *Hoffmann-LaRoche & Co AG c. Comisión* ([1979] ECR 461), párrafo 6.

<sup>9</sup> Véanse, entre otros, los Casos C-62/86, *AKZO Chemie BV c. Comisión* ([1991] ECR I-3359); T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin c. Comisión* ([2003] ECR II-4071, citados por O’DONOGHUE y PADILLA (2006; p. 176).

exclusión ilegítima de competidores. En efecto, y en el caso concreto que nos ocupa, la CNC afirma que “difícilmente se puede considerar que existió competencia con igualdad de armas por los clientes convocantes de los concursos cuando (...) Axion o cualquier otro competidor de Abertis habría tenido que hacer frente a las elevadas penalizaciones impuestas por la propia Abertis por la resolución unilateral anticipada de los contratos de 2006” (FD 6º, p. 40).

Ninguna de las causas de justificación alegadas por “Abertis” fue acogida por la CNC. La Comisión Nacional reconoce que, dadas las barreras estructurales existentes, las oportunidades de entrada y expansión en los mercados relevantes son limitadas. Pero, en este caso, estas dificultades –junto a otros motivos (vid. FD 7º, p. 51) –, se han visto incrementadas de forma significativa por “la necesidad de hacer frente a elevadas penalizaciones por resolución de los contratos firmados en 2006 por sus potenciales clientes con Abertis”. Así, y hasta el vencimiento del plazo previsto por los contratos, “Abertis” se aseguraba el cierre del mercado a los potenciales competidores.

#### **d. Sanción y remedios**

Por lo anterior, la CNC sancionó a “Abertis” con una multa de 22.658.863 € y la obligación de abstenerse de realizar las prácticas denunciadas. En particular, la CNC impuso a “Abertis” la obligación de reconocer a los operadores de televisión la posibilidad de “resolver de forma anticipada, unilateral y sin causa su respectivo contrato” (p. 73).

### ***3. Cláusulas penales en contratos de exclusiva y sus efectos sobre la competencia***

Las cláusulas penales presentan como ventajas principales la disminución de los costes de transacción –en cuanto a la comunicación de información (mayor o menor sensibilidad de los contratantes frente al incumplimiento) y la determinación del daño en sede judicial– y la distribución óptima del riesgo de incumplimiento. Sin embargo, este remedio puede revelarse dañino para la competencia<sup>10</sup>.

La objeción tradicional ha sido que la cláusula de liquidación anticipada del daño genera problemas de monopolio bilateral<sup>11</sup>, aquella estructura de mercado en que hay un único vendedor y un único comprador. Ello exigiría que ambos contratantes contrajeran la prohibición recíproca de no competir y que el incumplimiento de sendas obligaciones negativas esté sujeto a pactos de liquidación. Aunque en ocasiones es así, con frecuencia en contratos de exclusiva (de

---

<sup>10</sup> Al amparo de los artículos 81.1 del TCE y 1.1 LDC, una cláusula penal supracompensatoria que garantice el cumplimiento de un contrato de exclusiva constituiría una conducta prohibida, salvo que le sea aplicable la excepción contenida en el artículo 81.3 TCE, reproducida asimismo por el artículo 1.3 LDC. Para la aplicación de dicha excepción legal han de satisfacerse de manera cumulativa cuatro requisitos: la mejora de la eficiencia, el beneficio equitativo para los consumidores, el carácter indispensable de las restricciones y la no eliminación total de la competencia.

<sup>11</sup> Richard A. POSNER (2003, p. 128).



distribución comercial, de colaboración o cualquier otro) tan solo una de las partes se obliga a no competir.

Por tanto, para que realmente la inclusión de una cláusula de liquidación del daño afecte a la competencia la obligación garantizada debe ser la de no competir contra un contratante con poder de mercado<sup>12</sup>, un incumbente que sea monopolista u oligopolista<sup>13</sup>. La estipulación que garantice otra obligación, o que lo haga respecto un sujeto sin poder de mercado, difícilmente supondría una afectación de la competencia, pues no impide la entrada de nuevos competidores.

