

Jose María Lancho, abogado, contesta a las dudas legales de los lectores.

LINUX LEGAL

■ He leído que Microsoft ofrecerá importantes descuentos en licencias de Windows XP a fabricantes que mantengan las especificaciones de hardware de los ultraportátiles dentro de un límite (con pantallas pequeñas, que no sean táctiles, con discos duros y procesadores limitados, etc.). Estas limitaciones no sólo se aplicarán a los UMPCs que lleven Windows, sino a todos, aunque lleven por ejemplo Linux ¿No es esto ilegal? ¿No están manipulando el mercado o algo así?

■ Hace tiempo que los productos de Microsoft no se hacen sólo en sus laboratorios, al menos no lo más relevante de los mismos, sino que son cada vez más el resultado de sus mercados cautivos. Ya sean las Administraciones Públicas, los productores de hardware o los distribuidores grandes de software. Lo cierto es que Microsoft resiste mal la tentación a considerar la producción de su software, la producción de hardware y los grandes canales de distribución de software como algo distinto a un mismo y único mercado, o aún más: un único producto. De ser cierta la hipótesis de la pregunta, por otra parte no desmentida por la multinacional a pesar de que no hay rincón de la red donde no haya tenido eco, Microsoft subordina ventajas considerables en los precios de sus productos a que sus clientes condicionen poderosamente sus propios bienes. Es decir, no premia la cuantía o volumen de producto solicitado, sino que viene a vincularse con una exclusividad garantizada por la autolimitación tecnológica. Todo ello en un contexto en el que Microsoft asume una clara posición de dominio. Es evidente que la sociedad sale ciertamente perjudicada y que se plantea una caricatura del mercado. Pero ¿es legal?

La problemática de los abusos derivados de la aplicación de descuentos por empresas en situación de posición dominante ha sido detalladamente examinada desde los años 70 por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Lo cierto es que no toda discriminación de precios supone abuso de posición dominante, por lo que a la pregunta de si una empresa en posición de dominio puede aplicar precios distintos a sus productos en función de los clientes a los que vende, la respuesta es: “depende”. Para que entendamos que se trata de una práctica prohibida, debe ocasionar a los clientes de la empresa dominante “una desventaja competitiva” o ponerlos en una situación de desventaja frente a otros. He ahí por qué entiendo que obligar a unas empresas a renunciar a lo que es su fuente natural de ventaja competitiva, como sucede en este caso, entra en contradicción con la finalidad de las normas antimonopolio. El comportamiento descrito tiende a disuadir en la inversión en desarrollo y “recompensa” el retraso deliberado en hacer llegar al consumidor importantes beneficios tecnológicos. Es obvio que de esta manera se desincentiva para invertir en el sector tecnológico de desarrollo descrito. También es posible acercarse al asunto en cuestión como un caso de precio excesivo, concepto éste que el TJCE ha definido desde 1975 como un precio “excesivo en relación con el valor económico del producto ofrecido”. En el caso *British Leyland v. Comisión*, el Tribunal examinó que la empresa británica aplicaba un canon varias veces superior a los vehículos con el volante a la izquierda (como se usan en el resto del continente europeo), y sensiblemente inferior a los que tenían el volante a la derecha, por lo que concluyó que había una práctica de precios excesivos.

Resulta indicativo que la mayoría de las decisiones en materia de competencia que ha adoptado la Comisión en aplicación del artículo 82 del Tratado CE han ido dirigidas a prohibir diversas formas de descuento. Al fin y al cabo, como expresa la sentencia de 17 de diciembre de 2003 del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (*British Airways/Comisión*), “el derecho de la competencia se dirige a proteger la estructura del mercado

contra las distorsiones artificiales y protege así lo mejor posible los intereses de los consumidores a medio y largo plazo”. La sentencia de 30 de septiembre de 2003 *Michelin II* (considerando 101), del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas expresaba que, los descuentos que fueran otorgados por una empresa en posición de dominio “sólo pueden corresponder a las economías de escala realizadas por la empresa gracias a las compras suplementarias inducidas de los consumidores”. Una práctica que discrimine a los clientes que apuestan por el desarrollo tecnológico puede suponer un “daño a la estructura del mercado” que las instituciones europeas han venido identificándolo con daño a la competencia, creo que correctamente. Asimismo hay que considerar que las instituciones europeas analizan los comportamientos dudosos en el mercado no por el daño ya efectuado, sino por el mero riesgo, es decir, por la posibilidad de que el comportamiento abusivo de la empresa en posición dominante tiende a restringir la competencia, o puede tener tal efecto. En mi opinión, en el caso propuesto por la pregunta, creo que se describe el abuso de una posición de dominio clara al no ofrecer a sus clientes la posibilidad de acceder a semejantes descuentos si no es perjudicando seriamente su propio producto y generando una vinculación técnica, un “pupilaje” tecnológico sobre los productores de hardware. Como consecuencia añadida se priva a los consumidores de la innovación derivada del progreso tecnológico, y esto es un elemento relevante. Esto último hace que los efectos anti-competitivos de la conducta descrita de Microsoft carezcan de justificación objetiva en términos de eficiencias que pudieran repercutir en beneficio de los consumidores. Creo que después de este artículo debería plantear estas inquietudes a través de una denuncia dirigida a la propia Comisión Europea, así nos quedaríamos todos más tranquilos: los desarrolladores de software libre, los consumidores y la propia Microsoft. ■