### **3.1. Efecto negativo de la cláusula de liquidación anticipada del daño: una barrera de entrada para nuevos competidores más eficientes**

En contratos de exclusiva, de acuerdo con AGHION y BOLTON<sup>14</sup>, la suma pactada impone a los nuevos competidores un coste de entrada en el mercado que puede tomar dos formas: el transcurso del plazo necesario para la terminación del contrato suscrito con el incumbente o, sin mediar espera, el abono a los clientes del incumbente de las indemnizaciones por incumplimiento que hayan de satisfacerle<sup>15</sup>. Este tipo de contratos tiene un importante coste social al impedir la entrada de competidores que puedan desarrollar su actividad a un coste de producción más bajo.

Sin embargo, para AGHION y BOLTON, las partes de un contrato de exclusiva –el incumbente y su cliente– gozan de poder de monopolio sobre los competidores ajenos a su relación contractual, pues en la cláusula de liquidación del daño que estipulen fijarán el precio de entrada (*entry fee*) que los otros competidores deberán desembolsar para contratar con el cliente. De ahí que concluyan que el principal motivo para celebrar contratos de exclusiva es extraer parte del

---

<sup>12</sup> Según Massimo MOTTA (2004, p. 377), las restricciones verticales sólo son anticompetitivas si involucran a partes con un poder de mercado que sea significativo, pues el daño a la competencia decrece con el aumento del número de competidores. En contra de atribuir a toda cláusula penal un efecto anticompetitivo *per se*, Eric L. TALLEY (1994, p. 1216).

<sup>13</sup> El término “incumbente” no está admitido por la RAE. Sin embargo, adoptamos aquí dicho término, traducción literal del inglés, “*incumbent*”, empleado por la literatura económica para designar a aquella firma que disfruta de cierto poder de mercado al haberse establecido con anterioridad.

<sup>14</sup> Philippe AGHION y Patrick BOLTON (1987, p. 389), quienes utilizan la suma pactada como medida implícita de la duración del contrato de exclusiva.

<sup>15</sup> Nótese que el incumbente y los potenciales competidores ocuparían la posición de deudores de la prestación característica (entrega de un bien o desarrollo de una actividad), mientras que los clientes serían los acreedores. Y es el incumplimiento contractual de estos últimos, y no el de los deudores, aquél para que las partes han estipulado una cláusula de liquidación anticipada del daño.

excedente que el potencial competidor obtendría si contratara con el único cliente del incumbente<sup>16</sup>.

Los propios autores matizan, no obstante, esta afirmación, vinculada a la idea de monopolio bilateral, para aquellos mercados con multiplicidad de clientes y en los cuales sólo el incumbente tiene poder de mercado, como ocurre en el presente caso. En este contexto, el incumbente se apropia de la totalidad del excedente en perjuicio de los clientes, por lo cual el coste social derivado de la utilización de pactos de liquidación en contratos de exclusiva se dispara: cada contrato de exclusiva de larga duración celebrado por un cliente tiene una externalidad negativa sobre el resto de clientes, al bloquear la competencia y forzarles a asumir precios más elevados<sup>17</sup>. El coste de oportunidad de estos contratos es muy elevado para los clientes, porque impiden la entrada en el mercado de competidores más eficientes, aunque su celebración se explica por la dificultad de coordinación de la clientela<sup>18</sup> y por la incertidumbre sobre la entrada efectiva de nuevos competidores<sup>19</sup>.

Las conclusiones de AGHION y BOLTON las validaron SPIER y WHINSTON (1995, pp. 188-192)<sup>20</sup>, quienes introdujeron dos factores de complicación: la realización de inversiones específicas por el incumbente y la posibilidad de renegociación del contrato. A pesar de ello, el efecto final era idéntico: con la finalidad de frenar la entrada de nuevos competidores, el incumbente invierte para disminuir su coste de la prestación y se protege contra la pérdida de dichas inversiones mediante la fijación de sumas elevadas en los pactos de liquidación del daño por incumplimiento. Ahora bien, al igual que en el trabajo de AGHION y BOLTON, el incumbente no puede verificar la estructura de costes de sus rivales y, por ello, sus inversiones son un despilfarro si los nuevos competidores son en realidad más ineficientes.

*United States v. United Shoe Machinery Corp.* es seguramente el caso estadounidense más emblemático sobre cláusulas de liquidación anticipada del daño en contratos de exclusiva lesivas de la competencia<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> El excedente del incumbente es la diferencia entre el precio y el coste de producción del bien o prestación del servicio ( $p - c$ ), mientras que el excedente del cliente o consumidor es la diferencia entre su valoración del bien o servicio y el precio que paga por el mismo ( $v - p$ ). Al respecto, véase VARIAN (2003, pp. 387-390 y 249-250).

<sup>17</sup> Philippe AGHION y Patrick BOLTON (1987, pp. 396-398) afirman que esta estrategia es la dominante.

<sup>18</sup> A causa del mermado poder de negociación de cada cliente con el incumbente, tal y como han señalado Eric B. RASMUSEN *et alii* (1991, pp. 1137-1145), y SEGAL y WHINSTON (2000, pp. 296-309).

<sup>19</sup> Joseph F. BRODLEY y Ching-to Albert MA (1993, p. 1167).

<sup>20</sup> Con anterioridad, BRODLEY y MA (1993, pp. 1172-1176) habían advertido omisiones en el modelo de AGHION y BOLTON, sin embargo la incorporación de sus correcciones no alteraba el resultado.

<sup>21</sup> BRODLEY y MA (1993, pp. 1177 y 1182-1194) describen las semejanzas y diferencias de este caso con otros resueltos por tribunales de Estados Unidos, tras afirmar que *United States v. United Shoe Machinery Corp.* no es un caso verdaderamente representativo de la aplicación del derecho *antitrust* a pactos de liquidación de daños por ir vinculados éstos a otra serie de prácticas, también enjuiciadas por el Tribunal Supremo estadounidense.

Desde su posición de dominio, con el 75% de la cuota de mercado, la compañía arrendaba su maquinaria a productores de calzado durante largos periodos de tiempo (diez años), sin posibilidad de compra ni tampoco de un arrendamiento más corto; y, para 91 tipos de máquinas, si el arrendatario devolvía la máquina porque la sustituía por otra de la competencia, éste debía indemnizar a la arrendadora con el 50% de los cánones mensuales restantes hasta completar el plazo de duración pactado. Esta *switching penalty* se agravaba con la pérdida de otros derechos, la cual no tenía lugar si el motivo de la devolución era otro.

De hecho, con ocasión de las conductas de esta productora de maquinaria para la fabricación de calzado, el Tribunal Supremo de Estados Unidos se ha pronunciado dos veces: *United Shoe Machinery Corp. v. United States*, 347 U.S. 521 (1954); y *United States v. United Shoe Machinery Corp.*, 391 U.S. 244 (1968). Con fundamento en la creación de un mercado competitivo, la primera vez el Tribunal Supremo declaró la ilicitud de determinadas prácticas –entre otras, la estipulación aquí analizada–, pero en la segunda de sus resoluciones acordó la venta forzosa de activos de la sociedad. *United Shoe Machinery Corp.* fue un gigante de la industria en su sector y, al igual que *Standard Oil*, *American Tobacco*, *Alcoa*, *AT&T* o *Microsoft*, fue objeto de actuaciones del Departamento de Justicia, en su celo por garantizar la libre competencia al amparo de la *Sherman Act* (1890).

### **3.2. Efecto positivo de la cláusula de liquidación anticipada del daño: la realización de inversiones específicas**

En un contrato de exclusiva, las cláusulas penales en virtud de las cuales el deudor obtendría una cuantía superior al daño previsible, producen, como contrapartida, el efecto positivo de promover la realización de inversiones específicas eficientes. Más aún, EDLIN y SCHWARTZ (2003, p. 48) las juzgan necesarias para alcanzar este objetivo si ambos contratantes llevan a cabo inversiones específicas, como sucede generalmente en los contratos de exclusiva.

Este efecto también se encuentra presente en el caso “Abertis”, en el que tanto ésta como su competidor, “Axion”, han de llevar a cabo inversiones específicas para la efectiva prestación de los servicios por los que contratan.

Hasta ahora, si el incumbente monopolista u oligopolista tenía poder de mercado, las partes contractuales optaban por la sobrecompensación para evitar la entrada de terceros, en beneficio de ambos contratantes en el caso del monopolio bilateral o por imposición del incumbente en detrimento del conjunto de los consumidores. Incluso, más allá de la lógica de su función de barrera de entrada, las cláusulas supracompensatorias afianzaban la posición de dominio del incumbente, protegiendo la inversión excesiva que realizaba para mantener la eficiencia de su estructura productiva.

Siguiendo a EDLIN y SCHWARTZ (2003, p. 37), la sobrecompensación puede responder tanto a razones socialmente no deseables –restringir la competencia o extraer rentas del otro contratante– como a razones socialmente deseables –asegurar que la inversión sea eficiente–. Así, estos autores (2003, pp. 46-49) ponen de relieve que en la renegociación de un contrato de exclusiva, susceptible de ser incumplido a causa de una contingencia no prevista y tras cuya celebración las dos partes han realizado inversiones específicas, un pacto de liquidación supracompensatorio fomenta que el contratante obligado a indemnizar procure un acuerdo con el otro contratante a

fin de percibir al menos una porción del excedente derivado de la ejecución del contrato bajo las nuevas circunstancias. De este modo, las inversiones específicas que el contrato precise serán realizadas por una y otra parte y, por añadidura, serán rentabilizadas.

### 3.3. Resultado final incierto

En definitiva, examinados sus pros y sus contras en contratos de exclusiva, la cláusula de liquidación del daño supracompensatoria –todas lo son hasta que no se materializa el daño– presenta dos efectos opuestos: por un lado, uno negativo, la exclusión de productores con una estructura de costes más competitiva; y, por otro lado, uno positivo, el favorecimiento de inversiones específicas.

El resultado final sobre el bienestar social es ambiguo, pues dependerá fundamentalmente del sector de actividad concreto en que se desenvuelvan los contratantes, el “mercado relevante” en la jerga del derecho de la competencia. Ahora bien, cuanto mayor sea el desequilibrio entre el poder de mercado de una y otra parte, las estipulaciones supracompensatorias en este tipo de contratos responderán casi con toda probabilidad a la voluntad del incumbente de excluir a nuevos competidores. Así lo remarcan FARRELL y KLEMPERER (2007, pp. 2004-2005) y, si esta finalidad fracasara, el incumbente extraería rentas del competidor entrante, aunque los verdaderos perjudicados de la imposición de costes de alternancia (*switching costs*) son los consumidores.

## 4. Conclusión

La combinación de contratos de larga duración con cláusulas penales desproporcionadas puede tener efectos anticompetitivos. Ahora bien, en el caso “Abertis”, a pesar de que los hechos relatados en la resolución de la CNC no permitan extraer motivos de eficiencia o mejora en el bienestar social que justifiquen este tipo de acuerdos, el balance competitivo final no es necesariamente negativo.

La propia resolución de la CNC reconoce que las inversiones de “Abertis” fueron de un montante considerable (pp. 52-54), aunque por ser posible su reutilización no las considera específicas. Sin embargo, el concepto de “inversiones específicas” empleado por la CNC es más que dudoso, pues una inversión específica pierde valor fuera del contexto en que se ha realizado, como es el caso, y no deja de serlo porque pueda recibir usos alternativos, ya que dichos usos alternativos no excluyen la pérdida de valor.

Aun admitiendo un resultado final ambiguo, no queda rastro alguno de sospecha sobre la finalidad de tales cláusulas si tomamos en cuenta la igualdad entre el poder de mercado de los contratantes: por un lado, “Abertis”, y, por otro lado, las principales cadenas nacionales televisión. Es decir, los clientes del incumbente contaban con poder de negociación para evitar la imposición de penas desproporcionadas y con el tamaño necesario para posibilitar la entrada de

otro suministrador sin necesidad de coordinarse con otras cadenas. Si bien, es preciso recordar que la red de difusión de "Axion" era muy limitada en comparación con la de "Abertis" e insuficiente como para dar la cobertura poblacional mínima establecida por el Plan Técnico de la TDT.

Por todo lo anterior, la voluntad de excluir a potenciales competidores del mercado es una finalidad que no queda plenamente acreditada, pues la resolución de la CNC alude en repetidas ocasiones a que "Axion" también incluía esta clase de penalizaciones, por mucho que "no pesen sobre AXION las obligaciones de comportamiento que (...) pesan sobre un operador dominante tan relevante como ABERTIS" (p. 54). De modo que no podemos concluir sin más que tales prácticas respondan a un abuso de posición dominante, ya que la firma competidora también las llevaba a cabo. Todo ello, sin entrar a valorar la función de transferencia de riesgo que acostumbran a cumplir las cláusulas penales y que parece ser la que aquí cumplen, ya que las cadenas de televisión son las beneficiarias principales del éxito del TDT, a la vez que podrán seguir desarrollando su actividad en caso de fracasar dicho soporte.

## 5. Bibliografía

Philippe AGHION y Patrick BOLTON (1987), "Contracts as a Barrier to Entry", *77 American Economic Review*, pp. 388-401.

Phillip AREEDA, Louis KAPLOW y Aaron EDLIN (2004), *Antitrust Analysis. Problems, Text and Cases*, 6<sup>th</sup> ed., Aspen Publishers, New York.

Joseph F. BRODLEY y Ching-to Albert MA (1993), "Contract Penalties, Monopolizing Strategies, and Antitrust Policy", *45 Stanford Law Review*, pp. 1161-1213.

Aaron EDLIN y Alan SCHWARTZ (2003), "Optimal Penalties in Contracts", *78 Chicago-Kent Law Review*, pp. 33-54.

Joseph FARRELL y Paul KLEMPERER (2007), "Coordination and Lock-In: Competition with Switching Costs and Network Effects," en Mark ARMSTRONG y Robert PORTER (eds.), *Handbook of Industrial Organization*, vol. III, Elsevier-North Holland, Amsterdam, pp. 2004-2005.

Alison JONES, Brenda SUFRIN y Brenda SMITH (2007), *EC Competition Law*, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford University Press, Oxford.

Valentine KORAH (2007), *An Introduction Guide to EC Competition Law and Practice*, 9<sup>th</sup> ed. Hart Publishing, Oxford-Portland (OR)

Massimo MOTTA (2004), *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge.

Robert O'DONOGHUE y A. Jorge PADILLA (2006), *The Law and Economics of art. 82 EC*, Hart Publishing, Oxford-Portland (OR).

Richard A. POSNER (2003), *Economic Analysis of Law*, 6ª ed., Aspen, New York.

Eric B. RASMUSEN, J. Mark RAMSEYER y John S. WILEY, Jr. (1991), "Naked Exclusion", 81 *American Economic Review*, pp. 1137-1145.

Ilya R. SEGAL y Michael D. WHINSTON (2000), "Naked Exclusion: Comment", 90 *American Economic Review*, pp. 296 - 309.

Kathryn E. SPIER y Michael D. WHINSTON (1995), "On the Efficiency of Privately Stipulated Damages for Breach of Contract: Entry Barriers, Reliance, and Renegotiation", 26 *RAND Journal of Economics*, pp. 180-202.

Eric L. TALLEY (1994), "Contract Renegotiation, Mechanism Design, and the Liquidated Damages Rule", 46 *Stanford Law Review*, pp. 1195-1243.

Hal R. VARIAN (2003), *Intermediate Microeconomics. A Modern Approach*, 6ª ed., W. W. Norton & Company, Nueva York.

W. Kip VISCUSI, Joseph E. HARRINGTON, JR. y John M. VERNON (2005), *Economics of Regulation and Antitrust*, 4ª ed., MIT Press, Cambridge (MA).